

BOLETÍN DE CIENCIAS PENALES

PRIMERA REVISTA ELECTRÓNICA ESPECIALIZADA DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

DIRECTORES

VIRGINIA ARANGO DURLING
ELÍECER PÉREZ

ISSN 2410-8944

Título Clave:

**Boletín de ciencias
penales**

Título clave abreviado:

Bol. cienc. penales

Correo Electrónico

cienpeup @outlook.com



AÑO 8 No. 21
Enero-Junio 2024

EDITORES ACADÉMICOS

Virginia Arango Durling

Catedrática de Derecho Penal
Directora de la Revista

Eliecer Pérez

Catedrático de Criminología
Subdirector

CONSEJO EDITORIAL

Aura Guerra de Villalaz

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Latina de Panamá

José Rigoberto Acevedo

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Latina de Panamá.

Julia Sáenz

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Panamá.

Asistente

Campo Elías Muñoz Arango

Prof. de Derecho Penal. Universidad de Panamá

COMITÉ CIENTÍFICO

Gustavo Arocena, Universidad Nacional de Córdoba.

Álvaro Burgos, Universidad de Costa Rica.

Dino Carlos Caro Coria, Pontifica. Universidad Católica del Perú.

Fabio Joffre Calasich, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia.

Sergio Cuarezma Terán, Universidad de Nicaragua.

Ángela Gómez, Universidad de La Habana.

Mario Houed Vega, Universidad de Costa Rica.

Alfonso Serrano Gómez. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Eugenio Raúl Zaffaroni, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

José Miguel Zugaldía, Universidad de Granada



Eduardo Flores

Rector de la Universidad de Panamá



Hernando Franco Muñoz

Decano de la Facultad de
Derecho y Ciencias Políticas

Francisco Flores Villa

Vicedecano

Judith Lore

Secretaria Administrativa

Editado por el Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Primer Edificio, Tercera Planta.

Boletín No.21 Enero-Junio 2024.

ISSN 2410-8944

Título Clave: Boletín de ciencias penales

Título clave abreviado: Bol .cienc. penales

Las publicaciones fueron recibidas y aprobadas por el comité editorial y presentadas en este número en la medida en que fueron recibidas de sus autores.

El Boletín de Ciencias Penales es una publicación *virtual semestral* del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas que tiene por finalidad promover el estudio y la difusión de la Criminología y el Derecho Penal, con miras a convertirse en una herramienta importante de la comunidad científica nacional e internacional.

Dirección cienpe@outlook.com

Tel 523-6555-6

Contacto: varangodurling@gmail.com

COLABORADORES EN ESTE NÚMERO

ELIZABETH ANDRADE CRÚZ

Universidad de Panamá

eadradescruz@gmail.com

VIRGINIA ARANGO DURLING

Universidad de Panamá

varangodurling@gmail.com

ANA GRACE BOCHARELL

Universidad de Panamá

annagracebocharel@gmail.com

KURT BEERMANN HEMMERLING

Universidad de Panamá

kurtbeermann@gmail.com

ALBERTO GONZALEZ HERRERA

Universidad de Panamá

agonzalezherrera26@yahoo.com

CAMPO ELÍAS MUÑOZ ARANGO

Universidad de Panamá

campo.munoz@up.ac.pa

ELIECER PÉREZ SÁNCHEZ

Universidad de Panamá

perezsanchez_asociados@hotmail.com

BOLETÍN DE CIENCIAS PENALES No. 21

Primera Revista Electrónica especializada de la Facultad de
Derecho y Ciencias Políticas

Enero-Junio 2024

SUMARIO

DOCTRINA

| | |
|--|------------|
| Presentación..... | 5 |
| Algunos elementos de estudio sobre la Criminología. Ideas preliminares..... | 7 |
| Los delitos de sospecha en el Código Penal..... | 20 |
| Reflexiones sobre el delito de Grooming..... | 35 |
| Algunos aspectos procesales y doctrinales de la diligencia de Reconocimiento en rueda de detenidos y privados de libertad..... | 49 |
| Sexting. Acerca de las consecuencias de la difusión de imágenes o grabaciones audiovisuales Sin consentimiento..... | 62 |
| Ciberdelincuencia en Panamá y el Convenio de Budapest de 2001. Especial atención al Proyecto de Ley 2001..... | 77 |
| El hurto en tiempos de crisis sanitaria..... | 98 |
| La penalización de las lesiones al feto. Una deuda pendiente para con el no nacido..... | 111 |
| LEGISLACIÓN..... | 121 |
| Cuestiones sobre la violencia vicaria y el Anteproyecto No.099 de 4 de julio de 2023..... | 121 |
| INFORMACIONES..... | 126 |

PRESENTACIÓN

La Revista digital del Departamento de Ciencias Penales y Criminológica, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad de Panamá, en esta ocasión dedica su revista No. 21, a la **DRA. AURA GUERRA DE VILLALAZ**, por lo que Virginia Arango Durling, presentará algunas palabras sobre su hoja de vida.



Le rendimos un *reconocimiento por su labor académica y profesional* cuya vida de hoja académica hace patente ese interés por compartir sus conocimientos con un total desprendimiento, no solo como Profesora de Derecho Penal, Derecho Procesal en Maestrías, Licenciaturas y Diplomados en la Universidad de Panamá y como Catedrática de Derecho Penal, por más de 25 años, sino también llegando a otros espacios académicos universitarios, como *Profesora de Derecho Penal, Derecho Procesal* en Maestrías, Licenciaturas y Doctorado, en la Universidad Santa María la Antigua, UNACHI y Universidad Latina.

También valga señalar, su inmensa hoja de vida en el ámbito profesional, ocupando diversos cargos: Juez Séptima de Circuito, Ramo Penal, Juez Cuarta de Circuito, Ramo Civil, Relatora de la Corte Suprema de Justicia, Secretaria de la Sala Segunda de lo Penal y Magistrada de la Corte Suprema de Justicia, siendo la Presidenta de la Sala Segundo de lo Penal. También participo dictando cursos a la antigua Escuela Judicial.

- Juez Ad-Litem de la Corte Penal Internacional para los Crímenes de Rwanda del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas
- Decana encargada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá
- Directora del Registro Civil
- Representante de Panamá y América latina ante las Naciones Unidas en el Comité de Prevención del Delito ECOSOC. Desde 1990 a 1990.
- Presidente encargado del Colegio Nacional de Abogados.

- Miembro codificadora del Código de la Familia y de la Comisión Revisora del Código Penal.

- Miembro y Presidenta de la Academia Panameña de Derecho, de la Asociación de Magistradas y juezas, del Comité de Prevención de la Delincuencia de la Organización de Naciones Unidas como representante de América Latina.

Fundo la firma de abogados Villalaz y Asociados, y actualmente sigue ejerciendo la profesión de abogada.

Y por supuesto que con esta excelente hoja de vida, la Dra. Aura Guerra de Villalaz ha merecido múltiples reconocimientos, entre otros,

-Medalla Justo Arosemena, otorgada por la Asamblea Nacional 2017

-Medalla al Mérito Ricardo J. Alfaro por el Colegio Nacional de Abogados 2017

-Medalla Clara González de Behringer

Medalla Raquel De León,

Capitulo Honor Sigma Lambda

Una Revista del Ministerio Público lleva su nombre Aura Guerra de Villalaz.

Así como el Salón de Profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas d de Universidad de Panamá, y Biblioteca Jurídica del Colegio Provincial de Abogados de Chiriquí.

Uno de los más recientes en este año es el de INEJ (Instituto de Estudios de Investigación Jurídica de Nicaragua), ILAUNID (Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente) y de la Corte Suprema de Justicia con Doctorado Honoris causa (2023). En el caso del INEJ fue creado conjuntamente con el doctor Mario Houed.

Tuvo el honor como estudiante de conocer a la Dra. Aura Guerra de Villalaz, cuando cursamos la carrera de Derecho en jornada nocturna, y a la vez compartimos como investigadora, durante el periodo que fue Directora del Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá.

En aquellos días, cuando ingresamos para llenar una vacante como investigadora, no estábamos conscientes de nuestra vocación por la investigación, aunque ciertamente en el corto momento que tuvimos se dio cuenta de nuestro potencial, lo cual se hace hecho evidente a través de los años, y debo decir que ha sido y es nuestro modelo para continuar superándonos y continuar contribuyendo con nuestros trabajos académicos a favor de nuestros estudiantes y de los profesionales del Derecho en general.

Con la Dra. Aura Guerra de Villalaz, se reafirma que hay que tener vocación y espíritu creador, decisivo, motivación, y organización, y que en la vida profesional se requiere además de conocimiento, actuar con un sentido ético, de honestidad e integridad, teniendo en mente que siempre hay que continuar actualizándose.

Y en lo personal su personalidad se destaca por su vida de amor y entrega a su familia, y por su fe en Dios, por su entusiasmo, empatía, su persistencia, humildad, sinceridad, y su responsabilidad, entre otros.

Finalmente, antes de terminar, en este Numero 21 de la Revista presentamos temas desarrollados por nuestros colaboradores que ciertamente esperamos que sean de sumo interés.

En síntesis, los invitamos a darle una lectura al contenido de nuestra Revista digital No. 21, y nuevamente les agradecemos a los profesores por sus contribuciones, y motivamos a otros a que se nos unan en esta tarea de seguir contribuyendo al fortalecimiento y promoción del Derecho Penal y la Criminología en nuestro país.

Panamá, 20 de noviembre de 2023

Los Directores

ALGUNOS ELEMENTOS DE ESTUDIO SOBRE LA CRIMINOLOGÍA

IDEAS PRELIMINARES

Pérez Sánchez. Eliécer. Universidad de Panamá,
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, Panamá

RESUMEN:

Hemos sido consistente en afirmar, que la moderna Criminología, como ciencia empírica interdisciplinar y, por ende, el propio saber criminológico, ha extendido o ampliado el objeto de estudio de la tradicional Criminología, que versaba sobre el delincuente (criminal) y el delito (crimen). Por ello, “dicha ampliación tiene, sobre todo, una lectura cualitativa, y pone de manifiesto un significativo desplazamiento de los centros de interés criminológicos (de la persona del delincuente y del delito a la víctima, a la prevención y al control social) e incluso una nueva auto comprensión de la criminología, que asume un enfoque más dinámico, pluridimensional e interaccionista”.(García de Molina, 2001).

En ese sentido, podemos afirmar, que gracias a esa ampliación de los elementos objeto de estudio de nuestra ciencia, ha desaparecido esa composición de la estructura dualista de carácter tradicional de la Criminología (delito y Delincuente), para ampliar su objeto de estudio en lo concerniente a la relación víctima-delincuente y viceversa, así como el control social que debemos adecuar o implementar para combatir el delito o conductas antisociales.

Por lo anterior, se hace necesario abordar o referirnos a cada uno de los elementos ya señalados (Delito, Delincuente, Víctima y Control Social), que comprenden hoy día, el objeto de estudio del saber criminológico, tal como procedemos a continuación, en su orden conceptual.

PALABRAS CLAVE: delito, delincuente, Criminología, víctima, control social.

ABSTRACT

We have been consistent in affirming that modern Criminology, as an interdisciplinary empirical science and, therefore, criminological knowledge itself, has extended or expanded the object of study of traditional Criminology, which dealt with the delinquent (criminal) and the crime (crime). For this reason, “this expansion has, above all, a qualitative reading, and reveals a significant shift in the centers of criminological interest (from the person of the offender and the crime to the victim, to prevention and social control) and even a new self-understanding of criminology, which assumes a more dynamic, multidimensional and interactionist approach.”(García de Molina, 2001).

In that sense, we can affirm that thanks to this expansion of the elements under study of our science, that composition of the dualistic structure of traditional character of Criminology (crime and Delinquent) has disappeared, to expand its object of study in what concerning the victim-criminal relationship and vice versa, as well as the social control that we must adapt or implement to combat crime or antisocial behavior.

Due to the above, it is necessary to address or refer to each of the elements already mentioned (Crime, Offender, Victim and Social Control), which today comprise the object of study of criminological knowledge, as we proceed below, in its conceptual order.

KEYWORDS: crime, offender, Criminology, victim, Social Control.

SUMARIO: 1. Ideas Preliminares 2. Conceptos 3. Elementos 4. Conclusión 5. Bibliografía

1. Ideas Preliminares:

Hoy resulta primordial abocarnos en el ámbito doctrinal, tanto la ciencia Criminológica, como el Derecho Penal, el concepto crimen o delito, ha venido empleándose de manera equivocada bajo un mismo contenido de carácter eminentemente normativo. Ello se puede notar con mayor rigurosidad al definir el delito, sin advertir las discrepancias valorativas y las diferentes funciones que tanto una como otra disciplina debe cumplir, pues la Criminología es una ciencia empírica, mientras el Derecho Penal es de carácter normativo.

Lo afirmado anteriormente, implica, que cada ciencia en particular tenga su propia definición y concepto de delito o conducta criminal. Basta referirnos al profesor Muñoz Conde, quien, al examinar la función etiológica y explicativa propia de la ciencia criminológica, llega a considerar como delito “toda infracción de normas sociales recogidas en las leyes penales que tienda a ser perseguida oficialmente en caso de ser descubierta”. (Muñoz Conde, 2013).

En otras palabras, la concepción Criminológica del delito no puede ser comparada o asumida por el Derecho Penal, pues para esta última, se trata de un comportamiento humano, cuya realización tiene prevista una pena en virtud de que ha sido reprochada por la sociedad a través de normas o tipos penales previamente descritos en la ley o códigos penales, como conductas típicas punibles merecedoras de una sanción.

No podemos negar, que la Criminología como ciencia empírica toma como referencia o punto de partida para la investigación los contenidos jurídicos punitivos, pero sin las exigencias formales y normativas jurídicas penales, propias del Derecho Penal, pues recordemos que se trata de una ciencia empírica e interdisciplinar, con elementos distintos.

En ese sentido el profesor Francisco Muñoz Conde (2013), al tratar el tema del concepto jurídico-penal y criminológico del delito afirma, que “la Criminología, en contraste con lo que ocurre con el Derecho Penal, puede, por último, tener varios conceptos de delito según la orientación o el interés científico en que se apoye, ya sea; biológico-antropológico,

interaccionista, macro-sociológico), y no está vinculada al Derecho positivo de cada país y se le considera ubicuo, es decir el concepto de delito que ofrece el Derecho penal debe ser unitario y describir por igual la conducta criminal”.

Dicho, en otros términos, para la Criminología y el Derecho Penal, el concepto y hasta en el propio contenido del delito, obran discrepancias valorativas distintas del concepto de delito de una u otra ciencia, tal como se anota en la cita anterior.

En definitiva, para la Criminología, el Delito constituye uno de sus elementos objeto de estudio, por lo que es preciso determinar la naturaleza contenido y aplicación de esa conducta. Sin embargo, no podemos negar que el concepto de delito viene delimitado a la noción jurídica formal, penal o material de la Escuela Clásica. Es decir, un criterio legal, pues la Criminología recurre al código o la ley penal para precisar, que conducta ha sido tipificada como delito por la Sociedad.

2. Conceptos

El Código Penal de la República de Panamá, adoptado mediante Ley No. 18 del 22 de septiembre de 1982, no especificaba un concepto o definición de delito, aun cuando en el artículo 17 de ese cuerpo legal punitivo establecía, “el hecho punible puede ser realizado por acción u omisión”. Por tanto, debemos presumir que el código de 1982 no contenía una definición del delito, pues se asimilaba al concepto de hecho punible.

Contrario al Código de 1982, el nuevo Código Penal vigente, de corte eminentemente finalista, aprobado mediante Ley No 14 del 18 de mayo de 2007, hoy en vigencia, sí establece una definición de delito, pues en su artículo 13, deja claro y entendido que, “para que una conducta sea considerada delito debe ser típica, antijurídica y culpable”. Sin embargo, tal como afirma la Doctora Virginia Arango D, refiriéndose a el nuevo código penal de 2007, “debe adicionarse en general una deficiente técnica legislativa, sumando a ello que nadie puede desconocer que en la práctica no se cumplen los principios y postulados consagrados en la legislación penal y penitenciaria, situación que a todas luces es inaceptable si queremos enfrentar adecuadamente la criminalidad.” (Arango Durling, 2011).

Compartimos el señalamiento de nuestra Profesora Virginia Arango Durling, pero de ello nos ocuparemos cuando abordemos el tema específico de la criminalidad.

Podemos afirmar es que, para nuestro Derecho Penal vigente, el concepto de delito tiene naturaleza formal y normativa, por tanto, para que una conducta o acción sea considerada delito, debe ser típica, antijurídica y culpable. Además, conforme a lo establecido en el artículo 2 del código penal de 2007, las conductas y comportamientos, reglados bajo los Principios de Legalidad y Seguridad deben estar tipificados o previstas en la Ley penal de acuerdo con la Política Criminal del Estado.

El criterio o concepción legalista o jurídico penal de delito, ha sido objeto de serias críticas, pues de aceptarla, se afirma en la doctrina Criminológica, es razón para afirmar que, nuestra Ciencia perdería su autonomía científica y quedaría relegada a ser una ciencia auxiliar

del Derecho Penal. Otros manifiestan, que ello sería fatal, ya que un comportamiento jurídico penal, puede no tener la misma caracterización para la Criminología. Ejemplo: en un delito de homicidio, al Derecho Penal le interesa el hecho delictivo desde un punto formal y valorativo, mientras a la Criminología le interesa el hecho y su autor (etiología y forma de manifestación).

Concluimos que, en el ámbito de la Criminología, podemos considerar como Delito, aquellas conductas y comportamientos sociales establecidos en el código penal y demás leyes penales indispensables para la protección de los bienes jurídicos tutelados y los valores significativos de la sociedad, de acuerdo con la Política Criminal que diseñe el Estado.

3. Elementos

3.1 Delito-Delincuente:

El Código Penal de la República de Panamá, adoptado mediante Ley No. 18 del 22 de septiembre de 1982, no especificaba un concepto o definición de delito, aun cuando en el artículo 17 de ese cuerpo legal punitivo establecía, “el hecho punible puede ser realizado por acción u omisión”. Por tanto, debemos presumir que el código de 1982 no contenía una definición del delito, pues se asimilaba al concepto de hecho punible.

El Código de 1982, el nuevo Código Penal vigente, de corte eminentemente finalista, aprobado mediante Ley No 14 del 18 de mayo de 2007, hoy en vigencia, sí establece una definición de delito, pues en su artículo 13, deja claro y entendido que, “para que una conducta sea considerada delito debe ser típica, antijurídica y culpable”. Sin embargo, tal como afirma la Doctora Virginia Arango D, refiriéndose a el nuevo código penal de 2007, “debe adicionarse en general una deficiente técnica legislativa, sumando a ello que nadie puede desconocer que en la práctica no se cumplen los principios y postulados consagrados en la legislación penal y penitenciaria, situación que a todas luces es inaceptable si queremos enfrentar adecuadamente la criminalidad.” (Arango Durling, 2011). Compartimos el señalamiento de nuestra Profesora Virginia Arango Durling, pero de ello nos ocuparemos cuando abordemos el tema específico de la criminalidad.

Podemos afirmar es que, para nuestro Derecho Penal vigente, el concepto de delito tiene naturaleza formal y normativa, por tanto, para que una conducta o acción sea considerada delito, debe ser típica, antijurídica y culpable. Además, conforme a lo establecido en el artículo 2 del código penal de 2007, las conductas y comportamientos, reglados bajo los Principios de Legalidad y Seguridad deben estar tipificados o previstas en la Ley penal de acuerdo con la Política Criminal del Estado.

Esta concepción legalista o jurídico penal de delito, ha sido objeto de serias críticas, pues de aceptarla, se afirma en la doctrina Criminológica, es razón para afirmar que, nuestra Ciencia perdería su autonomía científica y quedaría relegada a ser una ciencia auxiliar del Derecho Penal. Otros manifiestan, que ello sería fatal, ya que un comportamiento jurídico penal, puede no tener la misma caracterización para la Criminología. Ejemplo: en un delito de homicidio, al Derecho

Penal le interesa el hecho delictivo desde un punto formal y valorativo, mientras a la Criminología le interesa el hecho y su autor (etiología y forma de manifestación).

Concluimos que, en el ámbito de la Criminología, podemos considerar como Delito, aquellas conductas y comportamientos sociales establecidos en el código penal y demás leyes penales indispensables para la protección de los bienes jurídicos tutelados y los valores significativos de la sociedad, de acuerdo con la Política Criminal que diseñe el Estado.

En la Legislación Nacional, la Ley 14 de 2007 (nuevo Código Penal), establece en su artículo 13 que, “para que una conducta sea considerada delito debe ser típica, antijurídica y culpable”. En tanto esa conducta para que sea considerada como tal (delito), debe ser realizada con dolo, salvo los casos de culpa previstas en el Código Penal (art. 26). El autor de la conducta a que aluden los artículos citados se le ha denominado autor o sea la persona, que realiza por sí mismo o por interpuesta persona, la conducta descrita en el tipo penal (art. 43), del Código Penal.

Podemos deducir claramente, que nuestra legislación penal, no alude al término *delincuente o criminal*, sino a los que en grado de autor (es) y partícipes realicen la conducta descrita en la norma penal como delito. Es decir, se trata del agente o sujeto activo de la acción penal, pues el concepto de delincuente no es propio del Derecho Penal, sino de la Criminología.

Debemos recordar, que Ferri, clasificó “los delincuentes” según las causas productoras de su conducta delictual (habitual, natos, ocasiones, etc.). Ello es así, pues si por un momento ignoras al delincuente en una investigación Criminológica, sería algo así, como el desconocer uno del objeto de estudio de la Criminología y por tanto, se quiebra la investigación científica.

3.2 La Víctima

La doctrina mayoritaria acepta que la víctima del delito constituye uno de sus elementos objeto de estudio, sin perder de vista, que la victimología también estudia a la víctima de un delito en términos de su personalidad, sus características biopsicosociales y culturales, su rol en el origen del delito y la relación víctima-victimario.

En otras palabras, la victimología tal como anotamos al inicio del presente trabajo, forma parte de la Enciclopedia de las Ciencias Penales y como disciplina autónoma es la llamada al estudio más directo de la víctima de la infracción jurídica, atendiendo el fenómeno criminal, puesto que de por sí, constituye una de las protagonistas del fenómeno criminal o delictual.

Los autores del saber criminológico han llegado a sostener, que “el interés por la víctima como objeto de la Criminología y la elaboración científica de una teoría de la víctima es un fenómeno reciente. Aunque parezca paradójico, tanto la Criminología como el Sistema Penal, han volcado sus esfuerzos de forma exclusiva en el delincuente, abandonando el estudio de la víctima, que solo han merecido de la sociedad compasión” (Echeverría Solano, 2003).

Lo anterior, podemos afirmar, que a partir de la década de los años noventa, la Criminología se ha interesado por el estudio de la víctima con mayor profundidad, pero ya no bajo la concepción jurídico-penal, sino como uno de los sujetos que interviene en el acontecimiento delictual.

La doctrina Criminológica al referirse al tema afirma que, “la Criminología se interesa en el estudio del crimen como fenómeno de masa, en el análisis del comportamiento individual y mira la criminalidad como una enfermedad de la sociedad o como un índice de patología social. Ella considera que la sociedad, en general, es una víctima indirecta de toda infracción criminal, pero reconoce igualmente, para ciertos tipos de criminalidad, otra víctima, una víctima directa en un sentido más específico”. (Echeverría Solano,2003).

La sociedad, en general, es víctima directa o indirecta del comportamiento criminal. Si usted me roba, yo soy víctima directa y la sociedad indirecta, habida cuenta que todos pagamos a los policías y toda la estructura burocrática para que investiguen el hecho criminal, reprochado y repudiado por toda la sociedad.

Nuestras críticas al sistema de justicia penal por cuanto poco o nada han realizado por resolver la problemática de la víctima, pues su interés se centra más que nada en el problema del imputado o presunto responsable. Es por ello, que hoy día prácticamente el sistema de justicia penal ha llegado a niveles de neutralizar y mantener como un nuevo sujeto a la víctima, con el propósito de distanciarlo de los protagonistas (victimarios), bajo la supuesta garantía de objetividad e imparcialidad del proceso. Ejemplo de lo que afirmamos lo tenemos en los “Acuerdos”, como procedimiento a la solución de conflicto penal, donde la Víctima es ignorada.

La realidad nos indica, que estos hechos o posiciones conceptuales de carácter empíricas, no son propias de estos tiempos, puesto que la Criminología tradicional prescindió del estudio de la víctima y se dedicó a describir la etiología y prevención en torno a la persona del delincuente.

La víctima en el plano internacional cobra un interés creciente a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando “el movimiento victimológico persigue una redefinición global del estatus de la víctima y de las relaciones de esta con el delincuente, el sistema legal, la sociedad, los poderes públicos, la acción política (económica, social, asistencial, etc.). Identificar, en consecuencia, las expectativas de la víctima y la aportación que cabe esperar de los numerosos estudios científicos sobre la misma con pretensiones monetarias representan una manipulación simplificadora que la realidad empírica desmiente. Pues aquellos demuestran hasta la saciedad si se realizan con una razonable intermediación temporal respecto al delito”. (García de Molino,.

En ese orden, es lógico y procedente anotar, que nuestro Código Penal de 1982, no se refería a la víctima, sino que la consideraba como el sujeto pasivo del hecho punible, sin más consideraciones, que la excepción de cuando se convierte en parte querellante en aquellos delitos que conforme al código de procedimiento penal así lo permitiesen.

La Ley No. 31 del 29 de mayo de 1998, aprobada por la Asamblea Legislativa, en atención al proyecto de Ley que sometió la Corte Suprema de Justicia a consideración de esa institución en ejercicio de la iniciativa legislativa, que le confiere a la Corte el numeral 3 literal A del artículo 159 de la Constitución Política de la República de Panamá, en materia de reformas a los códigos nacionales, la denominada “Ley de Protección a las Víctimas de Delitos”.

En la exposición de motivos de la Corte Suprema de Justicia, ese proyecto de ley buscaba hacer más equitativo el proceso penal al facilitar la intervención de la víctima y brindar medidas de protección procesal, tendiente a otorgarle un papel protagónico y hacer prevalecer sus derechos para el ejercicio de la acción penal contra el imputado y de la reparación civil para la indemnización de los daños y perjuicio del delito.

La Ley 31 de 1998, establece un concepto legal de víctima, pues en su artículo primero señaló claramente, que para los efectos de esa ley se consideran víctimas del delito:

- “1. A la persona que, individual o colectivamente, haya sufrido daños, incluidas las lesiones físicas o mentales, el sufrimiento emocional, la pérdida financiera o el menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acción u omisión que viole la legislación penal vigente.
2. Al representante legal o tutor de la persona directamente afectada por el delito en caso de incapacidad, al cónyuge, al conviviente en unión de hecho, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como al heredero testamentario cuando acuse la muerte del causante.
3. A las asociaciones, reconocidas por el Estado, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses”.

La Ley 31 de 1998, contempla en su artículo 2, una serie de derechos de las víctimas, que van desde el recibir atención médica gratuita; intervenir en los procesos penales con el propósito de exigir responsabilidad penal y civil del imputado; ser considerada su seguridad personal; ser informada sobre el curso del proceso respectivo; ser oído por el Juez y por el ejecutivo; y hasta recibir patrocinio jurídico gratuito por el Estado, cuando no tienen suficientes medios económicos.

Es de una concepción de la víctima desde una perspectiva jurídico-penal, pues el artículo primero expresa o se refiere a la víctima del delito y en el artículo tercero se refiere al querellante, aduciendo que, es el sujeto esencial del proceso y como tal, podrá ejercer todos los derechos reconocidos por la Ley a las partes, lo que nos parece una incongruencia, puesto que habla de víctima del delito y querellante por lo que debemos entender que se trata del mismo sujeto pasivo para referirse a la víctima.

De acuerdo con la realidad, podemos afirmar, que desde el 1 de julio 1998, funciona en el edificio del Órgano Judicial, el Departamento de Asesoría Legal gratuita para las víctimas del delito, pero con el inconveniente que solo atienden a las víctimas de delitos penales, excepto los delitos contra el pudor y la Libertad Sexual. Claro está, que hoy día se ha ampliado esa cobertura legal a favor de las víctimas.

Podemos mencionar la existencia en el Ministerio Público de un Centro de Asistencia a las Víctimas, la cual funciona en los predios de la antigua Fiscalía Auxiliar de la República, y su atención está fijada sobre las víctimas de Violencia Intrafamiliar, excepto a las víctimas de abuso

sexual cuya función es propia de la División de delitos contra el Pudor y la Libertad Sexual, que en principio funcionaba en la P.T.J, hoy D.I.J.

A nuestro juicio, debe de incorporarse el estudio formal del aspecto criminológico de las víctimas, tomando en cuenta las nuevas tendencias del saber criminológico, a efecto de describir una investigación, clasificación y protección de las víctimas realizado por la Criminología Clínica y auxiliado por la Sociología y Psicología para una mejor consideración, amparo y protección de las víctimas de un delito.

El Código Procesal Penal vigente de la República de Panamá, adoptado mediante Ley No. 63 del 28 de agosto del 2008, también le brinda la preponderancia que la Víctima se merece, salvo algunas excepciones como las anotadas en párrafos anteriores, pues establece claramente que, se considera a la Víctima al sujeto pasivo del delito y es la persona que ha sufrido daño o consecuencia de un hecho tipificado como delito y como tal es considerada Sujeto Procesal, a la persona ofendida directamente por el delito y demás sujetos establecidos en el artículo 79 del referido código procesal.

Es bueno señalar, que el citado Código Procesal Penal de corte Acusatorio y Garantista establece en su artículo 20, todo lo relacionado a la protección de la víctima de los denunciantes y los colaboradores, con la advertencia de que, “la víctima tiene derecho a la justicia, a la reparación del daño, a ser informada, a recibir protección y a participar en el proceso penal”, tal como se refieren las normas del código, especialmente el artículo 79 y siguiente.

En resumen, el nuevo Código Procesal Penal, va más allá de la Ley No. 31 del 29 de mayo de 1998, pues considera en todo momento del Proceso Penal a la Víctima como Sujeto Procesal, lo que, a mi juicio, facilita el estudio de la víctima en el marco Criminológico.

3.3 El Control Social:

No tenemos la menor duda de lo que significa el Control Social para nuestra disciplina, pues tal como hemos sostenido, la reconceptualización Criminológica de hoy no gira en torno al hombre delincuente, el delito y la víctima, sino que integra sistemáticamente al Control Social, como uno de sus elementos objeto de estudio, tal como sostiene la teoría del Funcionalismo.

Esto es bueno explicarlo, puesto que no siempre fue así, basta examinar el criterio de algunos tratadistas quienes, al tratar el tema del Control Social, se refieren a la Reacción Social, con justa razón puesto que se trata de la vieja concepción, donde no integrábamos al control social, como uno de los elementos objeto de estudio de nuestra ciencia.

Un ejemplo de lo afirmado, lo podemos notar, cuando el Dr. Alfonso Reyes Echandía, expresa, “entendemos por reacción social la respuesta ante el delito o la conducta desviada, puede provenir del grupo como tal y entonces se le llama no institucional, o de Estado como entidad jurídico política bajo la denominación de institucional”. (Reyes Echandía, 1999).

La abogada – Criminóloga y profesora, Carmen Antony, (Q.E.E.D), anotaba: “la reacción social puede ser de tres tipos: tolerancia, aprobación y desaprobación. Sin embargo, cuando la

reacción es desaprobatoria se ponen en acción los llamados mecanismos de control social que sirven para prevenir o reprimir dicha desviación.” (Antony, 2002).

La Criminología “nace como una rama específica de la ciencia positiva para aplicar y legitimar el control”. (Ramírez Bustos,1983). Hoy día, la doctrina criminológica acepta, que el Control Social del delito, constituye uno de sus elementos objeto de estudio, claro está, bajo una orientación más sociológica que criminológica. Ello es así, puesto que, “esta apertura a la teoría del control social representa todo un giro metodológico de gran importancia al que no ha sido ajeno al “labeling approach”, o teoría del etiquetamiento y de la reacción social por la relevancia que los partidarios de estas modernas concepciones sociológicas asignan a ciertos procesos y mecanismos del llamado control social en la configuración de la criminalidad”. (García de Molina, 2001).

Es cierto, que el Control Social se inicia con el nacimiento del hombre, pero recordemos que para el año 1892, se funda en la Universidad de Chicago, el Primer Departamento de Sociología de los Estados Unidos, la cual se convirtió en un Centro Académico, donde participaron un número plural de Sociólogos, quienes le prestaron gran atención al estudio, consagración, orientación y desarrollo de la Criminología. Es más, de este Departamento, surgen importantes criminólogos como el Sociólogo y Maestro Edwin Sutherland, de quien nos hemos referido en el capítulo anterior, al resaltar sus valiosos aportes a la consolidación de nuestra ciencia.

Mediante la orientación sociológica y su dinámica, se le ha prestado una atención concreta al Control Social como objeto de estudio de la moderna Criminología. Ello es así, pues basta recordar que la Criminología positivista, no les prestó atención a los problemas de orden social en relación con el delincuente, ni mucho menos al instrumento normativo y el funcionamiento del Sistema Procesal Penal que se les aplicaba.

En conclusión, no cabe la menor duda, que hoy día, el Control Social constituye un elemento operativo en la moderna Criminología, por cuanto crea o configura la criminalidad, en tanto sus agentes, como, por ejemplo; de control social formal (jueces, policías), constituyen filtros al servicio de la voluntad de nuestra Sociedad en general, no obstante, aun nuestros asociados sufren por sus ineficacias profesionales y del abuso de Poder.

Podemos afirmar, que a partir de los años cincuenta se incorpora formalmente el Control Social como elemento de estudio del saber criminológico. Allí es cuando surgen las diferentes construcciones teóricas y científicas encuadradas en el marco del Control Social. Ejemplo: la teoría del control social de Hirsch publicada en 1969, que consagraba los estudios basados en auto informes de jóvenes.

Señalamos que, para Pérez Pinzón, el Control Social es, “el conjunto de mecanismos mediante los cuales la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos que la componen, consiguiendo que estos obedezcan sus normas” (Pérez Pinzón,1986).

La profesora Marcela Márquez, el Control Social es “el conjunto de instancias y acciones jurídicas y sociales tendientes a definir y orientar conductas calificadas como delictivas o desviadas. Para definir el hábito del control social y los mecanismos de que una comunidad cuenta para hacerlo efectivo, es preciso que previamente se defina lo que se desea controlar, en el cual se imponen juicios valorativos que demarquen lo aceptable y lo inaceptable” (Márquez, 1993).

Partiendo de los anteriores señalamientos, debemos resumir afirmando, que el Control Social comprende a la sociedad representada por el poder Estatal, que a través del conjunto de sus instituciones utiliza políticas sociales de carácter preventivas y represivas que tienden a someter al desviado o infractor, al cumplimiento de las normas penales erigidas como delitos.

3.3.1 Las Formas de Control Social:

Al examinar el concepto de control social, aludimos a su composición estructural, afirmando que lo conforma un conjunto de instituciones públicas o privadas que generan acciones tendientes a detectar, orientar, manejar, prevenir y reprimir las conductas que constituyen delitos por el conducto legislativo, y describir quién es delincuente en la esfera social y judicial.

Esta composición de tipo estructural está diseñada a través de dos (2) formas o modalidades de control social; la primera se le denomina formal y una segunda es llamada informal.

3.3.1.1 Control Social Formal

En realidad, el control formal es un conjunto de instancias o instituciones que se manifiestan por medio de la Ley, decretos, reglamento, estatutos. De allí, que suele llamársele control social penal, al que se refieren algunos autores como un subsistema en el sistema global de control social.

Un panorama más concreto, el control social formal o penal, como algunos le llaman, se manifiesta; en la Ley, la Policía, la Justicia Penal, la Administración o Sistemas Penitenciarios, los Centros de Rehabilitación; las Cárceles, Manicomios Estatales, etc.

Los Controles Sociales formales, tienen las características o tendencias a ser de obligatorio cumplimiento por cuanto a través de las instancias formales se regulan conductas reprochadas por los asociados, por lo que se imponen procedimientos esencialmente de obligatorio cumplimiento.

3.3.1.2. Control Social Informal

El llamado Control Social Informal, comprende todas aquellas instancias o instituciones, que integran el proceso de socialización y tratan de moldear al individuo a través de valores, costumbres, tradiciones de la familia y luego del grupo social al que pertenece.

Las instancias informales están integradas por la familia, que es donde se desarrolla el individuo. Luego la escuela, donde acude para formarse de manera social y académica,

posteriormente al trabajo, y en última instancia la opinión pública, sin desestimar otras no menos importantes.

En resumen, ambas formas de control interactúan entre sí, por eso muy bien se afirma, que cuando las instancias informales fracasan, entran en funcionamiento los controles formales a través de la aplicación de la Ley.

