



Delitos contra la Libertad e Integridad Sexual

Equipo de trabajo - 2005

Consultor internacional:

Pedro Barceló Obrador
Magistrado – Juez Decano de Palma de Mallorca

Equipo nacional de trabajo:

Nelly Cedeño de Paredes
Magistrada del Tribunal Superior de Familia

Ángela Russo de Cedeño
Magistrada del Tribunal Superior de Familia

Iván Javier Estribí
Fiscal Tercero Especializado en Familia y el Menor del Primer Circuito Judicial de Panamá

Tulia Pardo
Fiscal Primera Especializada en Familia y el Menor del Segundo Circuito Judicial de Panamá

Maruquel Castroverde
Fiscal Decimoquinta de Circuito del Primer Circuito Judicial de Panamá

Ileana Turner
Jueza Octava de Circuito del Primer Circuito Judicial de Panamá

Equipo de actualización - 2011

Consultora nacional:

Delia A. De Castro D., Abogada especialista en Ciencias Penales

Equipo de trabajo:

Lorena Lozano de Coronel, Fiscal Primera de Asuntos de Familia y el Menor del Primer Circuito Judicial de Panamá

Dayra I. Botello O., Fiscal Primera de Circuito del Primer Circuito Judicial de Panamá

Álvaro Miranda, Fiscal Primero de Circuito del Circuito Judicial de Colón

César Román Tello Solano, Fiscal Segundo de Circuito del Circuito Judicial de Herrera

Vielka Broce, Fiscal Primera de Circuito del Circuito Judicial de Los Santos

Leonila Gaitán, Fiscal Quinta del Circuito del Circuito Judicial de Chiriquí

Emeldo Márquez, Fiscal Primero de Circuito del Circuito Judicial de Bocas del Toro

Maryeugenia Fuentes, Agente de Instrucción Delegada

Laura Montenegro, Proyectos Especiales del Ministerio Público

Nereida Ruiz Castillo, Asistente Técnica del Proyecto de Actuación Integral con Víctimas de Violencia de Género

Revisión del documento final y de la perspectiva de género:

Maité Alemany Jordán
Responsable del Proyecto de Actuación Integral con Víctimas de Violencia de Género de la Oficina Técnica de la Cooperación Española, Embajada de España en Panamá.

Lorena Lozano de Coronel
Coordinadora del Proyecto de Actuación Integral con víctimas de Violencia de Género, Ministerio Público

2.3.6.4. Posesión de material pornográfico con imágenes de personas menores de edad para uso personal.....	38
2.3.6.5. Relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad	38
2.3.6.6. Explotación sexual de personas menores de edad en espectáculos de exhibicionismo obsceno o de pornografía; inducción a personas menores de edad al sexo en línea vía internet, al ofrecimiento de servicios sexuales o a simularlos, por este conducto, por teléfono o personalmente	39
2.3.6.7. Exhibición de material pornográfico o autorización de acceso a personas menores de edad, incapaces o con discapacidad, a espectáculos pornográficos	40
2.3.6.8. Promoción, organización y publicidad del turismo sexual de personas menores de edad y personas con discapacidad	40
2.3.6.9. Especial referencia a la trata de personas en su vertiente sexual (víctimas adultas, niños, niñas y adolescentes).....	41
2.4. Investigación y juzgamiento de los delitos sexuales conforme al Código Judicial	44
2.4.1. Participación de la víctima en el proceso, formalidades	45
2.4.1.1. Formas de inicio del sumario.....	45
2.4.1.1.1. De oficio	45
2.4.1.1.2. Querella necesaria	46
2.4.1.1.3. Querella coadyuvante.....	46
2.4.1.1.4. Requisitos del escrito de la querella	46
2.4.2. Sobre la prescripción	47
2.4.3. La prueba en la fase de instrucción sumarial.....	47
2.4.3.1. Delito de violación	50
2.4.3.1.1. Violación social.....	52
2.4.3.2. Relaciones sexuales consentidas con persona mayor de 14 años y menor de 18 años de edad	54
2.4.3.3. Actos libidinosos.....	54
2.4.3.4. Hostigamiento sexual	57
2.4.3.5. Delitos de explotación sexual	57
2.4.4. En la fase intermedia y del plenario	59
2.4.4.1. Pruebas.....	60
2.4.4.1.1. Testimonios	60
2.4.4.1.2. Informes	62
2.4.4.1.3. Inspección ocular.....	63
2.4.4.1.4. Diligencia de allanamiento.....	63
2.4.4.1.5. Prueba pericial	65

2.4.4.1.6. Reconocimiento en rueda de personas y reconocimiento fotográfico	66
2.4.5. Factores de riesgo que facilitan la ocurrencia del delito: Caracterización de las víctimas	67
2.4.6. La retractación y el desistimiento de la acusación	72
2.4.7. Sobre la competencia en materia de investigación de delitos sexuales.....	74
2.5. Investigación y juzgamiento de los delitos sexuales conforme al Código Procesal Penal	74
2.5.1. Principios, garantías y reglas de especial relevancia.....	75
2.5.2. El inicio de la investigación	77
2.5.2.1. De oficio	77
2.5.2.2. Denuncia	77
2.5.2.3. Querella.....	78
2.5.3. Etapas de la fase de investigación	78
2.5.4. El control de los actos de investigación	79
2.5.5. Sobre la prescripción	80
2.5.6. Especial referencia a las intervenciones corporales	80
2.5.7. Procedimientos alternos para la solución del conflicto penal.....	81
2.5.8. La fase intermedia	82
2.5.9. El juicio oral	82
2.6. Especial referencia a la protección de víctimas del delito sexual	84
3. Casos prácticos	91
4. Bibliografía	93
5. Anexos	97

1. INTRODUCCIÓN:

El presente módulo de instrucción se inició producto del desarrollo del proyecto denominado “Agilización de procesos judiciales y administrativos para víctimas de violencia doméstica, maltrato y abuso sexual y para adolescentes en conflicto con la ley penal”, 2005, el cual denominamos en la actualidad “Proyecto de actuación integral con víctimas de violencia de género” 2006-2012, ambos proyectos financiados por el Fondo Mixto Hispano Panameño de Cooperación.

Durante la fase de diagnóstico del proyecto, se evidenció, entre otras cosas, el desconocimiento de la nueva legislación por parte de diferentes actores del proceso, que también manifestaron carencias tanto técnicas como de recursos humanos y económicos. La ciudadanía por su parte, insistió en el desconocimiento de sus derechos y obligaciones para con el sistema.

Es una realidad que en los procesos intervienen diferentes instituciones que, si bien tienen generalmente establecidos los protocolos de actuación en la parte que les compete, suelen desconocer y/o no tener la capacidad de interferir en los procedimientos previos y posteriores a los de su competencia. Si añadimos la descoordinación y las diferencias en la interpretación de las leyes y en la delimitación de las competencias, es normal que se genere un efecto excesivamente dilatorio en la duración de los procesos; vulnerando, en algunos casos, las garantías procesales cuando concierne a los imputados y revictimizando a las víctimas al no tutelarse adecuadamente sus derechos, con el consabido impacto social que tienen ambas situaciones.

De allí que lo que se persigue mediante la elaboración de este módulo es actualizar los conocimientos de magistrados y magistradas, jueces y juezas, fiscales, defensores y defensoras de oficio en materia de delitos sexuales, con el propósito de profundizar en los conocimientos que ya poseen e intentar hacer uniformes sus criterios a la hora de interpretar la legislación vigente, siempre respetando la independencia y autonomía de cada uno/a al ejercer el rol que le corresponde desempeñar en el sistema de administración de justicia. Con ello, realizaremos un aporte para el mejoramiento de la administración de justicia que definitivamente redundará en beneficio de los sujetos procesales y de la ciudadanía.

El documento legal que sustenta este trabajo es el Código Penal aprobado mediante la Ley 14 de 18 de mayo de 2007, con sus modificaciones y adiciones, puesto que contiene una nueva descripción de las conductas relacionadas con los delitos contra la Libertad e Integridad Sexual.

Y es que este Código representó para Panamá la adopción de un texto punitivo con un mayor enfoque hacia el respeto a la dignidad humana y a los derechos que toda persona sometida al proceso penal tiene, lo cual se combina con la rigurosidad que resulta necesaria para garantizar la efectividad en la aplicación de la ley penal a quien la transgrede, como un mecanismo de retribución por el mal ocasionado a la víctima de un delito, pero que a la vez debe servir como elemento de prevención general, especial, resocialización y protección del sentenciado.

Además de lo anterior, este instrumento jurídico presenta una nueva concepción dogmática que nos hace volver la mirada a los elementos del tipo penal: sujeto activo, verbo rector o núcleo del tipo, sujeto pasivo, objeto material, elementos normativos, subjetivos, descriptivos; antijuridicidad y culpabilidad, a los cuales debe adecuarse el supuesto de hecho para que conforme al principio de estricta legalidad sea posible investigar y juzgar de forma eficaz y con respeto a los derechos fundamentales.

En definitiva, en los Capítulos I y II del Título III, Libro II del Código Penal, encontramos regulados los delitos de violación en su modalidad simple y agravada; actos libidinosos; relaciones sexuales consentidas con personas mayores de 14 años de edad y menores de 18 años; hostigamiento sexual; corrupción de personas menores de edad (niños, niñas y adolescentes); proxenetismo; rufianismo; producción, comercio, publicidad, difusión de material pornográfico con personas menores de edad; posesión de material pornográfico con personas menores de edad para uso personal; solicitud de actos sexuales a personas menores de edad; explotación sexual de personas menores de edad en espectáculos de exhibicionismo obsceno o pornografía; exhibición de material pornográfico a personas menores de edad; omisión de denuncia de hechos de corrupción de personas menores de edad o explotación sexual de personas menores de edad; explotación sexual en el sector turismo y tenencia de negocio destinado a explotación sexual comercial de personas menores de edad, los cuales son objeto de análisis en este módulo. Por otra parte, la trata de personas incluida su modalidad sexual se regula en los delitos contra la Humanidad, producto de la modificación introducida por la Ley 79 de 9 de noviembre de 2011.

Resulta evidente que la legislación panameña se ha ido perfeccionando en la materia, no obstante, más allá de la regulación normativa se hace necesario visualizar las dificultades prácticas de la aplicación de los tipos penales y las posibilidades reales que ante el cambio de sistema procesal penal se presentan para capturar a los transgresores en materia de delitos sexuales, así como para proteger, atender y contribuir a disminuir el impacto del delito en la víctima de éstos, siempre, con una perspectiva de género.

Es indispensable, en consecuencia, que quienes participen como actores del sistema de justicia penal, conjuguen el conocimiento del Código Penal, con la legislación procesal actual cuya implementación progresiva inició a partir del 2 de septiembre de 2011, por mandato de la Ley 63 de 28 de agosto de 2008, así como con los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos y protección de víctimas delito.

En un principio, se sugirió la redacción de un solo módulo que tratara el tema de las víctimas de delitos en general, la violencia doméstica, el maltrato a niños, niñas y adolescentes y, en su momento, los delitos contra el pudor, la integridad y la libertad sexual. No obstante, la comisión encargada de elaborarlo decidió, desde un primer momento, que para tratar adecuadamente los temas, con el objetivo de impartir cursos de capacitación de dos días y medio, era preciso elaborar dos o tres módulos.

Por ello, a tenor del resultado de los diferentes trabajos, se ha optado por dividir la materia en tres documentos: uno sobre "Víctimas de los delitos en general", otro sobre "Violencia doméstica y maltrato a niños, niñas y adolescentes", los cuales ya han sido publicados y un tercero referido a "Delitos contra la Libertad e Integridad Sexual", que es el que nos ocupa.

1.1 Justificación

Las estadísticas oficiales de nuestro país no reflejan la realidad de lo que está sucediendo en materia de crímenes de violencia sexual en la actualidad. No obstante, existen algunos indicadores fiables de que la cifra por año aumenta, al menos a la luz pública, lo que se deduce de las constantes *notitia criminis* en los medios de comunicación social, del volumen que marcan actualmente los registros oficiales de denuncias en la Dirección de Investigación Judicial (DIJ) y de las Fiscalías, así como el cuantioso número de informes de atención médica en los cuartos de urgencia de los hospitales públicos y centros de salud comunitarios, que por Ley deben remitirse a la autoridad competente para su intervención contra el presunto responsable y el rescate de la víctima.

La problemática que subyace en la resistencia de la víctima a denunciar el delito, sea de violencia intramuros de su hogar o en su vida personal; sea porque no está en posición de hablar, sino con las marcas en su cuerpo, cuando se trata de un niño o niña bajo custodia del agresor sexual, merece urgente atención del Estado al definir su política criminal.

¿Por qué no denuncian las víctimas en capacidad de denunciar?, y si lo hacen, ¿por qué, luego, cuando son requeridas por el/la investigador/a de la Dirección de Investigación Judicial o el/la fiscal, para colaborar en el trabajo de investigación, esto es, para construir el caso con efectividad contra el agresor, tienden en su gran mayoría a no prestar esa colaboración? Los estudiosos del tema, especialistas en victimología, en psicología y sociología criminal, nos dicen que estas personas se ven muchas veces presas en un círculo de violencia que les significa tanto como una cárcel mental y, por esto, no encuentran en la intervención judicial una vía segura de escape a su tragedia. Otras no creen en el sistema, intuyen que serán maltratadas, sin conocer el significado del término, revictimizadas.

Uno de los más grandes problemas que enfrentamos en el manejo de la víctima de un delito sexual es precisamente que lo ha sido, y se halla generalmente en un estado de conmoción sicoemocional, que sólo le permite tomar conciencia de su cuerpo en tanto está sucio, y quiere lavarlo, cubrirlo. Pretender que coopere absolviendo con coherencia y tranquilidad el interrogatorio de los/las médicos, policías, investigadores/as, con poca o ninguna reserva para su intimidad, merma severamente las posibilidades de recibir tantas denuncias como delitos de violación se cometen; esto, a manera de ejemplo.

Si la víctima suscribe una denuncia en la Dirección de Investigación Judicial o en la Fiscalía, según sea el caso, tras sobrevivir el examen en un cuarto de urgencias, y posteriormente por el cuerpo de médicos forenses, debe enfrentar que su caso tome algunos meses, tiempo en el que deberá afrontar el rigor del trámite que le reclamará acredite, más allá de toda duda razonable, que no ha mentado, pues el sujeto que acusa tiene el derecho legal y constitucional de la presunción de inocencia. Por esto, el personal que ha de tomar parte en el manejo de la víctima, sea uno que cumpla un perfil que lo habilite para el trabajo por su sensibilidad humana y también por sus conocimientos.

En virtud de las reflexiones expuestas, el módulo elaborado se justifica por la necesidad de que los/las operadores/as al servicio de la administración de justicia amplíen sus conocimientos respecto a la problemática

que involucran los delitos sexuales, familiarizándose con los conceptos teóricos en torno al fenómeno; analizando las dificultades que padecen las personas que sufren la conducta ilícita como las que debe soportar en la pretensión de hacer efectivos sus derechos a la tutela judicial del Estado y, también, planteando posibles soluciones.

Así pues, utilizando como documento de referencia el presente módulo instruccional, el curso cubrirá tanto las necesidades teóricas, mediante el análisis y la profundización del conocimiento de la legislación sobre la materia, como la aplicación práctica de dicha normativa, de cara a una ágil y efectiva solución de conflictos.

Los/las destinatarios/as de esta capacitación adquirirán, en el proceso, conciencia de la realidad de la víctima de los delitos contra la libertad e integridad sexual, así como de sus vivencias, a partir de lo que ha de generarse un debate, producto de la retroalimentación en talleres y grupos. La enseñanza va de la mano con una seria expectativa por sensibilizar a todos/as los/as convocados/as al curso, para que cada uno/a quiera y pueda marcar una diferencia en positivo en lo que hace, como parte de una rutina de trabajo, sea cual sea su rol ante la víctima de un delito sexual.

1.2 Destinatarios/as

Las personas destinatarias de este curso serán magistrados y magistradas, jueces y juezas, fiscales, personeros y personeras, defensores y defensoras de oficio, así como sus asistentes; secretarios y secretarías judiciales, oficiales mayores, abogados y abogadas de las víctimas del delito del Órgano Judicial, o personal que conforme los equipos interdisciplinarios de abordaje a la víctima del delito sexual.

1.3 Propósito general del curso

Se encuentra íntimamente ligado a la justificación antes planteada, ya que lo que se pretende es dotar a los/las destinatarios/as de una serie de herramientas que les permitan el conocimiento adecuado de la problemática que se genera en el tema del delito sexual; para que empleando el recurso de la legislación vigente, se logre dar respuesta pronta y efectiva a las necesidades del usuario/a del sistema de administración de justicia, ya sea porque ha sufrido el delito como víctima, ya sea porque se le está acusando de haberlo cometido.

1.4 Objetivos del curso

1.4.1 Objetivo general

Contribuir al fortalecimiento del sistema de administración de justicia en la República de Panamá, a través de la unificación de criterios y coordinación de todos/as los/as operadores/as jurídicos/as entre sí, y entre éstos y las demás instituciones del Estado que intervienen en el conocimiento de los delitos contra la libertad e integridad

sexual, lo que permitirá una mejor garantía y tutela de los derechos humanos y libertades fundamentales en el sistema de justicia.

1.4.2 Objetivos específicos

- a. Desarrollar en el/la participante la capacidad de identificar y aplicar las disposiciones legales que se ajusten al caso que se le plantea.
- b. Reconocer la importancia del tratamiento jurídico adecuado que requieran las víctimas de delitos sexuales, dando pronta y eficaz respuesta a sus necesidades.
- c. Evitar conflictos de competencia a través de la exacta determinación que corresponde a cada uno/a de los/las operadores/as jurídicos/as.
- d. Crear conciencia en los/las operadores/as jurídicos/as de servicio público a fin que, inmediatamente tengan conocimiento de un caso de delito sexual, se active el sistema mediante la propia actuación de oficio o la remisión de la información a quien corresponde por competente.
- e. Crear conciencia de que la especial problemática de esta categoría de víctimas exige una atenta y particular atención por parte de los funcionarios que han de conocerla.

1.5 Metodología del curso

El curso se estructura en grandes bloques temáticos que se relacionan con los objetivos específicos.

Para adquirir conocimientos o conceptos teóricos, se llevarán a cabo exposiciones con una duración de 20 a 30 minutos, para luego debatir el tema planteado.

De igual forma, para alcanzar la destreza en el manejo de la legislación y conseguir en la medida de lo posible unificar criterios de interpretación y actuación, se plantearán una serie de casos prácticos de carácter jurídico para ser resueltos mediante discusión en pequeños grupos, con posterior puesta en común, en plenario con todos/as los/as participantes. Igualmente, se analizarán algunos pronunciamientos de los Tribunales en torno a la valoración de las pruebas para la acreditación de ciertos delitos sexuales.

Para completar y mejorar la percepción de las necesidades de las víctimas, se proyectarán videos y se podrá contar con la presencia de un/a experto/a (psicólogo/a, psiquiatra, médico u otro/a profesional), conocedor del tema de abuso sexual de mujeres, niños/as y adolescentes, quien tendrá participación activa en el debate.

1.6 Especial referencia a la perspectiva de género:

En un concepto amplio género es una categoría relacional, descriptiva, analítica y política que tiene utilidad para relevar las desigualdades existentes entre hombres y mujeres a nivel cultural, económico, político.¹ Es decir, se

¹ Cfr. Bonder, Gloria, citada por Lidia Casas Becerra. Introducción a los problemas de género en la Justicia Penal en América Latina. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Santiago, 2010. p.16.

refiere a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo.² Esta perspectiva debe tenerse presente en materia de delitos sexuales, partiendo del hecho que la mayoría de las víctimas son mujeres y que muchas de ellas encuentran dificultades al acceder al sistema de justicia.

En torno a lo anterior, resulta relevante plantear la siguiente interrogante: ¿Está presente la perspectiva de género en el trato a la víctima de delitos sexuales? En el Taller de revisión, actualización y adecuación de la monografía, la respuesta obtenida no fue unánime en un sentido, pues si bien se acepta que la perspectiva de género ha permeado en la actividad de los/as investigadores/as y operadores/as de justicia, se consideró que existen prejuicios en cuanto a la estigmatización que padecen las mujeres, por un lado como sexo “débil” y por otro lado, porque hay quienes piensan que las mujeres son culpables de la conducta del agresor simplemente por usar determinado tipo de ropa (“si es sexi” o “estaba vestida de forma provocativa”), por estar en determinados lugares (“entró a un bar sola”) o simplemente “porque estaba fuera de su casa a altas horas de la noche”, concluyéndose inadecuadamente que “ella se lo buscó”, es decir, que la agresión sexual se produjo por su provocación, situación que resulta inaceptable.

El tema de género incide directamente en los delitos sexuales, pues se abusa de las mujeres por el solo hecho de serlo, acrecentando la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran. Por ende, el sistema tiene que brindar un trato diferenciado a las personas víctimas de estos delitos tomando en consideración la perspectiva de género, pues no debe constituirse en un cómplice más de esta forma de afectación de los derechos fundamentales. De allí que quién atiende a una víctima de delitos sexuales, toma una declaración o entrevista, le practica un examen médico, investiga el caso, dicta sentencia, ya sea hombre o mujer, debe contar con capacitación en función de la labor que realiza y conocer la realidad de estos delitos (estar sensibilizado/a), para evitar que la víctima se enfrente a sufrimientos adicionales por el trato inadecuado que puede prodigarle el sistema de justicia penal.

Conforme lo ha expresado la Organización Mundial de la Salud, la violencia de pareja y la violencia sexual son perpetradas mayoritariamente por hombres contra mujeres y niñas.³ Los victimarios son en mayor porcentaje parientes o personas cercanas a la víctima o a su círculo familiar que se aprovechan de una relación de poder.

La experiencia nacional ha demostrado además la existencia de bandas dedicadas a cometer de forma exclusiva el delito de violación en perjuicio de mujeres; se registra que en una ocasión en particular, los integrantes del grupo organizado violaron a una mujer con SIDA y aun cuando la víctima les advirtió su condición, hicieron caso omiso, con las implicaciones que ello conlleva para la propia salud de los agresores. El nivel de organización de estos grupos ha evolucionado al punto que hay distribución de tareas e inclusive seleccionan quien va a resultar el primero en perpetrar la agresión sexual.