Consideramos necesario referirnos a los controles formales e informales más importantes de la que se ha ocupado nuestra ciencia y que, dicho sea de paso, intervienen en nuestra Sociedad.

3.3.1.3 Control Formal Penal

Anteriormente señalamos, que en los pueblos primitivos donde existía sociedades de pequeña escala, los individuos interactuaban como vecinos, en tanto la presencia del delito o actos violatorios se circunscribían a los tabúes, (ejemplo los sexuales), pues estas conductas eran consideradas como una forma de peligro, que afectaba a todo el conjunto de la sociedad, primitiva, puesto que carecían de Controles Sociales Formales.

A medida en que la sociedad se va desarrollando, el individuo como parte de ésta, adquiere propiedades, por ejemplo, la tierra, así se llega a las disputas o conflictos de manera individual y grupal. Igualmente, se acentúa una pluralidad de conductas violatorias a las normas sociales y aparecen los delitos contra la propiedad; contra la vida, y por supuesto, cárceles y la codificación sistemática de leyes. En fin, con la sociedad moderna se conforma la estructura legislativa encaminada a producir leyes preventivas y represivas contra estos delitos o conductas desviadas. Es así como aparece la Ley Penal referida al Control Social Formal.

La Doctrina suele advertir y distinguir tres (3) modalidades de componentes durante el proceso de integración social de acuerdo con sus funciones. Así tenemos: los componentes estructurales (Sistemas normativos, formales e informales); los componentes funcionales (estrategias de educación, prevención, reeducación y de resocialización,), y los componentes organizativos (control social informal (familia, escuela, iglesia, medios de comunicación etc.), control social formal: la Ley, administración de justicia, la Policía Nacional, Migración, etc.).

3.3.1.4 Control Formal en Panamá

Algunas instituciones de carácter locales, principalmente de Control Social formal como lo es: La Ley Penal; La administración de Justicia, La Policía y el Sistema Penitenciario, los que serán objeto de un breve análisis, pero muy especial, dado la complejidad de esta temática.

Por ello, es necesario referirnos en primera instancia a la Ley Penal, que, como hemos dicho para algunos tratadistas, constituye un subsistema en el sistema global o general del Control Social. Es decir, el control social formal dispone de numerosos medios o sistemas normativos, sin embargo, el Derecho Penal representa el sistema normativo de carácter formal, al que también se le conoce como Control Social Penal, pues se representa en la Ley Penal.

3.4 La Ley Penal

Los Estados Democráticos, como el nuestro, se “mantiene un amplio margen, fundamental, para el ejercicio del control, para seleccionar, estigmatizar y marginar constantemente a grandes sectores de la población y para mantenerla a toda ella dentro de la red del control. Para ello el Estado moderno ha necesitado formalmente en su legitimación, desde su nacimiento, una ciencia e ideología del control, que ha sido justamente la criminología, y un instrumento apto para su ejercicio efectivo, que ha sido el derecho penal teóricamente considerado”.(Bergalli, Bustos Ramírez, 2006).

El Derecho Penal es parte del Control Social formal del Estado, y está constituido por un conjunto de normas, que de manera general se encuentran reguladas en nuestro Código Penal y de manera especial en códigos o leyes especiales.

La misión del Derecho Penal en un Estado democrático de Derecho y dentro de un marco razonable, a través de normas imperativas o prohibidas, que contemplan una sanción penal para en el caso de su infracción, y el evitar que los miembros de la sociedad realicen ciertas conductas que pongan en peligro o dañen bienes (jurídicos) estimados fundamentales por la sociedad para una convivencia pacífica que permita la autorrealización penal y social.

No cabe la menor duda, “que el ordenamiento jurídico en general tiene como misión fundamental regular la convivencia pacífica de las personas, imponiendo normas de conducta y modelos que implican cierta forma de control social”. (Muñoz Pope, 2003).

Por lo anterior, y tal como lo hemos explicado, las normas de Derecho Penal o del Código Penal, constituye el producto de una reacción social informal bien sea de; tolerancia, aceptación o desaprobación. En este último caso se criminalizan las conductas, puesto que la sociedad no acepta como normal y en tal sentido se estructura y sistematizan los delitos y las penas normados en los instrumentos jurídicos denominados códigos penales.

4. Conclusiones

Concluimos que se debe entrar a realizar un balance del funcionamiento del Sistema Penitenciario, pues aún con una Ley novedosa y humanística, dudamos de su cumplimiento, sobre todo por los resultados de los tres (3) últimos años, amén del incumplimiento del artículo 28 de la Constitución Política que establece que, su funcionamiento debe estar fundado en los principios de Seguridad, rehabilitación y defensa social.

En nuestro País, tenemos una impresión personal del comportamiento de cada uno de los Órganos de Control Social Formal, anotados anteriormente, no obstante, ningún Organismo Estatal o Privado, ha realizado un estudio científico y objetivo del funcionamiento o comportamiento de cada uno de ellos, para combatir la Criminalidad.

Cuando hablamos de los Controles Sociales de carácter informales, nos referimos a: El hogar (la familia); la Escuela; el Trabajo; los Medios de Comunicación. Es decir, conocimiento de la sociedad en general, pues estas instituciones de carácter informales no están cumpliendo con su deber de enseñar al niño o joven, las normas mínimas a seguir, no se inculcan los valores y la sana conducta para interactuar correctamente en nuestra sociedad, como un buen ciudadano.

5. Bibliografía.

- Antony, C. (2020). Apuntes de Criminología. Panamá.
- Arango Durling, V. (2017). Derecho Penal Parte General .Introducción Teoría Jurídica del Delito. Ediciones Panamá Viejo.
- Echeverría Solano, Federico. “Victimología General y Criminología de Campo (Perfiles Criminales) Editorial, S.A. de GV. OGS. México. 2003.
- García Pablos de Molina, A. (2001) Criminología una Introducción a sus Fundamentos Teóricos. Tiram Latam.
- Márquez, M. (1993). Apuntes de Criminología, Universidad de Panamá.
- Muñoz Conde, F. (1989). Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Tirant lo Blanch.
- Muñoz Pope, C. E. (2003). Introducción al Derecho Penal. Panamá Viejo.
- Pérez Pinzón, A. (1986). Curso de Criminología. Editorial Temis.
- Reyes Echandía, A. (2003). Criminología. Editorial Temis.
- Reyes Echandía, A. (1999). Criminología. Editorial Temis.

LEYES

- 1.Constitución política de la República de Panamá.
- 2.Código Penal de la República de Panamá 1982 y 2007.
- 3.Ley 18 del octubre de 1982 (Código Penal).
- 4.Ley 55 del 2003.
- 5.Ley 14 del 18 de mayo del 2007(Código Penal)

ELIECER PÉREZ

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Panamá, 1974. Postgrado de Especialización en Estudios Criminológicos, (2001). Postgrado de Especialización en Docencia Superior, Universidad de Panamá,2000. Maestría en Derecho con Especialización en Ciencias Penales, Universidad de Panamá, 1998. Maestría en Estudios Criminológicos, Universidad de Panamá, 2002.

Artículo recibido: 15 de julio de 2023

Aprobado: 20 de septiembre de 2023

LOS DELITOS DE SOSPECHA EN EL CÓDIGO PENAL

The suspicion crimes

González Herrera, Alberto. Universidad de Panamá.
Centro Regional Universitario de San Miguelito, Panamá.

RESUMEN

El presente texto analiza los delitos de sospecha en el Código penal de la democracia. Trataremos de constatar si los mismos se ajustan a los postulados y garantías que rigen nuestro régimen punitivo. Estos delitos resultan empleados para evitar otros más graves pero se basan en meras posibilidades que constituyen especulaciones dejando en entredicho la presunción o estado de inocencia así como los principios de culpabilidad y de protección del bien jurídico.

PALABRAS CLAVE: Delitos, delitos de sospecha, garantía de no autoincriminación, presunción de inocencia, principio de culpabilidad, principio de protección del bien jurídico.

ABSTRACT

The present paper is an analysis suspicion crime in the Criminal Code. We will try if they fit at the postulates and guarantees. This crimes are used to avoid future offenses leave in question the guarantee of non-self-incrimination, state of innocence, guilt principle and harm principle .

KEYWORDS: Injury, suspicion crimes, guarantee of non-self-incrimination, presumption of innocence, guilt principle, harm principle

SUMARIO: I. Introducción II. Los delitos de sospecha en el Código Penal. III. Garantías y principios que vulneran los delitos de sospecha IV. La utilización de los delitos de sospecha. V. Conclusiones

I. Introducción

Todo Estado democrático y social de derecho observa la garantía de legalidad, de la cual emana la facultad de establecer conductas reprochables en ejercicio del *jus* puniendi a fin salvaguardar el desarrollo de las personas en la sociedad. Sin embargo, al determinar comportamientos prohibidos mediante el Derecho penal en ocasiones se recurre a tipos penales

particulares que no cumplen con la determinación clara del hecho típico a sancionar, sino que se erigen bajo el criterio de sospecha o presunción de ilicitud.

Con los delitos de sospecha se produce un adelantamiento de las barreras punitivas previniendo supuestos delitos más graves a futuro, no existe amenaza real ni afectación a bienes jurídicos sino el vago deseo de establecer mayor seguridad (Camaño, 2003).

Al Código penal desde el año 2008 que entró en vigor, le han ido adicionando modificaciones que agravan las sanciones de algunos delitos, introducen otros y varían la filosofía del Libro Primero del mismo. Ejemplo de ello es la Ley N°68 de 2 de noviembre de 2009 (G. O. digital N°26401-B de 2 de noviembre de 2009), que con solo un (1) año y meses de vigencia desvirtuó la naturaleza y filosofía del nuevo ordenamiento penal. Entre las más desatinadas modificaciones que efectuó esta ley tenemos: varió la pena máxima por concurso de delitos prevista en el artículo 52 de treinta (35) años de prisión a cincuenta (50) años de prisión (artículo 1); la penalidad por concurso de delitos del sistema de acumulación jurídica dispuesto por el artículo 86 se transformó al sistema de acumulación aritmética haciendo más severa la reacción penal (artículo 2); se adicionó la reincidencia como circunstancia agravante al artículo 88 (artículo 6) y definió la misma (artículo 7) generando choque con las garantías de prohibición de doble juzgamiento *non bis in ídem* y de culpabilidad; varía el término para considerar a la persona, delincuente primario de cinco (5) a diez (10) años (artículo 8) desconociendo el *favor rei, favor libertatis*; incrementa la pena por delito de lesiones simples de dos (2) a tres (3) años de prisión y su equivalente en días multa o arresto de fines de semana los desecha como penas alternativas, fijándole pena de prisión de cuatro (4) a seis (6) años (artículo 11); a los delitos de lesiones agravadas les aumenta la pena de cuatro (4) a seis (6) años de prisión a la de seis (6) a diez (10) años de prisión (artículo 12); el artículo 13 de dicha Ley 68 adiciona los delitos de lesión y de amenaza a servidor público, mediante el artículo 138-A, hoy, artículo 140. A la vez, esta ley del año 2010 elevó las penas de algunos delitos patrimoniales.

Las sucesivas reformas al Código penal en adelante (CP), como las del año 2010 en su gran mayoría, han modificado e incorporado artículos que no resultan adecuados por carecer de consideraciones bio- psicosociales, desatender la política criminal pero lo más lamentable es que se obvia la garantía de legalidad. En todo Estado democrático y social de derecho la garantía de legalidad exige la aprobación de una ley orgánica a efectos de poder modificar el Código penal, no resulta válida la ley que lo reforma si la mayoría de las leyes adoptadas por la Asamblea nacional son leyes ordinarias y propuestas por quienes por mandato constitucional no están facultados para ello, generando preceptos de dudosa constitucionalidad en virtud de lo dispuesto por los artículos 163.1 y 165 de la Constitución política.

Este trabajo de investigación documental y descriptivo conlleva el examen de la doctrina y de las normas penales vigentes que describen delitos de sospecha en la república de Panamá, a fin de identificar las características que presentan. A la vez, luego de identificados los delitos de

sospecha en el Código penal y el Código electoral se puntualizarán las garantías y postulados que resultan afectados por los mismos.

II. Los delitos de sospecha en el Código penal

Contempla el Libro II del Código penal de la democracia de 2007 en algunos de sus títulos, un cúmulo de delitos que podrían denominarse: delitos de sospecha, delitos de estatus, delitos obstáculo y de los delitos de posesión. Asimismo, se asemejan y diferencian de los tipos básicos, los tipos subordinados, los delitos de mera conducta y los delitos de resultado (Guerra de Villalaz/Villalaz de Allen, 2013).

Con los delitos de sospecha se reprocha de manera ejemplar por el desvalor del acto sin importar el desvalor del resultado. Algunos son tipos de actividad o mera conducta en las cuales se describe una acción humana como delito de manera vaga e imprecisa, considerando una situación en la cual puede estar inmerso un sujeto en determinado momento. García Pérez (1993) apunta que en el delito de sospecha el precepto se cumple en algunos casos, una vez probados los elementos que sirven de base a la presunción, aunque deja abierta la posibilidad de refutar ésta por la actividad probatoria del acusado (Macagno (2011) señala que con el delito de sospecha se castiga una conducta, estado del sujeto o de cosas porque se infiere de ello la comisión de un acto disvalioso ajeno al tipo.

Mientras que los delitos de estatus, implican que el sujeto activo ostenta una calidad o condición particular, por expresar un peligro subjetivo (Pastor Muñoz, 2005, p. 61). Esa situación genera que varias personas podrían encajar en el tipo penal y genera el reproche que amerita sanción. Es por el solo hecho de formar parte de una conspiración para cometer delitos relacionados con drogas, de la asociación ilícita, de la banda o de criminalidad organizada, contar con la condición de miembro o parte del grupo que se genera la vinculación al hecho punible y la calidad de coautor.

Por otra parte, Cuesta Pastor (2003) es del criterio que los delitos obstáculo son aquellos que constituyen figuras de prevención en la que la lesión a un bien jurídico se plantea como necesariamente idónea para que se produzca el daño a otro interés en un momento posterior.

En tanto, de los delitos de posesión hemos afirmado (González Herrera, 2016) que procuran evitar aquella conducta en la cual incurre el sujeto por el hecho de tener en su poder o bajo su dominio determinados objetos, artículos o instrumentos que resultan necesarios para ejecutar un delito o consumarlo. Subraya Schroeder (2004) que son los que conminan con pena la posesión de objetos y que basta que el sujeto activo maneje objetos peligrosos, intente

utilizarlos, prepare la ejecución de algún delito . En tanto, Ambos (2015) anota que con los delitos de posesión se criminaliza la mera posesión de cosas u objetos.

El Código penal de 1916 en el artículo 519 reprochaba la tenencia o posesión de ganzúas de la siguiente manera: “El que tuviere en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo, y no justificare debidamente su adquisición o conservación, será castigado con uno a dos años de prisión. En igual pena incurrirán los que fabricaren dichos instrumentos”.

Este es un delito de posesión que generaba la reacción penal por el hecho de tener en su poder el sujeto, las ganzúas u otros instrumentos destinados a perpetuar el delito de robo.

Al examinar el Código penal encontramos preceptos que a ciertos delitos de sospecha por la calidad de la persona del autor le agravan la sanción por fungir como: director, dignatario, gerente, administrador, representante legal o integrante del comité de crédito de alguna institución financiera (artículo 247 CP); jefe de organización o célula terrorista (artículo 293 CP); jefe de un grupo delictivo organizado (artículo 328-A CP); si está vinculado como jefe a los tipos de conspiración para cometer delito relacionado con drogas, tráfico internacional de drogas, posesión agravada de drogas; si es jefe, dirigente u organizador de una banda u organización criminal nacional o internacional (artículo 322 CP); si es promotor, jefe o dirigente de la asociación ilícita o la pandilla (artículo 331 CP); si se desempeña de jefe militar o policial de un grupo genocida (artículo 454 CP). Al actuar como jefe, dirigente u organizador en la categoría de algún delito de estatus, delito obstáculo y delito de mera actividad donde existen otros intervinientes bajo sus órdenes.

a) Características de los delitos de sospecha

Entre las características que presentan los tipos penales que prevén delitos de sospecha podemos enunciar las siguientes: tienden a la tutela de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, se basan en la modalidad de delitos de peligro, tienden a exigir la responsabilidad por un mero estado o actitud del sujeto activo involucrado con la sospecha delictiva.

a. Los delitos de sospecha procuran la salvaguarda de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.

Los bienes jurídicos colectivos están conformados por relaciones macrosociales a las cuales hay que evitarle riesgos por estar en relación con el funcionamiento del sistema social (Bustos Ramírez/Hormázabal Malarée, 2006). La otra denominación de bienes supraindividuales comenta Macagno (2016) son los que se caracterizan por carecer de titularidad individual, reconoce a los *bienes jurídicos públicos, generales o universales*, referibles a la sociedad en su conjunto, identificables con el interés público y tutelados por los órganos del Estado quien aparece como titular último de los mismos” Destaca Corcoy Bidasolo (1999) que los delitos que

tienden a la protección de bienes jurídicos supraindividuales, los potenciales autores no son «los de siempre», por lo que puede afirmarse que existe más que una mera sospecha de que de estos posicionamientos se trata de proteger a estos «nuevos» autores (pp. 186-187).

A guisa de ejemplo tenemos: el delito de conspiración para cometer delito relacionado con drogas (artículo 312 CP); el delito de posesión de precursor, sustancia química, maquinaria o elemento destinado a la producción de y transformación de droga ilícita (artículo 314.4 CP); el delito de posesión agravada de drogas (artículo 321 CP); el delito de asociación ilícita (artículo 329 CP); entre otros. Todos estos injustos penales dirigidos a proteger la seguridad colectiva, a mantener el clima de paz y tranquilidad en la sociedad.

b. Los delitos de sospecha se constituyen bajo la modalidad de delitos de peligro abstracto.

Cada conducta o delito de sospecha se basa en la presunta peligrosidad del objeto material o los instrumentos que se encuentran en poder o bajo supuesto control del sujeto activo. Subraya Pastor Muñoz (2005) que no se da la manifestación de peligrosidad subjetiva sino solamente una presunción de peligrosidad que no es un equivalente funcional de la peligrosidad objetiva (p. 79). Al presentar la característica de delitos de peligro abstracto los delitos de sospecha consideramos que son una muestra más de Derecho penal simbólico, que como apunta Hassemer (1991) se emplean para dar apariencia que tutelan bienes jurídicos. Leandro Carranza (2011) subraya que los delitos de peligro abstracto prescinden del resultado, tutelan bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, aumentan las penas y disminuyen las garantías procesales.

La calidad del sujeto ligado a este tipo de delitos también genera la consideración de incursión en el injusto penal de sospecha. Un examen del conjunto de delitos del Código penal patrio nos hace encontrar diversos ejemplos que como delito de sospecha sancionan la particular situación o cualidad que posee el sujeto: promotor, directivo, gerente, dignatario, administrador, representante legal, apoderado o empleado que promueva o facilite la destrucción, ocultación o falsificación de los libros de contabilidad (artículo 246).

Recalca Berdugo Gómez de la Torre (2012) el recurso a la técnica de los delitos de peligro es una manifestación de política criminal dirigida hacia la prevención y orientada hacia las posibles víctimas.

c. El mero estado o actitud del sujeto basta para que sea autor de delito de sospecha.

La decisión del legislador de considerar delito ya sea un estado, actitud o la conexión causal del sujeto con algún objeto material o instrumento del delito, así como el ostentar la calidad de: dirigente, jefe, promotor, administrador, director o supervisor también genera responsabilidad penal.

Destaca Pastor Muñoz (2005) lo siguiente: “El autor puede manifestar su peligrosidad subjetiva de dos maneras: por una parte, expresando seriamente su disposición a cometer delitos-caso de pertenencia a alguna organización criminal; la otra, puede realizar actos objetivos de preparación-caso de la posesión con un significado objetivo de preparación, bien porque haya intención probada de cometer un delito, bien porque el objeto poseído esté específicamente destinado a la comisión de delitos.

Tomando en cuenta las características anotadas, entre los delitos de sospecha que prevé el Código penal tenemos: el seguimiento o vigilancia de alguna persona (artículo 168), la posesión de material pornográfico con imágenes de menores de edad (artículo 185), la conducción de vehículo hurtado (artículo 216.1), la tenencia de algún bien de patrimonio histórico (artículo 234), el blanqueo de capitales (artículo 254), el almacenamiento de obra protegida (artículo 264.1), el ocultamiento de dinero, documentos negociables u otros valores convertibles en dinero (art. 288-A 5), la utilización indebida de base de datos, red o sistema informático (artículo 289), el suministro incorrecto de drogas (artículo 309), la conspiración para cometer delito relacionado con drogas (artículo 312), la conservación de plantación para drogas (artículo 314.3), la posesión de sustancias químicas controladas y precursoras (artículo 316), el almacenamiento en bien inmueble o transporte de drogas (artículo 319), la posesión simple de drogas (artículo 320), la posesión agravada de drogas (artículo 321), la asociación ilícita (artículo 329), la pandilla o banda (artículo 330), la posesión de arma de fuego básica (artículo 333), la posesión de arma de fuego calificada (artículo 334), la aceptación de donativo, promesa, dinero, beneficio o ventaja (artículo 345 y 346), el enriquecimiento injustificado (artículo 351), el tráfico de influencias (artículo 354), la tenencia de instrumentos para fabricación de moneda o papel moneda (artículo agravada 377), la receptación de dinero, valores u objetos del delito (artículo 392), la posesión ilícita o almacenamiento ilícito de órganos, tejidos o fluidos humanos (artículo 456-C) y facilitar un bien mueble o inmueble para albergar a migrantes (artículo 456-H). En todas las figuras anotadas el sujeto activo queda ligado por la mera actitud, tenencia o posesión de algún objeto aunado a los indicios que es interviniente en algún delito.

En el Código electoral encontramos delitos de sospecha como: la retención de cédula de identidad ajena (artículo 519.4), la posesión ilícita de boletas únicas de votación (artículo 521.2), el retener urnas o actas de las mesas de votación o actas de juntas de escrutinio (artículo 528.4), la retención de actas, documentos o materiales electorales (artículo 529.2). En estas figuras, el sujeto activo por el hecho de tener en su poder ciertos documentos resulta vinculado al injusto penal.

A las incriminaciones como estas, Zaffaroni (1993) las cuestiona indicando que las agencias legislativas movidas por las campañas de “ley y orden” o por afán electoralista, se asemejan a cazadores paleolíticos. Ello, porque el cazador paleolítico pensaba que pintando ciertos animales en su cueva podría cazarlos por tener su imagen

Esta gama de delitos de sospecha, se mantienen en los textos penales dado que evitarán la futura afectación de los bienes jurídicos por otros delitos.

Górriz Royo (2013) afirma que los delitos de sospecha se basan, por lo general, en una presunción de culpabilidad referida a hechos, a la persona del autor o a su conducción de vida.

Plantea la doctrina (Castillo González, 2008, González Herrera, 2010, Mir Puig 1990, Quintero Olivares, 2003, Vidaurri Aréchiga, 2017) que el Derecho penal debe dedicarse a la salvaguarda de bienes jurídicos, que el delito tiene razón de ser, si persigue evitar se lesione o amenace gravemente algún bien jurídico.

Afirma Muñoz Pope (2003) que: "...el bien jurídico es la piedra angular de la moderna teoría del delito, que tiene su existencia a partir de la protección de un valor de rango y jerarquía (bien jurídico protegido). También, Busato/Montes Huapaya (2009, Guerra de Villalaz/Villalaz de Allen, 2013, y Arango Durling, 2017), reafirman que los delitos deben lesionar o dañar un bien jurídico protegido para que procedan las sanciones.

El bien jurídico tutelado por todo delito, observando lo dispuesto por el artículo 2 del Código penal, debe ser aquel que resulte indispensable para la salvaguarda de bienes o valores fundamentales de la sociedad.

No existe la denominada antijuricidad material que se pone de manifiesto al darse la lesión u ofensa al bien jurídico tutelado por los delitos de sospecha, solo se surte la antijuricidad formal o realización de la mera conducta que puede conllevar una postura que adopta el sujeto (miembro de una asociación o banda), la tenencia o posesión de algún objeto material (armas, droga, papeleta o documento de identidad) o contar con alguna condición personal (director, jefe, dirigente o promotor).

Sujetos activo y pasivo.

Al hablar de sujeto activo en los delitos de sospecha nos referimos a la persona o las personas que se les imputan estos delitos. Cualquier persona puede llevar a cabo la acción que describe un delito de sospecha, no requiere que tenga ninguna calidad especial, constituye un delito de sujeto activo simple o indeterminado y de sujeto pasivo indeterminado.

El sujeto activo normalmente ejecuta uno de los delitos de sospecha de tipo básico. Sin embargo, podría tornarse un delito de sospecha calificado o agravado si el tipo agrava la sanción por la cualidad de jefe, promotor, dirigente o directivo del grupo que conforma la asociación, la banda, la organización criminal o el grupo delictivo. Asimismo, podría cometerlo un solo individuo resultando un delito mono subjetivo de sospecha, sería delito de sospecha plurisubjetivo, si lo ejecutan varios sujetos o llevan a cabo el tipo penal que exige dos, tres o más personas una pluralidad de sujetos.

En torno al sujeto pasivo o los probables afectados por los delitos de sospecha tenemos que resulta amenazada la sociedad, conlleva que exista algún bien jurídico individual, colectivo o supraindividual que resulte lesionado o sufrido una grave amenaza.

El objeto material del delito resulta aquel sobre el cual recae la acción del sujeto activo (Vidaurre Aréchiga, 2015). Estos comportamientos resultan pluriofensivos amenazan generalmente la seguridad colectiva, al Estado y al orden económico. Pueden darse delitos de sospecha donde es indispensable que se posea, detente o cuente con algún objeto material como armas, drogas, documentos, entre otros, sin los cuales no tendría sentido imputar ni exigir responsabilidad.

A la vez, en cuanto al tipo subjetivo, es necesario que en todo delito de sospecha haya un firme deseo o propósito de actuar de carácter doloso por quien actúa como sujeto activo o agresor que lesiona o amenaza al bien tutelado. No existe posibilidad de comisión culposa de los delitos de sospecha.

Dispone el artículo 27 del Código penal: “Actúa con dolo quien quiere el resultado del hecho legalmente descrito, y quien lo acepta en el caso de representárselo como posible”.

Un actuar doloso según Díaz Aranda (2002) requiere el obrar con el propósito de violar la norma penal. Los elementos que conforman el dolo son: el elemento intelectual o cognitivo y el elemento volitivo. El elemento intelectual conlleva que el sujeto conozca lo que hace y ese conocimiento debe ser actual, sabe que ese comportamiento es delito. En tanto, Muñoz Conde/García Arán (2010) señalan que el elemento volitivo se pone de manifiesto con la voluntad incondicionada de realizar el delito.

Excepcionalmente, hay probabilidad de reconocer causa de justificación o eximente de culpabilidad en que podría estar inmerso algún sujeto activo si fue coaccionado, intimidado o amenazado. Si la persona resulta que incurre en obediencia debida (artículo 40 CP), estado de necesidad (artículo 33 CP) existirá causa de justificación. Del mismo modo, podría darse alguna causa de inculpabilidad como error de prohibición (artículo 39 CP), estado de necesidad

disculpante (artículo 41 CP), miedo insuperable (artículo 42.2 CP), coacción (artículo 42.2 CP), error de prohibición indirecto (artículo 42.3 CP). Podría incurrirse en algún delito de sospecha producto de una coacción, amenaza o situación en la que el sujeto es obligado por otro o algún grupo u organización criminal a custodiar, manejar o llevar sustancias prohibidas, artículos, armas, objetos o instrumentos del delito. Vidaurri Aréchiga (2017) es de la opinión que no basta que el sujeto sienta estar en peligro, para actuar bajo el amparo de la causa de justificación, deberá ajustar su proceder a las exigencias o requisitos impuestos por el Derecho penal (p. 113). A la vez, podría actuar incurriendo en alguna eximente de culpabilidad si resultó obligado a actuar contra su voluntad.

Punibilidad.

Las consecuencias jurídicas previstas para los delitos de sospecha resultan ejemplares, pues la gran mayoría de estas prevén sanciones de prisión.

La penalidad por incurrir en cualquier delito de sospecha siempre resulta privativa de libertad.

III. Garantías y principios que vulneran los delitos de sospecha

Entre las garantías y los principios que quedan entredicho con los delitos de sospecha tenemos la presunción de inocencia, la no obligación de declarar contra sí mismo o autoincriminarse, el principio de culpabilidad y el principio de protección del bien jurídico.

García Pérez sostiene (1993) que los delitos de sospecha vulneran las garantías fundamentales de estado de inocencia, de culpabilidad y de no autoincriminación.

Las figuras delictivas que constituyen delitos de sospecha, su utilización genera conflicto con las garantías fundamentales, los postulados y principios del derecho penal resultando de dudosa constitucionalidad.

A. Garantía de estado de inocencia

Plantea Górriz Royo (2013) que los delitos de sospecha resultan incompatibles con la presunción de inocencia por el alto riesgo que ellos implican de condenar a inocentes; a la vez, porque su introducción se opone al programa garantista por responder a una política criminal donde prima la seguridad, postergando la libertad y desplazando el hecho cometido por el autor, como objeto de prueba, a favor de las conjeturas, indicios o sospechas que no necesitan comprobación.

Como es sabido, la garantía fundamental de la presunción de inocencia prevista en el artículo 14.2 del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos, el artículo 8.2 de la Convención americana sobre derechos humanos, el artículo 22 de la Constitución política le imponen al Estado la obligación de acusar y probar que la persona ha cometido un delito o falta para que proceda su sanción. Con el delito de sospecha se atenúa la observancia de esta garantía al presumir que quien resulte vinculado al mismo podría ser responsable. No obstante, es necesario desvirtuar el estado de inocencia con sólidas probanzas a fin de poder tener al acusado como responsable del delito de sospecha.

Binder (2014) destaca: “...es más claro conservar la formulación negativa del principio para comprender su significado. Y lo primero que esa formulación nos indica es que “nadie es culpable si una sentencia no lo declara así”. Esto, en concreto, significa: a. Que sólo la sentencia tiene esa virtualidad. b. Que el momento de la sentencia sólo existen dos posibilidades: o culpable, o inocente. No existe una tercera posibilidad. c. Que la “culpabilidad” debe ser jurídicamente construida. d. Que esa construcción implica la adquisición de un grado de certeza. e. Que el imputado no tiene que construir su inocencia. f. Que el imputado no puede ser tratado como un culpable. g. Que no pueden existir ficciones de culpabilidad, es decir, partes de la culpabilidad que no necesitan ser probadas” .

Anota Muñoz Pope (1999) que la presunción de inocencia requiere plena prueba de la culpabilidad del sujeto. Pérez Sánchez (1997) de la presunción de inocencia refiere que la aplicación de este principio debe entenderse en el sentido de no autoría o no participación en el hecho punible y no en la subsunción de los hechos probados en las normas aplicadas por el juzgador. Por tanto vale decir que no se puede atribuir a ninguna persona acusada y no condenada consideración o trato de autor participe en hechos delictivos.

Ejemplos de conductas donde la sospecha o la creencia que los imputados podrían ser responsables son: la conspiración para cometer delitos relacionados con drogas (artículo 312 CP), la posesión simple de drogas (artículo 320 CP), la posesión agravada de drogas (art. 321 CP), la posesión ilícita de armas (artículo 333 CP), la posesión agravada de armas de fuego (artículo 334 CP), la retención de cédula de identidad personal (artículo 519.4 del Código electoral), la posesión de boletas únicas de votación (artículo 521.1 del Código electoral), la retención de actas, documentos o materiales electorales (artículo 529.1 del Código electoral).

B. Garantía de no autoincriminación

La garantía de no autoincriminación faculta al investigado o juzgado por delito de sospecha, a no declararse ni confesarse culpable, a guardar silencio e incluso mentir frente a la imputación de cargos que se le realice. Se halla previsto por los artículos 14.3 g del Pacto

internacional de Derechos civiles y políticos, el artículo 8.2 g de la Convención americana sobre derechos humanos, el artículo 25 de la Constitución política y el artículo 16 del Código Procesal penal, resulta colocada en estado de paralización por obligar a quien se le vincule a algún delito de sospecha a tener que aportar pruebas o desvirtuar el señalamiento que le hacen.

Montero Aroca apunta que en las normas reguladoras del proceso penal no sólo no puede imponerse al acusado obligación ni carga alguna relativa a la declaración, sino que incluso no puede permitirse que el juez extraiga consecuencias negativas para aquél del ejercicio de su derecho al silencio. De igual manera, hemos sostenido (González Herrera, 2003) que por mentir o callar no puede tenerse al procesado como presunto culpable.

Sobre esta garantía comenta Huertas Martín (1999) que otorga al imputado la libertad de decidir si quiere o no realizar declaraciones, que además pueden ser tanto de sentido inculpatario como exculpatario.

Ocurre generalmente la creencia que los acusados de delitos de sospecha son posiblemente responsables, algunos de estos tenemos: el blanqueo de capitales (artículo 254 CP), la defraudación fiscal (artículo 288-G CP), el enriquecimiento injustificado de servidor público (artículo 351 CP), la retención de cédula de identidad personal (artículo 519.4 del Código electoral), la posesión de boletas únicas de votación (artículo 521.1 del Código electoral), la retención de actas, documentos o materiales electorales (artículo 529.1 del Código electoral).

C. El principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad resulta desconocido al tener como presuntas responsables a las personas que resultan investigadas y juzgadas por delitos de sospecha. La Constitución política reconoce el principio de culpabilidad en el artículo 22 segundo párrafo que dispone lo siguiente: “Las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa. Quien sea detenido tendrá derecho, desde ese momento, a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales.

La Ley reglamentará esta materia”.

Es menester conforme esta disposición que quien acuse por delito o falta pruebe la culpabilidad del acusado, no basta que afirme, señale o sostenga que existe la responsabilidad

por la vinculación indiciaria al delito, si carece de prueba corresponde mantener el estado de inocencia y tenerlo como no culpable.

La imputación y la acusación usualmente parten de la premisa indiciaria que los sujetos están comprometidos con la acción prohibida, al estar en posesión de algún objeto material, realizar la conducta descrita que no genera resultado, presentar un perfil determinado u ostentar alguna postura.

Puntualiza Bacigalupo (1999) que: “El principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma. De esta manera, el principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona.

Considera Muñoz Pope (2003) que la culpabilidad implica el que en toda infracción punible debe comprobarse que el sujeto actuó u omitió el comportamiento descrito por la ley penal de forma dolosa o culposa, sin justificación alguna, con capacidad para tal proceder y haberse podido conducir de acuerdo al ordenamiento jurídico aunque no lo haya hecho.

Algunos delitos de sospecha que en nuestro ordenamiento contrarían este principio son: el blanqueo de capitales (artículo 254 CP), la conspiración para cometer delitos relacionados con droga (artículo 312 CP), la posesión agravada de drogas (artículo 321 CP), la asociación ilícita (artículo 329 CP) y la posesión ilícita de arma de fuego (artículo 333 CP). En los procesos por estos delitos de sospecha se presume o tiene como probable autor de estos a quienes resulten vinculados en base a la conexión o principio de causalidad, no se profundiza a efectos de constatar si existió autor mediato o instigador resultando impunes muchos individuos.

D. El principio de protección del bien jurídico.

Al reconocer el legislador el principio de protección del bien jurídico en el artículo 2 del Código penal, se obliga a quien acusa a ejercer la acción penal de manera racional, pues, no procede solicitar la aplicación de un precepto penal sino resulta afectado o gravemente amenazado un bien o valor fundamental de la sociedad (González Herrera, 2018).

Los delitos de sospecha presentan la particularidad que no lesionan ni dañan al bien jurídico tutelado, sino que describen un comportamiento, un estado o el contacto con algún objeto material no lesivo y lo establecen como potencial amenaza o aparente peligro a la seguridad del bien jurídico.

Algunos de estos delitos de sospecha no deja claro cuál es el bien jurídico protegido, al conceptualizar necesario evitar la grave amenaza a los posibles sujetos pasivos o bienes materiales como la posesión no autorizada de algún bien de patrimonio histórico (artículo 234 CP), la posesión de productos de tabaco sin pagar impuestos de introducción (artículo 288-A.6 CP), la tenencia de instrumento destinado a la elaboración o alteración de moneda o papel moneda (artículo 377 CP), el incumplimiento de pensión alimenticia (artículo 397 CP), la apología del delito (artículo 398 CP), entre otros.

IV. La utilización de los delitos de sospecha

Resultan útiles los delitos de sospecha? Los tipos penales de sospecha con su particularísima descripción muestran el interés del Estado de frenar la comisión de más graves delitos, pero carecen de claridad en torno a la tutela del bien jurídico que buscan salvaguardar o proteger.