Ahora bien, al darse el primer encuentro de la víctima con aquellos que pueden contribuir a la investigación del delito, ¿se dan los prejuicios de género? En efecto, puede ocurrir que por el hecho de que la víctima violada se encontraba en estado de ebriedad o por la forma en que estaba vestida, el primer interviniente en el caso considere que la víctima es responsable y provocó el ataque sexual, lo cual es absolutamente incorrecto, puesto

² Módulo Instruccional sobre violencia de género. Proyecto Actuación Integral con Víctimas de Violencia de Género. Panamá, 2008.

³ Organización Mundial de la Salud. Violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer. Septiembre 2011. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/index.html>

que a las víctimas en ningún caso, se les puede hacer responsables de sufrir una agresión. Por lo tanto, actuando bajo esa errada creencia, no le brinda el trato correcto y dificulta el avance de la investigación.

Otra situación que se puede presentar, es que la autoridad ante la que comparezca la víctima indígena no reciba un trato justo, adecuado y con la celeridad que se requiere, por cuestiones culturales. Y qué decir de aquellos casos en los que los abusos sexuales se pueden dar al amparo del ejercicio de la función pública, generándose un blindaje que dificulta la investigación y revictimiza a la ofendida por la conducta delictiva. Asimismo, cuando los llamados a servir para motivar el inicio de la investigación no le prestan mayor atención, por desconocimiento del flagelo que representan los delitos sexuales, el problema se puede agravar.

Si la víctima logra superar con éxito su primer contacto con el sistema de justicia, se debe atener a aquello que se logre probar en el proceso y a las dificultades que conllevan la demora en la obtención de evidencia física o la inexistencia de rastros de violencia, que con cierto ímpetu serán exigidos para confirmar la configuración del delito.

De todos estos problemas relacionados con la perspectiva de género debe hacerse cargo el sistema de justicia penal, a efectos de adoptar las mejores prácticas para la atención a la víctima de manera especial, para la persecución del delito e identificación de estrategias de investigación en casos difíciles (aquellos relacionados con la inexistencia de rastros o lesiones físicas, en los que se dificulta la identificación del agresor, los que se suscitan en el marco de la relación de pareja, de familiaridad o dependencia que obstaculizan la denuncia y la participación procesal de la víctima). Estas complicaciones no deben conllevar de inmediato un cese en la actuación del fiscal, una desestimación o un archivo provisional, sino que debe orientarse a trabajar la causa con mayor detalle y profundidad, en base a estrategias institucionales, a efectos de propiciar la declaratoria de responsabilidad penal en los casos que ello sea posible.

2. CONTENIDO

2.1 Definición de delitos sexuales

La fijación de la connotación adecuada en derecho del término delitos sexuales demanda, únicamente, ajustar la definición tradicionalmente aceptada a la naturaleza específica de este comportamiento humano infractor de la ley penal.

Por ello, tendremos por delito sexual, para los propósitos de este curso, toda conducta típicamente antijurídica y culpable que constituya una trasgresión a los bienes jurídicos tutelados bajo el Título III del Libro II del Código Penal: “Libertad e Integridad Sexual”.

El bien jurídico protegido libertad sexual, conforme lo explica Francisco Muñoz Conde, consiste en *“aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo.”*⁴ El mismo autor señala que respecto de los niños, niñas y adolescentes lo que se busca con la tipificación de los delitos sexuales es *“proteger la libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual”*⁵, en tanto que respecto de las personas dictaminadas como incapaces y personas con discapacidad se pretende *“evitar que sean utilizados como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales.”*⁶

Corresponderá, en consecuencia, apreciar ante cada caso en concreto las connotaciones fácticas o hechos suscitados, a efectos de verificar si encajan adecuadamente en la descripción que de la conducta prohibida hace la norma jurídica y por supuesto, constatar la existencia de los elementos probatorios que permitan acreditar cada uno de tales extremos en el proceso, con estricto apego al principio de legalidad en materia penal.

2.2 Definición de víctima

La víctima será la persona afectada por el delito, de forma directa o indirecta. Tradicionalmente, desde el punto de vista del Derecho Penal se le ha entendido como el sujeto pasivo del delito, que soporta los efectos de la conducta transgresora, cuya voluntad es doblegada en el proceso de la trasgresión, o se halla viciada de modo insubsanable por su minoría de edad, sea física o mental.

2.2.1 En el Código Judicial y leyes complementarias

En nuestro ordenamiento jurídico, existen algunos instrumentos de ley que nos proporcionan el concepto de la víctima. Así tenemos que el artículo 1 de la Ley 31 de 28 de mayo de 1998 establece que:

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal. Parte Especial**. Editorial Tirant lo Blanch. 12ª edición. Valencia, 1999. Pág. 195.

⁵ Ibid. Pág. 196.

⁶ Ibid.

“Se consideran víctimas del delito:

- 1. A la persona que, individual o colectivamente, ha 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 los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses.”*

Por su parte, el artículo 2003 del Código Judicial identifica a la víctima con el querellante legítimo y lo prevé textualmente de la siguiente forma:

“Se entiende por querellante legítimo a la víctima del delito, a su representante legal o tutor, al cónyuge, al conviviente en unión de hecho, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, al heredero testamentario cuando acuse la muerte del causante y a las demás personas indicadas por la Ley.”

Resulta de interés en este análisis la disposición que incluye la Ley 38 de 10 de julio de 2001, en el numeral 11 de su artículo 2, que caracteriza a la víctima de violencia sexual, considerando que lo es, la persona que es obligada por otra: *“Mediante el uso de la fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza, uso de sustancias o drogas o cualquier otro mecanismo que afecte su voluntad, a participar en interacciones sexuales que por sí mismas no constituyen necesariamente delitos contra el pudor y la libertad sexual”. Igualmente se considera víctima a quien sea obligado por el agresor: “A realizar alguno de estos actos, o a presenciarlos”.*

La definición transcrita suponía un aparente conflicto entre las competencias de las fiscalías que conocían de delitos de violencia doméstica y aquellas encargadas de la investigación de los delitos sexuales, puesto que si una mujer por ejemplo, al momento de instaurar la denuncia hacía referencia a la reciente golpiza que le había propinado el concubino, propia de la vida de maltrato que lleva con él, y a que el sujeto también acostumbraba a someterla sexualmente, la situación invariablemente causó que los fiscales de familia enviaran los negocios a los fiscales especializados en delitos sexuales, lo cual provocaba un debate por la propia configuración de los tipos penales en su momento, que ha sido resuelto conforme a lo que dispone ahora el artículo 192 del nuevo Código Penal, que establece como una modalidad de violación sexual agravada aquella que se produce como resultado de la violencia doméstica.

A pesar de las dificultades que pueden generarse respecto de la prueba en esta clase de delitos, es importante emprender las investigaciones y concienciar a las ciudadanas que resultan ser víctimas de tales conductas para que se denuncien de forma oportuna, a efectos que pueda atenderse su pedido de auxilio, de apoyo, de justicia.

La ley 79 de 2011 que se ocupa de definir a la víctima del delito de trata de personas, en su artículo 34 indica que se trata de aquella *persona que haya sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional,*

pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de este delito o de las actividades conexas. También se consideran víctimas las personas dependientes o relacionadas con la víctima, independientemente de que se haya abierto proceso contra las personas responsables del delito, agrega el artículo 35.

2.2.2 En el Código Procesal Penal

Conforme al artículo 79 de la ley 63 de 28 de agosto de 2008 que contiene el Código Procesal Penal, se presenta un concepto más amplio de víctima, considerando como tal:

- 1. La persona ofendida directamente por el delito.*
- 2. El cónyuge, el conviviente en unión de hecho, los parientes hasta el cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad y los herederos de la persona ofendida.*
- 3. Los socios, en relación con los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administran, gerencian o controlan.*
- 4. Las asociaciones reconocidas por el Estado, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, conlleven graves perjuicios patrimoniales para el Estado o afecten servicios públicos, siempre que el objeto de la asociación se relacione directamente con esos intereses.*
- 5. Las instituciones y entes públicos afectados en los casos de delitos contra la Administración Pública y contra el patrimonio económico, o cuando por cualquier circunstancia se encuentren afectados sus bienes.*
- 6. En general, toda persona que individual o colectivamente haya sufrido daños y/o lesiones físicas, mentales o emocionales, incluyendo la pérdida financiera o el menoscabo sustancial de sus derechos, como consecuencia de acciones que violen la legislación penal vigente, con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al infractor y de la relación familiar existente entre ellos.*

Entre los cambios más relevantes que presenta esta normativa, tenemos que se considera en la definición legal tanto el concepto de víctima directa como de víctima indirecta, al tiempo que se adiciona, tal como lo establece la Declaración de Principios Fundamentales de las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, que la víctima es tal independientemente que se identifique al agresor y de la relación de parentesco⁷ que exista entre ellos, a efectos de generar un balance respecto a las posibilidades de persecución y exigencia de indemnización civil dentro del proceso penal. Es importante destacar que estas normas irán entrando en vigencia de forma progresiva⁸ en el país, conforme lo dispone el artículo 556 del Código Procesal Penal, reformado por la Ley 48 de 2009 y 66 de 2011.

Este mismo texto legal en su artículo 84 entiende como querellante legítimo a la víctima, tal como recién ha sido descrita, mientras que al querellante coadyuvante se hace referencia en el artículo 85, estableciendo que se trata de la víctima o su representante legal quienes pueden promover la persecución penal en los delitos investigables

⁷ Se permite a partir de esta normativa las querellas entre parientes independientemente del delito de que se trate.

⁸ Desde el 2 de septiembre de 2011, se aplica en los procesos penales que se surtan en el Segundo Distrito Judicial (Coclé y Veraguas), en los procesos de conocimientos de la Corte Suprema de Justicia en Sala y en Pleno y en la Asamblea Nacional. A partir del 2 de septiembre de 2012, se aplica para los procesos penales que se surtan en el Cuarto Distrito Judicial (Herrera y Los Santos), a partir del 2 de septiembre de 2013 se aplica en los procesos que se surtan en el Tercer Distrito Judicial (Chiriquí y Bocas del Toro) y a partir del 2 de septiembre de 2014 se aplica en el Primer Distrito Judicial (Panamá, Colón, Darién y San Blas).

de oficio. En este caso la formalización de la querrela requiere de representación legal o de un/a abogado/a (art. 88), por los altos estándares profesionales que se exigen para intervenir en el proceso penal acusatorio, en el cual la técnica de investigación y litigación guardan gran relación con el éxito que se pueda tener en el planteamiento de la causa ante los tribunales y en la obtención de los resultados deseados. No obstante, el Estado tiene el deber de garantizar tal disponibilidad para intervención y representación de la víctima en el proceso penal (art. 80, numeral 2 y 7).

Como novedad este Código incorporó la necesidad de presentar denuncia de persona ofendida para que se pueda iniciar la investigación por delitos de acoso sexual y abusos deshonestos, siempre que esta sea mayor de edad (art. 112 numeral 1).