Se valen de la técnica de tipificación del empleo de tipos de mera actividad y de peligro abstracto, estos últimos son una manifestación de Derecho penal moderno. Sobre esto comenta Cerezo Mir (2002) que “...una de las características del moderno Derecho penal es, sin duda, que en la protección de los bienes jurídicos colectivos y supraindividuales el legislador se ha olvidado del principio de subsidiariedad o *ultima ratio* del Derecho penal. Así se ha producido la paradoja de la coexistencia de un proceso despenalizador y de una hipertrofia del Derecho penal en las nuevas zonas de la actividad social en que irrumpe”.

Hemos de dejar claro que el Derecho penal no resulta indispensable para resolver lo que antes era competencia de la esfera administrativa, en materia de posesión de armas de fuego, lesiones personales simples o amenazas a servidores encargados de hacer cumplir la ley. Sin embargo, con los tipos penales que dan cabida a los delitos de sospecha se busca disuadir a los ciudadanos que cometan delitos de mayor envergadura o gravedad.

V. Conclusiones

Los delitos de sospecha presentan como características que tienden a la tutela de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, se basan en la modalidad de delitos de peligro, tienden a exigir la responsabilidad por un mero estado o actitud del sujeto activo.

La tipificación de los delitos de sospecha obedece al criterio de prevención en la sociedad de evitar futuros hechos punibles más graves, sin embargo, prescinden del respeto a las garantías de inocencia, no autoincriminación y de culpabilidad.

Los delitos de sospecha constituyen delitos de mera actividad, peligro abstracto y son plurisubjetivos muchos de ellos.

Bibliografía

- Ambos, K. (2015). La posesión como delito y la función del elemento subjetivo. Reflexiones desde una perspectiva comparada. *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXV, pp. 59-85.
- Arango Durling, V. (2017). Derecho penal, parte general, introducción y teoría del delito. Panamá Viejo.
- _____ (2008). Temas fundamentales de la nueva legislación penal. Panamá Viejo.
- Bacigalupo, E. (1999). Derecho penal, parte general. Buenos Aires. Hammurabi.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2012). Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy, Iustel.
- Binder, Alberto (2014). Introducción al Derecho Procesal Penal. Jurídica Continental.
- Busato, P. C./ Montes Huapaya, S. (2009). Introducción al Derecho penal. Fundamentos para un sistema penal democrático. INEJ.
- Bustos Ramírez, J./Hormázabal Malarée, H. (2006). Lecciones de Derecho penal, parte general. Trotta.
- Caamaño, F. (2003). La garantía constitucional de la inocencia. Valencia: Tirant.
- Castillo González, F. (2008). El bien jurídico penalmente protegido. Jurídica Continental
- Cerezo Mir, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho penal y Criminología*, °10, pp. 47-72.
- Corcoy Bidasolo, M. (1999). Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Tirant.
- Cuello Contreras, J./Mapelli Caffarena, B. (2011). Curso de Derecho penal, parte general. Tecnos.
- Cuesta Pastor, P. (2002). Delitos obstáculo, tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico. Comares.
- Díaz Aranda, E. (2002). Dolo, causalismo- finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México. Porrúa.
- García Pérez, O. (1993). Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Tomo 46, fascículo 2, pp. 629-678.
- González Herrera, A. (2018). El principio de protección del bien jurídico (art. 2 del CP). *Boletín de Ciencias penales*, N°9, pp. 83-99.
- _____ (2016). Los delitos de posesión en el Código penal. *Boletín de Ciencias penales*, N°5, pp. 54-63.
- _____ (2010). Postulados del Derecho penal y sistema acusatorio. Panamá: Cultural Portobelo.
- _____ (2003). Las garantías de no declarar contra sí mismo y de respeto a la dignidad humana. Universal Books.
- Górriz Royo, E. M. (2013). Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013? *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, N°14, pp. 197-228.
- Guerra de Villalaz, A. E./Villalaz de Allen, G. (2013). Manual de Derecho penal, parte general. Cultural Portobelo.
- Hassemer, W. (1991). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Nuevo foro penal*, N°51, pp. 17-31.
- Huertas Martín, Ma. I. (1999). El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba. Bosch.

- Leandro Carranza, H. R. (2011). Delitos de peligro abstracto. San José: Investigaciones jurídicas.
- Macagno, M. E. (2016). Los bienes jurídicos colectivos: Notas de su caracterización. Intercambios, N°17, <https://www.researchgate.net/deref/http>
- Macagno, M. E. (2011). La supervivencia de los delitos de sospecha: El caso del artículo 259 del Código penal argentino. Anales N°41, pp. 179-192.
- Meini Méndez, I. (2020). Manual de Derecho penal, parte general, fundamentos del Derecho penal y teoría del delito. UNODC.
- Mir Puig, S. (2015). Derecho penal, parte general. Barcelona: Reppertor.
- _____ (1990). Bien y bien jurídico-penal como límites al Ius puniendi. Estudios penales y criminológicos N°14, pp. 203-216.
- Montero Aroca, J. (1997). Principios del proceso penal, una explicación basada en la razón. Tirant.
- Muñoz Conde, F./García Arán, M. (2010). Derecho penal, parte general. Tirant.
- Muñoz Pope, C. E. (2003). Introducción al Derecho penal. Panamá: Panamá Viejo.
- _____ (1999). Proceso debido y justicia penal. Panamá Viejo.
- Pastor Muñoz, N. (2003). Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática. Atelier.
- Pérez Sánchez, E. A. (1997). Examen jurídico del derecho a la presunción de inocencia del acusado en el proceso penal. Universidad de Panamá.
- Quintero Olivares, G./Morales Prats, F./Prats Canus, J. M. (2002). Manual de Derecho penal, parte general. Aranzadi.
- Schroeder, Friedrich-Christian (2004). La posesión como hecho punible. Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª. Época, n°14, pp. 155-169.
- Vidaurri Aréchiga, M. (2015). Teoría general del delito. Oxford.
- Zaffaroni, E. R. (1993). En busca de las penas perdidas. Temis.

ALBERTO H. GONZÁLEZ HERRERA

<https://orcid.org/0000-0001-5141-8528>

Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 1995. Especialista en Ciencias Penales, Universidad de Costa Rica, 1997. Maestría en Derecho con Especialización en Ciencias Penales, Universidad de Panamá, 2005. Certificado de Diploma de Estudios Avanzados de Tercero Ciclo (Doctorando), Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2008. Profesor de Derecho Penal, CRUSAM.

Artículo recibido: 15 de agosto de 2023

Aprobado: 20 de septiembre de 2023

REFLEXIONES SOBRE EL DELITO DE GROOMING.

Muñoz Arango, Campo Elías. Universidad de Panamá,
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, Panamá

RESUMEN:

El autor examina el Grooming, delito sexual cibernético, en la que los agresores sexuales lo realizan por medios digitales, en perjuicio de la libertad e indemnidad sexual de menores de edad, en la que establecen un contacto mediante manipulación, engaño, ganándose la confianza y lo mantiene enganchado seduciéndole para que le envíe imágenes u otros de contenido sexual, proponiéndole un encuentro con fines de realizar un delito sexual, y a la vez pretendiendo que es un menor de edad, destacando que estamos ante un acto adelantamiento del Derecho Penal, pues en realidad es un acto preparatorio que el legislador ha elevado a categoría de delito.

PALABRAS CLAVE: delito sexual cibernético, Grooming, ciberacoso, libertad e indemnidad sexual, menores de edad.

ABSTRACT

The author examines Grooming, a cyber sexual crime, in which sexual offenders carry it out through digital means, to the detriment of the sexual freedom and indemnity of minors, in which they establish contact through manipulation, deception, gaining trust and keeps him hooked by seducing him to send him images or other images of sexual content, proposing a meeting for the purpose of committing a sexual crime, and at the same time pretending that he is a minor, highlighting that we are facing an act that advances Criminal Law, since in In reality, it is a preparatory act that the legislator has elevated to the category of crime.

KEYWORDS: cybersex crime, Grooming, cybercrime, freedom and indemnity, minors.

SUMARIO: 1. Introducción 2. Fases o etapas del online Grooming 3. Un examen al delito de Grooming. 4. Conclusiones

1. Introducción

El término Grooming, de acuerdo con el Diccionario panhispánico de español jurídico se entiende como el “acoso sexual a menores de edad a través de medios informáticos o telemáticos, fundamentalmente mediante chats y redes sociales.

UNICEF (2012), explica que el Grooming online: es la situación en que un adulto acosa sexualmente a un niño o niña mediante el uso de las TIC. Los perpetradores de este delito suelen generar un perfil falso en una red social, sala de chat, foro, videojuego u otro, en donde se hacen pasar por un chico o una chica y entablan una relación de amistad y confianza con el niño o niña que quieren acosar.

El Grooming es una forma de abuso y explotación sexual de niños, niñas y adolescentes que también se da presencialmente, cara o cara, aunque es más frecuente porque se facilita mediante el uso de las tecnologías de información, es decir, Grooming online, y tiene como propósito entablar una amistad con estos a fin de cometer un delito sexual.

En algunos países, el Grooming ha sido regulado, como por ejemplo, en Argentina mediante la Ley 27590 de 2020 como una forma de ciberacoso, mientras que en España, se explica que *Child grooming o grooming* consiste en contactar a un menor de dieciséis años y proponerle concertar por un medio tecnológico un encuentro con la finalidad de cometer los delitos previstos en los artículos 183 y 189 del Código Penal, fingiendo amistad, y finalmente, en Costa Rica (Ley 100020/2021), es un acoso por medios electrónicos a menores de edad realizado por adultos.

En cuanto a Panamá, el delito bajo examen no está regulado, sin embargo, reposa en la Asamblea de Diputados un Anteproyecto de Ley 033 de 14 de julio de 2020, por medio del cual se adiciona el artículo 184 al Código Penal, el delito de acoso a menores de edad en las redes sociales, el cual dice lo siguiente:

Artículo 184-A: Quien, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad mediante engaño, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual en donde incluyan o no imágenes, videos, textos o audios será, sancionado con pena de prisión de tres a seis años de prisión. La pena será de seis a ocho años de prisión si el delito se comete en contra de una persona menor de catorce años o la conducta se valga de una condición de discapacidad.

No obstante, lo anterior la ciudadanía “cada vez más está consciente de los riesgos a la seguridad e integridad de los niños” aunque exige que los padres adopten medidas para prevenir estos hechos, y se han realizado operativos (2017) conjuntamente con España, Interpol y Europol (Rojas,2018).

2. Fases o etapas del online Grooming

Nos dice UNICEF (2012), que el *Grooming*, requiere del desarrollo de un proceso o etapas, que varían de acuerdo con los autores, algunos hablan de tres (amistad , confianza y manipulación sexual), mientras que otras hablan de cuatro o hasta cinco fases.

También se habla de dos tipos de Grooming, aquel *Sin fase previa* de relación y generación de confianza o *Con fase previa* de generación de confianza, que en este último caso crea un vínculo de confianza con el menor de edad para tener control y lograr su propósito sexual.

En cuanto al *Grooming*, con fase previa de generación de confianza, Unicef (2016), nos trae un ejemplo de ello. “ En este caso, el material es entregado por el chico o chica, y la confianza se vuelve el instrumento indispensable. Para generar esa confianza el adulto se vale de distintas herramientas para mentir sobre su identidad y hacerse pasar por un par (chico o una chica menor). Esto lo logra manipulando o falsificando fotos o videos, y manteniendo conversaciones en un lenguaje coloquial acorde a la edad del chico o chica que quiera acosar. También suele tomar los gustos y preferencias que los chicos vuelcan en la web para producir una falsa sensación de familiaridad o amistad. Es frecuente que quien realiza el abuso utilice el tiempo para fortalecer e intensificar el vínculo. El tiempo transcurrido varía según los casos, pero el abusador puede lograr su objetivo en una charla o esperar meses e incluso años. Esto ayuda a que el chico se olvide o deje de tener presente que del otro lado hay un desconocido, porque a partir del tiempo transcurrido y las conversaciones compartidas pasa a considerarlo un amigo. Una vez que el material llega al abusador, se genera una situación de chantaje donde suele quedar en evidencia la mentira sobre la identidad del adulto, quien le pide al chico más imágenes (o incluso un encuentro personal) a cambio de no mostrar el material. La posición de poder en la que se encuentra el abusador se refuerza por el manejo de la situación que tiene como adulto, y por la vergüenza que siente el chico al enterarse de que se expuso ante alguien más grande, que puede hacer público el material privado. Es necesario destacar la importancia que tiene la cámara web, ya que se vuelve indispensable, en muchos casos, para que el chico se exhiba ante el adulto. Como explicábamos anteriormente, los abusadores se valen de programas que producen un falso video para aparentar ser un o una joven “

Por lo que respecta, al *Grooming, sin fase previa* de relación y generación de confianza, UNICEF (2016: 40), menciona como supuesto “ El acosador logra tener fotos o videos sexuales de los chicos y chicas mediante la obtención de contraseñas o hackeo de cuentas. Con el material sexual o erótico en mano, extorsiona al chico o chica con mostrarlo si este no le entrega más material o accede a un encuentro personal. En este caso el material es obtenido a la fuerza, y el niño o niña acosado puede no saber cómo se obtuvo.

A continuación nos vamos a referir a las etapas que se mencionan en el *Child grooming online*:

a) Etapa de contacto con la víctima, de enganche o *entrapment* (atrapamiento). El adulto se acerca al menor de edad fingiendo que lo es, y se gana su confianza a través del intercambio de

conversaciones sobre gustos u otros temas de interés que el menor le comenté, haciéndole ver que es su amigo, que está accesible. En este momento, el menor de edad no advierte lo riesgoso que es tener contacto con desconocidos, o quizás porque tiene baja autoestima.

En relación con las características principales correspondientes a las conductas de grooming, el primer contacto online se produce mayoritariamente en redes sociales (en un 54% de los casos); lo que sucede tanto en el grooming entre iguales como en el procedente de adultos. En segundo término, el medio más escogido para contactar son los chats (23%). El correo electrónico queda relegado al tercer puesto (10%). Villacampa Estiarte, 2017 (Gomez Adillon, 2016).

Esta etapa es importante, porque el agresor debe seleccionar cuidadosamente a la víctima, en la que influye su atractivo, facilidad de acceso o vulnerabilidad, y es por tanto un proceso estratégico y planificado (Agosto Piñeiro, 2020).

En relación con el lugar donde la víctima se halla en el momento en que el incidente tiene lugar, al margen de cuáles sean sus hábitos de uso de nuevas tecnologías, la mayor parte de las víctimas se hallan en casa (72%), seguidas a mucha distancia por aquellas que están en casa de un amigo (10%), en la escuela (5%) o en la calle (2,4%). Tanto en el caso del grooming entre iguales como en el grooming que procede de adultos, las víctimas se hallan generalmente en casa (74% casos en el caso de los adolescentes y entre el 72 y el 90% de los casos según pregunta en el procedente de adultos). Las diferencias en la ubicación de la víctima según quienes sean los sujetos activos del grooming están en la segunda de las ubicaciones más habitualmente escogida: mientras en el caso del grooming procedente de adolescentes, las víctimas se hallan en segundo lugar en casa de un amigo (12%), en el caso del grooming procedente de adulto la opción del centro educativo o la calle es la segunda mayormente escogida (Villacampa Estiarte y Gomez Adillon, 2016).

b) **Etapa de fidelización.** Conociendo los gustos e intereses del menor se le facilita el camino al agresor y se convierte en un confidente y en un amigo solidario del menor de edad, y con ello se abren las puertas para obtener más información a través de las conversaciones, sobre su familia, sus problemas personales u otros, pues el menor lo considera como un amigo interesado y con quien puede compartir prácticamente todo.

c) Etapa de Aislamiento. Luego de lo anterior, logra el aislamiento del menor, y conseguir que se mantenga enganchado ya que se ha ganado su confianza.

c. **Etapa de seducción.** El acosador conversa sobre temas de sexualidad, y lo va seduciendo para que le envíe imágenes, videos de naturaleza sexual, a la vez que le envía imágenes pretendiendo ser un menor de edad.

Incluso más habitual que el envío de fotos en los supuestos de victimización por grooming resulta que los *groomers* soliciten a las víctimas que les envíen una foto suya. Los *groomers* piden fotos a las víctimas en un 61% de los supuestos, cuando ofrecen las propias en un 58%. (Villacampa Estiarte y Gómez Adillon, 2016).

d). Etapa de acoso. El agresor ejerce su capacidad manipuladora sobre el menor de edad a fin de que ello lleve a el encuentro personal con el mismo, pues ya conoce su historia personal, sus debilidades y empieza a chantajearlo con la publicación de imágenes y videos o en otro caso le solicita más, y el menor de edad ya está completamente aislado de sus seres querido y al merced del agresor que lo aprovecha.

3. Un examen al delito de Grooming.

3.1 Introducción y bien jurídico protegido.

En la actualidad en Panamá no tenemos la figura de *Child Grooming o Grooming*, mientras tanto reposa en la Asamblea de Diputados una propuesta legislativa desde 2020, y para analizar este delito vamos a tomar en cuenta los elementos comunes que suelen señalarse, en otras legislaciones, como por ejemplo, en la legislación de España y Argentina,

En países como España y Argentina el *Grooming o Child Grooming*, se considera riesgoso por los peligros a la libertad e indemnidad sexual, y la persona puede ser objeto de explotación sexual y de pornografía infantil.

Es un hecho que atenta contra el adecuado desarrollo y formación de la personalidad y sexualidad del menor (Gorriz Royo, 2016) y con la intimidad, el derecho a la imagen y el honor del menor de edad (Rubio, 2021).

3.2 El sujeto activo (*groomer*) en el delito de Child Grooming y la Víctima.

3.2.1 El *Groomer* o sujeto activo del delito de Grooming.

En el delito de Grooming, quien lo realiza se le llama *Groomer*, que se constituye como el sujeto activo del delito, y generalmente es cualquiera persona de cualquier sexo o edad, conocido o no, un depredador, aunque hay países que lo señalan como un adulto (Costa Rica).

Así pues, puede ser un menor de edad el agresor del delito, aunque muchos opinan que para las personas adultas le es más fácil llevar a cabo el delito, por sus habilidades de crear una falsa identidad o de persuasión para que el menor le entregue el material pornográfico y conseguir el encuentro, o para pasarse como menor de edad o recurrir a otras maniobras, como robos de identidad (Riquert,2014, 10).

En cuanto al sujeto pasivo, es el menor de edad como titular del bien jurídico protegido, cuyo límite de edad es variable en las legislaciones, en la legislación española son los menores de 16 años, en la propuesta legislativa panameña, la tutela penal es para todos los menores de edad sin excepción.

Es necesario señalar, que el grupo mayoritario de víctimas oscila entre los 15 y 16 años, y las chicas aparecen en un 60% como víctimas conectadas en la red, ya sea en Facebook, Instagram, pero también los tipos más usados son el Whatsapp (12%), y en muchas ocasiones

las víctimas piensan que la información que les ofrecen los *groomers* en sus respectivos perfiles es verdadera (63%), alcanzando sólo el 17% los casos en que creen que es falsa (Villacampa Estiarte, 2016).

La conducta típica se configura de manera distinta en cada legislación, sin embargo, hay elementos comunes que a continuación vamos a señalar.

Nos dice BUOMPADRE (2014), que la conducta típica de Grooming integra una pluralidad de hipótesis, por lo que podría ser caracterizado como un tipo mixto acumulativo, en la que se castigan modalidades conductuales que, en forma aislada, carecerían de relevancia penal: el contacto con un menor de trece años, una propuesta de concertar un encuentro con ese mismo menor (o a través de él, con otro menor), el acompañamiento de dicha propuesta de actos materiales encaminados al acercamiento y la finalidad de cometer alguno de los delitos sexuales previstos en los artículos 178 (agresión sexual) y 183 (abusos y agresiones sexuales a menores de trece años) y 189 (delitos relacionados con la pornografía vinculados a menores e incapaces) del Código penal. Todas estas conductas deben estar enlazadas entre sí para que se pueda dar por perfeccionada la infracción, sin que para ello resulte necesaria la consumación de alguno de los delitos sexuales perseguidos, en cuyo caso, estaríamos frente a una relación concursal (de carácter real, arts. 73 y ss, CP) con los delitos cometidos (art. 183 bis, CP)¹¹ “

Este hecho se concreta mediante la realización de diversos actos común en el Grooming que el agresor concrete actos que deben cumplir como: un primer contacto a través de cualquiera de las Tics con el menor (recogiendo así un *numerus apertus* que prevé la aparición de nuevos dispositivos tecnológicos), una propuesta de encuentro con el mismo (sin que sea necesariamente sexual), y actos materiales dirigidos al acercamiento (aunque dicho encuentro físico nunca llegue a producirse). Igualmente, nos encontramos ante un delito doloso que requiere además una concreta finalidad sexual (Quiara López Ferrer y de la Mata, 2022.).

a) El acto de contactar a un menor de dieciséis años.

La expresión contactar, significa ponerse en contacto con alguien, en otras palabras, es una vía para comunicarse con alguien, y este es un elemento importante en este delito, y es un paso previo a la proposición del agresor para llevar a cabo sus fines sexuales, por lo que el mero contacto sin proposición no concreta el hecho delictivo.

Se realiza por medios tecnológicos de la información y de la comunicación, incluyendo el celular, y se excluye el Child Grooming offline o cara a cara, y solo se requiere el mero contacto ocasional no continuo como dice DE LA MATA (2017), y aunque pareciera que la iniciativa del contacto la tiene el agresor, no por ello se admite que pueda ser realizada por el menor de edad, pero lo que si queda claro es que es necesario que ese contacto se obtenga una respuesta.

b) Proposición de un encuentro con un menor de dieciséis años.

La proposición tiene como acto previo el contacto del agresor con el menor de edad, luego de establecerlo basta una sola propuesta idónea por parte del agresor, y debe ser aceptada por el mismo, aunque otros no lo consideran así (Fossaroli, 2021).

Así nos dice DE LA MATA (2017), que “el contacto que se castiga no es la mera solicitud o invitación, sino que se requiere que la persona la haya recibido Este elemento exige una **proposición seria y concreta que confirme la voluntad del sujeto activo de llevar a cabo el encuentro**. Y, aunque ello pueda generar lagunas de penalidad, es él quien tiene que realizar la proposición. Este elemento exige una **proposición seria y concreta que confirme la voluntad del sujeto activo de llevar a cabo el encuentro**. Y, aunque ello pueda generar lagunas de penalidad, es él quien tiene que realizar la proposición

En lo que respecta al tipo de encuentro, la norma no lo especifica, presencial o virtual, sin embargo, se aduce que las conductas previstas en el artículo 183 requieren de un contacto personal y no offline o virtual (De la Mata,2017).

c) Actos materiales encaminados al acercamiento.

La expresión actos encaminados al acercamiento debe entenderse de conformidad con la STS de 24 de febrero de 2015 de España, que dice que son actos que tienden al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el afecto y confianza a la víctima, considerando como actos materiales aquellos que necesariamente deban repercutir y reflejarse más allá del mundo digital. No se trata de actos formales, no se establece que tipo de actos materiales se trata, pero lo fundamental es que sean efectivos para lograr el acercamiento con el menor

Nos dice, DE LA MATA BARRANCO, “(2017), que hay que tener presente que se exige ir más allá de proponer una cita o encuentro, sino algo concreto de fijar el lugar y el momento .Esos actos materiales , pueden constituir regalos, por ejemplo de un teléfono celular para que el menor se mantenga en contacto (STS 97(2015 de 24 de febrero), y afirman otros que dicho encuentro no requiere ser físico y que llegue a producirse (López Ferrer,2022), aunque en sentido contrario se interprete por otros que deben ser actos tangibles y perceptibles por los sentidos en el mundo físico (Gorriz Royo)

Se entiende que los actos encaminados al acercamiento son actos que tienden al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el afecto y confianza a la víctima, considerando como actos materiales aquellos que necesariamente deban repercutir y reflejarse más allá del mundo digital (STS de 24 de febrero de 2015),

d. Con el fin de cometer cualquier delito de los artículos 183 y 189 del Código Penal.

El propósito del agresor en el Grooming en línea, es la de contactar y proponer encuentro para realizar delitos sexuales, aunque no es necesario que se concrete el delito sexual. También el menor de edad debe haber respondido, o determinarse con acciones objetivas, actos materiales encaminados al acercamiento”, por ej. llevar a cabo dichos a actos de acercamiento (dirigirse al lugar del encuentro), confirma esta opinión (Buompadre).

La actuación del agresor es dolosa nos dice RIQUERT (2014), que hay pues una “ultra intención” por parte del agente que debe ser acreditada a través de video, audio, imágenes, entre otros.

Puede que se dé el error de tipo, tomando en cuenta que la virtualidad impide conocer con certeza la edad del agresor y del menor de edad (Lopez,2017), y el menor de edad puede haber aseverado ser mayor de edad, también se afirma que el error al revés, puede concurrir cuando el sujeto creyera estar conectado con un menor de dieciséis años y no tiene esa edad (López,2017)

3.3. La antijuricidad y culpabilidad.

Respecto a las causas de justificación no es posible encajar las mismas, y en el caso del consentimiento la exclusión de responsabilidad penal dependerá de la edad de los menores de edad, por ejemplo, en el caso de España, cualquier actos que se realice por debajo de los 16 años sin consentimiento hace responsable al sujeto, situación que no ocurriría en nuestro país que la tutela penal alcanza hasta los 18 años de edad.

En cuanto a la culpabilidad, el sujeto será responsable penalmente si es imputable y ha actuado con conocimiento de la antijuricidad y su comportamiento le es exigible.

3.4. Formas de aparición del delito

El delito de Grooming presenta la consumación cuando se realiza el contacto con el menor de edad, pero es necesario que tenga como propósito ilícito el llevar el encuentro sexual con fines de realizar un delito sexual (Riquert, 2014), aunque no se lleve a cabo el mismo, pero en la que es importante que se den actos materiales de acercamiento con el sujeto para poner en riesgo su libertad sexual (Santa Cruz, 2017).

A ese respecto, se expresa que el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando lo que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años (STS -2.^a- 95/2015, de 24 febrero de Espala (Berdugo), pero que el legislador lo considera como un acto ejecutivo cuando tiene fines de cometer delitos sexuales.

Pero, eso no quita que no falten las discusiones en cuanto a si es o no un acto preparatorio (Dolz, 2016), y en otro caso si es un delito de peligro abstracto o de mera actividad

(Mazza, 2022), pero se concluye que no es más que un delito de mera actividad, la consumación no requiere la producción de un resultado, sino que” basta con que el sujeto activo lleve a cabo la secuencia de acciones los actos materiales encaminados al acercamiento” (Santa Cruz,2017).

Respecto al autor que es el *Groomer* es un delito de propia mano, y nada impide la intervención de otros sujetos a título de partícipes.

3. 5. Consecuencias jurídicas

En lo que respecta a las consecuencias jurídicas para el Grooming depende de cada legislación, en el caso de Ecuador (art. 173) para el que contacta a un menor de edad por medios telemáticos y propone concentrar un encuentro acompañado de actos de índole sexual o erótico, será castigado con una pena privativa de libertad de uno a tres años, si este acercamiento se lo realiza a través de intimidación será castigado con pena privativa de libertad de tres a cinco años (Código Orgánico Integral Penal, Art. 173).

Por su parte, en el Perú, el artículo 183 (L2018), que castiga la “Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos, señala que cuando se con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para proponerle llevar a cabo cualquier acto de connotación sexual con él o con tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de nueve años. Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años, y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años. En todos los casos se impone, además, la pena de inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 y 11.

4. Conclusiones

Nuestro país hasta la fecha no tiene castigo para el Grooming online, o en línea, aunque hay una propuesta que reposa en la Asamblea de Diputados un Anteproyecto de Ley 033 de 14 de julio de 2020, por medio del cual se adiciona el artículo 184 al Código Penal, el delito de acoso a menores de edad en las redes sociales, el cual dice lo siguiente:

Artículo 184-A: Quien, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad mediante engaño, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual en donde incluyan o no imágenes, videos, textos o audios será, sancionado con pena de prisión de tres a seis años de prisión. La pena será de seis a ocho años de prisión si el delito se comete en contra de una persona menor de catorce años o la conducta se valga de una condición de discapacidad.

El delito que hemos estudiado es un delito sexual cibernético que atenta contra la libertad e indemnidad sexual de los menores de edad, y que en la actualidad es un hecho que esta impune dado que aún no ha sido regulado, y esperamos que en fecha oportuna se castigue a fin de evitar

la impunidad, pues en el año 2021 se señalaba un aumento de 70% en los delitos de corrupción, explotación sexual, entre otros, producto también en su momento del aislamiento en la pandemia.

En este trabajo en esta ocasión hemos estudiado el Child Grooming online, que es uno de los delitos cibernéticos que frecuentemente afectan a los menores de edad, desde una perspectiva de derecho comparado, y queda pendiente para analizar en otra ocasión esta forma de ciberacoso sexual y delito cibernético desde la propuesta legislativa que pretende regular este delito.

Bibliografía

Agosto Piñeiro, M. (2022). El delito online grooming: Alcances y limitaciones. *Revista Jurídica U.I.P.R.*, Vol.LV 3_503, 504-524. <http://www.derecho.inter.edu/wp-content/uploads/2022/03/G>

Arango Durling, V. “Ciberdelitos contra niños, niñas o adolescentes”. *Estrella de Panamá*. 7/4/2023. <https://www.laestrella.com.pa/opinion/columnistas/230407/ciberdelitos-ninos-ninas-adolescentes>.

Arango Durling, V. (2023) Protección penal contra la explotación sexual de menores. *Boletín de Ciencias Penales*. (19,44-61) Universidad de Panamá. <https://facderecho.up.ac.pa/sites/facderecho/files/2023-01/5.%20VIRGINIA%20ARANGO%2C%20PROTECCI%C3%93N%20PENAL.pdf>

Almenar Pineda, F. (2018). *Ciberdelincuencia, Teoría y práctica*, Oporto, Juruá Editorial.

Attrill-Smith., A., Wesson C. J., Chater, M. L., & Weeks, L. (2021). Gender differences in videoed accounts of victim blaming for revenge porn for self-taken and stealth-taken sexually explicit images and videos. *Cyberpsychology: Journal of Psychosocial Research on Cyberspace*, 15(4), 1-20. <https://doi.org/10.817/CP2021-4-3>.

Arango, V. (23/3/2023). Difusión de imágenes sin consentimiento. *La Estrella de Panamá*, sección opinión. <https://www.laestrella.com.pa/opinion/columnistas/230329/difusion-imagenes-consentimiento>.

(2019). Inquietudes sobre el acoso sexual. *Boletín de Ciencias Penales*, (11) 19-32. Universidad de Panamá. <https://facderecho.up.ac.pa/sites/facderecho/files/arch-img-derecho/publicaciones/boletin123.pdf>

(2017). Acoso persecutorio ilegítimo y con fines ilícitos y el delito de stalking. *Boletín de Ciencias Penales*, (8), 112-137. <https://facderecho.up.ac.pa/sites/facderecho/files/arch-img-derecho/publicaciones/boletin123.pdf>

Blanco Ruiz, M. y García Sedano, T. (2015). *El stalking desde una perspectiva socio jurídica*. Universidad Carlos III de Madrid. <https://sociología.jurídica.unizar>.

Buompadre, J. (2014) Respecto a la conducta típica, es necesario distinguir como se configura en cada legislación. *Pensamiento penal*,1-38, <https://www.pensamiento penal.com. ar. 2014pdf>.

Chasco, M- (2017). El grooming en el sistema legal. <https://polemos.pe/3571-2/>

Craven, S. , Brown, S. y Gilchrist, E. (2006). Sexual grooming of children: Review of literature and theoretical considerations .*Journal of Sexual Aggression*.(12)No.3,288-299 <https://www.nationalcac.org/wp-content/uploads/2019/05/Sexual-grooming-of-children-Review-of-literature-and-theoretical-considerations-Craven-2006>.

Cuervo Nieto, C. (2022). El delito de child grooming en el Derecho penal español. Análisis del tipo penal y breves reflexiones. *Noticias jurídicas*. <https://noticiasjuridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/16988-el-delito-de-child-grooming-en-el-derecho-penal-español-análisis-del-tipo-penal-y-breves-reflexiones>.

De la Mata Barranco, N. (2017). Child grooming II. Qué elementos definen el delito? <https://almacenederecho.org/child-grooming-ii-elementos-definen-delito>

Dolz Lago, M. (2011). Un acercamiento al nuevo delito de child grooming, entre los delitos de pederastia. *Diario la Ley* (7575), (1740.ss).

Dolz Lago, M. (2016).Child grooming y sexting: anglicismos, sexo y menores en el Código penal tras la reforma del 2015,.,*Diario la Ley* (8758, (1ss). <https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado =WKE>

Donoso-Vázquez, T., Rebollo Catalán (2018).*Violencia de género en entornos virtuales*, Barcelona, Octaedro.

Fernández Delgado, L. (2021). *El fenómeno del Sexting. Aspectos jurídico-penales*. Diego Marin.

Gorrioz Royo, E. (2016). On-line child grooming en Derecho penal español El delito de preparación on-line de menores con fines sexuales, del art. 183 ter.1º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de Marzo), *Revista para el Análisis del Derecho*,3, 1-48 <https://indret.com/wp-content/uploads/2016/07/1236.pdf>.

Guardiola, M. (2016). El sexting: nuevo tipo penal introducido tras la reforma del Código Penal *Legal Today*, <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/el-sexting>.

Fossaroli, P. (2021). El delito de grooming y su investigación a la luz del Código Procesal Penal de Mendoza. *Derecho penal online*, <https://derechopenalonline.com/el-delito-de-grooming-y-su-investigacion-a-la-luz-del-codigo-procesal-penal-de-mendoza/>

Gorriz Royo, E. (2016). Online child grooming en Derecho Penal Español, *Indret*, 14, 141
<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/314410/404524>

Hernández, M.P. y Maganto Mateo, C. (2018). *Sexting, sextorsión y grooming Identificación y prevención*. Pirámide, España.

Incibe, Grooming. <https://www.incibe.es/aprendeciberseguridad/grooming>

Limor, E. (2020). The crime of Grooming, *Child and Family Law journal*, vol 8-Issue 1, law publications, barry. Educ 3-27

López Ferrer, Q. (2022),. El delito de child grooming o ciberacoso a menores: evolución legislativa y análisis del tipo. <https://www.diariojuridico.com/el-delito-de-child-grooming-o-ciberacoso-a-menores-evolucion-legislativa-y-analisis-del-tipo/>

López Ferrer, Q. (2022). El delito de child grooming o ciberacoso a menores: evolución legislativa y análisis del tipo. *Diario Jurídico*. <https://www.diariojuridico.com/el-delito-de-child-grooming-o-ciberacoso-a-menores-evolucion-legislativa-y-analisis-del-tipo/>

Maldonado Guzmán, D. (2019). El mal denominado delito de Grooming online como forma de violencia sexual contra menores. Problemas jurídicos y aspectos criminológicos. *Reeps* 5,1-18, www.ejc-reeps.com.

Maza, P. Delito de Child Grooming o acoso a menores en internet. <https://pablomazaabogado.es/es>

Melgarejo Chacón, M.(2021). *Análisis típico de la pornografía de venganza en Colombia*. Tesis en Derecho, Universidad de Ibagué. Tolima.

Miró Linares, F. (2012). El cibercriminal. Perfiles de delincuentes en el ciberespacio El cibercrimen Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio. <https://soyancrig.com.gt/data/files/libros/el-cibercrimen.pdf>

Limor, E. (2020). The crime of Grooming, *Child and Family Law journal*, vol 8-Issue 1, law publications, barry. Educ 3-27. <https://lawpublications.barry.edu/cflj/vol8/iss1/1>

López Ferrer, Q. (2022), El delito de child grooming o ciberacoso a menores: evolución legislativa y análisis del tipo. *Diario jurídico*. <https://www.diariojuridico.com/el-delito-de-child-grooming-o-ciberacoso-a-menores-evolucion-legislativa-y-analisis-del-tipo/>

Miró Linares, F. (2012). *El cibercrimen Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Marcial Pons, 2012.

- Parada, R. y Errecaborde, J. (2018). *Ciberdelitos y delitos informáticos : los nuevos tipos penales en la era de internet*. Erreius.
- Ringenberg, T., Seigfried-Spellar, C., Rayz, J., Rogers, M. (2022). A scoping review of child grooming strategies:pre and post internet. *National center of Biotechnology Medicine*. Vol. 123,(105- 120). <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/34801848/>
- Riquert, M. (2014).El cibergrooming: nuevo art. 131 del C.P. y sus correcciones en el Anteproyecto argentino de 2014”. *Derecho penal*. Perso.unifr.ch/derecho penal/assets/files/articulos/a_2014118-02pdf.
- Rubio, M. (2021). *Grooming, Ámbito legal y consecuencias penales*. tepongounreto.org
- Santa Cruz, S. (2017). *El delito de online child grooming del art. 183 iter1 del Código Penal Español*. Tesis en Derecho, Universidad de Comillas, Madrid, España. Repositorio.comillas.edu/xmlui/bistream/handle11531/10334/TFG20.
- Serrano Gómez, A. y otros. (2021). *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid. Dykinson.
- Tapia Ballesteros, P. (2016). *El nuevo delito de acoso o stalking*, Bosch. Barcelona.
- Temperini, M. (2018). Delitos informáticos y cibercrimen: Alcances, conceptos y características. *Pensamiento penal*
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/09/doctrina46963.pdf>
- Trigos, L. (2021). *Legislación comparada: ordenamiento jurídico vigente del grooming en España y Colombia: un estudio descriptivo y comparativo*. Tesis de grado en Derecho, Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia. <https://repository.usta.edu.co/pdf>
- Valenzuela, N. (2020). El delito de sexting frente al derecho a la intimidad. Una aproximación al concepto desde una perspectiva jurídico-criminológica. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, No. 7, 51. <https://www.ejc-reeps.com/Valenzuela.pdf>
- Villacampa Estiarte, C. (2014). Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación. *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*. Vol.XXXIV, w.w.w.pensamiento penal. Com.ar.doctrina /42264
- Villacampa Estiarte/ Gómez Adillon (2016). Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online Grooming. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18 (2), 1-27, <https://repositori.udl.cat/bitstream/handle>

CAMPO ELÍAS MUÑOZ ARANGO

campo@outlook.com

ORCID: 0000-0003-2979-5153

Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas (1999-2003) Graduado Tercer puesto de honor 2005. Capitulo Sigma Lambda.-Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Maestría en Derecho con Especialización en Ciencias Penales en 2011 y Maestría en Criminología en 2023, Universidad de Panamá, XX Curso de Postgrado en Derecho con especialidad en Derecho Penal. Universidad de Salamanca España Curso de 60 horas, 2007. Cuarta Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana, del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen. Del 25 de septiembre al 6 de octubre de 2017. Profesor Asistente de Derecho Penal, Universidad de Panamá, desde 2012-2018. Profesor de Derecho Penal, desde 2018

Artículo recibido: 15 de julio de 2023

Aprobado: 20 de septiembre de 2023

**ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES Y DOCTRINALES DE LA DILIGENCIA DE
RECONOCIMIENTO
EN RUEDA DE DETENIDOS y PRIVADOS DE LIBERTAD.**

Andrades Cruz. Elizabeth. Universidad de Panamá,
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Departamento de Derecho Procesal, Panamá

RESUMEN:

Las diligencias procesales y doctrinales de los diferentes reconocimientos en rueda de detenido interno o fotográfico de personas, ha generado preocupación, por los aspectos objetivos y subjetivos que se presentan en la práctica, por la forma en que son practicadas, y las diferentes consecuencias para el imputado, dentro del proceso.

El presente texto analiza los delitos de sospecha en el Código penal de la democracia. Trataremos de constatar si los mismos se ajustan a los postulados y garantías que rigen nuestro régimen punitivo. Estos delitos resultan empleados para evitar otros más graves pero se basan en meras posibilidades que constituyen especulaciones dejando en entredicho la presunción o estado de inocencia así como los principios de culpabilidad y de protección del bien jurídico.

PALABRAS CLAVE: Delitos, delitos de sospecha, garantía de no autoincriminación, presunción de inocencia, principio de culpabilidad, principio de protección del bien jurídico.

ABSTRACT

The present paper is an analysis suspicion crime in the Criminal Code. We will try if they fit at the postulates and guarantees. This crimes are used to avoid future offenses leave in question the guarantee of non-self-incrimination, state of innocence, guilt principle and harm principle .

KEYWORDS: Injury, suspicion crimes, guarantee of non-self-incrimination, presumption of innocence, guilt principle, harm principle.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Antecedentes, 3. Conceptos, 3.1. Reconocimiento; 3.2. Detenidos, interno o fotográficos 3.3. Naturaleza Jurídica.4. Características. 4.1. Es un medio de prueba. 4.2. Es un ato procesal 4.3. Consiste en la identificación por el particular que formula la

imputación. 4.4. Debe cumplir con condiciones de procedibilidad 5. Diferentes denominaciones. 6. Conclusiones 7. Bibliografía.

1.Introducción.

El reconocimiento es practicado a fin de procurar una evocación del recuerdo sobre la imagen o percepción que haya experimentado el testigo o la víctima sobre la persona indicada es algo así como conocer de nuevo o reconocer lo que ya se ha conocido.

La diligencia de reconocimiento en rueda de presos no ha tenido una elaboración conceptual integradora por el contrario los autores cuando analizan esta institución se refieren de manera particular a los distintos conceptos que componen las llamadas diligencias de reconocimiento en fila o rueda de presos sin distinguir si se trata de una identificación de persona referida al proceso penal.

2.Antecedentes.

Es difícil ubicar el origen de la diligencia de reconocimiento en rueda de presos o detenidos no obstante podemos afirmar que como antecedentes próximos en los antiguos códigos de procedimientos penales se presentaba la llamada confrontaron entre testigos y reo cuando el primero manifestaba conocer al segundo no por su nombre y apellido sino de vista y es entonces cuando se le presenta para que lo reconociera puesto que desde antes lo había señalado por rasgos.

En la antigua Italia se consignaron leyes especiales sobre confrontación de testigos y reo como por ejemplo el código de sordo las leyes para el reino de Cecilia las leyes Napolitanas que le denominaba acto de presentaron.

En países como Francia y Alemania no se consagraban normas sobre reconocimientos más bien se le llamaba o asimilaba a la diligencia de careo, pero al correr del tiempo se consignaron en sus modernos códigos de procedimientos penales.

Hoy día el reconocimiento ha sido reglamentado en los distintos códigos de procedimientos penales modernos claro está con diferentes denominaciones, pero dirigidas hacia el mismo objetivo que es la identificación de una persona por el testigo que dice poder conocer a la persona a identificar de volverlo a ver.

Así pues, el reconocimiento ocurre con relación a los partícipes de un hecho delictivo donde el testigo o victima haya o pueda manifestar datos o información de ciertas personas que

en la causa no hayan logrado el comparendo o el conocimiento de la identidad de estos individuos o bien que hayan comparecido al proceso y su identidad esté en duda.

Es aquí precisamente donde surge la necesidad de proceder al reconocimiento de dicha persona por parte de aquella que la ha indicado o señalado como autor como participe o cómplice testigo o víctima a efecto de verificar si existe identidad entre el dato señal o descripción suministrada y la persona que se tiene como tal en el proceso.

A continuación, analizaremos lo relativo al concepto reconocimiento y rueda de presos para una mayor comprensión de la institución que tratamos.

3. Conceptos:

3.1. Reconocimiento.

En materia procesal penal se alude al término de reconocimiento cuando nos referimos al acto mediante el cual el funcionario de instrucción o el juez practica diligencias propias de su competencia sobre personas cosas o lugares a fin de identificarlas También se utiliza para referirse a las diligencias que efectúan los peritos cuando examinan un objeto e incluso la asimila a la identificación de cadáveres

En otras palabras, en materia procesal penal el termino reconoce tiene varias acepciones o denominaciones aceptadas por la doctrina como impropio o no específicamente técnica o bien se refieren al reconocimiento en términos amplios general y estricto.

Es así como en un sentido amplio puede decirse que el reconocimiento es “el acto procesal mediante el cual el juez procede a determinar la identidad de una persona valiéndose de una indicación material o del reconocimiento efectivo de otras personas es decir es un producto de su actividad Además la percepción directa del Juez ante el objeto de prueba (la persona) es posible y se perfecciona en cuanto concurra la atestación de un órgano de prueba” (Florian, 1990).

Por otra parte y ya en sentido estricto el reconocimiento también llamado reconocimiento Judicial “es la diligencia que realiza el Juez solo o en unión de las partes de los peritos o de los testigos para comprobar la existencia de una persona o de una cosa o bien la realidad de un hecho Es frecuente en la identificación de cadáveres en la reconstitución de un acto delictivo o para que los acusados o los testigos señalen en rueda de presos o entre otras personas a la que crean haber visto realizando el delito” (Osorio, 1981).

Este último tipo de reconocimientos es el practicado por testigos o la víctima o al imputado de un hecho delictivo como forma material de identificación a un sospechoso o imputado mediante rueda o fila del detenido que es el que nos interesa para efecto de la presente investigación.

3.2. Detenidos, interno o fotográficos.

El reconocimiento en rueda de presos o detenidos como comúnmente se le denomina constituye hoy día una de las diligencias clásicas de tipo procesal penal para la identificación del delincuente cuya finalidad estriba en que la persona que hace una acusación contra otra se cerciora por su propio examen de que en su designación no se produjo error" (Fernández, 1964).

Podemos afirmar entonces que el reconocimiento en rueda de detenidos o presos es un acto formal en virtud del cual se intenta conocer la identidad de una persona mediante la intervención de otra quien al verla entre varias afirma o niega conocerla o haberle visto en determinadas circunstancias.

De manera que el reconocimiento como acto formal va dirigido a la identificación física de una o vanas personas en particular es decir para que el acusador o testigo reconozca al acusado y así evitar acusaciones ficticias.

Para el autor Manzini Vicenso el reconocimiento en rueda de presos o detenidos es un "acto procesal formal consistente en la inspección de una persona o cosa al objeto de establecer mediante una indagación crítica hecha en una particular relación procesal la identidad de esa misma persona o cosa o de sus cualidades específicas con la vista o supuesta por una o vanas personas" (Manzinni,1950).

Es importante destacar que la mayoría de los autores al definir el concepto de reconocimiento en rueda preso o detenido solamente se refieren a esta diligencia asimilándola a la identificación judicial como un todo, pero para referirse a la diligencia o acto procesal dirigido a lograr la identificación del acusado o sospechoso

Lo anterior debemos anotar que entre el reconocimiento en rueda de detenidos o presos y la identificación judicial existen amplias diferencias. La primera consiste en identificar plenamente si el sospechoso imputado o acusado es o no la persona que señala el testigo o víctima dentro del proceso como el sujeto o persona declarada reconocer.

En cambio, la identificación judicial es más amplia y general la que se realiza para establecer las características de un sujeto el sexo la edad la estatura el color de los ojos del pelo y los argumentos completándolos con una fotografía de frente y otra de perfil anotando también lugar y fecha de nacimiento nombre de los padres profesión u ocupación estado civil domicilio tomar sus huellas dactilares etc. acto que se denominada media filiación.

Observamos que la mayoría de los autores o se refieren al reconocimiento como un medio de prueba para lograr identificar al acusado de la comisión de un hecho punible cuando un testigo al referirse a los hechos motivos de la investigación y previamente expresen que podrían reconocerlo o asegure conocerlo.

Por todo lo anterior se considera que el reconocimiento en rueda de presos o detenidos es un medio de prueba que se presenta durante el proceso penal encaminado a identificar personas o cosas.

En un sentido estricto pensamos que la diligencia de reconocimiento en rueda de presos o fila de personas es una diligencia de carácter formal que practica un funcionario competente cuyo objeto es la identificación de una persona a la que otro ha manifestado que puede reconocerla de volver a verla.

En otras palabras, habrá reconocimiento siempre y cuando se experimente de manera formal la identidad de una persona por medio de otra persona que la señala como la misma que ha conocido o visto anteriormente, así pues, el reconocimiento de presos o detenidos será idóneo y eficaz aun cuando la identidad o la identificación de la persona no se hubieran verificado previamente, pero al realizar el acto material resulta positivo.

3.3. Naturaleza Jurídica.

Sin profundizar sobre el tema podemos afirmar categóricamente que uno de los medios de identificación del imputado o sospechoso es el reconocimiento en rueda o fila de presos por tanto es una diligencia estrictamente procesal penal que puede tener lugar con mayor perseverancia o atino en la fase de investigación del proceso sin perjuicio que en las etapas subsiguientes se ordene su práctica.

Señala el autor Fernández Boixader que “si bien es cierto que el reconocimiento en fila o rueda de detenidos tiene un carácter procesal penal que es necesario para llegar a una absoluta identificación del sujeto inculpado no sólo para determinar las características de la persona sometida al procedimiento penal sino para cerciorarse de que aquel a quien se inculpa es efectivamente el que se debe inculpar” (Fernández , 1964)

Hay muchos autores quienes afirman que el reconocimiento se incluye entre los medios de pruebas mixtas o combinadas al que muchas veces se le tiene como un órgano de prueba y otros como un objeto de prueba.

Lo anteriormente señalado nos traslada al campo de la prueba en el proceso penal en tal sentido se entiende por prueba en materia penal todo lo que en el proceso contribuya y pueda

conducir a la determinación de los elementos necesarios al juicio con el cual el Juez determina lo que sirve para proporcionar la convicción de la realidad y certeza de lo hecho o causas.

Podemos señalar que existen tres elementos integrantes de la prueba a saber el objeto de prueba el órgano de prueba y el medio de prueba: Objeto de Prueba: es lo que en el proceso hay que determinar, es el tema para probar y consiste en la cosa, la circunstancia o el acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso. Órgano de prueba: es la persona física que suministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba. Medio de Prueba: es el acto por el cual la persona física aporta al proceso el conocimiento de un objeto de prueba.

Señalamos entonces que el reconocimiento en rueda de presos o detenidos una vez practicada es un medio de prueba por cuanto y en virtud de ese acto se aprehende y se introduce en el proceso el conocimiento de la persona en su entidad real De allí que la mayoría de los autores la doctrina y la jurisprudencia coincidan en que se trata de un verdadero medio probatorio.

La doctrina mayoritaria concluye que la diligencia de reconocimiento en rueda de detenidos constituye un medio de prueba idóneo y eficaz, para lograr la identificación de la persona acusada de haber cometido un hecho punible

4. Características:

Examinado los distintos conceptos de las diligencias de reconocimiento en rueda de presos o detenidos y su naturaleza jurídica, podemos afirmar que la misma tiene las siguientes características.

4.1. Es un acto procesal: toda vez que su carácter formal y material que se presenta y se practica con mayor relevancia en los procesos penales con el objetivo de identificar a las personas sospechosas de haber cometido un ilícito, cuando no hayan sido posible su identificación por otros medios.

Decimos que una de las características de la diligencia un acto procesal penal, toda vez que esta diligencia se procederá a determinar la identidad de una persona, valiéndose de una indicación material o del reconocimiento efectivo de otras personas.

4.2. Es un medio de prueba: Esta característica es tiene como finalidad ser un medio de prueba de conocimiento, no de certeza, mediante la cual se pretende identificar una persona sospechosa en una investigación. Es un método y medio por el cual se obtiene el conocimiento del objeto de la prueba, por su enumeración no es taxativa, sino más bien enunciativa. El

reconocimiento es un testimonio que se introduce y se adquiere para el conocimiento de la identidad física de una persona.

4.3. Consiste en la identificación por el particular que formula la imputación. En la diligencia de reconocimiento en rueda de presos o detenidos siempre habrá un sujeto activo llamado reconocedor y un sujeto pasivo denominado el reconocido que se caracteriza por ser la persona contra quién se formula la imputación.

Es decir, la finalidad es identificar a la persona que presumiblemente ha realizado un hecho delictivo a efecto de establecer los datos o circunstancias del presunto autor del hecho ya porque un testigo afirma poder reconocer a la persona o bien porque la misma víctima afirma poder reconocerlo es permisible la realización de la diligencia de reconocimiento en fila de detenidos.

Podemos afirmar que el acto mismo del reconocimiento consiste en la identificación por un particular a otra persona contra quién se formula la imputación del hecho punible a diligencia de carácter inicial del proceso.

Por lo general la diligencia de reconocimiento en rueda de presos o detenidos se ordena al inicio del proceso o sea en la etapa inicial o fase de investigación como se le denomina hoy día sin perjuicio que se practiquen en el plenario.

Es una diligencia de carácter inicial del proceso ya que el Ministerio Público y sus auxiliares de acuerdo con las órdenes que reciben de aquellos están obligado a proceder a la investigación de los delitos que tengan noticias en la averiguación previa a la consignación de ésta a los tribunales ordinarios.

4.4. Debe cumplir con condiciones de procedibilidad. Por lo general todos los Códigos de procedimiento penal como el nuestro exigen una serie de formalidades y condiciones sin las cuales resultan ineficaces las diligencias de reconocimientos en consecuencia ellas deben de ser cumplidas tal cual lo establece la Ley De lo contrario su incumplimiento se hace ineficaz y sin ningún valor probatorio el acto.

5. Diferentes denominaciones: De acuerdo con la Legislación que trate el tema en examen distintas son las denominaciones que recibe la diligencia de reconocimiento de presos detenidos o sospechosos de haber cometido un ilícito.

El Libro III del Código Judicial, anterior contenía todo lo referente en materia de procedimiento penal en su artículo 2112 le denomina diligencia de reconocimiento en rueda de preso. Que a la letra decía.

Artículo 2112. Si los testigos manifestaren que pueden identificar al sindicado, se practicarán diligencias de reconocimiento en rueda de presos en los archivos de identificación criminal o por otros medios.

El reconocimiento en rueda de presos se practicará formando una fila compuesta de no menos de seis personas, de rasgos similares, y se le advertirá al imputado el derecho que tiene a escoger el lugar que prefiera dentro de la fila. Desde un lugar en que no pueda ser visto, el que fuere a hacer el reconocimiento, juramentado de antemano, manifestará si se encuentra entre las personas que forman el grupo aquélla a quien se hubiere referido en sus declaraciones, y la señalará.

En estas diligencias sólo se dejará constancia de los nombres de las personas integrantes de la fila y de quien hubiere sido reconocido. El reconocimiento fotográfico se efectuará en los archivos de identificación de la Policía Técnica Judicial o en la oficina donde reposen las fotografías.

El reconocimiento se practicará sobre un número no menor de diez fotografías, se dejará constancia escrita de la diligencia con la firma de quienes participen en ella y se agregará al expediente junto con la fotografía del imputado que fuere reconocido. De igual manera se procederá cuando se recurra al retrato hablado.

En realidad, la denominación o nombre que se le consigue a este tipo de reconocimiento pareciera ser intrascendente no obstante pienso que debemos estar a tono con los Códigos modernos de procedimiento penal, tal cual lo veremos más adelante han sufrido cambios sustanciales a través de su evolución y en especial en lo relativo a la denominación como es el que estamos proponiendo.

En el derecho comparado, algunos países también se le denomina diligencia de reconocimiento en rueda de presos o detenidos, pero en algunas legislaciones se le denomina confronto como es el caso de México en otras como es el caso de nuestra hermana Republica de Colombia se le denomina reconocimiento en fila de personas

En todo caso cualquiera que sea su denominación se puede coincidir en que es “un acto procesal encaminado a identificación mediante una diligencia procesal penal o personal a la que se hace alusión en las declaraciones para así despejar los aspectos impreciso o dudosos que como presupuesto debe existir una declaración de la que se desprenda un estado dubitativo del declarante en cuanto a la identidad del sujeto a que se refiere o bien la sospecha de que a pesar de

que el declarante afirmó conocer al sujeto esto no es así que en ambos casos se despeja la incógnita y para estos fines se recurre a la práctica de la confrontación” (De la Cruz Agüero,1999).

En cuanto al reconocimiento por fotografía, el autor Jorge Claría Olmedo, manifiesta en su obra, que en una investigación penal puede ocurrir cuando “la persona a quien deba reconocerse no esté presente en el proceso ni al alcance del Tribunal. En estos casos, nuestro código moderno provee un procedimiento sustitutivo que puede denominarse identificación a través de imágenes comúnmente la fotografía” (Claría Olmedo,1966).

En el derecho comparado existen otras formas de reconocimiento distinto al reconocimiento de personas la cual suele llamarse de manera genérica reconocimiento o inspección Judiciales que consiste en la destriparon que el Ministerio Publico o Tribunal “hace de personas lugares o cosas que en lo personal ha aprehendido a través de sus sentidos y que están relacionados con el objeto de la prueba” (Silva Silva,1990).

Se trata de otras modalidades de reconocimiento distinta al reconocimiento en rueda de presos Ejemplo típico lo tenemos en el reconocimiento de cadáveres y el reconocimiento de cosas como puede ser una cosa un terreno o un revólver.

El Código de Procedimiento Penal (Ley 63 del 28 de agosto de 2003) en lo que respecta al tema establece el reconocimiento (art. 326); Presupuestos para el reconocimiento (art. 327), Procedimiento para reconocimiento (art. 328) Reconocimiento múltiple (art. 329) y reconocimiento fotográfico (art. 330), analicemos cada una de las normas.

En cuanto al Reconocimiento establece lo siguiente.

Artículo 326. Reconocimiento. Cuando proceda el reconocimiento de una persona, el Fiscal o el Juez podrá ordenar, con comunicación previa a las partes, que se practique la diligencia respectiva con el fin de identificarla o de establecer que quien la menciona la conoce o la ha visto.

Con respeto a la denominación que le brinda nuestra Legislación Penal, podemos observar que procede el reconocimiento de una persona cuando el Fiscal o el Juez ordene con una comunicación previa a las partes.

En todo caso cualquiera que sea su denominación se puede coincidir en que “es un acto procesal encaminado a identificación mediante una diligencia procesal penal o personal a la que se hace alusión en las declaraciones para así despejar los aspectos impreciso o dudosos que como presupuesto debe existir una declaración de la que se desprenda un estado dubitativo del

declarante en cuanto a la identidad del sujeto a que se refiere o bien la sospecha de que a pesar de que el declarante afirmó conocer al sujeto esto no es así que en ambos casos se despeja la incógnita y para estos fines se recurre a la práctica de la confrontación” (De la Cruz Agüero, 1999).

Igualmente establece la norma siguiente los presupuestos y en esta ocasión el artículo 327, menciona los presupuestos para el reconocimiento.

Artículo 327. Presupuestos para el reconocimiento. Antes del reconocimiento, quien deba hacerlo, será interrogado para que describa a la persona de quien se trata, diga si la conoce o si, con anterioridad, la ha visto personalmente o en imagen.

Además, deberá manifestar si después del hecho investigado ha visto nuevamente a la persona, en qué lugar y por qué motivo.

Con excepción del imputado, el declarante será instruido acerca de sus obligaciones y de las responsabilidades por su incumplimiento y prestará juramento de decir la verdad.

Esta persona a quien hacemos referencia lo constituye el sujeto pasivo en la diligencia en rueda de presos quién desea participar formando la fila compuesta de no menos de seis (6) personas dependiendo el número que establezca el Código de procedimiento penal de rasgos similares con la presencia de su defensor técnico o apoderado judicial respetando los derechos y principios rectores que la Constitución y la Ley prescriben.

Artículo 328. Procedimiento para reconocimiento. La persona que será sometida al reconocimiento se colocará entre al menos seis personas de rasgos físicos parecidos a ella. Quien realice el reconocimiento deberá decir si entre las personas presentes se halla la que mencionó y, en caso afirmativo, la señalará con precisión. La observación de la rueda de personas puede ser practicada desde un lugar oculto, cuando se considere conveniente para la seguridad del testigo.

Esta diligencia constará en un acta y registrará las circunstancias útiles, incluidas el nombre y la cédula de identidad personal de los que hayan formado la fila de personas.

El reconocimiento procede aun sin consentimiento del investigado. Cuando el investigado no pueda ser conducido personalmente, se procederá a utilizar su fotografía u otros registros, observando las mismas reglas.

El acto de reconocimiento de personas debe realizarse en presencia del defensor del imputado. La falta de comparecencia del defensor podrá ser suplida por un defensor público.

En cuanto al procedimiento por seguir para este tipo de reconocimiento la mayoría de los códigos observan reglas distintas o previstas para el reconocimiento de persona exhibiendo la cosa junto a otras que presentan características similares o semejantes a la cosa exhibida o bien presentándose al reconocedor o testigo.

En realidad, la doctrina no distingue entre sujeto activo y sujeto pasivo no obstante al plantear el tema de las formalidades los autores se refieren a la persona o testigo que manifestaren que pueden identificar al sindicado Por ello el sujeto activo lo constituye la persona en particular que formula la imputación bien sea denunciante querellante o testigo En este caso el testigo o la víctima debe presentarse al acto y conducirse con veracidad debido a que es un testigo más que esta obligado a declarar todo lo que supiere sobre el hecho Es por ello que la víctima como cualquier otro testigo que como sujeto activo practique un reconocimiento quedará sometida a todas las normas relativas al testimonio e incluso juramentársele acerca del falso testimonio en que puede incurrir.

De las personas que participan en el reconocimiento, ya hemos manifestado que toda diligencia de reconocimiento de presos constituye un acto procesal mediante el cual el denunciante querellante o testigo que formula la imputación participa en una diligencia de identificación de otra persona a fin de determinar si en efecto se trata de la misma persona de quien se debe lograr el reconocimiento En toda diligencia de reconocimiento rueda de presos o de internos participan además del funcionario de instrucción o judicial un sujeto activo denominado reconocedor y un sujeto pasivo a reconocer que es la persona contra quien va dirigida la diligencia en particular Por lo que toda persona que mencione o aluda a determinado individuo como participe del delito testigo o víctima del mismo puede ser llamado a practicar el reconocimiento a efecto de verificar si efectivamente la reconoce.

En toda diligencia de reconocimiento debe levantarse un acta en donde se consignarán todas las condiciones y formalidades cumplidas si no se observan el acta que documento la diligencia no podría ser introducida como medio de prueba en el debate conforme a las prescripciones de los códigos modernos.

En cuanto al reconocimiento múltiple la norma 329 explica claramente cuando procede. Veamos:

Artículo 329. Reconocimiento múltiple. Cuando varias personas deban reconocer a una sola, cada reconocimiento se practicará por separado, sin que se comuniquen entre sí.

La pregunta es ¿puede existir en una investigación varias personas que sean objeto de reconocimiento? La doctrina de manera mayoritaria considera que pueden ser vanos acusados vanos testigos por tanto puede haber un numero plural de reconocedores, pero en todo caso la diligencia de reconocimiento debe practicarse de manera individual y no colectiva Lo importante es que cuando se practique el reconocimiento es necesario la presencia de vanas personas semejantes entre las cuales debe colocarse la persona que ha de ser reconocida por lo tanto solo debe participar un solo sospechoso en cada diligencia.

En conclusión, la diligencia de reconocimiento tiene un carácter subsidiario en el proceso penal y como quiera que su naturaleza jurídica constituye necesariamente un medio de prueba cuando existan varios sospechosos o imputados deberán practicarse cuantas diligencias sean necesarias referentes a cada uno de ellos.

Otro de los reconocimientos que establece el código de procedimiento penal panameño, es el llamado reconocimiento fotográfico que a letra dice:

Artículo 330. Reconocimiento fotográfico. El reconocimiento fotográfico que incluya a un investigado será notificado a su defensor, quien podrá asistir o designar a un testigo para que esté presente en dicha diligencia, y se efectuará en los archivos actualizados de identificación del organismo de investigación o en la oficina donde reposen las fotografías.

El reconocimiento se practicará sobre un número no menor de diez fotografías, se dejará constancia escrita de la diligencia con la firma.

Para el autor Jorge Claria Olmedo el reconocimiento por fotografia en “una investigación penal puede ocurrir cuando la persona a quien deba no esté presente en el proceso ni al alcance del Tribunal En estos casos nuestros códigos modernos prevén un procedimiento sustitutivo que puede denominarse identificación a través de imágenes (comúnmente la fotografia)” (Claria Olmedo,1966).

Se trata de un procedimiento al que los códigos modernos le denominan reconocimiento por fotografia y se le tiene como impropio o subsidiario puesto que sólo es procedente cuando la persona objeto de sospecha o cargos no esté presente no bastando su simple ausencia, sino que además se requiere que en todo caso sea imposible de conseguir su presencia.

6. Conclusiones:

Concluimos que la diligencia de reconocimiento en rueda de presos o detenidos es un acto procesal penal, que se caracteriza por ser un medio de prueba consistente en la identificación o reconocimiento de un particular o quien formule la imputación contra una persona sospechosa, imputada en una investigación penal.

Para la doctrina procesal penal, la diligencia de reconocimiento en rueda de presos o aprehendidos, es uno de los frecuentes medios de identificación directa contemplados en los diferentes códigos de procedimientos penales, como lo denomina el código procesal penal panameño, con diferentes denominaciones, pero dirigidos hacia el mismo objetivo, la identificación del sospecho o imputado de la comisión de un delito, por parte de otras personas, como testigos, víctimas, coprocesados etc.

7. Bibliografía.

- Boixader, F (1964). "El Abogado Ante el Sumario". Prólogo de Juan Del Rosal. Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de Madrid, y la Escuela Judicial. Libros Jurídicos.. Colección de Toga .
- Clara Olmedo. (1966). Tratado de Derecho Procesal Penal. Ediar Sociedad Anónima. Editora Comercial Industrial y Financiera.
- De la Cruz Agüero, L. (1999). Código Federal de Procedimientos Penales. Segunda Edición. Editorial Porrúa.
- Florian, E. (1990). De Las Pruebas Penales. Tomo I y II, Tercera edición, Editorial Temis..
- Manzinni, V. (1950). Tratado de Derecho Procesal Penal. Ediciones Jurídicas Europa América.
- Osorio, M. (1981). Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales.
- Silva Silva, J.(1990). Derecho Procesal Penal. Colección textos jurídicos. Harla.

DOCUMENTOS LEGALES

- Constitución Política de la República de Panamá (1972). Reformada (1978). Acto Constitucional de 1983.
- Código Judicial de Panamá. 1984.
- Código Procesal Penal. Ley 63 de 28 de agosto

ELIZABETH ANDRADE.

Licenciatura en Derecho, Universidad de Panamá. Maestría con Especialización en Derecho Procesal. Especialización en Docencia Superior y Estudios Virtuales. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Profesora de Derecho Procesal. Universidad de Panamá.

Artículo recibido: 30 de julio de 2023

Aprobado: 25 de octubre de 2023

SEXTING
Y DIFUSIÓN DE IMÁGENES U OTRAS
SIN CONSENTIMIENTO

Arango Durling, Virginia. Universidad de Panamá,
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, Panamá

RESUMEN

En este ensayo la autora examina el Sexting o Sexteo, que no es más que un exhibicionismo virtual consentido y lícito, advirtiendo sobre los riesgos y las conductas ilícitas que se presentan cuando ocurre la violencia digital cuando las imágenes o grabaciones audiovisuales son divulgadas sin consentimiento, como es el caso del *Sextorsion* o de la Pornovenganza, en la que se afecta la intimidad y el derecho a la imagen de la persona.

KEYWORDS: Sexting, digital violence, privacy, intimacy, disclosure, consent.

PALABRAS-CLAVE: Sexting, violencia digital, intimidad, difusión, consentimiento.

ABSTRACT

In this essay the author examines Sexting , which is nothing more than consensual and legal virtual exhibitionism, warning about the risks and illicit behaviors that arise when digital violence occurs when images or audiovisual recordings are disclosed without consent. as is the case of Sextortion or Revenge Porn, in which privacy and the right to a person's image are affected.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Nociones generales 3. Tipos de sexting 4. Difusión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales. 4. 1 Introducción y bien jurídico protegido 4.2 Análisis del delito.4.2.1 Introducción 4.2.2 Tipo objetivo y subjetivo 4.2.3 Antijuricidad y Culpabilidad 4.2.4 Formas de aparición del delito.5. Consideraciones finales

1. Introducción

Las nuevas tecnologías, han influido en todos los niveles de las relaciones humanas, los cortejos de ayer personales, de conversaciones, gestos, mensajes, hoy son digitales, pues se realizan a través de las redes sociales o de WhatsApp, inclusive el que desea buscar pareja puede acceder a diversos sitios en internet, según dicen, el amor está alcance de la mano.

Sin duda que todo ello no resulta perfecto, y además de la desilusión, puede tener consecuencias desastrosas y sumamente peligrosas, pues no faltan los casos de estafas

relacionadas con citas online, pues ciertamente la víctima es vulnerable, dado la magia que tiene el sujeto encantador y conquistador para engañar o manipular la información.

Uno de estos hechos que lícitamente se realiza pero que es riesgoso, es el *sexting*, que es un término de la lengua inglesa que proviene de la unión de la palabra “sex” y “texting” (envío de mensajes de texto SMS desde teléfonos móviles), que no es más que los actos de enviar, reenviar o recibir mensajes de texto, imágenes o fotografías que presentan un contenido sexual explícito, vía Internet o teléfono celular”, ya sea con o sin autorización de quien los coloca en el medio, según explica Mejía Soto (2014).

Este hecho es un fenómeno usual entre los adolescentes, parejas sentimentales, por lo que se intercambian imágenes íntimas de contenido erótico vía WhatsApp o en redes sociales o en encuentros ciber-sexuales, de manera consensuada, que forma parte del cortejo y flirteo, en lo que las personas saben lo que hacen, pero no piensan en los riesgos.

Estamos ante un hecho descontrolado usualmente por parte de adolescentes y jóvenes que no evalúan el riesgo del uso responsable del internet y de las redes sociales, que a través de esta práctica eventualmente perjudica en su dignidad e intimidad por la divulgación de las imágenes o contenido audiovisual por su expareja amorosa o sexual, y por terceros, o ser objeto de *sextorsion*.

Y aunque hay una prevalencia entre los jóvenes, también el sexting se presenta en los adultos, en solteros sin compromiso, en relaciones estables o casados, y no hay que asombrarse porque a ello acuden los *baby boomers* (personas nacidas entre 1946 y 1964), porque al intercambiar imágenes de sus parejas adultas, lo hacen para disfrutar de la sexualidad o porque simplemente lo encuentran divertido.

2. Nociones generales

Sexting es el envío de mensajes, WhatsApp, imágenes o videos con el objetivo de dañar el honor la intimidad y la imagen de una persona (De Pedro, 2018)

Desde el punto de vista de las Naciones Unidas, sexting consiste en el envío de forma voluntaria de imágenes propias íntimas de alto contenido sexual a otra persona, usando el celular o la computadora.

Por su parte, el Diccionario jurídico panhispánico del español jurídico, expresa que sexting, es envío de imágenes o mensajes de texto con un contenido sexual explícito a través de un dispositivo electrónico, especialmente un teléfono móvil.

La expresión sexting, está compuesto por sex (sexo) y *texting* (textos), acto de enviar textos y comentar fotografías o conversaciones a través de las RSI, especialmente teléfonos móviles, conocido en la lengua española como sexteo o sextear (Hernández/ Maganto Mateo, 2018).

El sexting generalmente no es ilegal, sin embargo, en países como Estados Unidos se convierte en ilícito cuando se trata de compartir imágenes de un adulto con un menor de edad,

inclusive en algunos Estados es castigado el envío de imágenes entre menores, así como guardar imágenes de un menor de edad.

También tenemos que legislativamente en algunos países se ha legislado sobre la difusión de imágenes sin consentimiento, y jurídicamente, por ejemplo, en el Estado de Toluca de Lerdo, Méjico, de la siguiente manera:

Artículo 211 Ter.- A quien con la anuencia del sujeto pasivo, haya obtenido imágenes, audios, textos, grabaciones de voz o contenidos audiovisuales de naturaleza erótico, sexual o pornográfico; y las revele, publique, difunda o exhiba sin consentimiento de la víctima, a través de cualquier tecnología de la información y la comunicación, se le impondrá de uno a cinco años de prisión y multa de doscientas a quinientas unidades de medida y actualización.

La misma pena se aplicará a la persona que le sea entregada por parte de la o el receptor original, a través de cualquiera de los medios previstos en el párrafo anterior, o bien encuentre en algún medio físico o cualquier tecnología de la información, comunicación o transmisión de datos, el material señalado y publique, difunda, adquiera, intercambie o comparta por cualquier medio sin el consentimiento de la persona que aparece en el mismo. Las penas y sanciones referidas en los párrafos anteriores, se aumentarán hasta una mitad cuando el sujeto activo sea o haya sido la o el cónyuge, concubina o concubinario o haya tenido alguna relación sentimental, afectiva, de confianza, laboral o análoga con la víctima, o haya cometido la conducta con fines lucrativos o haciendo uso de su calidad de servidor público y cuando sin el consentimiento expreso de las personas involucradas, por cualquier medio obtenga grabaciones, fotografías, filmaciones o capte la imagen o audio con contenido erótico, sexual, de actos íntimos, interpersonales, efectuados en lugar privado, y las publique, difunda, exhiba o propague sin el consentimiento de las personas involucradas.

A lo anterior, se suma el ordenamiento penal Uruguayo que mediante la Ley no.19.9850 de 22 de diciembre de 2017, Ley de violencia hacia las mujeres basada en género”, en su artículo 92 crea el delito de Divulgación de imágenes o grabaciones con contenido íntimo, de la siguiente manera: “El que difunda, revele, exhiba o ceda a terceros imágenes o grabaciones de una persona con contenido íntimo o sexual, sin su autorización, será castigado con una pena de seis meses de prisión a dos años de penitenciaría.

En ningún caso se considerará válida la autorización otorgada por una persona menor de dieciocho años. Este delito se configura aun cuando el que difunda las imágenes o grabaciones haya participado en ellas.