2.3 Análisis legal de los delitos contra la libertad e integridad sexual en el Código Penal

El Título III, Libro II del Código Penal, en sus tres (3) Capítulos, tipifica los hechos que han de tenerse como punibles en este apartado, a saber: violación sexual (artículos 174 y 175); relación sexual con persona mayor de 14 años y menor de 18 años de edad (artículo 176); actos libidinosos (artículo 177); hostigamiento sexual (artículo 178); la corrupción de personas menores de edad (niños, niñas y adolescentes) simple y agravada (artículo 179); el proxenetismo (artículo 180); el rufianismo (artículo 182); la producción, comercio, publicidad, difusión, distribución de material pornográfico con personas menores de edad (artículo 184); posesión de pornografía de personas menores de edad para uso propio (artículo 185); explotación sexual contra personas menores de edad (artículos 186); explotación sexual de personas menores de edad en espectáculos de exhibicionismo obsceno o pornografía (artículo 187); exhibición de este material a personas menores de edad, o permitirles acceso a espectáculos pornográficos (artículo 188); Omisión de denuncia de delito sexual cometido en perjuicio de una persona menor de edad (artículo 189); turismo sexual para la explotación de personas menores de edad (artículo 190); tenencia de negocio para explotación sexual de personas menores de edad (artículo 191). Es importante mencionar que los artículos sobre la trata sexual (artículo 181) y la trata sexual contra personas menores de edad (artículo 183); fueron derogados por la Ley 79 de 2011, para pasar a estar considerados dentro de la trata de personas en los delitos contra la Humanidad, empezando a regir a partir del 1 de enero de 2012.

El trabajo de examinar cada una de estas conductas, en su configuración y alcance, haría el módulo extenso en demasía; empero, intentaremos incluir algunas consideraciones puntuales, de relevancia en la labor de los/as operadores/as de la justicia en esta materia tan compleja y adicional a ello, incluimos como anexo un análisis dogmático de cada conducta.

2.3.1 Violación (artículos 174 y 175 del Código Penal)

El Código Penal establece como la primera modalidad de la violación el acceso carnal bajo fuerza o intimidación, para persona de uno de u otro sexo, pero además de ello, permite la referencia al acceso sexual, pues en la descripción que luego hace el tipo penal no resulta esencial que produzca el coito exclusivamente entre genitales,

hombre-mujer. El compás se ha abierto para también considerar como violación la penetración lograda con un dedo, un objeto, a través del ano o la boca de la víctima, con independencia del sexo del sujeto activo. Hemos usado deliberadamente la palabra “penetración” para aclarar que la expresión “acceso carnal” la requiere; y si es parcial, total o completa, no interesa para la calificación de la conducta como delito consumado.

Queda fuera de esta calificación el coito vestibular (entre los labios de la víctima de sexo femenino), lo mismo que el interfemoral (entre los muslos), para mantenerse en la categoría de tentativa del delito, cuando son físicamente acreditados ante el médico forense (dentro de las siguientes 24-72 horas); lo mismo que cuando se deducen, perdida esta evidencia por el paso del tiempo, de la historia de cargo y verificada en su fuerza de credibilidad por otras pruebas (la víctima suele aparecer no desflorada).

En conclusión, sea con el pene, con la lengua, con un revólver o hasta con un animal, esa penetración contraria a la voluntad de la víctima, que estuviera consciente de lo que ocurre, o que no lo estuviera, y por esto no puede consentirla, si es una persona adulta, es delito de violación, en términos de la norma base, artículo 174 del Código Penal; como también lo es cuando quien resulta afectada directamente por la conducta punible fuera una persona menor de 14 años de edad, pues el vicio del consentimiento es una presunción legal irrefutable en el caso de la violación estatutaria o impropia.

Agrega esta disposición que “también se impondrá esta sanción a quien se haga acceder carnalmente en iguales condiciones”, lo cual tiene como propósito abarcar aquellas situaciones en la que se obliga a la víctima, varón por ejemplo, a acceder carnalmente a otro varón o a una mujer, contra su voluntad. Siendo que la víctima, en este caso, obligada por la intimidación, violencia o por la manipulación de su voluntad, resulta ser quien realiza el acceso carnal.

Una pregunta interesante surge al estudiar el tema de la violación sexual en términos generales, es si todavía ha de probarse una resistencia seria y constante por parte de la víctima para que se tenga por configurado el delito de violación.

Afortunadamente, tal exigencia ha sido superada en la doctrina para ceder a la acreditación de un estado de temor serio, razonable, en el/la sujeto pasivo, suficiente para que en esa condición especial de vulnerabilidad se sujete o someta al ataque sexual, esto, para preservar su vida, máximo bien jurídico tutelado por la ley, que cree está en grave riesgo.

Habría que preguntarse: ¿Qué constituye temor serio, razonable, suficiente para vencer la reacción natural de oposición ante la inminente invasión a la intimidad de la persona, a su integridad, a su libertad sexual? Pues la respuesta depende, en cada caso, del estudio de la personalidad de la víctima y el victimario, de sus particularidades sicofísicas y emocionales; todo esto habrá de documentarse en el proceso, al igual que las circunstancias del ataque, las condiciones del ambiente, y teniendo también en cuenta las condiciones de género, etc.

Alfredo Achaval, en su libro titulado *“El delito de violación. Estudio sexológico, médico legal y jurídico”*, establece que: *“...hay situaciones en donde la defensa, pudiendo ser manifiesta y evidente, ha cedido rápidamente por el temor a la misma o mayor violencia, a los malos tratos o a las amenazas de graves daños, de modo que sin pedir heroínas frente a colosos de fuerza, podemos decir que esta violación se ha producido forzando la defensa, atenuándola ante la fuerza potencial o a la violencia presunta, de lo cual resulta un acceso carnal de consentimiento forzado que constituye violación”*.⁹

Edgardo Alberto Donna se suma, en este trabajo, al aporte de Achaval en el tema bajo examen y registra en su obra *“Delitos contra la integridad sexual”*, un fallo de los Tribunales de su país, Argentina, del 4 de marzo de 1997, en los siguientes términos:

*“La resistencia de la víctima requerida para la configuración del delito de violación no debe ser necesariamente heroica, desesperada o hasta la muerte, en tanto es dable aceptar que la mujer decline su libertad sexual con el fin de conservar su integridad física y en tales circunstancias soporte que un hombre la posea de hecho.”*¹⁰

Sproviero, en su libro *“Delito de violación”*, registra un caso ocurrido en Inglaterra que ocasionó gran polémica. Refiere el autor argentino que: *“La víctima de la violación encareció al autor al uso del preservativo que ella misma se encargó de proporcionar”*. Ella temía contagiarse del SIDA y: *“Ante la imposibilidad de evasión ya que la violación se consumaría, el contagio quedaba en principio descartado ante la aceptación de la sugerencia por parte del autor, sin significar ello que se operaba el consentimiento de la víctima o su aquiescencia o conformidad para la gestión propuesta...”*

La autorización otorgada o asentimiento con el acto que el autor se propusiera no significaba necesariamente compartir el criterio y, por tanto, quedaba el autor sujeto a la penalidad establecida para el ilícito, ya que la figura de la violación no desaparecía, pues la interposición de fuerza se encontraba neutralizada con la intimidación o amenaza de que el acto propuesto se concretaría igualmente. Va de suyo que la lucha que podría ofrecer la víctima se encontraba coonestada por los designios del autor, quien acometería el acto violatorio a despecho de toda resistencia que pudiera oponer la víctima”.¹¹

Sobre el mismo aspecto, señala Lidia Casas Becerra en su obra *Introducción a los problemas de género en la Justicia penal en América Latina* que *“una mujer violada fue forzada por un hombre que generalmente cuenta con una envergadura física suficiente para inmovilizarla sin demasiado esfuerzo. Por otra parte, para proteger su integridad, una mujer forzada sexualmente puede optar, correctamente, por no ofrecer más resistencia, a objeto de conservar su vida. Pues bien, en términos probatorios, una mujer sin lesiones graves tendrá más dificultad para probar el delito. Cabe preguntarse entonces: ¿es preferible que la mujer luche con su agresor, poniendo en riesgo su vida, para dejar constancia física de la comisión del delito? A nuestro juicio ello es incorrecto. Creemos que tanto los entes de persecución, como los jueces, deben integrar estas consideraciones en sus decisiones.”* Así pues, continúa, *“la inexistencia de lesiones graves no debe ser interpretada automáticamente como falta de fuerza...”*¹²

⁹ Achaval, Alfredo. Delito de violación. Estudio sexológico, médico legal y jurídico. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Avelado-Perrot, 1992, p. 153.

¹⁰ Donna, Edgardo Alberto. Delitos contra la integridad sexual. Segunda edición. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 101.

¹¹ Sproviero, Juan H. Delito de violación. Primera edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996, pp.57-58.

¹² Casas Becerra, Lidia. op. cit. p. 201.

Otra novedad que plantea el artículo 174 del Código Penal, en su numeral 1 es que se presenta como una de sus agravantes el menoscabo de la capacidad psicológica, lo cual requiere de comprobación mediante dictamen científico, pero que evidentemente será determinada finalmente por el/la juzgador/a a cargo de la causa.

En el numeral 7 del mismo artículo se incluye como agravante el hecho de que el delito se cometa con el concurso de dos o más personas o ante observadores, por lo que deja de verse como una simple situación de participación criminal y se constituye en una agravante para el autor y los partícipes, en tanto que en el numeral 8 se erige como violación calificada cuando se utilizan medios vejatorios o denigrantes a la víctima, los cuales aumentan el nivel de vergüenza que se le ocasiona, ofendiéndola o exponiéndola públicamente, por ejemplo.

Otro aspecto a destacar de esta disposición, es que sanciona con pena más alta (10 a 15 años) si la violación la comete, a sabiendas de su situación, una persona enferma o portadora de enfermedad de transmisión sexual incurable o del virus de inmunodeficiencia adquirida. Sobre el particular resulta evidente que el conocimiento de la enfermedad que padece el victimario o intención dolosa (directa o eventual) debe estar presente. Además, que la enfermedad se considere incurable va a depender de los avances científicos existentes y a tales avances deberá adecuarse la aplicación del derecho a sancionar que tiene el Estado.

2.3.1.1 Modalidades del delito de violación más controversiales

2.3.1.1.1 De la mujer al hombre adulto

¿Es jurídicamente viable? Antes de la reforma al tipo penal, se podía concebir que la mujer cometiera delito de violación contra el hombre, valiéndose de un objeto, como el cinturón con pene de madera, empleado en algunas prácticas sadistas, para la penetración anal.

Ahora, con el nuevo Código Penal, podemos conceder como jurídicamente posible que ella se haga acceder sexualmente por el varón adulto, mediando fuerza, violencia o intimidación. Pero, ¿es la erección de un varón inevitable en estas circunstancias? ¿Si la mujer le manipula el pene, o le practica sexo oral, blandiendo un arma contra su sien, consiguiendo de esta forma una reacción de excitación suficiente en el órgano viril de la víctima para hacerse penetrar, le ha violado? Este es un tema que permite una amplia discusión.

Adicionalmente, nos permitimos comentar que hemos encontrado en la literatura sobre el tema, la revisión de una proposición hipotética: la violación de una mujer bella a un hombre adulto. Se descarta el delito por *“imposible”*, porque, ¿cómo forzar a un hombre sano, en plena capacidad de su sexualidad, a intimar carnalmente con una mujer hermosa, bien formada y, de paso, experimentada en las artes amatorias que lo demuestra en los preludios de la cópula? El sentido común que domina el juicio del investigador, del fiscal y el juzgador, en estos procesos, impone como medida aconsejable desechar la acusación.