Los administradores de sitios de internet, portales, buscadores o similares que, notificados de la falta de autorización, no den de baja las imágenes de manera inmediata, serán sancionados con la misma pena prevista en este artículo”.

En el caso de España, el sexting, Divulgación de imágenes sin consentimiento, viene regulado en el artículo 197.7 del Código Penal, que dice lo siguiente:

“Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”.

A diferencia de otros delitos cibernéticos sexuales, las imágenes, mensajes de contenido sexual son creadas por ellos mismos, las comparten, y ellos consienten en compartirla con su novio, o pareja, aunque estos las difunden y reenvían a otras personas por las redes sociales o WhatsApp sin su consentimiento.

En consecuencia el sexting, tiene como características lo siguiente: a) Voluntariedad y consentimiento de las partes, b) se realiza de manera virtual c) se basa en una relación de confianza, de secreto, de confidencialidad que se extiende a perpetuidad con el destinatario, d) la creación y envío de contenido sexual sugerido y explícito es elaborado de manera premeditada y c) favorece la “extimidad” en la cultura digital, es decir, el sujeto devela aspectos íntimos o privados a terceros.

Respecto a las razones por las cuales se realiza el Sexting, son variadas: por juego, para seducir, por morbo, presión social, la influencia de los amigos es un factor importante, o por excitación, para exhibirse, atraer o llamar la atención, por compromiso y confianza con la pareja, por ingenuidad, entre otros.

Como hemos indicado previamente, el Sexting es frecuente en adolescentes, y se comparte imágenes íntimas a partir de los 12 años, aunque son los jóvenes adultos lo que la practican más frecuentemente, y en cuanto a la personalidad del *sexter*, es “una persona que practica todo tipo de estrategias sexuales, de acercamiento, seducción y fuerza, sin miedo al riesgo, desinhibida y con afán de aventura, con deseo de buscar sensaciones y experiencias nuevas, narcisista en su personalidad, satisfecha con su imagen corporal y extrovertida. Es un exhibicionista, el sextear podría ser una nueva expresión de apego ansioso o inseguro (Peris Hernández/Maganto Mateo, 2018).

Las imágenes compartidas han sido producidas voluntariamente por la persona, y se las envía a su pareja o lo cuelga en las Redes Sociales o internet dentro del marco de una supuesta privacidad que puede terminar en manos de pedófilos, redes pornográficas o de ciberacosadores (Peris Hernández/Maganto Mateo, 2018).

3. Tipos de sexting

Dentro de las categorías de sexting se distingue entre sexting consensuado y no consensuado, el cual se realiza de manera virtual y voluntariamente y con consentimiento se envían las imágenes sexuales, a diferencia del segundo que se constituye en una forma de violencia digital, en la que las imágenes sin consentimiento de la persona se hacen públicas. En

ese sentido, podemos hablar de un sexting primario cuando se comparte la imagen o video con otra persona de su confianza, y sexting secundario, cuando de la captación consentida se da una difusión del contenido a otras personas (Pérez Conchillo,2018).

También tenemos el sexting agravado y sexting experimental, en la primera se trata de conductas abusivas que generan daño a la persona y con fines de ridiculizar a quien se expone por las imágenes, una especie de *ciberbullying*, en otro caso la experimental es el supuesto de los jóvenes que intercambian imágenes con sus amigos, por cuestiones sentimentales o interés romántico (Pedroza Martínez, 2016), y no faltan aquello que aludan a un tercer tipo sexting de riesgo, cuando bajo la influencia del alcohol se intercambian contexto sexual.

Otra categoría de sexting, se aprecia *el sexting* en términos conductuales. De este modo, el sexting activo debe distinguirse del sexting pasivo, donde el individuo recibe del *sexter* el ya referido mensaje, imagen o vídeo.

De igual forma, tenemos el “soft sexting” se entiende el envío, publicación, recepción o compartición de un mensaje sexualmente sugestivo de alguien o a alguien utilizando medios electrónicos (correo electrónico, mensajería instantánea, MySpace, Facebook, en un blog, etc.). En cambio, el “hard sexting” que consiste en el mismo tipo de conducta, pero utilizando imágenes propias desnudo, semidesnudo o sugestivo (Agustina, 2016), como su nombre lo indica, se trata de casos en que los jóvenes se toman fotografías de sí mismos para enviarlas a determinados amigos o amigas, o con algún tipo de relación sentimental, quizá para llamar la atención propia de estas edades, sin que pueda producirse conducta de mayor relevancia penal, se basa básicamente de creación o envío de imágenes.

Por último, existen otras modalidades de Sexting, como son el *sexting primario* y *sexting secundario*, en el primero el sujeto produce o autoproduce la imagen, mientras que en el segundo, consiste en la transmisión de dicha información, y tanto uno como el otro puede ser o no consensual (Fernández Delgado, 2021).

4. Difusión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales.

4. 1 Introducción y bien jurídico protegido

En el ámbito de la legislación española se castiga la Difusión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales, hecho vinculado al Sexting, que atenta contra la dignidad, el honor, la imagen y la intimidad de la personas, ya que está enmarcado dentro del título X del Libro II del Código Penal español, que contempla los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y cuya protección tiene su fundamento en la Constitución Española (art.10), aunque cabe señalar, que en nuestro país hasta la fecha este hecho no se encuentra regulado.

La configuración de la intimidad como bien objeto de protección penal, en este caso no alcanza a aquellas conductas que vulneran la esfera privada de la persona, sino también a aquellas otras que se afectan a aspectos que el titular del bien jurídico considera privados pero ha decidido compartir con terceros (García,2019).

En ese contexto, “la difusión de un vídeo de marcado carácter sexual -donde se da divulgación a la vida sexual de un determinado individuo- atenta directamente contra el bien jurídico de la intimidad, puesto que supone la injerencia de terceros en la vida o espacio privado del protagonista del contenido (González-Casanova Ávila, 2019)

En cuanto a otros derechos vulnerados por la difusión no consentida en el sexting, es “el derecho a la propia imagen, que garantiza a la persona el control sobre la utilización pública de sus rasgos físicos, otorgándole el derecho a decidir quién y cuándo puede hacer uso de estos. En la medida en que la persona que difunde el sexting ajeno sin permiso dispone de la imagen de un tercero sin contar con su consentimiento, conculca el derecho a la propia imagen reconocido en la Constitución” (Martínez Otero,2013).

El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, que involucra también evitar un daño emocional, pero este aspecto es discutible pues habrá que valorar si someter a un juicio con sanciones penales por pornografía infantil no causa aún más daño que la práctica de sexting en los menores, esto en los casos que ambos sean menor de edad, pues en los casos que el infractor sea un adulto claramente tendrá que responder penalmente sin algún tratamiento especial como lo requiere un menor (Vargas Urbina,2019).

Ese objeto de protección cuando se reacciona ante la difusión de las imágenes que provienen del Sexting sería doble: (i) evitar la producción de pornografía infantil por cauces que no son los habituales y en los que la iniciativa y la limitada libertad de los menores no se ve afectada por la intervención de adultos; (ii) proteger la deficiente autodeterminación sexual de los menores. Es decir, se les niega la libertad sexual a los menores a partir de cierta edad (en España, por ejemplo, por debajo de los 13 años), por razones vinculadas con su desarrollo y bienestar y, por ese motivo, el bien jurídico protegido en tales casos se denomina indemnidad sexual (Agustina, 2010)

Según el Código Penal Español este hecho debe provocar una afectación grave en la intimidad personal de la víctima, como consecuencia de la divulgación de imágenes o videos de naturaleza sexual (Magro Servet, 1979), que han sido empleados de manera indebida para fines distintos, que provocan la pérdida de autoestima, lesión en la reputación de la víctima, daño a su imagen, problemas y desordenes emocionales, afectivos y psicológicos, exclusión social, vergüenza, remordimiento...Pero además, hay otros riesgos: pérdida de credibilidad, vulneración de la dignidad, estigmatización, limitación del desarrollo de la libre personalidad...” (Guardiola 2016).

La naturaleza sexual de este delito y su relación con el Sexting, en la que se experimentan con frecuencia ánimos de venganza o de chantaje, entre menores y la indefensión en que queda la víctima, justifica la intervención del legislador, por cuanto las imágenes con contenido sexual principalmente captadas en la intimidad con consentimiento por una de las partes y enviadas a la pareja, posteriormente son difundidas, reveladas o cedidas a terceros sin el consentimiento de la persona afectada (Romeo Casabona, 2022, y otros).

4.2 Análisis del delito.

4.2.1 Introducción

El artículo 197.7 del Código Penal Español castiga la divulgación de imágenes de la siguiente manera: “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”.

Es importante señalar, que la norma solo alude a la divulgación de las imágenes sin consentimiento de la persona, sin hacer alusión al empleo del chantaje o coerción que se concreta en lo que se conoce como Sextorsion, en la que se amenaza a la víctima con publicar las fotos, mensajes u otros a cambio de obtener dinero o cualquier otro beneficio, ni mucho menos a la Pornovenganza que se hace para humillar o por represalia por rupturas o separaciones con la pareja, pero que también en este último supuesto puede provenir también de un acceso (*Carrasco Andrino, 2016*). sin consentimiento (hacking), del celular, de la computadora, o grabadas por los propios autores de una violación, que buscan desalentar de esta manera a la víctima para que no denuncie.

En sí la *Sextorsion* ni la Pornovenganza están castigadas expresamente en la mayoría de las legislaciones y en el caso de nuestro país tampoco, sin embargo, esto no quiere decir que puedan ser punible, puesto que están vinculadas a otros tipos de delitos, como la extorsión, amenazas, coacciones, agresión sexual, entre otros.

Para terminar, la Ley Olimpia de Méjico, establece penas para cuando la amenaza (art. 209) o extorsión (art.236), involucra imágenes de contenido sexual, o de contenido íntimo de las personas que concreta la violencia digital (art.20qter), o también cuando se trate de hechos que afectan la indemnidad de privacidad de información sexual(art.199) o en concreto la intimidad sexual.

4.2.2 Tipo objetivo y subjetivo

El *sujeto activo* del delito puede ser de cualquier edad o sexo, aunque generalmente pueden ser adolescentes. Se trata de un delito especial impropio (Olivares García, 2022) que solo

puede ser realizado por quien previamente obtuvo las imágenes o grabaciones audiovisuales con el consentimiento de la persona en su relación de intimidad, otros más directamente afirman que es un delito de propia mano, pues la acción solo puede ser ejecutada directamente por el sujeto activo (Pérez Conchillo,2018).

Pero, también hay que tener presente que quien lo envía ha protagonizado y grabado la relación con consentimiento del sujeto pasivo, pero lo divulga sin su consentimiento, y como bien observamos el intercambio de imágenes íntimas se realiza en una relación de confianza, entre relaciones de pareja y amistad, en la que posteriormente se quebranta por el sujeto activo (Olivares García, 2022), que necesariamente debe tener las imágenes en su poder.

Por ende, la difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal (STS 70/2020, de 24 de febrero, en su FJ. 2º).

Se excluye como sujeto activo del delito al titular de las imágenes que cuelga sus propias imágenes en las redes sociales, WhatsApp u otro medio tecnológico (Fernández Delgado,2021).

En síntesis, sujeto activo es aquel a quien le es remitida voluntariamente la imagen o grabación audiovisual y posteriormente, sin el consentimiento del emisor, quebrantando la confianza en él depositada, la reenvía a terceros, habitualmente con fines sexistas, discriminatorios o de venganza. Este es, además, el criterio de la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2017.

Por su parte, el *sujeto pasivo* se han planteado dos posturas, una en la que no hay una víctima en el delito y se considera como pornografía infantil, mientras que la segunda plantea que el adolescente involucrado en estas conductas debe ser protegido respecto al derecho al desarrollo de autodeterminación sexual, por medio de estatutos de anti-pornografía infantil (Díaz Cortes,2017).

Pero a la vez, hay que rechazar esos planteamientos en los cuales se considera que el sujeto pasivo y la víctima de este delito es la que ha creado este riesgo al no tener el cuidado suficiente para proteger su intimidad, pues como bien ha indicado el Tribunal Supremo es inaceptable tal planteamiento, puesto que quien”. Quien remite a una persona en la que confía una foto expresiva de su propia intimidad no está renunciando anticipadamente a ésta. Tampoco está sacrificando de forma irremediable su privacidad. Su gesto de confiada entrega y selectiva exposición a una persona cuya lealtad no cuestiona, no merece el castigo de la exposición al *figoneo colectivo*” (Camara Arroyo,2022).

La *conducta* castigada exige un elemento previo a la realización del acto de enviar y divulgar el contenido que tiene en su poder, y es que en este caso no se trata de un contenido obtenido de

manera ilícita, sino de un consentimiento inicial por parte del sujeto pasivo o de la víctima. Por tanto, en este caso el sujeto pasivo hizo entrega de las mismas en razón de la confianza que tiene con su pareja o novio, que debe guardar lealtad hacia el o ella no divulgando por ningún motivo las imágenes o videos enviadas.

En ese sentido, el sujeto pasivo o la persona afectada ha protagonizado el contenido de ese material íntimo, que posteriormente es divulgado sin su consentimiento, y afectada en su dignidad e intimidad, que es esa divulgación lo que en concreto quiere el legislador castigar.

Por lo que respecta, a la legislación española la conducta típica en general se ha entendido que comprende tres verbos rectores: difundir, revelar o ceder a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona, en el contexto del delito de sexting”.

Sin embargo, otros consideran que siguiendo el tipo penal, se vislumbra una primera conducta a desarrollar, que es la obtención, que no solo implica conseguir algo, en este caso las imágenes o grabaciones audiovisuales sino también como sinónimo de recibir o en su acepción gramatical de tener y conservar algo (Fernández Delgado,2021), última expresión que se ajusta más al tipo penal de sexting, en su modalidad *revenge porn*, en la que como consecuencia de una ruptura una de las partes divulga ese contenido de imágenes o grabaciones íntimas, y así lo ha considerado la Sentencia del Tribunal Supremo no. 70/2020 de 24 de febrero.

“La obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales que, en todo caso, ha de producirse con la aquiescencia de la persona afectada, puede tener muy distintos orígenes. Obtiene la imagen, desde luego, quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad de la víctima. Pero también obtiene la imagen quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por la víctima, valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas (STS- ADPCP, VOL. LXXV, 2022:932), pero en todo caso el núcleo de la acción del delito no es obtener, sino difundir las imágenes, como bien lo ha indicado el Tribunal Supremo..

En lo que respecta, al lugar, la legislación española aunque pareciera delimitar el domicilio, jurisprudencialmente se ha entendido (STS) *que* “no hay una exigencia locativa al momento de la obtención de la imagen Imágenes obtenidas, por ejemplo, en un hotel o en cualquier otro lugar ajeno a la sede jurídica de una persona, carecerían de protección jurídico-penal, por más que fueran expresión de una inequívoca manifestación de la intimidad” STS-ADPCP, VOL. LXXV, 2022).

El legislador está sancionando dos tipos de conductas (Guardiola 2016):

- la del receptor inmediato o destinatario de la imagen o grabación, o que había protagonizado o sido parte de la captación o grabación del vídeo o imagen y difunde la imagen sin el consentimiento de la víctima.
- la de los terceros receptores a los que se haya reenviado o "rebotado" la imagen o grabación, y éstos a su vez las difunden a otros, sin consentimiento de la víctima.

Los medios para la divulgación no autorizada de las imágenes íntimas a terceros puede llevarse por distintos medios (*redes sociales, Internet, WhatsApp, SMS, mail, mensajería instantánea, Line* o similares).

En lo que respecta, al lugar, la legislación española delimita a un determinado lugar el domicilio, o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, lo cual con ello, quiere resguardar la intimidad y la privacidad de las personas en todo momento y en todo espacio íntimo.

Por su parte, otro consideran que en el tipo objetivo del delito bajo examen, la acción típica se divide en dos partes: una parte instrumental para acotar la acción que relevante penalmente, en la que se exige una captación personal de las imágenes y grabaciones audiovisuales con consentimiento del sujeto pasivo, y que las mismas hayan sido realizadas en el domicilio o en un lugar fuera del alcance de terceros, y en segundo lugar, que se realicen los actos de difundir, revelar o ceder a terceros lo grabado o las imágenes. (Romeo Casabona,2021)

El *objeto material* lo constituye en la legislación española las imágenes y grabaciones audiovisuales que habitualmente compartió el sujeto pasivo con el agente del delito, pero que sin consentimiento lo divulgó, en los que no se determina qué clase de imágenes, si son o no de naturaleza sexual, pero en la que necesariamente hay que valorar si se afecta gravemente la intimidad.

Lo cierto, es que en cuanto al contenido se ha entendido que no se enmarca en imágenes y grabaciones audiovisuales de contenido sexual, porque se proyecta hacia la tutela de la intimidad en diversos ámbitos (Olmo Fernandez,2021), y de conformidad con Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2017.

En ese sentido, valga citar, la reciente sentencia del TS N° 699/2022, de 11 de julio (ponente Julián Sánchez Melgar) referida a un supuesto en que la perjudicada envió una fotografía de sus senos desnudos al acusado con quien mantenía una relación sentimental. Una vez acaba esta, el acusado reenvió, sin consentimiento de la perjudicada, la citada fotografía a una antigua amiga de esta, quien a su vez se la reenvió a la perjudicada por WhatsApp con el siguiente texto: "Creo que te gustan mucho los calabacines y de postre los plátanos bien maduros, es cierto?" En este caso, el Tribunal Supremo, considero a diferencia del Juzgado de lo Penal, que se había atacado la intimidad y conculcado el artículo 197.7 .y desestimo la

revelación de secretos, aduciendo que “aunque el desnudo sea solamente del torso y no de cuerpo entero se vio comprometido el bien jurídico intimidad de la denunciante (Gutierrez,2022).

Resulta interesante destacar, que en México en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia (Ley Olimpia), se castiga el Sexting en el artículo 211ter, pero el alcance del objeto material no solo incluye imágenes o grabaciones audiovisuales, sino también todo tipo de audio, textos, y en concreto se refiere a la naturaleza erótica o pornográfica de su contenido, como lo hemos citado previamente .

El comportamiento es doloso, exige la conciencia y voluntad de enviar y divulgar las imágenes sin consentimiento del sujeto pasivo. En muchas ocasiones, el motivo para la divulgación es por razones de una ruptura sentimental, de despecho, o de venganza hacia el sujeto pasivo.

El dolo eventual es posible a juicio de OLMO FERNÁNDEZ DELGADO (2021 “exigiéndose la doble condición” en el sujeto de que -en primer lugar- conozca o contemple la posibilidad de que la acción lleva aparejada un peligro inmediato que producirá un resultado lesivo, y en segundo lugar- que ejecute la acción “asumiendo la eventualidad de que el resultado se produzca” .

4.2.3 Antijuricidad y Culpabilidad

Sobre las causas de justificación, no es posible aceptar la legítima defensa ni el estado de necesidad, aunque se orienta hacia el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho.

En cuanto al ejercicio legítimo se prevé su posibilidad en el caso del periodista respecto del derecho a la información en la que hay que tomar en cuenta la relevancia pública de la noticia, o en el caso del ejercicio del derecho de quien en ejercicio de un deber de denunciar ejecuta esas acciones u obtiene las pruebas para un proceso del mismo modo (Olmo Fernández, 2021).

En materia de culpabilidad, el sujeto es imputable y debe tener conocimiento del carácter antijurídico de su comportamiento, en otras palabras debe saber que esas imágenes o grabaciones audiovisuales las tiene con consentimiento de la víctima y que no debe publicarlas, pudiendo ser no culpable si tiene algún padecimiento que le perturba su capacidad.

4.2.4 Formas de aparición del delito.

Sobre las formas de aparición del delito, consumación y tentativa, estamos ante un delito que se consuma cuando se produce el resultado, que es la divulgación de las imágenes y el contenido audiovisual, previa obtención del material.

Al tratarse de un delito de resultado es necesario que por la divulgación se produzca un atentado grave a la intimidad, por lo que sería inaplicable la tentativa y aunque se iniciaran los

actos ejecutivos a nuestro juicio serían impunes, como por ejemplo, que se realice actos ejecutivos para subirlas a la red. pero el servidor no funciona (Olmo Fernández, 2021)

Además, para efectos de la consumación se establece ciertas condiciones previas, la obtención de las imágenes y contenido audiovisual y que las mismas se obtengan en un domicilio u otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, y que posterior a ello se divulguen causando un grave daño a la intimidad.

En cuanto a la autoría, son autores los que obtienen las imágenes y grabaciones audiovisuales, y luego las divulgan, revelan o ceden sin autorización del sujeto pasivo, y en cuanto a las consecuencias jurídicas la pena para la difusión no autorizada de imágenes y de imágenes o grabaciones audiovisuales, conlleva una pena de prisión de tres meses un año o multa de seis a doce meses.

5. Consideraciones finales

La difusión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales es un comportamiento delictivo que tiene como elemento previo el fenómeno del *Sexting o sexteo*, del envío de imágenes provocativas, eróticas o sexuales entre parejas o novios, práctica que usualmente se lleva a cabo entre jóvenes, y que es riesgosa puesto que las mismas pueden ser enviadas a terceros sin consentimiento del sujeto pasivo, afectando su dignidad e intimidad.

Pero también, el sexteo está vinculado a *Sextorsión*, un chantaje *online* en la que se amenaza con publicar mensajes, fotos o videos íntimos realizados por la propia víctima, a cambio de dinero, más contenido íntimo o por cualquier otro motivo.

El fenómeno del Sexting vinculado a la divulgación de imágenes de contenido íntimo ha exigido la intervención penal de los Estados y con ello se ha ido adaptando la legislación penal a los nuevos cambios tecnológicos, a fin de que estos hechos no queden impunes, en la que la confianza existente entre dos personas es vulnerada por el otro, aunque la lesión al bien jurídico protegido intimidad en este caso debe ser de naturaleza sumamente grave.

La difusión inconsciente de Sexting, va más allá de una simple revelación de secretos o datos, es un hecho que vulnera la intimidad ajena con un daño grave, y su tipificación en el caso de la legislación española ha sido objeto de polémica, y su incorporación fue motivado a raíz del caso Olvido Hormigos, en la que se coloca la persona en una situación de vulnerabilidad al compartir imágenes o videos de contenido sexual íntimo, que posteriormente son divulgados sin su consentimiento.

En Panamá no está regulada la Difusión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales sin consentimiento de la persona, pero reposan en la Asamblea de Diputados dos propuestas legislativas: el Anteproyecto de Ley 16 de 2020, que adiciona la Ley 82 de 2013 y

adopta medidas de prevención contra la Violencia digital en las mujeres y reforma el Código penal y el Anteproyecto de Ley 241 de 2021, sobre Violencia sexual cibernética.

Por lo que respecta al Anteproyecto de Ley 16 de 2020, se incluye el concepto de Violencia digital de la siguiente manera:

Artículo 2: Se modifica el artículo 4 de la Ley 82 del 24 de octubre de 2013 y se adiciona el numeral que dice así: “Violencia digital contra mujeres: es toda acción que se produce a través de las tecnologías de la información, comunicación, redes sociales plataformas de Internet, correo electrónico, o cualquier otro espacio digital que atente contra la integridad, dignidad, libertad, la vida psicológica, la intimidad o la vida privada de las mujeres, manifestada mediante la difusión de contenidos sexuales plasmados en textos, fotografías, videos, audios, u otras impresiones gráficas, sin consentimiento de la víctima cuando éstas le correspondan o estén vinculada a la víctima”.

Este anteproyecto también modifica el artículo 44 y adiciona el artículo 138-8 al Código Penal que queda de la siguiente manera: Será sancionado con pena de uno a cinco años de prisión quien, por cualquier medio de tecnología de la información, redes sociales plataformas de Internet, correo electrónico, o cualquier otro espacio digital divulgue, difunda, comparta, distribuya, o publique textos, fotografías, videos, audios u otras impresiones graficas de contenido sexual sin consentimiento de la víctima, cuando éstas le correspondan o estén vinculada a la víctima,

La pena será agravada en una mitad:

- Si el autor fuese el conyugue o con quien la victima hubiere mantenido una relación de intimidad.
- Si la victima tuviera algún grado de incapacidad o se encontrara en estado de inconsciencia.
- Cuando el autor utilice cuentas falsas para esconder su verdadera identidad .
- Cuando la víctima sea menor de 14 años.

Por su parte, el Anteproyecto de Ley 241 de 2021, adiciona el artículo 181 del Código Penal y pretende crear el delito de *Violencia sexual cibernética* de la siguiente manera:

Artículo 181-A. Violencia sexual cibernética. Quien sin consentimiento del sujeto pasivo comparta, divulgue o reproduzca por cualquier medio de difusión, analógico o digital, o a través de internet, registros documentales como imágenes, audios y/o videos íntimos, de contenido sexual o erótico, obtenidos con o sin la anuencia del mismo, será sancionado con prisión de cinco a ocho años. La sanción prevista en este artículo se aumentará de ocho a diez años si la conducta se cometiere contra una mujer.

Esperemos, que a corto plazo y por criterios de política criminal moderna, se regule este comportamiento dañino, que no solo afecta a las mujeres sino también a cualquiera persona de cualquier sexo o edad, sin que por ello podamos olvidar que es imprescindible la adopción de medidas preventivas en el ámbito familiar y escolar para orientar sobre los principales riesgos que conlleva la práctica de Sexting por parte de los jóvenes en nuestra sociedad

Bibliografía

- Agustina, J.R.(2010)¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el Sexting, Revista Electrónica de Ciencias Penal y Criminología, RECP (12),1-44
- Agustina, José R.; Gómez-Duran, Esperanza L. (2016). Factores de riesgo asociados al sexting como umbral de diversas formas de victimización. Estudio de factores correlacionados con el sexting en una muestra universitaria *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* (22), 21-47 <https://www.redalyc.org/pdf/788/78846481004.pdf>
- Camara Arroyo, S. (2022). Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 889-964 Anu,https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-2022-10088900964.
- Código Penal del Estado de México,
<https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig006.pdf>
- De Pedro, S. (2018). Stalking y sexting, los nuevos enemigos en la lucha contra la violencia de género en internet. <https://gaptain.com/blog/stalking-y-sexting-violencia-de-genero-en-internet/>
- Díaz Cortés, L (2017). El debate sobre la penalización o no del sexting primario entre menores: el contexto de respuesta, su incoherencia y el desconocimiento de límite http://62.204.194.45/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2017-18-7010/Diaz_Cortes_.pdf.
- García Magna, D. Nuevos conceptos de violencia. El delito de sexting como parte de otras conductas delictivas. <https://www.ejc-reeps.com/> 2019 REEPS 5 Especial (2019).
- González-Casanova Ávila, C. (2019). Delito de sexting Secundario: de su introducción y regulación en el Código Penal Español (2019). Universidad de Comillas. <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/265433/retrieve>
- Guardiola, M. (2016). El sexting: nuevo tipo penal introducido tras la reforma del Código Penal [guardiola miriamhttps://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/el-sexting-](https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/el-sexting-miriam)
- Gutiérrez, E. (2022). Apuntes sobre el denominado delito de “sexting” del artículo 197.7 del Código Penal.<https://confilegal.com/20220918-apuntes-sobre-el-denominado-delito-de-sexting-del-articulo-197-7-del-codigo-penal/>
- Hernández Carballido, M. (2019).Una aproximación a los nuevos delitos sexuales de la ley N.º 19.580 (Ley de violencia hacia las mujeres basada en género, *Revista de la Facultad de Derecho* <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/664/1186>
Doi:[10.22187/rfd2019n4](https://doi.org/10.22187/rfd2019n4)
- Hernández, M.P. y Maganto Mateo, C.. (2018). Sexting, sextorsión y grooming Identificación y prevención <https://www.derechopenalenlared.com/libros/sexting-sextorsion-y-grooming.pdf>
- Martínez Otero, J. (2013). La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico *derecom* No. 12. Nueva época.

- Mejía Soto, G. (2014). Sexting: una modalidad cada vez más extendida de violencia sexual entre jóvenes. *Perinatol. Reprod. Hum.* [online]. , vol.28, n.4, pp.217-221. ISSN 2524-1710
- Mercado Contreras, C. T., Pedroza Cabrera, F. J., & Martínez, K. I. (2016). Sexting: su definición, factores de riesgo y consecuencias. *Revista Sobre La Infancia Y La Adolescencia*, (10), 1–18. <https://doi.org/10.4995/reinad.2016.3934>
- Morelli, M., Urbini, Flavio, Bianchi, D. y Baiocco, R., The relationship between Dark Triad Personality Traits and Sexting Behaviors among Adolescents and Young Adults across 11 Countries, March 2021, *International Journal of Environment of Research and Public Health*, 18 (2526). DOI:[10.3390/ijerph18052526](https://doi.org/10.3390/ijerph18052526)
- Pérez Conchillo, E. (2018). La difusión de sexting ajeno como violencia de género. (51) (109-124). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1855>
- Pérez Conchillo. E. (2018) Intimidación y difusión de sexting no consentido. Tirant Lo Blanch.
- Romeo Casabona, C. M. y otros. (2021). Derecho Penal. Parte Especial. Comares.
- Serrano Gómez, A. y otros. (2021) Curso de Derecho Penal. Parte Especial. Dykinson.
- Valenzuela, N. (2020). El delito de sexting frente al derecho a la intimidad. Una aproximación al concepto desde una perspectiva jurídico-criminológica. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad* <https://www.ejc-reeps.com/Valenzuela.pdf>
- Vargas Urbina, V. (2019). Sexting y sextorsión según Ley No.779. Ley Integral contra la violencia hacia las mujeres. *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Vol. Especial de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (267)*.Unam.
- Unodc (2022). Guía de apoyo a docentes para la prevención del ciberdelito en las aulas. https://www.unodc.org/documents/ropan/2020/Ciberdelito_junio2020Guía_de_apoyo_Guatemala.pdf

VIRGINIA ARANGO DURLING

ORCID: 0000-0003-2947-0252

Nació en la ciudad de Panamá. Es Licenciada en Derecho por la Universidad de Panamá, 1980. Doctora en Derecho, *Apto Cum Laude*, Especialización en Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid, España, 1989. Tiene experiencia en investigación y es autora de numerosas publicaciones, entre las que cuentan más de cincuenta obras en materia de Derecho Penal y Derechos Humanos, e investigaciones publicadas en revistas nacionales y extranjeras, y otros en medios de comunicación social. Entre sus publicaciones se puede mencionar Derecho Penal (Parte General), Introducción a los Derechos Humanos, Manual de Derechos Humanos, Las consecuencias jurídicas del delito, el Iter Criminis, entre otros.

Ha ocupado los cargos de *Investigadora* en el Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá (1983-1993), Decana Encargada. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (1997) Universidad de Panamá, Profesora de Derechos Humanos en Universidad de Panamá, y ULACIT. Actualmente es Catedrática de Derecho Penal y ocupa el cargo de Directora del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, de la Universidad de Panamá.

Artículo recibido: 30 de septiembre de 2023 Aprobado: 2 de noviembre de 2023

LA CIBERDELINCUENCIA EN PANAMÁ
Y
EL CONVENIO DE BUDAPEST DE 2001.
Especial atención al Proyecto de Ley 632 de 2021

Beermann Hemmerling, Kurt. Universidad de Panamá,
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, Panamá

RESUMEN

La ciberdelincuencia puede ser contemplada como la conjunción de 2 materias que se encuentran en constante evolución, el derecho (específicamente el derecho penal) y la tecnología, razón por la cual su estudio y tipificación debe ser igualmente dinámico y en constante evolución, ya porque existe una delgada línea que separa el uso correcto de los equipos o sistemas informáticos de los abusos que se comenten con estos o contra estos, así como la facilidad que el mundo virtual ofrece para ejecutar acciones ilícitas de una forma más rápida e incluso cómoda y eficiente.

Es por tal motivo que vemos prudente crear un estudio paralizado entre el Convenio de Budapest de 2001 y nuestro Código Penal en materia de Ciberdelincuencia, no solo para ofrecer de una manera sintetizada y esquematizada estas actualizaciones al lector, sino también ofrecer una plataforma de análisis en cuanto a las mejoras que en materia jurídica tenemos al respecto.

Por último, hacemos referencia al proyecto de Ley 632 de 2021 el cual propone cambios y reestructuración, desde nuestro punto de vista adecuados y necesarios, de cara a fomentar en el lector un carácter crítico de promotor de este proyecto ley el cual estamos completamente seguros de que traerá muchos beneficios a nuestra legislación penal en materia de ciberdelincuencia.

PALABRAS CLAVES: Ciberdelito, ciber-delincuencia, delitos informáticos, sistema informático, datos, equipos informáticos.

KEYWORDS: Cybercrime, cyber-delinquency, computer crimes, computer system, data, computer equipment.

ABSTRACT

Cybercrime could be seen as the convergence of two constantly evolving fields: law (specifically criminal law) and technology. Therefore, the study and classification of these must be equally dynamic and continually evolving. This is because there is a thin line that separates the proper use of computer systems from the abuses committed with or against them. Additionally, the virtual world provides an easy and efficient platform for executing illicit actions more quickly and conveniently.

For this reason, we find it prudent to establish a parallel study between the Budapest Convention from 2001 and our Criminal Law regarding Cybercrime, not just to mention these updates to the reader in a synthesized and structured manner but also to provide a platform for analysis regarding the legal improvements in this area.

Finally, we refer to law project 632 from 2021, which proposes changes and restructuring that, from our point of view are appropriate and necessary. This is aimed at fostering a critical and supportive stance toward this legislative project, which we are completely confident will bring many benefits to our criminal legislation in the field of cybercrime.

SUMARIO: 1. Introducción, 2. Adecuación de la legislación panameña vigente con relación al convenio de Budapest del 2001 sobre ciberdelincuencia, 3. Proyecto de Ley 632 de 2021, 4. Conclusiones 5. Bibliografía

1. Introducción

Hablar de tecnología y avances tecnológicos siempre será un reto en el cual la constante demanda de actualización y estudio representará el mayor reto de todos, y es que el mundo digital crece a una velocidad difícilmente calculable, lo que ayer era extremadamente novedoso hoy es suplantado por nuevas creaciones cada vez más sorprendentes que lo anterior.

Panamá se integra cada vez más al mundo tecnológico, desde la cultura del *smartphone* hasta la infraestructura informática, tanto gubernamental como privada, los panameños hacen a la tecnología cada vez más parte de su vida, de su día a día.

Como todo fenómeno social, el Derecho aparece como un ente regulador de conductas y relaciones entre personas, ya que los mencionados avances tecnológicos forman parte de ese propio fenómeno social, en mayor o menos escala; como muestra podemos mencionar como la utilización de las Inteligencias Artificiales (AI por sus siglas en inglés) trae consigo una serie de situaciones que afectan temas de derechos de autor, plagio, suplantación de identidad, así como cualquier otro en donde quienes hacen uso de ella pueden sacar un provecho pero en detrimento de un derecho ajeno.

De igual forma tanto el delincuente común como el crimen organizado han sido partícipes de la corriente globalizadora de la última década, y ha encontrado en la tecnología un aliado imprescindible para realizar y coordinar actos delictivos que en gran medida se planifican en un país, pero se desarrollan materialmente en otro. He aquí la importancia de conocer los mecanismos que posee el Estado (o los Estados), tanto desde el punto de vista de prevención como de la investigación, una vez cometido el ilícito.

No es casualidad que algunos Estados estén inclinándose al uso del Derecho Penal como un instrumento de control social para estas conductas, que se vienen dando cada vez en mayor cantidad, y que lesionan intereses personales o particulares en la llamada *red*.

Panamá, ya en octubre de 2013 que mediante Ley 79 del mismo año, ratifica el Convenio Sobre La Ciberdelincuencia, realizado en Budapest el 23 de noviembre de 2001, adecuando así su legislación penal incorporando tipos que permiten a los jueces y magistrado penalizar hechos perpetrados mediante el uso de equipos electrónicos, o en donde el equipo electrónico es el objeto material (incluso llegando a causar un daño sobre el propio equipo) o en la información contenida en él.

Al realizar una revisión de los artículos que se incorporan en nuestra codificación patria relacionada a lo que, el propio cuerpo normativo ha denominado “*Delitos contra la Seguridad Informática*”, somos del criterio que la incorporación de acciones individuales e independientes, sobre todo en la redacción del artículo 290 vulnera no solo el principio de taxatividad del Derecho Penal, sino también aspectos que puedan perjudicar una adecuada política criminal, y proporcionalidad de la consecuencia jurídica de cada una de estas figuras.

Siendo la tecnología y la informática materias ajenas al Derecho, nos proponemos como punto de partida desarrollar el concepto de nuestro objeto de estudio, los equipos o aparatos electrónicos, en un ámbito general, así como la información contenida en éstos, en un sentido específico.