No obstante lo anterior, retomando las reflexiones con que iniciamos este apartado, somos del criterio que la redacción del artículo 174 del Código Penal, no excluye la violación del hombre por la mujer, pues no debe

entenderse que el artículo genera discriminación de un sexo sobre otro. El tema será apreciar los hechos en concreto y ubicar los elementos probatorios que permiten su adecuación a las exigencias del tipo penal.

2.3.1.1.2 Violación social, o *date rape*

Este es el delito cometido en medio de una relación de amistad, de noviazgo, que todavía no ha desarrollado hasta la intimidad de pareja, y suele sorprender a la víctima, que no espera el ataque del sujeto que le atrae, del que quizás pueda incluso estar enamorada. Sucede que se apresura la experiencia carnal generalmente mediando fuerza ante la negativa verbal y corporal, que no asimila el acompañante como lo que es, un “no” ante el coito pretendido, que en ese momento, está urgido de consumir, tal vez por los juegos sexuales preliminares a los que la víctima sí accedió. Los casos que se denuncian son pocos, porque la víctima, avergonzada, humillada, denigrada, no desea ventilar estos sentimientos ante el público de extraños que sabe toman parte de un proceso penal con múltiples interrogantes sobre su conducta, antes que la del alegado victimario. Ocurre, también, que el sujeto agresor logra persuadir a la víctima de que no le denuncie, que le perdone, que fue presa de un arrebato de pasión que no se volverá a repetir “*si ella no quiere*”. Este incidente criminal queda entonces guardado entre ambos, como un secreto de su vida en pareja, uno que eventualmente se sumará a otros similares, porque la afectada no advierte que se está ligando a un abusador, que con seguridad no se frenará en un futuro para golpearla o volverla a ultrajar, aun si se convierte en su esposa y madre de sus hijos.

2.3.1.1.3 Violación entre dos hombres, o dos mujeres, adultos

En la mecánica de ejecución, ya la hemos repasado, decíamos que es viable la penetración, sea mediando genitales, los dedos, un objeto, de uno al otro, con independencia del sexo.

2.3.1.1.4 Violación de la mujer por la pareja, constituida de hecho o por contrato de matrimonio¹³

En la doctrina vigente, los juristas se dividen en dos grandes grupos; los unos, negando que pueda configurarse el delito entre dos que son pareja formal, o unidos conyugalmente, pues la mujer se debe al hombre, en la satisfacción de su sexualidad. Los defensores de esta tesis incluso sostienen que ante el incumplimiento injustificado de este deber, cabe promover el divorcio. Admiten empero, únicamente como excusas válidas, causa de enfermedad física o mental y las pretensiones de la consumación del encuentro carnal en formas no convencionales en el matrimonio, como lo podría ser, el acceso contra natura. Esta tesis vulnera los derechos humanos de las mujeres, sus derechos sexuales y reproductivos, su libertad sexual, su derecho a decidir cuando quiere tener o no relaciones sexuales y con qué frecuencia, el número de hijos que desean tener o no, estén ligadas por un vínculo de matrimonio o no, por lo tanto, es inaceptable.

¹³ Esta sección ha sido redactada a efectos de priorizar en lo que atañe a la salud sexual y reproductiva de las mujeres, desde una perspectiva integral, siguiendo la normativa internacional y la perspectiva de género.

El defender esta tesis significaría incumplir los acuerdos internacionales firmados por Panamá, como la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo Humano, celebrada en el Cairo en 1994, y provocaría graves violaciones de derechos humanos de las mujeres.

Por otro lado, quienes asumen una tesis más justa no le niegan a la mujer que mantenga el derecho a ejercer el derecho de la libertad sexual. Podrá entonces negarse y si es sometida por el marido “a la fuerza”, ocurrirá que ha sido violada. Aunque lamentablemente, en la mayoría de los casos, es fundamental, entonces, la prueba evidente de un vicio del consentimiento en la esposa-víctima para que se tenga por razonablemente acreditado el delito. Se deduce de lo anterior, que en la anatomía de la mujer se buscará detectar, palpar, las señas indiscutibles de la violencia sexual sufrida; pero si estas no aparecen, ello no es motivo suficiente para descartar los cargos, puesto que resulta relevante el análisis de su señalamiento y la lógica y coherencia que demuestre, respecto de la ausencia de su consentimiento al momento de la relación sexual, lo cual debe contribuir a acreditar el delito.

En nuestro país, los Tribunales acogen la segunda posición; empero, las modalidades de ejecución de la violación se reducen para dar cabida al procesamiento del sindicado en estos casos, a una sola: debe haber mediado violencia. Y es que difícilmente prospera la denuncia de la mujer en un proceso penal, cuando alega que ha sido sometida al coito en medio de una relación disfuncional, bajo intimidación directa, aunque sucede. ¿Cuál es la amenaza grave que consigue doblegar su voluntad negando el acceso sexual con el marido? Generalmente, el hombre que controla económicamente los recursos del hogar, la manutención de la casa y los/as hijos/as, consigue dominar a la mujer que se le niega al ser requerida al ayuntamiento carnal. Cuando la busca en la cama, aunque ella lo rechaza, la conciencia de que su negativa le causará carencias y dolor a los suyos, la conduce a ceder, por lo tanto deben sancionarse este tipo de conductas en las que subyace una ausencia de consentimiento libre, esto es, exento de vicios.

Hemos escuchado a víctimas narrar que *“sólo abren las piernas y dejan que suceda lo que tiene que suceder”*. No median palabras de afecto, ni caricias tendentes a la excitación de la sexualidad de la pareja, sino la mecánica de la cópula que atiende a la urgencia de una necesidad biológica en el hombre, saciada con la misma indiferencia hacia el objeto desahogo como si estuviera frente a un urinal. También hay, de por medio, la necesidad de dominar, de someter. La violencia sicoemocional aparece claramente identificada en los dictámenes periciales practicados.

El tema guarda clara relación con la salud sexual, es decir, con *“la capacidad de disfrutar de una vida sexual, satisfactoria y sin riesgo, que no incluye como elemento indispensable la procreación, porque en esencia la sexualidad se desarrolla en la comunicación, en la convivencia y en el amor entre personas”*¹⁴. Entendiendo la salud sexual de esta manera, resulta relevante sensibilizar a la ciudadanía sobre el contenido y extensión de los derechos sexuales y reproductivos, de forma positiva y con respeto hacia las mujeres, para contribuir a la protección de sus derechos y evitar este tipo de conductas delictivas.

¹⁴ Cuadernillo de salud sexual y reproductiva. CEASPA, UNFPA, MINGOB. Panamá.

No permitir el ejercicio de la libertad sexual a la mujer, implica una violación grave de sus derechos humanos, por lo tanto tal ejercicio debe estar garantizado. De allí que el/la fiscal y el/la juez/a deberán examinar con cuidado cada caso, pues a estas fechas no se está dando la respuesta más acertada jurídicamente a estas mujeres que indudablemente son víctimas no sólo del delito sexual de violación, sino también de violencia doméstica, casi siempre en todas sus modalidades psicológica, física y patrimonial.

2.3.1.1.5 Violación anal de niños y niñas

La situación de hecho que supone esta modalidad de ejecución del delito, demanda de los/las operadores/as de justicia, particular atención y cuidado.

En el presente, existe conflicto en la interpretación por fiscales y jueces/zas del resultado del dictamen médico forense que no registra ningún signo de la penetración en el ano del examinado/a, que asegura ha sufrido violación vía posterior. La pregunta de rigor es, si el examen del perito del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses no refleja lesiones, ¿debe concluirse que la víctima está mintiendo?

La ciencia médica forense explica razonablemente el resultado negativo de la prueba que comentamos, confirmando que es probable que sufrida una penetración anal la víctima no evidencie las señales del delito.

Es menester advertir en la discusión de este problema, que la extensión de la penetración casi siempre se desconoce, nadie la pregunta. La víctima no lo sabe, o más bien, no puede establecerlo, por la intensidad del dolor físico sufrido y también por el dolor emocional de recordar lo que le ha ocurrido. Pudo darse el uso de un preservativo por el victimario, tal vez. Estas situaciones muchas veces no son revisadas por los/as entrevistadores/as, considerando la gran carga de vergüenza que le significa a la víctima, a pesar de que pudiera entender la pregunta y contestar.

Cobra relevancia, entonces, el riguroso examen lógico racional del señalamiento del agraviado o la agraviada, que suele acompañar su historia con prolijos detalles de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la violación. Sobre el tema, el doctor José Vicente Pachar, patólogo forense con reconocido prestigio en el país, a consulta de la Fiscalía Decimoquinta del Primer Circuito Judicial, en un caso como el que estamos examinando, señaló:

“...de acuerdo a la bibliografía consultada en textos de medicina legal, como el libro del doctor Vargas Alvarado, el libro del doctor Quiroz Cuarón, el libro Forensic Medicine del doctor Bernard Night, así como los centros de atención a la víctima de delitos sexuales que aparecen en las ciudades de los Estados Unidos en Internet, y la opinión del doctor Kcuitko, perito argentino, experto en la materia que estuvo en Panamá en la última jornada de Medicina Legal, se puede afirmar que es posible una penetración parcial o completa sin lesiones. ...el doctor Luis Kcuitko recomienda que en casos como en los que un menor afirma que hubo penetración anal pero que no hay lesiones, el peso de la investigación volverá a recaer en el análisis psicológico de la supuesta víctima y la correlación de los datos disponibles.”

Explica, además el especialista, que la posibilidad de la ausencia de signos indicadores de la penetración sufrida vía posterior puede explicarse médicamente si se tiene en cuenta “*el tamaño del orificio anal vs. el tamaño del objeto introducido*”, si son de “*igual tamaño*”, y la “*introducción es lenta y progresiva*”, puede ocurrir “*que no se produzcan lesiones, ya que el orificio anal es un esfínter que se abre hasta cierto límite*”. Una probabilidad más a considerar, es que: “*El objeto introducido penetre progresivamente o sea con intentos repetidos utilizando un producto lubricante que permitiría la dilatación, inclusive con lesiones mínimas difíciles de demostrar a simple vista*”.

Como aportación a lo expuesto, el doctor Eduardo Palacios, pediatra con experiencia de más de 28 años, que ha actuado incluso como médico representante de la especialidad ante el Departamento de Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales del otrora denominado Hospital Gorgas, expresó sobre el tema de la ausencia de signos de abuso sexual vía posterior en personas menores de edad, lo siguiente: “*...en los casos de penetración, hay un porcentaje bastante considerable en que no se evidencian lesiones*”. Añade que: “*Para la evaluación es muy importante el tiempo transcurrido desde el incidente y la evaluación clínica, ya que en ocasiones lo que se puede observar en casos recientes es solamente eritema (enrojecimiento) local o leves excoriaciones, que pasado un tiempo no dejan huellas..., si las lesiones no fuesen profundas con desgarró, o laceración del tejido o de las fisuras del esfínter anal, es probable que no sean evidentes cicatrices*”. Sostiene que: “*Si en un tiempo, el niño no es molestado o penetrado, es posible que la recuperación sea completa en un período de varios meses y que no se evidencien alteraciones permanentes en el tono del esfínter o presencia de signos de diafragma.*”

Por su parte, el doctor Max Ramírez Rosales, también pediatra con 24 años de experiencia en el Hospital del Niño, expresó al contestar las preguntas del agente de instrucción, criterios acordes con los asumidos por los forenses Pachar y Palacios. El perito contestó el interrogatorio en los siguientes términos: “*...el comportamiento de cicatrización del tejido anal es similar al del himen, pero se debe tomar en cuenta la presencia en aquel, del esfínter. En el caso de la penetración vía posterior, tienen influencia en la aparición de lesiones, la velocidad; es decir, la rapidez o lentitud de la penetración, la fuerza o violencia ejercida, porque el esfínter se dilata progresivamente.*

Por ejemplo, si hay manoseo o penetración de dedos antes de la penetración del miembro, entonces, probablemente se dilata el esfínter tanto que permite una penetración sin lesión física detectable u observable. La similitud sería la defecación, porque la persona puede llegar a defecar una masa fecal gruesa, que puede salir porque se da de manera lenta y va semilubricada; una vez sale la masa, vuelve a cerrarse el mismo esfínter, sin haber una lesión de la mucosa o de la superficie anal. En otras palabras, si el acto mismo sexual es con eyaculación rápida, menos lesión se va a observar, porque el tiempo del miembro dentro del ano fue corto y hubo pocos movimientos. El riesgo de lesión se va a acrecentar conforme mayor sea el tiempo que el miembro masculino esté dentro del ano.” La utilización de preservativos, aclaró, disminuye el riesgo de las lesiones, o no se causan, porque contienen en su superficie sustancias lubricantes.

Consultado un artículo publicado en los Anales Españoles de Pediatría, por Internet, de la autoría de los médicos especialistas Díaz Huertas, Casado Flores, García, y Ruiz Díaz, se afirma que “*el diagnóstico*” del delito en estos casos, se logra mediante: “*La anamnesis (investigación de antecedentes), la exploración física y las pruebas*

complementarias. ...Los hallazgos físicos pueden ser nulos, aun habiendo existido el abuso".¹⁵ (El paréntesis es nuestro).

Planteamos, como consecuencia de la posición de estos expertos en la ciencia médica, que la desacreditación de la palabra de inculpación de una víctima menor de edad, ya sea niño o niña, que acusa ha sufrido agresión sexual vía posterior, debe ser la consecuencia del análisis detenido de las pruebas en único universo, conforme los ordenadores de la sana crítica, lógica, razón y sentido común.

2.3.1.1.6 Violación en modalidad de ejecución agravada, cometida por parientes o con abuso de confianza

Según el artículo 174 del Código Penal, numeral 4, la primera modalidad es el acceso sexual que logra el ascendiente, tutor o curador, mediando violencia, intimidación, con un pariente, teniendo presente que conforme al artículo 91 de dicho texto legal, *"para los fines de la ley penal, se consideran parientes cercanos el cónyuge, el compañero o compañera conviviente, las personas dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad e igualmente el parentesco adquirido por adopción"*. En la segunda modalidad, es decir, cuando se ejecuta con abuso de confianza (art. 174 numeral 6), se produce un abuso en: *"las relaciones domésticas, prestación de obras o de servicios, de cohabitación o de hospitalidad."*

A pesar que la segunda agravante citada se ubica de igual forma en el numeral 9, artículo 88 del Código Penal, es importante tener presente que cuando una conducta ya tiene agravantes no es posible aplicarle agravantes genéricas establecidas en el mismo cuerpo normativo.

Anteriormente la primera de estas conductas podía generar confusión con el incesto que estaba regulado como delito contra el orden jurídico y familiar, pero se diferenciaba de la violación sexual agravada no sólo porque los bienes jurídicos tutelados eran distintos, sino porque se supone que en casos de incesto, la víctima aunque menor de edad (si fuera el caso), *"consentía"*, *"gustaba"* de la relación sexual ocasional con el victimario, a quien se encontraba unida por parentesco biológico o legal. Solía ser seducida, enamorada, ya fuera antes de la experiencia del primer encuentro carnal, o luego que se lo haya sufrido con violencia, en el momento inicial de la relación incestuosa, como sucede tantas y tantas veces, por lo que hemos visto en el ejercicio profesional. Los Tribunales resolvían los casos en que los hechos constituían infracción de las dos normas penales bajo las reglas del concurso ideal de delitos, aplicando, en su momento, la sanción más severa de la violación calificada, pero también se llegaron a dictar fallos en los que en primera instancia se condenó únicamente por incesto, por aquello del consentimiento de la víctima, que declaraba haberse sentido atraída hacia su pariente, fuera su hermano, su tío, su padre, su abuelo, etc.

Con la adopción del nuevo texto punitivo en el año 2007, se eliminó el delito de incesto y solo se sancionarán las relaciones sexuales entre parientes cuando se den los supuestos del delito de violación (acceso carnal o sexual

¹⁵ Díaz Huertas, J.A., J. Casado Flores, E. García, M.A. Ruiz Díaz y J. Esteban. Niños maltratados. El papel del pediatra. Anales Españoles de Pediatría, volumen 52, número 6

mediante violencia, intimidación o aún sin que medien estas, la conducta sea cometida en perjuicio de un niño, niña o adolescente conforme a los límites de edad establecidos en el Código Penal).

Grossman-Mesterman sostienen, al abordar la problemática del incesto, que la opinión predominante de los autores es que: *“...los padres incestuosos rara vez abusan de una sola hija. Generalmente, comienzan con la mayor y luego transfieren su atención a la que sigue en edad; acuden a la persuasión, imponen su autoridad o amenazan con castigos”*.¹⁶ La proposición de reconocer a la supuesta anuencia de la víctima del delito de incesto, para cohabitar en el rol de mujer de una persona a la que está ligada por lazos afectivos estrechos por convivencia familiar de años, quizás desde su nacimiento, nos resulta deleznable. Los embarazos producto de este delito son frecuentes y gravísimos cuando esa víctima es apenas una niña, una adolescente.

Respecto del alegado consentimiento, debemos señalar que, en los casos que hemos conocido, no existe tal enamoramiento, ya que ese estado de las emociones, de los sentimientos, es producto de la perversa influencia del adulto sobre la criatura víctima, a la que mantiene sometida bajo su autoridad y control. Está acorralada por el acecho erótico-afectivo del sujeto, su pariente, que estando a su lado, bajo un mismo techo, no le deja más alternativa que ceder, cual si estuviera acorralada en una esquina bajo la amenaza de un puñal.

Tanta violencia implica una situación como la otra. Cuando se analiza el comportamiento criminal abusivo de un padre con su propia hija de sangre o por nexos legales, a quien generalmente ha criado como suya, desde muy pequeña. La madre, si está presente, observa y calla, encubre hasta los embarazos frustrados por las maniobras abortivas que ella misma practica, o los deja prosperar bajo la excusa que la chica incurrió en un error en la calle con un desconocido.

Es ese embarazo, el que da la voz de alerta¹⁷ a los/las maestros/as, cuando la víctima está en edad adolescente muy temprana; a las trabajadoras sociales de los centros de salud de la periferia de la ciudad, que hacen sus rutinas de exploración del delito y de prevención en los barrios, de casa en casa, y en las escuelas; y también a los médicos en el servicio de ginecología cuando indagan los antecedentes de su condición y la historia referida resulta sospechosa.

No es posible admitir, en conclusión, como se colige de las reflexiones expuestas, la tesis de un consentimiento expreso o tácito, y superada la tipificación del delito de incesto, procede apreciar las circunstancias de cada caso, para tener la conducta como una violación agravada.

¹⁶ Grossman-Mesterman. Maltrato al menor. El lado oculto de la escena familiar. Primera edición. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1992, p. 32.

¹⁷ Ob. cit., p. 32.

2.3.2 Relación sexual consentida con persona mayor de 14 años de edad y menor de 18 años (artículo 176 del Código Penal).

Con la tipificación de esta conducta se recrimina penalmente, con una sanción que oscila entre los 2 y los 4 años de prisión, a quien: *“valiéndose de una condición de ventaja, logre acceso sexual con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, aunque medie consentimiento”*.

Con esta nueva regulación se supera la figura del estupro que exigía en la víctima una condición de doncellez (no haber sostenido una relación sexual de forma natural previamente), y que por lo tanto, hacía de difícil aplicación esta figura a los varones que estuviesen ubicados en la condición cronológica que señalaba el tipo penal.

Como consecuencia de lo anterior, podrán ser víctimas del delito tanto varones como mujeres que se ubiquen en el rango de edad entre 14 y 18 años, y no constituirá remedio para la conducta el matrimonio que pudieran realizar víctima y victimario, como sucedía otrora, con toda la problemática que implicaba que una chica, la única víctima posible de este delito, aún muy joven e inmadura asumiera toda la responsabilidad que implica la vida en pareja y muy probablemente con limitadas posibilidades de continuar sus estudios.

Los estragos que ello ocasionaba a la vida de la víctima, como en otras formas delictivas, permanecían sobre sus hombros de forma indeleble, con anuencia de la ley. Además, el matrimonio de la víctima y victimario, podría significar sancionar a la víctima de por vida, a vivir con su agresor, a sufrir conductas vejatorias y violentas contra su persona mientras dure la unión.

Ahora bien, las nuevas disposiciones hacen referencia a dos elementos concretos, el consentimiento, puesto que el derecho penal no acepta que la persona mayor de 14 años y menor de 18 años, tenga edad y madurez suficiente para consentir válidamente respecto de su sexualidad; y la condición de ventaja, entendida ésta como una situación de superioridad en la que se encuentra el victimario, producto de su edad (por ejemplo, más de 5 años de diferencia respecto de la víctima), profesión a la que se dedica (artista, deportista o médico de la víctima, verbigracia), posición especial en la comunidad (líder de grupos juveniles), entre otras, lo cual lo coloca en una situación de privilegio o le hace ser admirado por quien resulta afectado o afectada por el delito.

En Argentina por ejemplo, esta condición de ventaja es conocida como relación de preeminencia, término que conforme al Diccionario de la Real Academia Española consiste en un “privilegio, exención, ventaja o preferencia que goza alguien respecto de otra persona por razón o mérito especial.”¹⁸

El tipo penal presenta agravantes concretas que implican el aumento de la pena desde un tercio hasta la mitad del máximo previsto por el delito base (puede llegar a ser sancionado hasta con 6 años de prisión):

- La primera se refiere a un sujeto activo calificado (pariente, ministro de culto, educador o quien tenga la guarda y crianza, a cualquier título y aunque sea temporal).

¹⁸ Diccionario de la Real Academia Española. www.rae.es

- La segunda se relaciona con el resultado embarazo (haciendo a la vez que se trate de un sujeto pasivo calificado) o contagio de enfermedad de transmisión sexual.
- La tercera conforma un tipo penal de resultado al requerir que producto de la comisión del delito la víctima abandone sus estudios.
- La cuarta incorpora elementos descriptivos (engaño y promesa de matrimonio), porque pueden constituir herramientas que utilice el sujeto activo del delito para lograr la persuasión de la víctima y provocar que ésta le dé su consentimiento, producto de su propia inmadurez o inexperiencia.

El último párrafo de la disposición establece una excusa absolutoria, es decir, un instituto de naturaleza penal que genera ausencia de punibilidad por razones de política criminal, que para este caso, requiere una relación de pareja permanente y comprobada, y que la diferencia de edad no supere los cinco años. Sobre el particular la casuística que se había presentado a nivel nacional respecto de casos de “estupro” y que cuando no se podía acreditar o no existía previo a la relación sexual por la cual se perseguía el delito, la condición de doncellez, se calificaban como “corrupción de menores de edad”, demostraba la existencia de parejas de novios en los cuales la diferencia de edad era mínima, esto es, por ejemplo, el chico podía tener 18 o 19 años de edad y la chica 15, 16 o 17 años, pero producto del descubrimiento de la relación sexual por los padres de alguno (usualmente la chica) o el estado de embarazo en el que ésta quedaba, se iniciaba un proceso y se imponía una sanción, aun cuando esa relación de noviazgo podía haber iniciado desde que ambos tenían condición de personas menores de edad.