Tenemos entonces que aparatos electrónicos “*consiste en una combinación de componentes electrónicos organizados en circuitos, destinados a controlar y aprovechar las señales eléctricas*” (Wikipedia, Aparato electrónico, 2014). Dentro de estos equipos electrónicos se encuentran los llamados “ordenadores” o como comúnmente se denominan “computadoras”, que es el lugar (guardadas proporciones) en donde se almacena la mayor cantidad de información, en un formato digital.

Como mencionamos anteriormente, dentro de estos ordenadores o computadoras se encuentra el segundo objeto del presente estudio, que es la información o los datos, que para la Real Academia de la Lengua Española se define como la “*comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada*” (RAE, 2014), y esta tendrá el valor que su dueño le establezca.

La información a la cual hacemos referencia es específicamente la contenida en los equipos electrónicos, sin restricción que estos puedan ser computadores, celulares, servidores, unidades de almacenamiento, etc.

Agregamos, como criterio personal, que la unión entre la primera y la segunda se puede denominar como informática, que para Manuel Ossorio es aquella “*denominación de la técnica informativa basada en el rigor lógico y en la automatización posible, al punto de utilizar con frecuencia, y dentro de las posibilidades, las computadoras*” (Ossorio, 1999), es por tal motivo que, en palabras del mexicano Julio Téllez Valdez, los delitos informáticos son aquellas

“actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico) o las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto típico)”.

Para Arboleda Vallejo/Ruiz Salazar (2001), se “sanciona el acceso ilegal y la utilización indebida de base de datos, red o sistema informático, efectuada tanto por un intruso, como por la persona encargada de la base de datos o sistema informático hecho que puede ser efectuado de manera clandestina, abusiva o ilícita, violando las medidas de seguridad como, por ejemplo, las claves de entrada dispuestas para impedirlo”.

Por otro lado, una definición más clara y precisa es plantear a estos como aquellos en donde la acción prohibida (u ordenada) tiene por objeto material un equipo electrónico, o el uso de equipos electrónicos como medios para ejecutar la acción prohibida.

De los primeros podemos mencionar que son los más conocidos y conceptualizados por la doctrina, ya que hablamos de “hechos que atentan contra los elementos físicos del sistema informático (hardware, monitores, dispositivo de almacenamiento de diskettes, cintas, discos, de comunicación etc.) y a elementos lógicos (ficheros, datos y no programas) del sistema informático, es decir, que son hechos que afectan la información almacenada” (Durling, 2009), donde la afectación recae sobre elementos físicos o lógicos del equipo informático.

En cuanto a los segundos hablamos de todas aquellas figuras delictivas en donde el equipo electrónico no es la “materia prima” para la ejecución de la acción, evidentemente puede ejecutarse la acción mediante el uso de estos.

Otro aspecto de importancia para la presente investigación es establecer el bien jurídico tutelado, que son aquellos *“valores significativos para la sociedad organizada.”* (Muñoz Pope, 2003), que para gran parte de la doctrina es “la información”, criterio que no compartimos, ya que somos de la tesis que estamos frente a un bien jurídico de mayor importancia o extensión como lo es “la confianza de las personas en el uso de los equipos electrónicos”, debido a que la primera es uno de los aspectos en cuestión, en tanto que la segunda implica la construcción de un bien inmaterial de tipo plurisubjetivo, es decir que su valor no gira en torno a la consideración de una sola persona, sino a una concepción generalizada sobre el uso o no de estos aparatos tecnológicos que hacen la vida más fácil y rápido.

2. Adecuación de la legislación panameña vigente con relación al convenio de Budapest del 2001 sobre ciberdelincuencia

En reunión sostenida por el Consejo Europeo en noviembre de 2001, el tema de la ciberdelincuencia y/o delitos informáticos forma parte protagónica de la agenda de los estados miembros, debido al alcance que tiene el internet en conductas, que, si bien hasta la fecha no eran consideradas como delitos, era necesario controlar de una forma u otra las mismas, debido a los perjuicios que estas traían.

El llamado convenio de Budapest crea un abanico de figuras delictivas que les servirán a los Estados para adecuar estas a su realidad social particular, situación que nuestro país no supo utilizar esto en su favor, ya que, a nuestro criterio concentró una serie de figuras, a veces incluso contrapuestas, que hacen inaplicable la norma.

Este convenio clasifica, a nuestro criterio de manera acertada, los delitos informáticos bajo 4 títulos, que posteriormente pasaremos a estudiar de forma más amplia, a saber:

- Título 1 sobre Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos
- Título 2 sobre Delitos Informáticos
- Título 3 sobre Delitos relacionados con el contenido
- Título 4 sobre Delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines

En la actualidad, Panamá como signatario de dicho convenio, ha tenido que realizar adecuaciones a la normativa penal en esta materia, así tenemos que el Título VIII de Delitos contra la Seguridad Jurídica de los Medios Electrónicos, contiene un Capítulo I sobre Delitos contra la Seguridad Informática, donde establece 2 artículos (289 y 290) con figuras delictivas que básicamente buscan incorporar todas las figuras que el convenio menciona en su llamado Título 1, y 2 artículos (291 y 292) con agravantes relacionadas a la materia o fuente de la información, o bien al sujeto que realiza la acción u omisión.

Estos hacen referencia a los delitos informáticos que denominamos del primer grupo, es decir, los que atentan sobre un equipo informático, ya sea sobre sus partes o información contenida en ellos.

Por otra parte, tenemos aquellos delitos informáticos del segundo grupo, es decir, aquellas en donde el equipo electrónico es un medio o herramienta para la consumación de una figura delictiva independiente, mismos que nuestro código consagra como una modalidad o en otros casos como una agravante de una figura delictiva independiente, incorporando, entre otros, a los delitos que el citado convenio plantea en sus Títulos 2, 3 y 4.

Somos críticos y promotores de una reformulación de nuestra legislación en este tema, sobre todo ubicando todas estas bajo un nuevo apartado, donde se definan claramente cada una de las figuras, que si bien pueden ser similares a otras ya establecidas, la especialidad de la norma es lo que le daría su validez, y permitiría unirla con una verdadera política criminal, ya que entre otras, erróneamente establece una misma pena para todas las figuras del primer grupo, cuando claramente posee características distintas que hace a unas masa lesivas que a las otras.

Es osado encuadrar todas las figuras delictivas que se pueden ejecutar bajo la óptica de los delitos informáticos del primer grupo, sobre todo la confusa redacción del artículo 290, donde se lesiona gravemente el llamado “principio de taxatividad” que menciona “sólo pueden ser

castigadas las acciones u omisiones que expresamente estén descritas como delitos por el legislador, lo que implica tener que definir con precisión el comportamiento prohibido u ordenado” (Muñoz Pope, 2003).

Por tal motivo pasaremos a comparar nuestra legislación penal vigente en materia de ciberdelincuencia en relación con las figuras delictivas propuestas por el convenio de Budapest de 2001 del cual somos signatarios.

A. Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos

Estas figuras delictivas tienen por objeto proteger tanto los equipos electrónicos del sujeto pasivo, como también la información contenida en ellos, bajo 5 figuras que acertadamente cubren, a nuestro criterio, gran parte de las acciones en materia de delitos informáticos de nuestro llamado “primer grupo”, dentro de los cuales tenemos:

1. **Acceso Ilícito.** Figura que el propio convenio define como “el acceso deliberado e ilegítimo a todo o en parte de un sistema informático” (Convenio sobre Ciberdelincuencia, 2001), pero que también debe exigirse el quebrantamiento de una medida o dispositivo de seguridad del equipo electrónico, o la intención de obtener datos informáticos, ya que de lo contrario debemos apegarnos al principio de intervención mínima del derecho penal.
2. **Interceptación ilícita.** Toda vez que la gran mayoría de los equipos electrónicos se encuentran interconectados mediante una red privada, o mediante la llamada “red de redes” o como comúnmente se denomina “Internet”, ya sea mediante el uso de cables de red o mediante ondas (inalámbrico), la información electrónica puede ser captada por otro u otros dispositivos distintos a los legítimamente establecidos. Por tal motivo el citado convenio establece “la interceptación deliberada e ilegítima, por medios técnicos, de datos informáticos comunicados en transmisiones no públicas efectuadas a un sistema informático, desde un sistema informático o dentro del mismo, incluidas las emisiones electromagnéticas procedentes de un sistema informático que contenga dichos datos informáticos” (Convenio sobre Ciberdelincuencia, 2001).
3. **Interferencia en los datos.** Esta figura, a nuestro criterio es una agravante de las figuras predecesoras, toda vez que se establece la penalización de “comisión deliberada e ilegítima de actos que dañen, borren, deterioren, alteren o supriman datos informáticos” (Convenio sobre Ciberdelincuencia, 2001), toda vez que tanto en el acceso como en la interceptación se puede llegar, con intención o sin ella, a dañar, borrar, deteriorar, alterar o suprimir datos contenido en los equipos electrónicos.
4. **Interferencia en el sistema.** En esta estamos frente al ataque auténtico sobre un equipo electrónico, y ya no contra la información que este contenga, toda vez que se penaliza “la obstaculización grave, deliberada e ilegítima del funcionamiento de un sistema informático mediante la introducción, transmisión, provocación de daños,

borrado, deterioro, alteración o supresión de datos informáticos” (Convenio sobre Ciberdelincuencia, 2001).

- 5. Abuso de los dispositivos.** Nuevamente estamos frente a lo que consideramos una agravante aplicable a todas la figuras antes descritas, toda vez que lo que se busca castigar en este artículo es “La producción, venta, obtención para su utilización, importación, difusión u otra forma de puesta a disposición de un dispositivo, incluido un programa informático, diseñado o adaptado principalmente para la comisión de cualquiera de los delitos previstos... una contraseña, un código de acceso o datos informáticos similares que permitan tener acceso a la totalidad o a una parte de un sistema informático” (Convenio sobre Ciberdelincuencia, 2001).

En relación con la primera figura menciona, sobre el acceso ilícito, nuestro código penal establece en su artículo 289 una redacción a nuestro criterio acertada, a saber:

“Quien indebidamente ingrese o utilice una base de datos, red o sistema informático será sancionado con dos a cuatro años de prisión”

En cuanto a la segunda, sentimos que el legislador patrio abusó de los recursos gramaticales toda vez que el artículo 290 pretende introducir tanto la interceptación, interferencia y el abuso de equipos informáticos, al establecer:

“Quien indebidamente se apodere, copie, utilice o modifique los datos en tránsito o contenidos en una base de datos o sistema informático, o interfiera, intercepte, obstaculice o impida su transmisión será sancionado con dos a cuatro años de prisión”

De lo anterior se crean 2 situaciones que a nuestro criterio puede subsanarse si se separan estas figuras similares pero independientes entre sí, a saber:

- a. Se sancionan con la misma pena a pesar de que uno puede ser más lesivo que el otro, ya que el interceptar la transmisión de un partido de futbol y ponerlo al alcance de otro usuarios que no pagan un determinado derecho de uso es menos perjudicial que quien interfiera la base de datos del registro público panameño impidiendo el acceso a miles de usuarios, pero ambas figuras tienen la misma sanción.
- b. El abuso en las piezas gramaticales puede ocasionar el error, ya del juzgador, del ente investigativo o bien de la defensa técnica a la hora de encuadrar un hecho al tipo penal en cuestión, creando con esto la impunidad.

Por su parte los artículos 291 y 292 establecen agravantes por razones del tipo de información o la calidad del sujeto activo. Tenemos entonces que el 291 un aumento de un tercio a una sexta parte de la pena cuando los datos o sistemas sean de *entidades públicas, autónomas, semiautónomas o de bancos, aseguradoras o demás instituciones financieras o bursátiles*; en tanto que el artículo 292 aumenta la pena entre una sexta y una tercera parte si el sujeto activo es

la persona encargada o responsable de la base o del sistema informático, o la persona autorizada para acceder a este, o las cometió utilizando información privilegiada.

Ahora bien, erróneamente nuestra legislación penal deja de lado la agravante propuesta en el numeral 3 anteriormente citada, toda vez que no se establece ninguna sanción a quien *borre, deteriore, altere o suprima datos informáticos*; así como tampoco el numeral 5, en donde se evita la creación o comercialización de dispositivos que permitan cometer delitos mediante los propios aparatos electrónicos.

Adicional a los ya mencionados anteriormente, somos del criterio que bajo este apartado también entrarían los delitos contra la Inviolabilidad del Secreto y el Derecho a la Intimidad cuando se realicen sobre medios tecnológicos o informáticos:

- Inviolabilidad del Secreto y el Derecho a la Intimidad (artículos 164 y 165)
- Divulgación de Comunicación (artículo 166)
- Interceptación de Comunicación (artículo 167)
- Seguimiento, Persecución o Vigilancia (artículo 168)

B. Delitos Informáticos

En este grupo se guarda relación con actividades que tienen por factor común el engaño, toda vez que se habla de la Falsificación y el Fraude informáticos, mismas de las cuales tenemos las siguientes consideraciones:

1. **Falsificación informática.** De esta se refiere el citado convenio como “la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos que dé lugar a datos no auténticos, con la intención de que sean tenidos en cuenta o utilizados a efectos legales como si se tratara de datos auténticos, con independencia de que los datos sean o no directamente legibles e inteligibles” (Convenio sobre Ciberdelincuencia, 2001).
2. **Fraude informático.** Situación distinta se presenta esta figura, ya que la establecerse para estas “cualquier introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos” o “cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático, con la intención fraudulenta o delictiva de obtener ilegítimamente un beneficio económico para uno mismo o para otra persona”.

Sobre el primer punto, es importante destacar que actualmente el artículo 366-A, del Capítulo I sobre Falsificación de Documentos en General, que se encuentra en el Título XI sobre Delitos contra la Fe Pública (Código Penal de la República de Panamá, 2007), contempla la *falsificación informática* a quien *indebidamente ingrese, altere, borre, suprima o falsifique datos informáticos, un documento electrónico, un certificado electrónico independientemente de si los datos pueden o no ser leídos directamente o almacenados en un sistema informático o electrónico resultando en datos informáticos no auténticos para que sean adquiridos o utilizados como auténticos con efectos legales*, estableciendo una pena de prisión de cuatro a ocho años.

En cuanto al *fraude informático*, la Estafa contenida en el artículo 220 de nuestro código penal adecua ésta integrando aspectos tecnológicos “cuando se realice a través de un medio cibernético o informático”, e incluso la manipulación o alteración de *programas, bases de datos, redes o sistemas informáticos*, de las que habla el Artículo 226, junto a su agravante cuando el sujeto activo sea *la persona encargada o responsable de la base de datos, redes o sistema informático o por la persona autorizada para acceder a estos, o cuando el hecho lo cometió la persona valiéndose de información privilegiada*.

C. Delitos relacionados con el contenido

Son los que están directamente relacionados con el flagelo de la pedofilia, toda vez que lo propuesto por el Consejo Europeo es en base a la llamada pornografía infantil, en donde a nuestro criterio se desarrolla de una forma amplia y clara al establecerse en el propio convenio:

- a) La producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático;
- b) la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático;
- c) la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático,
- d) la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona;
- e) la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.

También otro aspecto importante es que se establece lo que, desde un punto de vista jurídico, se debe considerar como “*pornografía infantil*” al considerar:

“todo material pornográfico que contenga la representación visual de:

- a) Un menor comportándose de una forma sexualmente explícita;
- b) una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita;
- c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita.”

Por último, se establece también el carácter de “*menor*” a todas las personas que no hayan cumplido 18 años de edad, lo cual es completamente cónsono con nuestro ordenamiento jurídico.

En nuestro código penal se incorpora el tema del que se habla en el convenio de Budapest en el artículo 184 para los puntos **a**, **b** y **c** anteriormente mencionado, al establecer:

“*Quien fabrique, elabore por cualquier medio o produzca material pornográfico o lo ofrezca, comercie, exhiba, publique, publicite,*

difunda o distribuya a través de Internet o de cualquier medio masivo de comunicación o información nacional o internacional, presentando o representando virtualmente a una o varias personas menores de edad en actividades de carácter sexual, sean reales o simuladas, será sancionado con prisión de diez a quince años.

La pena será de quince a veinte años de prisión si la víctima es una persona menor de catorce años, si el autor pertenece a una organización criminal nacional o internacional o si el acto se realiza con ánimo de lucro.”

Es importante resaltar la amplitud, no solo a actos reales sino también simulados, por un lado, y el que se haya establecido una pena mayor por el uso de internet a diferencia de la pena establecida en el tipo base del 179, que establece entre ocho a diez años.

Adicional, el artículo 187 también crea una condición de alcance del Derecho Penal, con relación a pornografía infantil, sancionando a quien “se valga de correo electrónico, redes globales de información o cualquier otro medio de comunicación individual o masiva, para incitar o promover el sexo en línea en personas menores de edad o para ofrecer sus servicios sexuales o hacer que lo simulen por este conducto, por teléfono o personalmente”.

En cuanto a los puntos **d** y **e** del convenio, somos del criterio que pueden encuadrar perfectamente en el artículo 185, con la única diferencia, en el caso del punto **e**, que la ley no se centra en la “forma” como se obtuvo el material, sino en el hecho que el sujeto activo lo posea.

*“Quien posea para su propio uso **material pornográfico** que contenga la imagen, **real o simulada**, de personas menores de edad, **voluntariamente adquirido**, será sancionado con pena de prisión de cinco a diez años”.*

De lo anterior podemos resaltar el sabio criterio del legislador de conservarlo únicamente en su forma dolosa al incorporar “*voluntariamente adquirido*” ya que pudiese darse el caso que la persona no estuviese buscando tal material pero por una u otra razón se descargó en el equipo electrónico de la persona, o bien fue plantado por otra con más astucia que el imputado; en cualquiera de los casos propuesto lo cierto es que el papel del informático forense será clave para determinar, desde el punto de vista probatorio, cuando estamos ante uno u otro supuesto.

A. Delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines.

Tal vez el más común y menos perseguido de todos los mencionados anteriormente, la llamada “piratería”, que a nuestro criterio obedece totalmente al poder económico que la industria del cine, música y televisión representa, ha llevado a crear una barrera legal para minimizar el impacto que el internet ha causado en las ventas de las industrias antes mencionadas.

Como punto de referencia, el caso Napster iniciado en diciembre de 1999 y finalizado en julio de 2001 marca un hito, a nuestro criterio, en el naciente derecho informático, ya que hasta ese momento estos temas quedaban como casos aislados en la liberalidad que el internet ofrecía. Basado en conexiones P2P (peer to peer) las personas intercambiaban música en un formato de mp3, violando los derechos de los artistas ya que las ventas de discos compactos tuvo un bajón considerable.

Misma situación de reciente data se dio mediante el cierre en enero del 2012 de MegaUpload por infracción de derechos de autor debido a que el sitio, creado bajo un esquema de alojamiento de información o datos, mismo que fue utilizado por los propios usuarios para propiciar la descarga de películas, compilaciones musicales, programas “crackeados”, entre otros.

Esta última desato, lo que hoy en día se conoce como un auténtico¹ “terrorismo virtual” o “ciber-terrorismo”, en manos del hoy conocido grupo *Anonymous* quienes ganan el mayor protagonismo al “sacar de línea”, en señal de protesta, a los sitios web de la NSA², FBI³ y Sony Music luego que un tribunal norteamericano diera de baja el sitio *MegaUpload*. Situación que tuvo su punto climax con la divulgación de los llamados *Wikileaks*.

Es increíble poder ver como este tipo de actos, que en un momento determinado no son considerados como nocivos o peligrosos, de una forma u otra evolucionan en otros de suma complejidad y que pueden llegar a causar grandes perjuicios a toda una colectividad.

En este aspecto el convenio busca, basándose en convenios y/o acuerdos internacionales como el Acta de París de 24 de julio de 1971, el Convenio de Berna, la Convención de Roma, el Tratado de la OMPI sobre la propiedad intelectual y sobre las obras de los intérpretes y ejecutantes y los fonogramas, específicamente:

- La protección de las obras literarias y artísticas... cuando esos actos se cometan deliberadamente, a escala comercial y por medio de un sistema informático.
- La protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión... cuando esos actos se cometan deliberadamente, a escala comercial y por medio de un sistema informático.

Ya nuestra legislación ha contemplado estos aspectos, específicamente bajo el Capítulo VI sobre Delitos contra la Propiedad Intelectual (Código Penal de la República de Panamá,

¹ Establecemos “auténtico” ya que en los últimos años se ha pensado, a nuestro criterio erróneamente, que todo acto terrorista en donde sea utilizado un equipo electrónico, especialmente computadores y/o celulares, se está ante un ciber-terrorismo. A nuestro criterio el ciber terrorismo es aquel que se desarrolla completamente en la red y tiene por objeto crear una inestabilidad de la población en uno o más Estados, en los otros casos se está ante un acto terrorista en donde el equipo informático fue el instrumento para llevar a cabo la acción prohibida.

² Agencia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos, por sus siglas en inglés.

³ Oficina Federal de Investigaciones por sus siglas en inglés.

2007), dentro de los cuales se encuentra la sección 1 sobre Delitos contra el **Derecho de Autor y Derechos Conexos** de los que podemos mencionar:

“262. Se impondrá pena de uno a tres años de prisión o de doscientos a cuatrocientos días-multa a quien, sin la correspondiente autorización del titular o fuera de los límites permitidos por las normas sobre los Derechos de Autor y Derechos Conexos, realice cualesquiera de las siguientes conductas:

5. Retransmita, por cualquier medio alámbrico o inalámbrico, reproducción y retransmisión de las emisiones de los organismos de radiodifusión de cable o satélite”

Sobre la **Reproducción Ilegal de Emisiones** podemos mencionar que ya existe un precedente reciente en la transmisión del pasado mundial de futbol Brazil 2014 en nuestro país, en donde se da, por lo que conocemos, por primera vez un bloqueo a nivel de direcciones IP de las transmisiones vía web de otros canales internacionales en nuestro país. Tal es el caso, por ejemplo, de la cadena Telemundo Miami, misma que ofrecía a sus televidentes la transmisión gratuita de estos partidos, pero cuando alguien desde Panamá accedía a dicha transmisión recibía un mensaje que “esta transmisión ha sido bloqueada en su país”, no así con el otro contenido del sitio web.

Lo anterior lo entendemos como una reacción de los canales de televisión que habían adquirido los costosos derechos de transmisión de los citados partidos, en este caso Televisora Nacional Canal 2 y MEDCOM.

“266. Quien con fines ilícitos fabrique, ensamble, modifique, importe, venda u ofrezca en venta, arriende o ponga en circulación decodificadores o cualquier otro artefacto, equipo, dispositivo o sistema diseñado exclusivamente para conectar, recibir, eliminar, impedir, desactivar o eludir los dispositivos técnicos que los distribuidores o concesionarios autorizados de las señales portadoras de programas, sonidos, imágenes, datos o cualesquiera combinación de ellos, tengan o hayan instalado, para su protección o recepción, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

Quien en razón de la conducta descrita en este artículo recepte y distribuya la señal portadora de programas, sonidos, imágenes o datos, que fue decodificada sin la autorización del distribuidor o concesionario autorizado, será sancionado con prisión de cuatro a seis años.”

Como anteriormente lo habíamos mencionado en la parte introductoria, la evolución de la tecnología va de la mano con las nuevas formas de delincuencia a niveles internacionales, y el artículo anterior no hace sino plasmar aquella situación sobre la cual se ha perdido el control, por

ejemplo, con la venta de antenas y decodificadores para tomar señal satelital, que en principio no es ilegal, ya que existen muchos satélites gratuitos o abiertos con los cuales dichas antenas puede funcionar.

La ilicitud en la actividad anterior viene cuando, mediante foros y servidores de otros países, los panameños lograron modificar los decodificadores para que puedan leer la información de los satélites de televisión pagada, claro está, de forma gratuita.

Por último, también el artículo 266-A establece la figura de evasión de controles de acceso (digitales) *con el fin de lograr una ventaja comercial o ganancia financiera privada*, para obtener un acceso a *obra, interpretación, ejecución o fonograma protegido*.

Bajo la Sección 2 sobre Delitos contra los **Derechos de Propiedad Industrial** tenemos una serie de figuras delictivas, de las que anteriormente denominamos “de segundo grupo”, es decir que pueden ser cometidas mediante el uso de un equipo electrónico o informático, dentro de la cual a modo de ejemplo podemos mencionar:

“272. Quien se apodere o use información contenida en un secreto industrial o comercial, sin consentimiento de la persona que lo guarda o de su usuario autorizado, con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero o de causar un perjuicio a la persona que lo guarda o al usuario autorizado será sancionado con prisión de cuatro a seis años.”

Toda vez que la gran mayoría de las empresas guardan su información en servidores, unidades de almacenamiento, computadores y demás, estos se convierten en los objetos materiales de los delitos en cuestión. Por tal motivo se considera entonces bajo esta sección los **Delitos Financieros** y el **Espionaje Empresarial**.

“243. Quien, en beneficio propio o de un tercero, se apodere, ocasione la transferencia ilícita o haga uso indebido de dinero, valores u otros recursos financieros de una entidad bancaria, empresa financiera u otra que capte o intermedie con recursos financieros del público o que se le hayan confiado, **o realice esas conductas a través de manipulación informática, fraudulenta o de medios tecnológicos**, será sancionado con prisión de cuatro a seis años.”

“288. Quien, para descubrir innovaciones o secretos de un agente económico, se **apodere de datos, información, soporte informático**, procedimiento, fórmula o informe, siempre que cause perjuicio a este, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.”

B. Otros delitos adecuados a la realidad tecnológica que no forman parte del Convenio de Budapest.

Cabe mencionar que existen otros delitos, que no necesariamente se encuentran bajo estos títulos o capítulos, pero que pueden ser cometidos mediante el uso de un equipo electrónico o

informático, y que en efecto afectan la confianza en el uso de estos por los particulares como, por ejemplo:

- **Calumnia e Injuria.** (artículo 195) se cometa a través de un medio de comunicación social oral o escrito o utilizando un sistema informático.
- **Hurto.** (artículo 214 numeral 13) Cuando se cometa por medios tecnológicos o maniobras fraudulentas de carácter informático.
- **Daños a cosa mueble o Inmueble.** (artículo 230) Cuando el daño se ocasione utilizando instrumentos o medios informáticos, computadora, dato, red o programa de esa naturaleza.
- **Contrabando y Defraudación Aduanera.** (artículo 288-C numeral 4) Afecte el Sistema Informático Aduanero Oficial de la Autoridad Nacional de Aduanas al introducir, alterar, modificar borrar, cambiar o anular declaraciones sin las debidas autorizaciones del administrador regional respectivo.
- **Terrorismo.** (artículo 295) utilice la Internet para enseñar a construir bombas o reclutar personas para realizar actos con fines terroristas.

3. Proyecto de Ley 632 de 2021

El panorama a futuro es ambiguo ya que, por un lado, tenemos un proyecto de Ley 632 de 2021 (Panamá, 2021) el cual propone varios cambios en la redacción y reestructuración de normativa penal y procesal penal los cuales consideramos no solo necesarios sino también positivos.

Ya en la exposición de motivos se establece claramente la intención y alcance, mismos que nos permitimos citar (parte de esta) de manera textual:

“Uno de los propósitos de este Proyecto de Ley, es regular a la luz de la ley sustantiva, la protección de la información y tipificar conductas delictivas, relacionadas a las nuevas tendencias que incluyen desde el acceso ilegal a sistemas informáticos, suplantación de identidad, interceptación ilegal de redes, interferencias, daños en la información (borrado, dañado, alteración o supresión de datos informáticos), extorsión, fraudes electrónicos, estafas, ataques a sistemas informáticos, ataques realizados por hackers, captura de datos bancarios (phishing, pharming), computadoras zombies (botne/s), violación de los derechos de autor, pornografía infantil, pedo filia, denegación de servicios, ciberacoso (ciberbullying y cibergrooming), violación de información confidencial, acoso y muchos otros. Todo realizado a través de redes informáticas, utilizando para ello la instalación de códigos, de gusanos, de archivos maliciosos, de spam (correo basura), de ataque masivos a servidores de Internet y mediante generación de virus.”

Haciendo una revisión general sobre los cambios que se proponen con la citada Ley, podemos mencionar los siguientes:

- Incorporación de circunstancias agravantes generales en materia de tecnología ya por su uso o por ser el objeto material, en el Artículo 88 a saber:
 - “15. Cuando para la realización del hecho punible se utilice red de comunicaciones, cualquier medio de transferencia de datos, sistema informático, sistema electrónico, datos informáticos, comunicación electrónica, programas maliciosos o tecnología emergente.
 - 16. Cometer el hecho contra sistemas informáticos o sistemas electrónicos y similares pertenecientes a Infraestructura Crítica o Sistemas gubernamentales.”
- Modificación a la redacción de la *Inviolabilidad del Secreto y el Derecho a la Intimidad*, así como la sanción que se establece en el artículo 166, la cual citamos y resaltamos en negrita los cambios introducidos:
 - Quien posea legítimamente una correspondencia, **datos informáticos**, grabación o documentos privados y de carácter personal, no destinados a **hacerlo de conocimiento público**, aunque le hubieran sido dirigidos, y los haga públicos sin la debida autorización y de ello resultara un perjuicio, será sancionado **de dos a cuatro años de prisión**.
 - No se considerará delito la divulgación de documentos indispensables para la comprensión de la historia nacional, las ciencias y las artes **o que constituyan pruebas de un delito denunciado ante el funcionario de investigación**.
 - Si media el perdón expreso de la víctima, se ordenará el archivo de la causa, **La sanción será de tres a cinco años si la conducta es realizada por un servidor público o persona particular, encargada o responsable de su custodia**.
- Modificación algunos delitos relacionados a *Pornografía Infantil*, en cuanto a los artículos 184 y 185 se modifica tanto la redacción y la sanción (disminución), las que citamos y resaltamos en negrita los cambios introducidos:
 - “Artículo 184. Quien fabrique, elabore por cualquier medio o produzca material **de explotación sexual infantil** o lo ofrezca, comercie, exhiba, publique, publicite, difunda o distribuya a través de un medio de **transferencia de datos, sistema informático, sistema electrónico, datos informáticos, comunicación electrónica, programas maliciosos o tecnología emergente o cualquier medio de comunicación** o información nacional o internacional, presentando o representando virtualmente a una o varias personas menores de edad en actividades de carácter sexual, sean reales o simuladas, será sancionado con prisión de cinco a diez años.
 - La pena será de **diez a quince** años de prisión si la víctima es una persona menor de catorce años **o personas con capacidades especiales**, si el autor pertenece a una organización criminal nacional o internacional o si el acto se realiza con ánimo de lucro.”

- “Artículo 185: Quien posea material pornográfico que contenga la imagen, real o simulada, de personas menores de edad, voluntariamente adquirido, será sancionado con pena de prisión de **tres a cinco** años.
La pena será aumentada de una sexta parte a un tercio cuando se utilicen sistemas informáticos o medios de almacenamiento electrónico.”
- Así en la misma vía de los delitos relacionados a *Pornografía Infantil* se adiciona el artículo 184-A para salvaguardar la integridad de un menor o persona con discapacidad cuando se tenga conocimiento de evidencia (de delitos relacionados con pedofilia) se comunique con éste, aunque debemos resaltar que la redacción de este último artículo tiene oportunidad de mejora, a saber:
 - “Artículo 184-A: Quien, a sabiendas de existencia una evidencia previa y que éste, se comunique con un menor de edad o persona que posea discapacidad que le impida expresarse voluntariamente, teniendo como finalidad la ejecución de un delito Contra la Libertad e Integridad Sexual, utilizando cualquier medio, inclusive un sistema informático, sistema electrónico o comunicación electrónica, será sancionado con pena de prisión de cuatro a seis años.
La pena será de seis a ocho años de prisión si la víctima es una persona menor de catorce años.”
- Adición del *ciberacoso (ciberbullying y ciber grooming)* en el artículo 204-A cuya redacción quedaría como:
 - “Artículo 204-A. Quien, a través de un sistema informático, sistema electrónico, comunicación electrónica, difunda, divulgue, reproduzca, retransmita o traspare datos informáticos, imágenes o videos, que afecten o atenten la integridad física, mental o emocional de una persona menor de edad, será sancionado con pena de seis a ocho años de prisión.
Si el autor es ascendiente, pariente cercano, encargado de la guarda, crianza, y educación o tutor o encargado de su cuidado o atención, o quien interviene en el proceso de educación, formación y desarrollo integral, la sanción será aumentada de una tercera parte a la mitad. Igual pena se le aplicará si la víctima es una persona con capacidades especiales.”
- Modificación a la redacción del artículo 226 sobre *Estafa y otros Fraudes* las cuales citamos y resaltamos en negrita los cambios introducidos, así como la incorporación de la *Suplantación de identidad* en el artículo 226-A:
 - “Artículo 226. Quien, para procurarse para sí o para un tercero un provecho ilícito, **ingrese, altere, borre, bloquee o desbloquee**, modifique o manipule **datos, o interfiera con el funcionamiento de un sistema informático o sistema electrónico**, en todo o en parte, en perjuicio de un tercero, será sancionado con cuatro a seis años de prisión.

La sanción será de cinco a ocho años de prisión cuando el hecho sea cometido por la persona encargada o responsable de la base datos, redes o sistema informático **o sistema electrónico** o por la persona autorizada para acceder a estos, o cuando el hecho lo cometió la persona valiéndose de información privilegiada.”

- “Artículo 226-A. Quien suplante la identidad de una persona, para procurarse para sí o para un tercero un provecho ilícito, utilizando datos informáticos contenidos en un sistema informático, sistema electrónico, o tecnología emergente, será sancionado con pena de cuatro a seis años de prisión.

Cuando la conducta cause un daño económico superior a los veinte mil balboas, la pena se aumentará a la mitad.”

- Modificación a la redacción del artículo 243 sobre *Delitos Financieros* las cuales citamos y resaltamos en negrita los cambios introducidos:

- “Artículo 243. Quien, en beneficio propio o de un tercero, se apodere, ocasione la transferencia ilícita, o haga uso indebido de dineros, valores u otros recursos financieros de una entidad bancaria, empresa financiera u otra que capte o intermedie con recursos financieros del público o que se le hayan confiado, o realice esas conductas **utilizando una red de comunicaciones, cualquier medio de transferencia de datos, sistema informático, sistema electrónico, datos informáticos, comunicación electrónica, programas maliciosos o tecnología emergente o de forma fraudulenta**, será sancionado con prisión de cuatro a seis años.

La sanción será de seis a ocho años de prisión, cuando el hecho punible es cometido por **un proveedor de servicio**, empleado, trabajador, directivo, dignatario, administrador o representante legal de la entidad o empresa, aprovechándose de su posición o del error ajeno.”

Sobre el Título VIII sobre Delitos contra la Seguridad Jurídica de los Medios Electrónicos, el cual reorganiza la redacción, clasificación distribución y esquematización de todo el Capítulo I de los Delitos contra la Seguridad Informática, mismos que por tema de espacio y dimensión del presente ensayo nos limitaremos a únicamente mencionar la distribución, esperando que el lector pueda hacer un estudio más detallado revisando el citado proyecto ley.

- **Artículo 289.** Sanciona el corte, ingreso, utilización o el permanecer conectado a un sistema informático o electrónico, o sus componentes. Adicionando una agravante de seis a ocho años cuando se trate de Infraestructura Crítica o gubernamental.
- **Artículo 289-A.** Sanciona el daño u obstaculización (total o parcialmente), o la afectación del funcionamiento de un sistema informático o electrónico, ya sea mediante bloqueo, alteración, deterioro, introducción, supresión de transmisión, borrado o supresión de datos informáticos. También adiciona agravantes cuando se trate de

Infraestructura Crítica o gubernamental, o cuando sea realizado por lucro o beneficio propio o de un tercero.

- **Artículo 289-B.** Sanciona el llamado SPAM, o la emisión de mensajes electrónicos de forma masiva para engañar, confundir, causar daño, tomar control o la destrucción de un sistema informático o electrónico.
- **Artículo 289-C.** Sanciona obtención y decodificación de códigos o sistemas de acceso para ingresar ilegítimamente a un equipo o sistema informático.
- **Artículo 290.** Sanciona la integridad de los datos estáticos (o que se encuentran almacenados).
- **Artículo 290-A.** Sanciona el apoderamiento o utilización de datos estáticos, aunque también adiciona agravantes cuando se trate de Infraestructura Crítica o gubernamental.
- **Artículo 290-B.** Sanciona la afectación a la transmisión de datos informáticos (en tránsito).
- **Artículo 290-C.** Sanciona la afectación a la seguridad o controles de acceso a sistemas informáticos.
- **Artículo 291.** Incorpora al catálogo de circunstancias agravantes a las *personas con capacidades especiales o población vulnerable o menores de edad* (en cuanto a la titularidad o propiedad de los sistemas informáticos, sistemas electrónicos, datos informáticos).
- **Artículo 292-A.** Sanciona la creación, uso, distribución (entre muchos verbos rectores que ofrece la reacción del artículo) de los llamados Virus, Malware y demás programas informáticos que tengan por objetivo afectar la integridad, seguridad o confidencialidad de los equipos informáticos o la información contenida en estos, siempre que se revelen públicamente, esto último de forma errada a nuestro criterio ya que condiciona el actuar del derecho penal a que el sujeto activo *haga público* los datos informáticos, claves, contraseñas o códigos de accesos.
- **Artículo 292-B.** Incorpora una agravante cuando se vulnere la confidencialidad de los datos obtenidos, o se afecte la intimidad o privacidad de las personas.