Ahora bien, surgen dificultades al momento de interpretar aquello a lo que se refiere el tipo penal al aludir a una relación de pareja permanente, pues a esa corta edad se torna complicado cumplir con las exigencias de estabilidad que requiere un matrimonio de hecho, quedando la posibilidad de atender las relaciones de noviazgo que puedan ser comprobadas, lo cual admite un amplio análisis.

Respecto de las pretendidas relaciones de noviazgo rodeadas de condiciones de ventaja y que dan ocasión para la comisión de delitos sexuales, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 16 de mayo de 2008, señaló que: *“En este orden de ideas, si bien la señora ... acepta haber otorgado su permiso para que su hija fuera visitada por el señor ... en su casa e incluso para que salieran juntos en ocasiones, es muy clara al indicar que dichas visitas se producían en el marco de un trabajo estudiantil a realizar por las buenas calificaciones de la ofendida, así como que las salidas fueron permitidas como resultado de la amistad que había emergido entre alumna y profesor y no por razones de noviazgo. Además también fue enfática al indicar que varias ocasiones realizó llamados de atención a ... a fin que no molestara sexualmente a la joven y que incluso cuestionó a su hija respecto de dicha relación, la cual fue negada por ésta.*

La segunda, que aun habiendo existido un consentimiento de la madre de la ofendida para la relación, el otorgamiento de este consentimiento no varía la situación del procesado, a quien cabría igualmente responsabilidad penal por el delito que nos ocupa pues como bien señala la Procuraduría General de la Nación en Vista N°69 de 18 de octubre de 2007, en el presente caso "...se tutela precisamente su falta de madurez para disponer de su libertad sexual, la que no puede ser vulnerada ni siquiera por quien ejerce la patria potestad de la misma".

2.3.3 Actos libidinosos (artículo 177 del Código Penal)

Este injusto penal tipifica como delito el comportamiento de quien *“sin la finalidad de lograr acceso sexual, ejecute actos libidinosos no consentidos en perjuicio de otra persona.”*

Se prevén como agravantes el hecho que mediara violencia o intimidación, si el hecho fuera cometido por un pariente cercano, ministro de culto, educador, tutor o persona que estuviera a cargo de la víctima, por cualquier título, de su guarda, crianza o cuidado temporal y que cuando, aun mediando consentimiento, la víctima no hubiera cumplido catorce años o sea incapaz de resistir el acto.

La conducta que describe el tipo penal, introduce la figura de la falta de consentimiento del sujeto pasivo, es decir, de la víctima, por lo que cuando este exista y se trate de persona mayor de catorce años, la conducta será atípica.

Según Suárez Rodríguez, en su libro “El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación”, el delito ofrece tres modalidades básicas de ejecución, a saber:

- “1. El agente frota sus zonas erógenas sobre un área no especialmente erógena del cuerpo de la víctima (por ejemplo frota su pene contra la espalda de una mujer).*
- 2. El agente frota una parte no especialmente erógena de su anatomía con una zona erógena de la víctima (por ejemplo, hacer rozar su rodilla contra la vagina de la mujer).*
- 3. La fricción se produce entre las zonas erógenas de ambos (por ejemplo, frotamiento de la vagina entre dos mujeres).”¹⁹*

Por su parte, el doctor Barrera Domínguez, procesalista colombiano, cita al maestro Giuseppe Maggiore en el abordaje de este delito, quien estima que lo constituye: *“El acto lujurioso que tienda a desahogar un apetito desordenado de la lujuria, excluido el coito. Por lo tanto, quedan incluidos los tocamientos y manoseos lascivos, los frotamientos, el hacer cosquillas en los genitales, la masturbación, el cunnilingus, el coito inter femoral y la immsio penis in os...”*, a los que agrega el autor en referencia *“el contacto –sin intromisión viril– de los órganos sexuales...”²⁰*

Las víctimas de estos delitos suelen ser niños y niñas, entre 3 y 9 años, usualmente la comunicación del delito proviene del padre, la madre, un pariente, o un/a maestro/a, que acuden con la criatura al Centro de Salud, a Urgencias del Hospital del Niño o al Hospital Pediátrico de la Caja de Seguro Social, pues está presentando irritación en los genitales, enrojecimiento, secreciones, excoriaciones y hasta laceraciones, en el área genital, vaginal y/o anal. Allí, el personal médico que lo atiende debe, por disposición de la Ley 27 de 1995, llenar lo que se conoce como el “Formulario de Sospecha de Violencia Intrafamiliar y Maltrato al Menor”, entendiéndose niño, niña o adolescente, que concierne igualmente a la sospecha de abuso sexual.

¹⁹ Suárez Rodríguez, Carlos. El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación. Primera edición. España: Arazandi Editorial, 1995, p. 99.

²⁰ Maggiore, Giuseppe, citado por Humberto Barrera Domínguez. Delitos sexuales. Derecho comparado. Doctrina y jurisprudencia. Tercera edición. Colombia: Ediciones Librería del Profesional, 1995, p. 103.

El/la usuario/a del sistema de salud pública busca solución inmediata al mal que padece la víctima, que está revelando que “algo” no anda bien en casa o donde “se le está cuidando”, con “alguien”, pero se cree que hasta allí queda el asunto. La decisión de internar a la víctima, de hacerle examinar e interrogar por otros médicos, les alarma; advirtiéndoles que se le están pidiendo datos, que se anotan en una hoja, para que eventualmente intervengan las autoridades judiciales. Se anuncia en algunos casos, los más grotescos, que un proceso de protección causará de inmediato, la pérdida de la custodia. Es este escenario el que no debe suscitarse, pues si la información recogida no es verificada en el momento, confrontada, difícilmente se puede adelantar con efectividad la investigación contra el presunto autor, así como contribuir al rescate de la pequeña víctima; si es que no ha sido, ya para esas fechas, puesta bajo custodia de algún otro pariente, lejos del victimario.

La evaluación interdisciplinaria de los/las niños/as víctimas de estos delitos, consideramos es necesaria. Personal de trabajo social, psicología y psiquiatría forense les examina, confeccionan su respectivo informe pericial y registran la historia de cargo, o lo que es lo mismo, el señalamiento que demanda la ley para que el sumario adelante, justificando la sindicación, salvo casos excepcionales en que el/la chico/a no hable lo que ha sucedido, pero su cuerpo sí, al tiempo que puede el/la investigador/a interrogar a quienes presenciaron la ocurrencia de la fechoría. El lenguaje corporal y la espontaneidad en la exposición de ideas se anotan, también se les presenta un diagrama con la figura de un niño o niña, según sea el caso, para que allí marquen con un color dónde fueron tocados. Algunas veces, el grado de afectación sicoemocional es tan agudo que no pueden sostener el crayón, pero han conseguido contar lo que pasó y quién lo hizo.

Agregamos a las reflexiones expuestas, que la retractación de los/as niños y niñas agraviados/as en estos delitos no es inusual pero, como toda manifestación en contrario a una inicial, recogida no por uno, sino por varios especialistas idóneos para conducir la entrevista de evaluación de un caso contra la libertad e integridad sexual de estos/as niños/as, el empleo de los ordenadores de la sana crítica marcará el paso a seguir, si concederle crédito o no. La experiencia en el procesamiento de estos delitos revela que, al transcurrir el tiempo, principalmente cuando el victimario es un pariente muy cercano al afectado/a, la presión de la familia, de la madre, abuelos, es grande para liberar al victimario de la cárcel, y así recuperar el apoyo económico, su respaldo, si hasta el momento en que fuera detenido él era la única fuente de sustento.

Los antecedentes de conflicto en la pareja, que al conocerse del delito, están enfrentados en un proceso judicial por la custodia de los/as niños/as o discutiendo una pensión alimenticia, es indispensable sean examinados con detenimiento antes de apresurar un juicio sobre la credibilidad que reclama el dicho de inculpación de la víctima. La mecánica en el abordaje a este niño, niña o adolescente no varía. Igual han de intervenir los/las especialistas que capacitados/as para entrevistar a la supuesta víctima rinden un peritaje, que eventualmente servirá para desechar cualquier duda sobre la veracidad de la acusación, o para sostener aquella, de forma que no sea posible perseguir criminalmente a nadie por causa de un delito que no se tiene certeza legal suficiente ha ocurrido.

2.3.4 Hostigamiento sexual (artículo 178 del Código Penal)

De acuerdo con el artículo 178 podemos señalar que este delito consiste en el “*el hostigamiento*” que adelanta una persona, hombre o mujer, contra otra, de cualquier sexo por motivaciones sexuales (tipo base) y abuso de su posición (agravante).

Edgardo Donna nos dice que se suele tener por acoso sexual: “*Aquellas formas de presión sexual que se dan en determinados ámbitos, en los que se desarrollan relaciones de preeminencia implícitas (trabajo, colegio, universidad, etc.), y que genera, como consecuencia, que el sujeto pasivo se vea compelido a tolerar las presiones, para permanecer o progresar en dichos ámbitos. El sujeto activo coacciona a la víctima a que se someta sexualmente, abusando de la autoridad que le confiere su función*”.²¹

Conforme a la configuración del tipo penal, esta conducta puede darse a nivel horizontal, es decir, entre compañeros/as de trabajo, pero influenciado por una situación de poder (uno que tenga más antigüedad que otro en su puesto o tenga mejores relaciones con sus superiores jerárquicos), de forma tal que la víctima, aun cuando puede ejercer el mismo cargo, siente algún nivel de sometimiento. De igual forma, se considerará hostigamiento cuando hay posición de verticalidad o dependencia, evento en el cual la conducta se agrava.

En este caso, el victimario o sujeto activo del delito, requiere de una cualidad especial, que es encontrarse en un plano superior respecto de la víctima o sujeto pasivo, sea laboral, académico o análogo (agravante), posición que se traduce para él o ella, en ventaja criminal. De negarse al acoso, la víctima registrará en su expediente laboral, escolar, múltiples memorandos disciplinarios; suspensiones sin derecho a sueldo; reprobaciones académicas o calificaciones inferiores a las merecidas; extravío inexplicable de notas; etc.

Un análisis del verbo rector “*hostigar*”, demanda consultar su significado según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.²² La fuente registra que el término denota “*molestar a alguien*” o “*burlarse de él, insistentemente*”; también, “*incitarle con insistencia para que haga algo*”. Por lo tanto, debe ser una conducta reiterada.

2.3.5 Corrupción de personas menores de edad (artículo 179 del Código Penal)

La protección en esta clase de delitos va dirigida de forma especial a los niños, niñas y adolescentes, en esencia, personas que no han alcanzado la mayoría de edad, a quienes se les corrompe o se promueve su corrupción, facilitando que participe o presencie comportamientos de naturaleza sexual que afecten su desarrollo sicossexual.

Se trata por lo tanto de una descripción en la que se ha superado la alusión a actos impúdicos y además, en el cual resulta de relevancia procurar la comprobación de la referida afectación mediante dictamen psicológico (con las dificultades que ello conlleva), para que se entienda configurado el delito.