Por último, también se modifican artículos del Código Procesal Penal las cuales podrán ser objeto de un estudio posterior, pero que buscan mejorar el alcance y redacción de artículos en donde la materia tecnológica sea de importancia para el proceso penal.

4. Conclusiones

El proyecto de Ley 632 de 2021 (Panamá, 2021) propone varios cambios en la redacción y reestructuración de normativa penal y procesal penal los cuales consideramos no solo necesarios sino también positivos.

El llamado convenio de Budapest crea un abanico de figuras delictivas que sirven a los Estados para adecuar la legislación de los países, y de manera acertada, contempla los delitos informáticos bajo 4 títulos, que posteriormente pasaremos a estudiar de forma más amplia, a saber:

- Título 1 sobre Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos
- Título 2 sobre Delitos Informáticos
- Título 3 sobre Delitos relacionados con el contenido
- Título 4 sobre Delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines

En la actualidad, Panamá como signatario de dicho convenio, ha tenido que realizar adecuaciones a la normativa penal en esta materia, así tenemos que el Título VIII de Delitos contra la Seguridad Jurídica de los Medios Electrónicos, contiene un Capítulo I sobre Delitos contra la Seguridad Informática, donde establece 2 artículos (289 y 290) con figuras delictivas que básicamente buscan incorporar todas las figuras que el convenio menciona en su llamado Título 1, y 2 artículos (291 y 292) con agravantes relacionadas a la materia o fuente de la información, o bien al sujeto que realiza la acción u omisión.

Sobre el Título VIII sobre Delitos contra la Seguridad Jurídica de los Medios Electrónicos, el cual reorganiza la redacción, clasificación distribución y esquematización de todo el Capítulo I de los Delitos contra la Seguridad Informática, mismos que por tema de espacio y dimensión del presente ensayo nos limitaremos a únicamente mencionar la distribución, esperando que el lector pueda hacer un estudio más detallado revisando el citado proyecto ley.

Por último, hacemos referencia al proyecto de Ley 632 de 2021 el cual propone cambios y reestructuración, desde nuestro punto de vista adecuados y necesarios, de cara a fomentar en el lector un carácter crítico de promotor de este proyecto ley el cual estamos completamente seguros de que traerá muchos beneficios a nuestra legislación penal en materia de ciberdelincuencia.

5. Bibliografía

- Arango Durling, V. (2009). *Delitos contra el sistema o por medios informáticos*. Panamá: Anuario de Derecho.
- Arboleda Vallejo, M., & Ruiz Salazar, J. A. (2001). *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*. Leyer.
- Muñoz Pope, C. E. (2003). *Introducción al Derecho Penal*. Panamá: Ediciones Panamá Viejo.
- Muñoz Pope, C. E. (2003). *Introducción al Derecho Penal*. Panamá: Ediciones Panamá Viejo.
- Ossorio, M. (1999). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales - 1ª Edición Electrónica*. Guatemala, C.A.: Realizada por Datascan, S.A.
- Ossorio, M. (s.f.). *Diccionario De Ciencias Juridicas Politicas y Sociales*. Datascan, S.A.
- Panamá, A. N. (12 de Octubre de 2021). *Proyecto de Ley 632 de 2021*. Obtenido de https://www.asamblea.gob.pa/APPS/SEG_LEGIS/PDF_SEG/PDF_SEG_2020/PDF_SEG_2021/2021_P_632.pdf
- RAE. (Octubre de 2014). *Real Academia de la Lengua Española*. Obtenido de Real Academia de la Lengua Española: <http://lema.rae.es/drae/?val=informacion>

KURT BEERMANN HERMMERLING

Licenciado en Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Panamá.
Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Penal. Universidad de Panamá.
Maestría en Docencia Superior, Universidad Latina.
Profesor de Derecho Penal, Universidad de Panamá, 2023.

Artículo recibido: 16 de octubre de 2023

Aprobado: 20 de noviembre de 2023

EL HURTO EN TIEMPOS DE CRISIS SANITARIA.

Muñoz Arango, Campo Elías. Universidad de Panamá,
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, Panamá

RESUMEN: La criminalidad en la pandemia nos permite analizar el hurto frente al hurto calamitoso, concretando que los hechos de apoderamiento desde la perspectiva de que estamos ante un hecho calificado como desastre natural, el agente del delito se aprovecha de la vulnerabilidad del sujeto pasivo, de esta calamidad para beneficiarse económicamente, lo que refleja una mayor perversidad y por ende se justifica una mayor pena.

PALABRAS CLAVES: hurto, pandemia, criminalidad, calamidad, vulnerabilidad.

SUMMARY: Crime in the pandemic allows us to analyze theft as opposed to calamitous theft, specifying that the acts of seizure from the perspective that we are facing an event classified as a natural disaster, the agent of the crime takes advantage of the vulnerability of the passive subject, in this way calamity to benefit economically, which reflects a greater perversity and therefore a greater penalty is justified.

KEY WORDS: theft, pandemic, crime, calamity, vulnerability.

SUMARIO: 1. Introducción 2. El delito de hurto. El bien jurídico protegido 3. Aspectos fundamentales del delito de Hurto simple 4. Especial consideración del delito de Hurto Calamitoso 5. Conclusiones 6. Bibliografía

1. Introducción

La criminalidad durante la pandemia no se suspendió por el contrario se cambió de modalidad y dio lugar a que se innovaran otros tipos de delitos como los delitos por medios informáticos, pero los delitos contra el patrimonio económico son los que siguieron siendo favoritos de los delincuentes en perjuicio de sus víctimas.

Según indican las estadísticas del Ministerio Público cuando se empezaron a aplicar en marzo de 2020 las medidas restrictivas a controlar la crisis sanitaria hubo una disminución, así se minimizó la comisión de diversos delitos (la cantidad de denuncias que se presentan en gran medida depende de que los sucesos acontezcan) como por ejemplo: delitos contra el Patrimonio Económico (incluye hurtos, robos) -25% delitos contra el Orden Económico (incluye delitos financieros, contra el consumidor, retención de cuotas de seguro social, entre otros) -38%; delitos contra la Fe Pública -21%; delitos contra la Administración Pública en general -27% y permitió el avance en otras actividades institucionales desarrolladas bajo estrictas medidas de bioseguridad.

Así, por ejemplo, en muchos países descendieron los delitos de homicidio de manera drástica las primeras semanas de la pandemia, aunque meses más tarde se acrecentó, aunque los delitos informáticos subieron en las estadísticas.

Sin embargo, indica PEREZ (2022), que en Panamá los delitos violentos y atroces, como el Homicidio y Sicariato están a la orden del día en los meses del Coronavirus. 105 --El Homicidio, durante todo el año 2019, ocurrieron cuatrocientos ochenta (480) casos; mientras que en el 2020 (al 30 de junio), han ocurrido van en trecientos ochenta homicidios (380). De esos homicidios, ochenta y siete (87) casos ocurrieron en Panamá y cuarenta (40), en la Provincia de Colón.

2. El delito de hurto. El bien jurídico protegido

2.1 Introducción

Nuestro código penal castiga los Delitos contra el Patrimonio Económico en el Título VI, que son de una variedad enorme, entre las que destacan los delitos de enriquecimiento como son el hurto, el robo, la apropiación indebida, la estafa, a los cuales nos vamos a referir en este trabajo.

Nos dice la doctrina que en estos delitos, se protegen valores patrimoniales individuales (Queralt, 1996), a lo que añade MUÑOZ CONDE (2013) que el bien jurídico es de carácter personal, es el patrimonio, entendido este como el conjunto de derechos y obligaciones referible a cosas u otras entidades que tienen un valor económico, y que debe ser valorables en dinero.

Se tutelan así, derechos patrimoniales de la persona, limitados a los económicamente valubles y exige, por otra parte que sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico (González Cussac/ Vives Antón, 1993), por lo que el concepto necesariamente debe delimitarse, como bien nos dice ACEVEDO (2010) a efectos de recurrir a innecesarias interpretaciones, en la que algunos se apoyan por incluir los derechos intelectuales como objeto material, tomando en cuenta la vinculación patrimonial que se deriva de los mismos (Arboleda Vallejo/Ruiz Salazar,2001).

Los delitos contra el Patrimonio Económico, las estadísticas reflejan (2017) que estos han ocupado el primer lugar en cuando a las denuncias, desde hurtos a residencias, locales comerciales, autos, en paradas de buses y robos principalmente con arma de fuego, conllevan a una enorme sensación de inseguridad, en ese sentido durante el año 2018 solo denunciados ante alguna autoridad competente el 14.3% respecto al periodo de referencia de doce meses julio 2015 a junio 2016 de la ENVI, que calculó la ocurrencia de 219,533 delitos segregados en: Hurto (79,057 = 36.0% del total); Estafa (36,674 = 16.7% del total); Robo a Vivienda (33,953 = 15.5% del total ENVI); Robo con Violencia (31,594 = 14.4% del total ENVI); Robo de objetos al interior del vehículo (21,101 = 9.6% del total ENVI); Robo de autopartes (14,551 = 6.6% del total ENVI) y Robo de automóvil (2,603 = 1.2% del total ENVI).

En ese sentido, se indica, por ejemplo, que, en el año 2017, el hurto encabezaba los delitos contra el patrimonio económico, seguido del robo, estafa, apropiación indebida y delitos de daños.

Durante la pandemia delitos contra el patrimonio económico son los que siguieron los favoritos de los delincuentes en perjuicio de sus víctimas. En los años 2020 y 2021 se estiman 11,462 casos de hurto, y 13, 682 respectivamente, entre los cuales supera el hurto agravado, 6,182 y 7,079 en 2020 y 2021, respectivamente y se dan diversos tipos de hurto simple, pecuario, de automóviles, pecuario e hidrobiológico, (SIEC, 2021).

3. Aspectos fundamentales del delito de Hurto simple.

3.1 El tipo objetivo del delito de hurto.

El hurto es un delito que exige que una persona, llamada ladrón, se apodere de un objeto, es decir, una cosa mueble que no es suya, por lo que estamos ante varios elementos, que son necesarios para que se constituye al mismo, y que a continuación nos vamos a referir al perfil de algunos de ellos.

El ladrón, es pues el sujeto activo del delito, que puede ser cualquiera persona de cualquier edad (Queralt, 1996). Es un delito mono subjetivo, y común. Este tipo de sujeto ha sido clasificado según su perfil de manera distinta: el desorganizado, organizado, el interpersonal y el oportunista.

“El perfil organizado

El ladrón profesional es, de todos, el más difícil de combatir. Estamos hablando de un perfil organizado. Suele pertenecer a bandas o grupos criminales y presta especial atención a las viviendas que puedan guardar objetos de mayor valor.

Este perfil de ladrón puede utilizar herramientas que vulneren los sistemas de seguridad instalados, tales como inhibidores de seguridad.

Son, principalmente, los que perpetran robos del estilo “entradera” en menos de 20 minutos y se marchan antes de que algún vecino atento al hecho pueda dar aviso a la policía (CBS2019).

El perfil desorganizado

Junto al oportunista, suele ser el perfil más común. Actúa más por desesperación, necesidad o impulso. Se caracteriza por tener poca experiencia y bajos conocimientos sobre sistemas de seguridad. Casi todos evitan entrar en casas con protección, como puertas de seguridad, alarmas o cámaras. Para disuadirlos, sé discreto y asegura puertas y ventanas. Considera la adquisición de una puerta de seguridad.

El Perfil oportunista

Los oportunistas aprovechan un descuido del propietario: una puerta abierta o alguna evidencia para corroborar cuándo los dueños de casa estarán ausentes. Si tienen experiencia en delitos, estos intrusos se tomarán tiempo para saltarse los sistemas de seguridad básicos, con inhibidores de seguridad.

El Perfil interpersonal

Estamos hablando de ladrones que son familiares y/o allegados a sus víctimas. Es poco habitual, pero como todo el mundo piensa que las personas que lo rodean son de fiar, no se toman las medidas necesarias delante de la gente que conocemos.

Este tipo de ladrón se interesa, básicamente, en objetos de valor o dinero que dejemos al alcance de la mano. Es importante no alardear de nuestras riquezas o pertenencias valiosas y guardar muy bien este tipo de objetos.” (CBS2019).

El ladrón es un sujeto cualquiera, algunos lo identifican entre 18 y 35 años de edad, y no todos lo hacen por necesidad económica, falta de empleo, sino porque quieren mantener un estatus económico, u otros porque pertenecen a bandas organizada, bandas de ladrones que provienen de familias de bajo estrato social, desintegradas, en las que sus integrantes son jóvenes que se han iniciado desde la niñez o adolescencia. Algunos actúan por impulso, como son los oportunistas, mientras que el desorganizado lo hace por desesperación, o tenemos al ladrón profesional, que es distinto al caco común que actúa por instinto o desesperado.

Tampoco podemos confundir al ladrón con aquella persona que tiene un impulso irremediable y recurrente por hurtar objetos, es decir, el cleptómano

Sujeto pasivo en el hurto es el titular del derecho de propiedad o del derecho de posesión (Ranieri, 1975) y puede ser una persona natural o jurídica, o también puede haber varios sujetos pasivos.

En aquellas legislaciones que castigan el hurto propio (apoderamiento con ánimo de lucro y sin consentimiento del dueño) se advierte que el propietario. (González Ruiz) es el único sujeto pasivo

El acto punible consiste en apoderarse, que no es más que sustraer, quitar y quedarse con una cosa del sujeto pasivo, y la conducta debe ser ejecutada con el propósito de quitársela al sujeto activo y quedarse con ella. Es decir, se separa de la esfera de custodia del sujeto pasivo, y se pone bajo custodia del autor (Febres Cordero, 1971), y al separarla del patrimonio del dueño la incorpora el sujeto activo como suya (Rodríguez Devesa, 1946).

Con el hurto, el sujeto se apodera de la cosa como si fuera el dueño, tiene dominio inmediato sin ser dueño de esta, por lo que puede realizar actos de disposición sobre ella (Fontán Balestra, 1969, Soler, 1970, Molina Arrubla, 1996).

MAGGIORE (1956) y FONTAN BALESTRA (1969) nos hablan de diversas teorías sobre la consumación que a continuación señalamos:

1. Contrectatio o simple tocamiento de la cosa ajena, o el llevarse consigo, sacar, cambiar de sitio,
2. Apprehesio o captación material coincidente con el hecho de tomarla.
3. Amotio o remoción del lugar donde se encontraba.
4. Ablatio o transporte de un lugar a otro, de la cosa, sacándola de la esfera de custodia de quien la tiene.
5. Ilatio o acto de guardarla eficazmente o ponerla bajo buen recaudo.

El hurto afecta el patrimonio del sujeto pasivo porque ya no la tiene bajo su poder, el agente la ha alejado y no tiene control ni disposición sobre ella, y cuando hace el apoderamiento automáticamente este pierde su dominio de manera instantánea siendo una consumación inmediata.

Como y de qué manera lo hace el sujeto activo, la ley no dice nada, los medios de comisión son amplios (Soler, 1970).

En cuanto al objeto material del hurto, debe reunir ciertos elementos, es una cosa mueble ajena, con un valor económico, que es lo que atrae al ladrón a la realización de este, y la doctrina señala que debe ser tener la cosa una naturaleza mueble. Esto último ha variado porque, legislativamente en algunos países se ha introducido un concepto de cosa mueble desde la perspectiva funcional y autónoma del Derecho penal, que no coincide con el Derecho civil, de ahí que se castigue el hurto de energía eléctrica (Bramont-Arias Torres, 1997), poniendo fin a esa polémica doctrinal. En ese sentido, en el Derecho Penal Uruguayo se sanciona el hurto de energía eléctrica, mientras que en la República de Colombia se contempla como Defraudación de fluidos, la apropiación de energía eléctrica, agua, gas natural, o señal de telecomunicaciones.

Como se aprecia de lo antes expuesto, tenemos una interpretación progresiva o evolutiva de la expresión “cosa” contenida en las legislaciones, que no puede quedar congelada en su sentido originario, sino que debe tomar en cuenta las modificaciones que se producen en la sociedad para adaptarse a las necesidades. Una de tales modificaciones -a estas alturas, ya no tan reciente- ha sido precisamente el surgimiento de la electricidad (Cobo del Rosal/Vives Antón, 1999, Calderón, 2014).

Por otro lado, el hurto en su objeto material requiere también que tenga: a) un valor económico, b) ser susceptible de apoderamiento, c) ser ajeno, y d) debe efectuarse sin el consentimiento de su dueño, aspectos que a continuación examinaremos.

El valor económico es un valor estimable en dinero (González Rus, y otros, 2005), que significativamente incide en el *animus lucrandi* del agente del delito, cuyo valor estimable en dinero debe superar los \$250.00 balboas, de lo contrario constituye una falta, aunque esto último está en contraposición a la ley que regula la Justicia Comunitaria de Paz (art. 29 ,L16 de 2016) que establece un límite de Mil balboas \$1000.00).

Las cosas son muebles porque pueden trasladarse de un lugar a otro (Acevedo, 2010:332), lo que permite para el ladrón, el sujeto activo, su rápida apropiación y desplazamiento, perfectamente transportable o trasladable, que automáticamente es incorporada al patrimonio del sujeto activo y quitada al sujeto pasivo.

El objeto material también exige que la cosa sea ajena, es decir, que pertenezca a otro, por lo que no se castiga el hurto propio de las cosas, o de las que no tienen dueño o han sido abandonadas por su dueños o propietario. (Maggiore, 1956)

3.2. El Tipo subjetivo

Cuando el ladrón, es decir, el sujeto activo realiza el hurto, se adueña de la cosa sabiendo que pertenece a otro, y no le importa si con ello afecta al sujeto pasivo, porque quiere aprovecharse de la cosa obtener un animus lucrandi, por lo que no es posible su castigo a título de culpa.

No hay dolo cuando el sujeto activo crea erróneamente que es propietario de la cosa o poseedor de ella, o cuando crea que la cosa esta abandonada (Ranieri, 1975, Serrano, 1991) o sin dueño (Maggiore, 1956), y habrá que tener en cuenta que, si no hay *animus lucrandi*, y el hecho se realiza con fines de favorecer al sujeto pasivo, la conducta es atípica.

3.3. Antijuridicidad

El hurto es un delito que es típicamente antijuridico porque se realiza un apoderamiento de una cosa ajena mueble con animus lucrandi, sabiendo que no le pertenece, y que no se ha dado consentimiento por parte del sujeto pasivo, y la doctrina discute sobre situaciones justificadas por exigibilidad en el derecho comparado (Queralt, 1996).

3.4. Formas de Aparición del Delito

Muchas teorías se han desarrollado para determinar en el momento de la consumación del delito de hurto, que a continuación vamos a explicar.

En primer lugar, la Teoría Attrectare- indica que se consuma con el contacto o simple tocamiento de la cosa, o con la aprehensión, situación que no puede aceptarse por la inequívocidad de los actos. Otros que siguen la teoría de la ablatio, se consumaría el hecho cuando se saca de la esfera del poseedor o de quien la tenía y es transportada a otro lugar, mientras que los que siguen la Teoría Illatio - se estima consumado cuando se ha sacado fuera de la esfera del poseedor y traspasado a lugar seguro o eficazmente resguardado, y finalmente, según la Teoría De La Amotio - se consuma el hurto con la sola remoción de la cosa del lugar donde se encontraba, el sujeto se posesiona de ella cuando lo traslada o remueve del lugar (Fontan Balestra, 1969, y ss.; Molina Arrubla, 1996).

Es importante recordar que el delito de hurto como el ladrón toma la cosa ajena de manera automática el delito es instantáneo es instantáneo como hemos dicho (Queralt, 1996), porque el sujeto activo dispone de la cosa como si fuera su dueño, ya la ha transportado la ha desplazado de su ubicación o del lugar donde la tiene el sujeto pasivo (García Valdés y otros, 2013).

En el hurto es posible la tentativa, muchos ladrones son sorprendidos antes de llevarse la cosa mueble ajena, porque inicio el hurto, pero fue sorprendido durante el proceso y no se lo pudo llevar.

3.6. Autoría y Participación Criminal

Autor es el que se apodera de la cosa mueble ajena, y es posible las distintas formas de autoría, como por ejemplo valiéndose de un tercero que nada sabe, que entrega la cosa al sujeto activo creyendo que éste es su dueño (Muñoz Conde, 2019)

La participación criminal se presenta cuando en el hecho concurre un vigilante o centinela (Maggiore 1956) o también cuando se induce a alguien a apoderarse de la cosa mueble ajena.

3.7. Consecuencias jurídicas

La pena prevista para este delito de Hurto simple (o tipo básico) es de uno a tres años de prisión o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana o trabajo comunitario, y deberá tomarse en cuenta lo referente a las disposiciones comunes (arts. 235, 236 y 237 en cuanto a las atenuantes o agravantes, y a la punibilidad de hechos superiores a \$250.00.

Es posible tanto el delito continuado (Maggiore, 1956), como el concurso de delitos, con el delito de daño (Muñoz Conde, 2013).

El Código Penal en su artículo 124 numeral 4° castiga lo que se conoce como Hurto Calamitoso de la manera siguiente:

El art. 214 numeral 4o° castiga con pena de cuatro a seis años de prisión “Cuando el hecho se comete contra la víctima de desastres, calamidad, conmoción pública o de un contratiempo particular que le sobrevenga”.

En este tipo de hurto agravado tenemos como particularidades lo siguiente: dos elementos en este tipo de hurto: a) un elemento objetivo y otro subjetivo. En lo objetivo hay que tener en cuenta la circunstancia en que se realiza el apoderamiento, es decir, durante una calamidad, desastre, conmoción pública, que puede provenir de un hecho proveniente de la naturaleza o del hombre, como un incendio, naufragio e inclusive de contratiempo particular pérdida de un familiar o ser querido (Fontan, 1969,, Molina, 1996).

En el tipo subjetivo, hay dolo por parte del sujeto activo que se aprovecha de la indefensión en que se encuentra la persona en el momento en que está agobiada, desesperada, por las circunstancias difíciles que está padeciendo en ese momento por la calamidad. En ese sentido, se refleja en la conducta del agente una particular perversidad, ante un hecho en que las personas conmovidas o espantadas, dejan sus bienes, y el sujeto con “suficiente espíritu de cálculo se entrega al pillaje con más facilidad (Soler, 1970,Pérez Pinzón)

FEBRES CORDERO (1993), nos dice que merece un mayor reproche este apoderamiento de bienes, producto de estas circunstancias y de la indefensión del sujeto pasivo, pues el ladrón se vale del desorden, descuido, de la desesperación que produce una calamidad pública un desastre o una perturbación del orden público efectuando el hecho para satisfacer su codicia (Febres Cordero, 1993).

El estudio de este tipo de hurto nos hace pensar si pudiera haberse aplicado en tiempos de pandemia y para ello hay que ver los que nos dice el art. 214 numeral 4o° que lo concreta a” desastres, calamidad, conmoción pública o de un contratiempo particular que le sobrevenga”

En nuestro país, hasta la fecha no conocemos ninguna interpretación que haya considerado la aplicación de la agravante por hurto calamitoso, pero pareciera perfectamente factible porque el sujeto activo se aprovecha de una situación de desastre, en este caso la pandemia, para cometer este hecho aprovechándose de la conmoción que nos trajo el coronavirus. aunque si podemos señalar que se presentó una propuesta de reforma penal en 2020, para castigar el apoderamiento de cosas muebles por una multiplicidad de personas, sin embargo, no fue aprobado.

En algunos países, como es el caso de Argentina se aplicó la figura del hurto calamitoso durante la pandemia, por la" de **mayor vulnerabilidad** en la protección de los bienes", y fue analizada el hurto en el marco de la epidemia del Coronavirus.

Sobre esto hay que partir que la pandemia se identificó como una emergencia internacional sanitaria, pero otros afirman que es una catástrofe natural (2020), aunque comúnmente los desastres, se identifican con desastres naturales como terremotos, inundaciones, entre otros, otros afirman que los desastres no solo pueden ser fenómenos naturales sino también de orden tecnológico.

También hay que advertir, que CEPAL nos dice en un informe de 2020, que” La pandemia de COVID-19 es un desastre en que se combinan una amenaza biológica con diversas vulnerabilidades, como la capacidad organizacional y de respuesta de los sistemas sanitarios, la sobrepoblación, la informalidad, las prácticas sociales de trabajo y el transporte público. Los desastres de este tipo no son desconocidos en América Latina y el Caribe. En los últimos 50 años, el dengue y el cólera han sido responsables de la mayor parte de las epidemias en la región. No obstante, a diferencia de los terremotos, los huracanes y las inundaciones, amenazas cuya duración se mide en minutos, días o semanas, una epidemia puede extenderse por años. En 2020, el COVID-19 afectó a todos los países de la región”.

Hemos encontrado muy poca referencia a la aplicación del hurto calamitosos en el marco de la pandemia, y a continuación vamos a citar dos de ellos que de manera interesante plantean una interpretación positiva y correcta para justificar porque debe castigarse como un hurto agravado.

El primero de ellos es un trabajo de SHODA (2020) que ha explicado a través de un interesante estudio que es aplicable el hurto calamitoso en el caso de pandemia y para ello señala lo siguiente: “A lo largo del análisis y sin perjuicio de la orfandad probatoria que existe en el tema objeto de comentario, concluyo que el tipo objetivo que consagra el delito de HURTO calificado por calamitoso encuentra sustento en la situación que atraviesa el país por tratarse de un desastre natural que ha puesto en vilo a la Argentina y al mundo entero, generando conmoción pública a raíz del pánico de contagio, desabastecimiento de recursos, medidas de confinamiento obligatorio, entre otras limitaciones de derechos constitucionales, desequilibrando el desarrollo normal de las tres funciones del estado. Ahora bien, el tipo subjetivo se da no solo por las circunstancias fácticas, si no debido al ánimo de usar la situación en beneficio propio para delinquir.

En otro trabajo de Alejandro TAZZA, del mismo país, bajo el título del hurto agravado en tiempos de pandemia, analiza el hurto y robo calamitoso en la legislación penal Argentina, que atinadamente explica lo siguiente:

“Desastre es un evento perjudicial que hiere o perturba colectivamente, con efectos extraordinariamente graves o con grandes complicaciones o extensión, a las personas o a las cosas. La conmoción pública puede sobrevenir como consecuencia de cualquier desastre, calamidad o peligro común, o por efecto de cualquier otra causa que produzca tumulto, sensación general de temor, ira o dolor colectivo, como puede ser un terremoto, huracán o tornado, ataque exterior a la Nación u otro acontecimiento semejante. -

Es, en definitiva, una perturbación del orden público similar al que se produce como consecuencia de los hechos mencionados anteriormente, pero que no derivan de la enumeración taxativa que allí se hace, sino de una situación análoga a la anterior provocada por otras causales.

En este supuesto es que debemos contextualizar la circunstancia agravante con la declaración de la pandemia-epidemia provocada por la transmisión del covid-19 (coronavirus), pero fundamentalmente y con mayor énfasis, con las restricciones personales impuestas a partir de la normativa vigente que decreta el “aislamiento social, obligatorio y preventivo” para toda la sociedad (DNU 260, 297 y 325/20), con las excepciones particulares allí contenidas. -

No debemos olvidar que el fundamento de todas estas circunstancias de agravación está dado no sólo por el hecho objetivo de una de las situaciones mencionadas en el tipo, sino principalmente porque a partir de allí se genera una menor posibilidad de la defensa natural y ordinaria de los bienes de cualquier persona. -

El análisis, entonces, no debe partir de la situación de conmoción pública que puede generar la difusión y transmisión de una enfermedad epidémica. No se trata aquí de una situación caótica, de terror colectivo que genere desorden y actos descontrolados a causa de pánico colectivo, o que provoquen desbordes sociales que se hallen vinculados a la propagación indiscriminada de una enfermedad.

Por el contrario, nuestro punto de vista se enfoca –principalmente- en las restricciones impuestas por la autoridad a la libre y normal circulación personal (el “aislamiento obligatorio”), que pueden coadyuvar -en ciertos casos- a esa disminución o aminoración de la tutela o custodia de los bienes personales.

Pensamos en quien posee una casa de fin de semana, ya sea en la misma localidad o en otra lejana. En quien tiene un negocio o comercio no autorizado a funcionar durante el período de “cuarentena”, o situaciones similares.

Y es ahí donde el “aislamiento obligatorio” influye a punto tal de estrechar esa custodia que su titular ejerce cotidianamente sobre tales bienes.

Por el contrario, en el contexto de la declaración de “aislamiento social y obligatorio” el titular se encuentra coactivamente restringido para ejercer el control ordinario y cotidiano, no ya por una decisión libre y voluntaria, sino por una imposición legal conminada con la imputación de un delito para el caso de incumplimiento (arts. 205 y 239 del Código Penal)”.

5. Conclusiones

El hurto es uno de los delitos comúnmente realizados en nuestro medio, y en la pandemia los afectados no se escaparon de los ladrones, y en las estadísticas del 2020, se señalan 11,515

denuncias de hurto en el país, por parte del Ministerio de Seguridad Pública, de los cuales la mayor incidencia fue en el mes de febrero, seguido del mes de enero, y marzo, siendo las regiones de Panamá, Chiriquí, y Panamá Oeste donde más se cometieron, y en las mismas no se señala que tipo de delito de hurto se cometió, ni hay clasificación por edad, sexo del ladrón y del sujeto pasivo.

El hurto calamitoso hasta ahora no tenemos conocimiento de que se hubiere aplicado durante la pandemia, no aparece registrado en las estadísticas nacionales, aunque hay países como Argentina, que interpretaron este hecho desde la perspectiva de la situación del Covid-19, lo cual dio lugar a que también se procediera a aplicar esta agravante en los casos de hurto cometidos durante la pandemia.

A nuestro modo de ver, el hurto calamitoso contemplado en nuestra legislación es casi similar al previsto en Argentina, y en otras legislaciones, y siguiendo la interpretación de los autores citados en este trabajo coincidimos con ellos en que en la pandemia los sujetos del delito de hurto estaban en una condición de vulnerabilidad que favoreció la realización de estos hechos, y que por tanto merece una pena más grave por beneficiarse económicamente, con una mayor perversidad.

6. Bibliografía

Acevedo, J. R. (2010), Derecho Penal Parte General y Especial Panameño. Comentarios al Código Penal, Panamá, Taller Senda.

Arboleda Vallejo, M./ Ruiz Salazar, J. A. (2001), Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Bogotá, Leyer.

Cairolí Martínez, M. (1995), Curso de Derecho Penal Uruguayo, Parte Especial, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.

CBS (2019, Tipos de ladrones y como disuadirlos, <https://puertaspentagono.com/noticias/tipos-de-ladrones-y-como-disuadirlos/>

CEPAL, La pandemia del Córdid-19, secretaria ejecutiva,

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46731/1/S2100024_es.pdf

Cobo del Rosal, M. (2005), Derecho Penal Español, Parte Especial, 2ª edición, Madrid, Dykinson.

El Clarín, Acusan de hurto-robo calamitoso, https://www.clarin.com/policiales/acusan-robo-calamitoso-aprovechase-aislamiento-coronavirus-robar_0_cKoTxCAG4.html revé 10 años de cárcel.

El País, El coronavirus una catástrofe natural, no una guerra. https://cincodias.elpais.com/cinco-dias/2020/03/24/opinion/1585068265_358106.htm

Febres Cordero, H. (1993), Curso de Derecho Penal, Parte Especial, Caracas.

Figari, R. El delito de hurto y sus agravantes en el Anteproyecto del Código. Pensamiento Penal, La Nación, 2020.

<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48779-reflexion-sobre-figura-del-hurto-calamitoso-aplicada-tiempos-pandemia>

Maggiore, G. (1956), Derecho Penal, Parte Especial, Bogotá, Editorial Temis.

Muñoz Conde, F. (1996), Derecho Penal, Parte especial, Valencia, Tirant Lo Blanch.

Oliver Calderón, G. (2011), Estructura típica común de los delitos de hurto y robo, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Pérez Sánchez, E. , Criminalidad y pandemia en Panamá. Un enfoque criminológico, Boletín de Ciencias Penales No. 14, julio diciembre 2020.

Polaino Navarrete, M./ Carmona Salgado y otros (1997), Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, Madrid, Marcial Pons..

Prosegur, ¿Cómo piensa un ladrón?, <https://blog.prosegur.es/como-piensa-un-ladron>

Rodríguez Devesa, J. (1946) *El hurto propio*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid.

Queralt Jiménez, J. (1996), Derecho Penal, Parte especial, Barcelona, J. M .Bosch editor, s.l.

Soler, S. (1970), Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tea.

SIEC, Estadísticas criminales por instituciones, Resumen al mes de diciembre de 2020, https://www.siec.gob.pa/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=363:estadisticas-criminales-por-instituciones-diciembre-2020&id=26:eci&start=4&Itemid=237

Shoda, Hugo, Reflexión sobre la figura del hurto calamitoso en tiempo de coronavirus, <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48779-reflexion-sobre-figura-del-hurto-calamitoso-aplicada-tiempos-pandemia>

Soriano Soriano, J. (1993), Las agravantes específicas comunes al robo y hurto, Valencia, Tirant lo Blanch.

TAZZA, Alejandro, Hurto agravado en época de pandemia. Breves reflexiones sobre la pandemia y su relación con los hurtos y robos agravados,

<http://penaldosmdq.blogspot.com/2020/10/hurto-agravado-en-epoca-de-pandemia.html>domingo, 18 de octubre de 2020

TECNICOMO, ¿Cuál es el perfil del ladrón?<https://www.tecnicom.info/blog/cual-es-el-perfil-de-un-ladron/>

ZUGALDIA, J. M. (1988), Delitos contrala Propiedad y el Patrimonio, Madrid, Akal.

CAMPO ELÍAS MUÑOZ ARANGO

Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas (1999-2003) Graduado Tercer puesto de honor 2005. Capitulo Sigma Lambda.-Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Maestría en Derecho con Especialización en Ciencias Penales en 2011 y Maestría en Criminología en 2023, Universidad de Panamá, XX Curso de Postgrado en Derecho con especialidad en Derecho Penal. Universidad de Salamanca España Curso de 60 horas, 2007. Cuarta Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana, del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen. Del 25 de septiembre al 6 de octubre de 2017. Profesor Asistente de Derecho Penal, Universidad de Panamá, desde 2012-2018. Profesor de Derecho Penal, desde 2018

Artículo recibido: 30 de marzo de 2023

Aprobado: 15 de agosto de 2023

LA PENALIZACIÓN DE LAS LESIONES AL FETO

Una deuda pendiente para con el no nacido

Bocharel, Ana Grace. Universidad de Panamá,
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas. Panamá.

RESUMEN

El derecho penal como un mecanismo de control social que busca proteger bienes jurídicos de importancia y relevancia para las personas, dentro de las cuales, para nadie es secreto u objeto de debate que el más importante de estos es la vida humana y en segunda instancia la integridad física de las personas, y aunque para el Derecho Penal parece tomar en cuenta la condición de *nasciturus* o vida humana dependiente como objeto de la vida humana dependiente, parece no otorgar protección a la integridad física de éste, toda vez que si el aborto no llegase a cumplir su cometido, el causar la muerte o destrucción del feto, crea una condición de impunidad cuando se causan lesiones al mismo.

Con el presente trabajo hacemos un estudio comparativo de las figuras que en la actualidad protegen al feto, ya el aborto y las lesiones personales; de igual forma se hace una breve referencia al caso Contergan, mismo que sirve para poder palpar el alcance que puede tener la desidia y desinterés de protección al concebido mas no nacido.

PALABRAS CLAVES: Lesiones, feto, aborto, Contergan, talidomida, nasciturus.

KEYWORDS: Injuries, fetus, abortion, Contergan, thalidomide, nasciturus.

ABSTRACT

Criminal law serves as a mechanism of social control aiming to protect legally significant interests for individuals, notably human life and, to a lesser extent, the physical integrity of individuals. While criminal law acknowledges the status of the *nasciturus* or dependent human life as part of the protected life, it seems to fall short in providing protection to the physical integrity of the unborn, creating a condition of impunity when injuries occur if an abortion is unsuccessful in causing the death or destruction of the fetus.

This work presents a comparative study of the legal frameworks currently safeguarding the fetus, encompassing abortion and personal injuries. Additionally, a brief reference is made to the Contergan case, illustrating the potential consequences of neglect and lack of interest in protecting the conceived but unborn.

SUMARIO: 1. Introducción, 2. Lesiones al feto y aborto, 3. Lesiones al feto y lesiones personales, 4. Lesiones al feto y caso Contergan, 5. Conclusiones 6. Bibliografía

1. Introducción

Utilizaremos como punto de partida del presente ensayo la definición de lo que se debe entender al referirnos a la figura de feto o *nasciturus*, ya que es sobre éste que girará en torno nuestro presente estudio; la Real Academia Española define feto como “Embrión de los mamíferos placentarios y marsupiales, desde que se implanta en el útero hasta el momento del parto.”, definición que nos plantea dos situaciones de gran importancia para comprender la situación actual, la primera es la consideración de embrión, mismo que es definido como “Ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie.”, y la segunda sería el establecimiento de una condición cronológica previo al nacimiento.

Nuestro ordenamiento jurídico penal, en materia de protección al feto o *nasciturus*, contempla únicamente al aborto, como una protección a la vida humana dependiente, figura que es definida por RODRÍGUEZ DEVESA (1977) como “la muerte del feto mediante la destrucción en el seno materno o por una expulsión prematuramente provocada”, sin embargo parece que existiría impunidad si, ante un evento distinto a un procedimiento abortivo, se causara una lesión al feto cuyo resultado no produzca la muerte o destrucción del mismo, aunque está si pueda producir afectaciones físicas o psíquicas de por vida, una vez que salga del claustro materno.

No podemos perder de vista que, durante el periodo de gestación o gravidez, la madre es propensa a sufrir una serie de situaciones las cuales puede producir un daño o lesión al feto, ya desde el punto de vista casual o causado por una práctica imperfecta o incompleta de un procedimiento abortivo, ya sea por descuido o negligencia de la propia madre; es en este punto donde consideramos que la protección del derecho penal debería alcanzar a esta vida humana dependiente.

Lo anterior cobra una mayor relevancia si consideramos que las conductas o acciones que por uno u otro motivo no causan la muerte del feto (ya que de los fármacos, herramientas o procedimientos utilizados para causar las lesiones son fuertes y producen daños irreversibles como pérdida de las extremidades u órganos de los no nacidos) pueden producir malformaciones

graves que podrían ocasionándole graves perjuicios físicos y con el tiempo psíquicos una vez se produzca el nacimiento.

Y es que la práctica incompleta o imperfecta de un procedimiento abortivo no puede ni debe considerarse como tentativa de aborto, puesto que, salvo aquellos procedimientos aprobados por los procedimientos legales establecidos para tal finalidad, pueden tener como consecuencia el causarle daños o lesiones a la anatomía del feto mismo que, una vez nacido, tendrán que cargar con malformaciones o menoscabos a su integridad psíquica y/o físicas, ante un evento o situación no decidida por este.

Si bien es cierto la tendencia a nivel internacional en esta materia, busca eliminar ciertas conductas penales del catálogo de delitos como consecuencia de la despenalización que propugnan los criminólogos y que en muchos países ha traído efectos positivos, consideramos que esta tendencia esta perfecta, sin embargo el derecho penal debe buscar la tutela de bienes jurídicos de gran valor para la sociedad y en el caso de los delitos que atentan contra la vida y la integridad personal, jamás podría pensarse que esta demás su regulación y sanción, ya que son delitos graves que afectan bienes jurídicos muy importantes y el daño causado a estos bienes jurídicos es de tal trascendencia que pueden incurrir en afectaciones no solo físicas sino también psíquicas, lo que indica que no es un tema que podemos dejar pasar o simplemente pensar que aplicando una norma que no es específica para ese caso podremos solucionar la realidad en materia de lesiones al feto.

Hasta la fecha, todos los esfuerzos por su inclusión en nuestra legislación han sido en vano, ya que aun con la propuesta que existía en el Código Penal de 2007, este tipo penal de carácter especial no fue incluido, basándose precisamente en que ya existía un delito de lesiones, sin embargo si se consideró importante el aumento de la pena por el hurto de ganado, dándole entonces mayor valor al tema de factores económicos como lo son el sector del agro en nuestro país que ha una realidad tan triste como la de casos en donde se ven lesiones muy severas a la integridad física de un ser en formación, situación que ocurre aunque no tengamos las cifras exactas por el encubrimiento que existe y la impunidad latente que no permitirá sancionar esta conducta por no estar debidamente tipificada en nuestro ordenamiento jurídico penal, aun cuando la mayoría de los ordenamientos jurídicos de países con corrientes jurídicas similares a la panameña en materia penal, lo hayan incluido desde hace ya varios años como es el caso de España y Colombia.

No se ha comprendido que es importante dar respuesta a la situación de incertidumbre que se origina en los supuestos en que se infieren lesiones en el concebido y no nacido, de suficiente intensidad o lesividad para causar un menoscabo grave de su integridad o salud física o psíquica, pero sin que la conducta lesiva llegue a causar la interrupción del embarazo, por lo que no puede ser tipificada como delito de aborto. Las referidas lesiones podían perdurar después del

nacimiento, o incluso manifestarse con posterioridad al mismo, originándose la contradicción de que la acción que había provocado tal grave perjuicio en el ser nacido y en su familia, no puede ser subsumible, en sentido estricto, en ninguno de los tipos penales existentes.

[En nuestro país, este tema ha sido estudiado por ARANGO DURLING (2010), que lo aborda desde la perspectiva de los Anteproyectos de Código Penal de 1998 y Revisado de 1999, y que reitera que de manera desacertada el Código Penal del 2007 lo excluyó y ha dejado desprovisto de tutela este tipo de situaciones, porque como bien indica la autora” el delito de lesiones al feto debe interpretarse en el sentido de que se trata de una protección que abarca cualquier peligro a que sea expuesto el nasciturus, ya sea en su fase embrionaria o al feto en sentido estricto”

2. Lesiones al feto y aborto

Hablar de aborto, como figura de protección a la vida del no nacido, o como la protección penal a la vida humana dependiente no representa mayor situación siempre y cuando el feto muera, ya que el autor del hecho encontrará una consecuencia jurídica por su actuar, no obstante y ya mencionado anteriormente, la impunidad se presentaría cuando el feto no muere o se destruye, creando o pudiendo crear una situación de daño irreparable posterior al nacimiento.

El bien jurídico tutelado, para la doctrina, entre estos SERRANO GÓMEZ (2000)en el aborto “es la vida del producto de la concepción y en su caso de la madre”; es decir la vida humana dependiente.

Nuestro código penal establece diferentes formas de aborto, ya el autoaborto (artículo 141), consentido (artículo 142), el sufrido (artículo 143), sin embargo cada uno de ellos considera la muerte o destrucción del feto, no obstante pensar en que al no producirse el resultado sea considerada la tentativa de aborto sería premiar o aplicar una pena no proporcional con los daños y/o efectos que las lesiones producidas al feto, con las cuales tendrá que vivir o subsistir por el resto de su vida.

3. Lesiones al feto y lesiones personales

Nuestra legislación penal contempla las lesiones como el “daño físico o síquico que lo incapacita por un tiempo que oscile entre treinta y sesenta días” para las lesiones leves establecidas en el artículo 136, aunque también se contempla las llamadas lesiones graves que se plantean en el artículo 137 numeral 1 (cuando la incapacidad excede de los sesenta días), las lesiones gravísimas cuando el daño sea visible (artículo 137.2), incurable (artículo 137.3), debilitamiento grave o pérdida de extremidad (artículo 137.4), pérdida de capacidad para procrear (artículo 137.6), incapacidad laboral permanente (artículo 137.7) y por último el

adelantamiento del parto (artículo 137.5) aunque pareciera más relacionado a una consecuencia en relación a la madre y no necesariamente pensada para con el feto.

Sobre la aplicabilidad del delito de lesiones en donde el sujeto pasivo resulte ser el feto somos del criterio que estaríamos forzando una especie de analogía toda vez que por la tipificación el Legislador ha contemplado su tutela penal a las personas y no así al feto o al embrión.

En el delito de lesiones al feto, el sujeto pasivo es el nasciturus o el producto de la concepción, y las discusiones no faltan, en cuanto si es el embrión o el feto, pues como dice ARANGO DURLING (2010) independientemente de ello en general, se muestra partidaria de determinar al feto como límite mínimo a partir del tercer mes y su límite máximo antes de nacimiento, partiendo de que el mismo es un feto sano.

Por último, por la redacción del artículo 136, específicamente al establecer que “*sin intención de matar*” eliminaría la posibilidad de aplicar una figura de Lesión a aquellos daños a la integridad física y/o psíquica que se produzcan como resultado de procedimientos abortivos, toda vez que quien aplica o ejecuta estos con la intención de matar o destruir al feto, quedando como única aplicación la tentativa de aborto, con una posible sanción extremadamente irrisoria si consideramos que estos daños o afectaciones que se producen cuando el feto se encuentra en etapas de formación, afectarán al ser humano de por vida.

4. Lesiones al feto y caso Contergan

Toda esta historia y auge de las lesiones a nivel internacional, inicia con el famoso caso Contergan, cuya sentencia sirvió como jurisprudencia motivadora de cambios en múltiples legislaciones a nivel mundial y como punta de lanza para la tipificación de esta conducta que hasta la fecha era desconocida como figura delictiva en todas las legislaciones.

Todo inicia con el uso, por parte de mujeres embarazadas, de la talidomida como parte del medicamento de nombre Contergan fabricada durante los años 50 por el laboratorio alemán Grünenthal GmbH utilizada “*como sedante y como calmante de las náuseas durante los tres primeros meses de embarazo*” (Fundación Wikimedia, 2015). Como producto del uso del medicamento antes descrito se produjeron una serie de malformaciones en los recién nacidos, que si bien la creación y el consumo del mismo por parte de las mujeres embarazadas no fue con la intención o esperando el “*resultado causado*” en efecto se creó un perjuicio en los no nacidos, que tiene su génesis en la etapa embrionaria y sus consecuencias a lo largo de la vida del afectado. Fue un proceso de investigación larga y exhaustiva, toda vez que este medicamento tenía mucho tiempo en el mercado no había producido estos resultados, no obstante, dado a los múltiples casos que tenían como punto en común, la ingesta de este medicamento, se hizo necesario evaluar la composición química y al final de todo esto se pudo concluir con que efectivamente el medicamento causaba grandes malformaciones en los fetos, mismas que se percibían al momento del nacimiento y que lamentablemente eran irreversibles.

Este caso fue la punta de lanza para entender la forma en que se podía causar una lesión sin necesariamente desear el resultado muerte, por lo tanto muchos han tendido a confundir hablando sobre el delito de tentativa de aborto como un homólogo de lesiones al feto, pues no es ese el caso, ya que recordemos que es importante la finalidad que se persigue al momento de desplegar la conducta que en su momento será evaluada para la configuración del hecho punible. En el caso de tentativa de aborto, la mujer intenta abortar, lo que no es más que quitarle la vida o interrumpir el periodo de gestación del no nacido, sin embargo por causas ajenas a su voluntad no consigue el resultado esperado, es decir, no logra quitarle la vida al feto y en algunos casos pueden producirse lesiones al feto pero como consecuencia de lo anterior y no como finalidad inicial al momento de desplegar la conducta.

La regulación de los tipos delictivos relativos a las lesiones al feto y consecuentemente la protección de su integridad física y de su salud, carece de precedentes en nuestra legislación penal, sin embargo, en el derecho comparado existen variados ejemplos en este sentido. Particularmente, la legislación española a partir del año 1995 incorporó estos tipos penales en el Libro II de su Código Penal desarrollándose hasta la fecha, una importante jurisprudencia y de igual forma en la hermana república de Colombia.

No obstante, recordemos que en los anteproyectos de Código Penal de 1998 y Revisado de 1999, se había propuesto su inclusión, aunque fueron excluidos posteriormente por la Comisión, por lo que actualmente no están regulados en la legislación vigente.

En la actualidad, las amplias posibilidades de acceso al feto con fines terapéuticos o no terapéuticos o de investigación, representan peligros ante los que quedan expuestas no sólo la vida sino también la integridad física, la salud y el desarrollo normal del feto, pudiendo ser objeto, eventualmente, de acciones dolosas o gravemente imprudentes que le lesiones directamente, a través de la madre.

5. Justificación a la penalización de las lesiones al feto

No sólo como profesionales del derecho, sino en nuestra condición de seres humanos, es nuestro deber velar por la protección de la vida y se hace mucho más importante la protección de la vida de seres indefensos, como es el caso de los no nacidos, quienes desde el momento de su concepción ya merecen ser tutelados por el Estado.

Es casi tan malo el acto de ocasionarle la lesión a una vida en formación, como la pasividad y permisibilidad de esta acción y es labor del legislador tomar en cuenta la lesividad de la conducta desplegada y el valor elevado del bien jurídico protegido, en este caso la dignidad del feto, que desde el momento de la concepción es sujeto de derechos y merece una protección especial no sólo por su condición de ser humano, sino por su vulnerabilidad, su incapacidad de defenderse obliga al Estado a tutelarlos de forma especial y por ello debe proponer una reforma a nuestro

Código Penal en donde se introduzca esta conducta como delito dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tomando en consideración que la mayoría de los países del mundo ya lo contemplan y que el no establecer esta conducta como delito permite impunidad para las personas que cometen esta grave violación a la dignidad de seres inocentes, daños que no se puede revertir y que la víctima no puede prevenir de ninguna forma.

El fundamento que hasta la fecha han utilizado los legisladores para su no inclusión está en el hecho de la existencia del delito de lesiones personales y sustentan que bien puede utilizarse ese tipo penal para sancionar a quien cometa lesiones al feto, lo cual representa el primer error que se comete y que permite impunidad, ya que no solo hay impunidad porque no está tipificada, sino que el mal uso de las conductas que contempla el código penal a la larga también acarrea nulidades dentro del proceso y por ende quien causa estas lesiones queda impune.

No podemos negar que los avances de la ciencia revelan como innegable la consideración del nasciturus como ser humano independiente de su madre, sí es verdad que hasta la aparición de las nuevas técnicas que hacen factible la intervención directa sobre el feto, como las propias de la reproducción asistida o de la manipulación genética, las lesiones que el nasciturus podía sufrir eran siempre inferidas a través del cuerpo de la madre, de ahí que el legislador penal no se planteara la necesidad de tipificación independiente. Sin embargo, la no regulación específica de las conductas lesivas sobre el feto origina la paradójica situación de que aun habiéndose probado que las taras o deficiencias físicas o psíquicas graves manifestadas en el nacido eran consecuencia de que su normal desarrollo prenatal había sido truncado por la intervención u omisión imprudente de un tercero, normalmente un facultativo en sus actuaciones durante la gestación o en el parto, las mismas quedaban sin represión penal.

Producto de este desconocimiento y errada inclusión de las figuras penales, se puede producir impunidad y en los casos en los que moralmente la persona que administra justicia sienta que debe actuar y castigar, lo hará utilizando figuras que no corresponden a la conducta desplegada y el permitir que se haga esto pudiendo incluir dentro de nuestro código la figura que en realidad es aplicable, equivaldría a permitir violaciones a los principios legales en nuestro país.

En la actualidad, las amplias posibilidades de acceso al feto con fines terapéuticos o no terapéuticos o de investigación, representan peligros ante los que quedan expuestas no sólo la vida sino también la integridad física, la salud y el desarrollo normal del feto, pudiendo ser objeto, eventualmente, de acciones dolosas o gravemente imprudentes que le lesiones directamente, a través de la madre.

Por tal motivo afirmamos que la existencia de una laguna con respecto de la protección al feto comenzó a sentirse cada vez más intolerable en la medida en que las posibilidades de realizar conductas que afectan a la salud del feto han ido creciendo en forma paralela al desarrollo de la medicina en el ámbito del diagnóstico y la terapia prenatal; de manera que suele

ser habitual en la doctrina afirmar que se trata de un delito que básicamente dará cobertura a conductas negligentes de los profesionales sanitarios.

El incorporar las lesiones al feto dentro del catálogo de delito que contempla nuestro código penal, significa hacer un cambio no solo legislativo sino moral porque incide en el Sistema de tutela penal de la vida y la salud, ya que no solo será el homicidio, aborto y las lesiones, las conductas consideradas lesionadoras de la vida humana, sino que además se contempla el hecho de que las lesiones al feto no solo serían danos o lesiones a la anatomía del feto, sino que también deja abierta la posibilidad de que se pueda afectar junto con su anatomía, su salud, de forma tal que se perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, por lo que estaríamos hablando de la vulneración de dos bienes jurídicos de vital importancia, los cuales corren riesgo de ser vulnerados en un solo acto.

El negarnos a la incorporación del delito de lesiones al feto dentro de nuestra legislación penal, nos mantiene en una situación de indefensión de un ser que requiere su protección especial, aunado al hecho de que es errado pensar como hemos recalcado a lo largo de nuestra investigación, que las lesiones o la tentativa de aborto podrían servir para evitar esa impunidad en dichos casos, lo que como bien hemos explicado no debe hacerse porque los principios penales impiden que se den este tipo de situaciones se den porque no brindan la certeza jurídica que necesitamos.

Los delitos que afectan la vida desde el momento anterior a su nacimiento o alumbramiento, dentro de los cuales también se encuentran la manipulación genética, la clonación y las fecundaciones in vitro, tienen una gran acogida en el plano internacional y han sido objeto de grandes y múltiples estudios, en donde se ha llegado a la conclusión de la enorme importancia que representa el incluirlos, estudiarlos y sancionarlos en los casos que corresponde, ya que el bien jurídico entra en la categoría de supranacional. En el caso de las lesiones al feto estamos hablando de una vida que es gravemente afectada, en muchos casos hasta con pérdida de órganos, extremidades y en otros con discapacidades producto de las lesiones que se le causaron en una etapa muy preliminar de su vida y que si no sancionamos puede ser la ruta de escape en los casos en que no se causa el aborto y se queda en una tentativa, en donde muy bien podría asegurarse que la intención no era matar sino lesionar y al no estar tipificada quedaría impune.

Puede decirse que las lesiones dañan la integridad corporal o la salud psicofisiológica de la persona. La integridad corporal alude naturalmente a la totalidad unitaria de la organización anatómica humana. La salud psicológica tiene que ver con el funcionamiento mental en su triple dimensión cognitiva, afectiva y comportamental. La salud fisiológica comprender un adecuado funcionamiento del cuerpo y todos sus órganos y funciones.

Relacionada con la protección al feto, lo que se protege es la integridad, la salud y la vida misma del feto, por lo que las lesiones al feto son el potencial daño que se le pudiera ocasionar al nasciturus en el vientre materno, con dolo o con culpa, pero sin llegar a causar el aborto.

El delito nos dice ARANGO DURLING (2010), que es un delito contra la vida humana en formación constituido para proteger al feto, evitando que se perjudique gravemente su desarrollo, es decir, su evolución normal.

Es importante tener claro que dentro de la doctrina penal (Arango Durling, 2010) en relación a este tipo penal, resulta ser un requisito para la consumación del delito de lesiones al feto que se verifique un daño irreparable en la salud misma del feto.

Se debe precisar que el delito de lesiones al feto es de tipo doloso (Arango Durling, 2010), lo cual conlleva a dejar impunes las conductas criminosas desarrolladas por culpa, vale decir, aquellas que son practicadas en su mayoría de veces por personal de la salud, quienes en un obrar negligente, causan daños irreparables en la integridad física y en la salud del concebido; y que por una deficiencia legislativa podrían quedar impunes.

No se podría afirmar de firma tajante que del delito de las lesiones al feto es un tema novedoso en nuestra legislación, pues en el proyecto de reformas al Código Penal en el año 2007 se propuso su introducción, sin embargo, si sería un valioso aporte para nuestra legislación la regulación de esta conducta por las enormes implicaciones de la misma no solo en el plano nacional, sino a nivel de protección de derechos humanos a nivel internacional.

6. Bibliografía

- Arango Durling, V. (2010). Estudios penales y Código Penal del 2007. Ediciones Panamá Viejo.
- Bajo Fernández, M. (2003). Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen 1” Centro de Estudios amón Areces S.A. Madrid.
- García del Río, F.(2005). Delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud. Ediciones Legales.
- García Miranda, C.(1999). Las Lesiones al Feto. Cuadernos de Bioética, N.1” Coruña.
- Ossorio, Manuel (1999). Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales - Electrónica” Realizada por Datascan, S.A.
- Romeo Casabona, A. C. Mñ (2008). “ La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro”. Serie granate. Editor Universidad de Deusto.
- Rodriguez Devesa, J. M. (1977), Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, 7ma edición. Graficas Carasa.

Serrano Gómez, A.ERRANO GÓMEZ, A(2000). Derecho Penal. Parte Especial. Boxoyo Libros S.L.

ANA GRACE BOCHAREL TAPIA

Licenciada en Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Panamá.

Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Penal. Universidad de Panamá.

Maestría en Docencia Superior, Universidad Latina.

Profesora Especial de Derecho Penal, Universidad de Panamá, 2023.

Es profesora de Derecho Penal, en la Universidad Latina.

Artículo recibido: 30 de septiembre de 2023

Aprobado: 2 de noviembre de 2023

LEGISLACIÓN.

CUESTIONES SOBRE LA VIOLENCIA VICARIA Y EL ANTEPROYECTO DE LEY NO.099 de 4 DE JULIO DE 2023

Muñoz Arango, Campo Elías. Universidad de Panamá,
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, Panamá

RESUMEN

En la Asamblea de Diputados, reposa el Anteproyecto de Ley No.09 de 4 de julio de 2023 “Que adiciona los artículos 132C y 138B al Código Penal y que adopta medidas de prevención y sanción contra la VIOLENCIA VICARIA en todas su formas”, que a continuación pasaremos a abordar, sobre su posible inclusión en la legislación vigente. Es una forma de violencia de género, violencia contra la mujer, una de las formas más graves como el Femicidio, que violenta los derechos de la mujer, y como dice la exposición de motivos que “ se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra Sociedad”. Es un acto que busca dañar a la mujer causando la muerte de sus seres queridos, usualmente los hijos.

De igual forma como dice la exposición de motivos del Anteproyecto, “No escapa a esta realidad la violencia que se ejerce sobre los familiares de la mujer o el hombre afectado, es así que la denominada Violencia Vicaria, se define como la "Forma de Violencia de género por la cual los hijos e hijas de las mujeres víctimas violencia de género son instrumentalizados como objeto para maltratar y ocasionar dolor a sus madres".

Se presenta una propuesta para adicionar esta figura al Código Penal Panameño, el cual a continuación señalaremos nuestros comentarios al respecto.

PALABRAS CLAVES

Violencia vicaria, violencia, derechos, mujer, dañar.

KEY WORDS

Vicarious violence, violence, rights, women, harm.

SUMARIO: 1. Introducción 2. Sobre la propuesta de reforma penal e inclusión de la Violencia Vicaria. Art. 132C 3.. El artículo 138B Violencia psicológica y otras formas. Conclusiones

1. Introducción

1.1 Como toda propuesta legislativa tiene buenas intenciones y pretende dar una respuesta ante acciones violentas que conmocionan y que indignan a la sociedad panameña, y que como es usual en estos casos se recurre al Derecho Penal como mecanismo para frenar y visibilizar la violencia contra la mujer o violencia de género

1. 2. En nuestro país, la violencia vicaria es otra forma de violencia contra la mujer, que no aparece prevista en la Ley 82 de 2013 en el artículo 4º, en la que se incluyen otras formas de violencia, en la que la legislación penal vigente destina una protección exclusiva a la mujer con el Femicidio (violencia física),Violencia psicológica, y violencia patrimonial y económica, y otras de una manera indirecta.

1.3. En la Ley 82 de 2013, se introdujo el tipo penal autónomo de Femicidio (que no es más que una modalidad del Homicidio), para darle una visibilidad a los actos violentos contra la mujer, siguiendo influencias extranjeras y con la finalidad de garantizar los derechos de las mujeres a vivir libre de violencia, pero lo cierto, es que desde su aprobación no ha desaparecido ni frenado los actos violentos contra la mujer.

2. Sobre la propuesta de reforma penal e inclusión de la Violencia Vicaria. Art. 132C

2.1 Propuesta de adición. INNECESARIA.

2.1 Contenido de la Propuesta : Artículo 5. adiciona al Libro Segundo, Título 1, Sección la del Código Penal el artículo 132-C: Artículo 132-C. dice lo siguiente:

“Quien, por causar daño a otro, provoque la muerte sobre los hijos habidos en una relación íntima o amorosa, hayan o no cohabitado o cohabiten o que hayan procreado entre sí un hijo o hija, con independencia de que sean o hayan sido cónyuges; contra sus familiares de cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años de prisión.

2.2 Fundamento y razonamiento jurídico para rechazar su inclusión.

Existencia actual y punición del homicidio de un pariente cercano o de quien se encuentre bajo la tutela del autor, aun cuando esta no hubiera sido declarada judicialmente (art. 132, No.1), con pena de veinte a treinta años.

La expresión pariente cercano en el Código Penal vigente comprende el cónyuge y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Son parientes por consanguinidad: Primer grado: padres e hijos. Segundo grado: abuelos, nietos y hermanos. Tercer grado: tíos, sobrinos, bisabuelos y bisnietos. Cuarto grado: primos hermanos y tíos abuelos.

Son parientes por afinidad: primer grado de afinidad está conformado por la pareja, suegros, nueras y yernos; el segundo grado de afinidad está formado por abuelos del cónyuge, cuñados y cónyuges de los hermanos. El Tercer grado de afinidad está conformado por las parejas de los sobrinos, parejas de los tíos, parejas y tíos del cónyuge.

En consecuencia, quedan incluidos todos los supuestos del artículo 132C, más aquellas personas que estén bajo la tutela del autor, como por ejemplo, un ahijado.

2.3. La propuesta no está incluyendo la Violencia vicaria como violencia de género o contra la mujer.

La propuesta permite que cualquiera persona pueda causar la muerte para provocar un daño a otro, y por tanto, puede ser tanto hombre como mujer, al igual que sucede con el afectado, que se le hiere a través de este hecho.

En el delito de Violencia vicaria, en el derecho comparado, el caso de Méjico, se alude de manera especial que el hombre es el agresor, es el que lo realiza porque con ello quiere herir a la mujer o causarle un daño psicológico.

2.4 Rechazamos toda pretensión de incluir más modificaciones y tipos autónomos al delito de homicidio, so pretexto de *visibilizar la violencia* contra las mujeres o violencia de género, ya que aunque no esté expresamente reconocida la violencia vicaria, estos actos *no están impunes*.

Es importante tener presente que hay que crear tipos penales en la que se garantice una vida sin violencia a todas las personas y no solo a las mujeres, y valga señalar, que resulta criticable que actualmente se castigue únicamente la violencia psicológica contra la mujer, y otras personas queden desprotegidas.

2.5. Propuesta y recomendaciones

Tomando en cuenta todo lo antes expuesto proponemos lo siguiente:

Se modifica el artículo 132 no.1 de la siguiente manera:

1. En la persona de un pariente cercano o de quien se encuentre bajo la tutela del autor, aun cuando este no hubiere sido declarada judicialmente **o cuando se cometa la muerte en las condiciones antes señaladas con ánimo de causarle daño a otro.**

Lo anterior es fundamental por lo siguiente:

a) Se corrigen errores que tenemos en la actualidad en la legislación penal, como sucede con la violencia psicológica contra la mujer. La ley penal está para garantizar una vida sin violencia a todas las personas sin distinción.

b) Se extiende la pena a cualquier tipo de agresor ya sea del sexo masculino, femenino, o en otro tipo de relaciones con distinta preferencia sexual, aunque lo usual en la violencia vicaria sea realizada por un hombre para causarle daño a una mujer.

3. El artículo 138B Violencia psicológica y otras formas.

“Quien incurra en violencia física, psicológica, sexual, económica, hostigamiento, castigos crueles o de cualquier tipo sobre los hijos habidos en una relación íntima o amorosa, hayan o no cohabitados o cohabiten o que hayan procreado entre sí u hijo o hija, con independencia de que sean o hayan sido cónyuges, contra sus familiares de cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, con la finalidad de causar daño a través de estos, será sancionado con prisión de seis a diez años”

La norma con un exagerado casuismo pretende castigar diversas formas de violencia que ya están comprendidas en otros delitos en la legislación vigente, delito de homicidio, lesiones, violencia doméstica, violencia psicológica contra la mujer, violencia económica o patrimonial, delitos sexuales, en la que ahora se toma en cuenta la finalidad de realizar estos actos violentos con el ánimo de *causar daño a través de estos*.

4. Conclusiones

En nuestra opinión, esta propuesta no es válida, totalmente innecesaria, porque independientemente de que esos hechos se cometan con esa finalidad, ya de por estos tipos de violencia ya tienen un castigo en la actualidad, además de que con ello se pone en peligro el principio de legalidad por la complejidad del tipo penal por la ambigüedad de la norma, a la vez que no constituye una forma de violencia vicaria, porque en este caso el agresor puede ser cualquiera persona, y no se señala al hombre como agresor.

En todo caso, lo correcto es que se ubique y se adicione al delito de Violencia doméstica actualmente castigado, como así ocurrido en el caso de Méjico, ya que abarca todos los tipos de comportamientos: hostigamiento, violencia física, psicológica o patrimonial contra un miembro de la familia (art.200)

CAMPO ELÍAS MUÑOZ ARANGO

campo@outlook.com

ORCID: 0000-0003-2979-5153

Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas (1999-2003) Graduado Tercer puesto de honor 2005. Capitulo Sigma Lambda.-Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Maestría en Derecho con Especialización en Ciencias Penales en 2011 y Maestría en Criminología en 2023, Universidad de Panamá, XX Curso de Postgrado en Derecho con especialidad en Derecho Penal. Universidad de Salamanca España Curso de 60 horas, 2007. Cuarta Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana, del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen. Del 25 de septiembre al 6 de octubre de 2017. Profesor Asistente de Derecho Penal, Universidad de Panamá, desde 2012-2018. Profesor de Derecho Penal, desde 2018

Artículo recibido: 30 de septiembre de 2023

Aprobado: 2 de noviembre de 2023

INFORMACIONES

Durante el año académico 2023, el Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas estuvo participando en la Asamblea de Diputados, asistiendo a las discusiones sobre el tema de Extinción de Dominio, entre los cuales participaron los profesores Julia Sáenz, Hipólito Gill S., Campo Elías Muñoz Arango y Virginia Arango Durling, y posterior a ello se rindió un informe al Decano y a la Directora del Departamento.

Sobre el tema señalado, le remitimos al artículo de opinión denominado *Extinción de dominio y seguridad jurídica*, publicado en la Estrella de Panamá, el 22 de marzo de este año, el cual para los efectos lo reproducimos.

La extinción de dominio de bienes ilícitos es lo que “está en boga”, fue abordado en un foro organizado por la Subcomisión de Gobierno y Justicia de la Asamblea Nacional, en ella participaron invitados extranjeros, profesores universitarios y profesionales de Derecho de nuestro país.

En realidad, debo señalar que he estado ajena a abordar este tema por diversas razones y además porque el proyecto de extinción de dominio es una institución innovadora y compleja, cuya estrategia es la recuperación de bienes asociados a actividades ilícitas a favor del Estado, con la finalidad de suprimir las ganancias de actividades ilícitas, de carácter autónomo, público y con procedimiento no penal, cuya naturaleza jurídica es cuestionable (civil, constitucional...), pero que tiene carácter sancionatorio siguiendo las causales, y que no es más que la nueva etiqueta o ropaje del comiso, ya contenido en la legislación penal.

Sus orígenes están en otras propuestas previas y en varios documentos de las Naciones Unidas en la lucha contra la droga, el terrorismo y la delincuencia organizada (2016), y en Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, GAFI, entre otros, y en una Ley Modelo de Extinción de Dominio de UNODC.

Una lectura al proyecto refleja las buenas intenciones del legislador por incorporar esta figura, sin embargo, estas no son razones suficientes, por lo que pasaremos a señalar lo siguiente: a) Se crea una jurisdicción autónoma, desvinculando el procedimiento penal de toda decisión sobre el vínculo patrimonial proveniente de hechos delictivos, con la pérdida de la propiedad del titular a favor del Estado, y lo recomendable es reestructurar el comiso actualmente en el Código Penal, b) se violenta el principio de legalidad, al no determinar qué es actividad ilícita y dejarlo a criterio del juez de extinción de dominio, a la vez que no se concreta con un catálogo los tipos de actividades ilícitas, y, c) el proceso de investigación para la pérdida de la propiedad se inicia con cualquier noticia, sin existir sentencia judicial al respecto que declare la existencia del delito o la responsabilidad penal del afectado, es decir, con una simple presunción, siendo violatorio del debido proceso y de la presunción de inocencia.

“Una lectura al proyecto refleja las buenas intenciones del legislador por incorporar esta figura, sin embargo, estas no son razones suficientes [...]”

Y ¿los derechos del afectado? Claro que los tiene, pero se impone un deber de declarar, en torno a la procedencia de los bienes, y con ello quebranta la presunción de inocencia y el derecho a declarar contra sí mismo... Si guarda silencio, se ve afectado en su defensa respecto a los bienes patrimoniales.

En consecuencia, nos preguntamos: ¿acaso no estamos siguiendo lineamientos internacionales, para evitar listas negras, o de colores? ¿No estamos fallando otra vez y evitando nefastas consecuencias?, y “para muestra un botón”. En la reforma penal de drogas de 1994, se incluyó la inversión de la carga de la prueba influenciada por la Convención de Tráfico de Drogas de 1988, (art. 25.-7), a pesar de las críticas, se incluyó, pues se afirmó que en un “Estado de derecho, el fiscal siempre tiene que probar la verdad de su acusación”, situación que se fija en este proyecto, además, de que hay que agregar que en otros países esta institución no ha tenido los efectos esperados, pero lo que sí ha logrado es perturbar los derechos humanos de las personas que no tienen relación con ningún delito o bienes ilícitos, a manera de ejemplo, en Estados Unidos.

En resumen, hay que luchar contra la criminalidad, y se ha estado llevando de manera represiva, con aumento de penas de prisión, creación de delitos de blanqueo de capitales y delitos tributarios, con un derecho penal del enemigo, y ahora se pretende con la extinción de dominio, pero hemos obviado dos aspectos: a) hay que enfrentarlo con una política educativa, y b) la seguridad jurídica es fundamental. Quitarle los bienes ilícitos a un acusado, es hacerle sufrir una pena, un castigo por

tener bienes ilícitos, pero hay que hacerlo con el respeto a los derechos y garantías fundamentales, quedando claro que es necesario (TJ) que se haya comprobado que efectivamente el sujeto es responsable de una conducta delictiva.

Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Panamá (UP).

NORMAS EDITORIALES DEL BOLETÍN DE CIENCIAS PENALES

El Boletín de Ciencias Penales cuenta con un órgano científico, el Consejo Editorial, que tiene funciones de velar por la calidad científica de su publicación y del cumplimiento en general de sus objetivos de sus normas editoriales. El Consejo Editorial, es el responsable de solicitar, acusar, recibo y rechazar los textos de los autores que se han presentados para la publicación en el Boletín, y para ello contará con el apoyo de evaluadores externos que estará integrado por el 25% del total.

1. Los artículos científicos deben ser contribuciones en el área de Derecho Penal y Criminología. Excepcionalmente se aceptaran temas de Derecho Procesal cuando así lo estime el Consejo Editorial.
2. Sólo se aceptarán trabajos originales e inéditos, y si bien pueden ser preferiblemente en idioma español, podrán aceptarse en otros idiomas.
3. Los trabajos deberán ser presentados al Consejo Editorial del Boletín o enviados a la dirección de correo durante todo el año, con una carta que contenga una hoja de vida breve, máximo de cuatro líneas, su dirección o correo electrónico, indicando la institución donde pertenece, y a la vez una autorización por escrito del autor aceptando la publicación de su trabajo digitalmente.

4. La presentación de los trabajos será en formato Microsoft word máximo de 15 páginas tamaño carta, incluidas notas en el texto, espacio sencillo, bibliografía y anexos. La fuente será Times New Román tamaño 12. Espacio y medio.

5. En lo que respecta a la estructura del artículo deberá contener: introducción, títulos, conclusiones, bibliografía.

5.1. La primera página debe contar con el título de la obra y de su autor, asimismo deberá contener el nombre del autor, cargo que ocupa y lugar donde trabaja.

5.2. Cada artículo en su primera página deberá contar con un sumario, un resumen (abstract) de hasta 10 líneas aproximadamente o de 150 palabras y su traducción al inglés, u otro idioma.

5.3. Las palabras claves (de 4 a 6 términos) o keywords, deben aparecer primero en el idioma original luego en el inglés.

5. Las citas literales o textuales deben aparecer dentro del texto. Se seguirán las Normas APA, 7ª edición en este aspecto y respecto a la bibliografía.

6. El Boletín acusará recibo de los artículos y colaboraciones recibidas y estos serán sometidos a arbitraje por evaluadores que determinaran su aceptación para publicación o su rechazo.

7. El orden de publicación se hará en función de las fechas de recepción y aceptación de cada trabajo.