²¹ Donna, Edgardo Alberto. Ob. cit., p. 32.

²² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Tomo II. Edición 2001. p. 1233.

Hacemos referencia a dificultades porque conforme al criterio de algunos/as expertos/as en el ramo la afectación del desarrollo sicosexual no se puede confirmar inmediatamente se ha cometido el delito, sino cuando el niño, niña o adolescente llega a ser adulto/a. No obstante, lo anterior, mediante sentencia de 24 de septiembre de 2009, el Tribunal Superior del Cuarto Distrito Judicial, en virtud de apelación interpuesta por la Fiscalía Segunda de Herrera, se pronunció en el siguiente sentido:

"Dentro de la investigación penal que nos ocupa, la menor ofendida describe los actos sexuales que el señor JMM, realizaba sobre su cuerpo y partes íntimas, desde tocamientos hasta sexo oral, así como también refiere haberle obsequiado material pornográfico, induciéndola a participar en este tipo de comportamientos sexuales, circunstancias éstas que nos permiten encuadrar su conducta dentro de la prevista por el artículo 176 (ahora 179) del Código penal vigente, y que escapan del ámbito de aplicación de la conducta recogida en el artículo 184 de dicho cuerpo punitivo, de conformidad a lo establecido en los artículos 14 y 17 del Código penal, y el artículo 14 del Código Civil".....(sic).

En cuanto a las evaluaciones psicológicas practicadas a la menor ofendida, considera el censor que el juzgador primario no tomó en cuenta su desviada conducta sexual, en especial su tendencia sexualmente precoz y su relato poco veraz, así como también arguye que los peritos no determinaron su afectación sicosexual. Se le explica al recurrente que el delito de Corrupción de menores, tipificado en el artículo 176 del Código penal vigente, no exige como requisito, la inexperiencia sexual de la víctima previa al delito, es decir, la comprobación de experiencia sexual en la víctima, no exonera de responsabilidad penal al autor de la conducta descrita en la norma; recordemos que el bien jurídico tutelado en este tipo de delitos es la integridad y libertad sexual del menor de edad, y lo que se sanciona es la conducta del agente de aprovecharse de su grado de inmadurez, lo que los hace fácilmente manipulables, sobre todo, en cuanto al tema de la sexualidad.

En cuanto a la afectación del desarrollo sicosexual de la menor aun cuando la psicóloga no lo haya plasmado explícitamente en su informe, ésta finaliza recomendando seguimiento por salud mental. Considera esta Superioridad, que por la naturaleza del delito y dadas las circunstancias que rodearon el caso que nos ocupa, a todas luces se evidencia una afectación en el desarrollo sicosexual de la menor ofendida, lo que haya determinado o no una prueba pericial como la evaluación psicológica.

.... Por lo antes expuesto, el tribunal Superior del Cuarto Distrito Judicial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia apelada."

En la doctrina señala Sebastián Soler que "la acción de corromper tiene un sentido esencialmente psicológico y moral, de manera que se dice corruptora la acción que deja una huella profunda en psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad. La acción corruptora –añade- deja una huella psíquica de carácter deformante o perverso, turba en definitiva, aquel desarrollo que la Ley tutela en su aspecto de salud sexual."²³

²³ Guerra de Villaláz, Aura Emérita. Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Chen, Panamá, 2010. p.118.

Este delito presenta agravantes por razón de la edad (14 años de edad o menos), por la condición de vulnerabilidad en que se encuentre la víctima, siempre que esta impida o inhiba su voluntad y entre otras circunstancias incluye el hecho que la víctima resulte embarazada lo que da lugar a considerar que el delito puede conllevar el acceso carnal.

En estos casos si quien realiza la conducta es pariente, tutor o curador de la víctima, como pena accesoria, cuya imposición resulta obligatoria, perderá el derecho a la patria potestad, la tutela o la custodia, según corresponda.

El doctor Barrera Domínguez cita en su obra *“Delitos sexuales”* un fallo del Tribunal Supremo de Justicia de su país, que aunque data del 4 de octubre de 1949, nos permitimos reproducir en lo medular, por la vigencia que mantiene en la formulación conceptual de este delito. Según el autor, es de la esencia de la corrupción, *“...la enseñanza inoportuna o extemporánea y maliciosa de los hechos de la vida sexual, lo que puede llevar a prácticas viciosas o a producir inquietudes que, de todos modos, perturben el normal desarrollo de la personalidad”*.²⁴

2.3.5.1 Modalidades del delito

Los actos de perversión de la sexualidad del sujeto activo sobre el pasivo, que practica con él o ella, o le conmina a experimentar o presenciar, son característicos de la corrupción de niños, niñas y adolescentes y no infrecuentes en las investigaciones que se adelantan en el Ministerio Público.

- Suele aparecer en la historia de cargo de la víctima que, el victimario la hizo ver películas pornográficas antes del coito pretendido, con uno o varios adultos, o puso a su alcance material de esta índole, impreso o vía internet.
- En adición a lo anterior, la experiencia del ayuntamiento carnal, acompañada o no de la práctica del coito contra natura, comprobado por el médico forense, también es tenida por corrupción, como la inducción al consumo de drogas en medio de estos encuentros, considerando incontrovertible el daño a la salud integral de la víctima.
- La inesperada visión de los genitales del adulto varón, deliberadamente expuestos al desnudo para este propósito, ante el niño, niña o adolescente, conducta que particulariza al llamado *“flasher”*, es delito de corrupción. Debe probarse, como indispensable, el dolo en esa actuación.
- La cópula entre adultos, custodios de la criatura y desarrollada frente al niño, niña o adolescente, sea o no su hijo, sin el cuidado de la reserva de privacidad que aconseja el sentido común, es delito de corrupción, en nuestra opinión, porque es una experiencia completamente innecesaria, al tiempo además de perversa desde el ángulo en que se la mire. Los pequeños ven, aprenden, imitan, con iguales o mayores, que tienden a aprovecharse de la precocidad sexual que está mostrando sin prejuicios ni reserva ninguna, la víctima en estos casos. Así llega contagiada de enfermedades de transmisión sexual a los cuartos de urgencia de los hospitales, explicando lo que ha sucedido, pero de paso, revelando lo que ha estado viendo en casa, con sus custodios/as, o con alguno de sus progenitores y sus diversas

²⁴ Barrera Domínguez, Humberto. Ob. cit., p. 166.

parejas. A veces, el delito lo cometen los hermanos mayores con los más pequeños, por la urgencia de desahogar su sexualidad mal entendida, desprovistos de la orientación de lugar en sus escuelas, desde muy niños.

- En el supuesto bajo análisis, con anterioridad se consideraba configurado además el delito de maltrato al niño, niña y adolescente no obstante, bajo la nueva legislación estamos ante un delito de naturaleza sexual.
- Corrupción de la víctima por la mujer adulta, sea que se trate de un chico o una chica. En ambos supuestos, la situación procesal es controvertida. Culturalmente, en Panamá es aceptado que el varón, sobre los 13 años, sea iniciado en la vida sexual, llevado a una casa de ocasión, según los recursos del promotor, sea el padre, un tío o su padrino. No ocurre igual con las adolescentes, que todavía están comprometidas con el rol de un sitio en el hogar, hasta alcanzar la mayoría de edad. Su sexualidad no es, pues, un tema de prioridad antes de ese momento, que se espera de su primer paso formal fuera de casa, al matricularse en la universidad.
- La discusión se agudiza si el chico, con 14 años cumplidos, sostiene coito con la mujer adulta, pues ya no cabe la acusación por el cargo de violación estatutaria o impropia que contempla el numeral 1, artículo 175 del Código Penal, y se pretende descartar sea posible hablar de corrupción de menores.
- Otro supuesto complejo a resolver procesalmente, ocurre cuando ha sido un pariente el que por precio a la mujer sindicada, dio lugar a la ocurrencia del delito, porque él ha concurrido en este resultado, dolosamente y, por tanto, lo mismo ha de responder penalmente en el proceso. No obstante, este tipo de conductas en la mayoría de los casos resulta sumamente difícil de probar.

2.3.6 Explotación sexual

Diversas noticias en el mundo han informado sobre la situación de niños, niñas y adolescentes sometidos a la explotación sexual, entendida esta como la figura mediante la cual *“se usa el cuerpo de un niño, niña o adolescente para sacar ventaja o provecho de carácter sexual, basándose en una relación de poder.”*²⁵ De igual forma puede verificarse esta conducta en perjuicio de personas adultas.

Cuando se trata de una conducta con enfoque comercial, *“supone la utilización de las personas menores de 18 años de edad para relaciones sexuales remuneradas, pornografía infantil y adolescente, utilización de niños, niñas y adolescentes en espectáculos sexuales, donde exista además un intercambio económico o pago de otra índole para la persona menor de edad o para un tercero intermediario.”*²⁶ En tanto, las personas mayores de 18 de años son afectadas por conductas como el proxenetismo, rufianismo, la trata sexual, entre otras.

El pasado 23 de septiembre de 2011, al celebrarse el día internacional contra la Explotación Sexual Comercial, se dejó planteado que esta *“constituye una problemática que no tiene fronteras, en Panamá no escapamos de esta realidad; según las estadísticas la Dirección de Investigación Judicial (DIJ) ha manejado 50 casos relacionados a este delito de los cuales 17 fueron por relaciones sexuales remuneradas, 15 por pornografía infantil, 11 por trata*

²⁵ <http://www.unicef.org/lac/1.conceptosbasicos.pdf> Adaptado de la Declaración del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, Estocolmo, Suecia, junio de 1996.

²⁶ Ibid.

sexual y 7 por proxenetismo. Situación que se repite en todas partes del mundo, donde nuestros Niños, Niñas y Adolescentes sufren las peores consecuencias de abusos inimaginables, como lo son: la incitación o la coacción para que se dediquen a cualquier actividad sexual ilegal, la explotación en espectáculos o materiales pornográficos, la trata, venta y utilización de los mismos para fines sexuales. Injusticias que son causantes que nuestros niños padezcan daños psicológicos que muchas veces son irreversibles.”²⁷

Las formas tradicionales del delito de corrupción de niños, niñas y adolescentes, proxenetismo y rufianismo, han sido objeto de varias modificaciones tratando de mejorar la configuración legal que comparten la constante del lucro como elemento de la esencia del tipo, provecho económico que pretende percibir o percibe el autor, con el ultraje sexual al niño, niña y adolescente o al adulto que está siendo explotado, sea que esta actividad esté organizada o no.

Pasemos a revisar, a continuación, esta valiosa iniciativa del legislador, promovida interinstitucionalmente con marcado interés de los representantes del Órgano Ejecutivo, Judicial y otros organismos no gubernamentales como agentes representativos de la OIT-IPEC, UNICEF, Naciones Unidas y otros en nuestro país, que nos coloca junto al hermano país de Costa Rica, en el área de Centroamérica, a la vanguardia en la lucha contra la explotación sexual de la niñez y adolescencia en el área.

2.3.6.1 Proxenetismo (artículo 180 del Código Penal)

Es el delito que comete: *“Quien con ánimo de lucro facilite, instigue, reclute u organice de cualquier forma la explotación sexual de personas de uno u otro sexo”,* agravado en el segundo párrafo de la norma, por la minoría de edad de la víctima; su condición de persona con discapacidad; situación de vulnerabilidad que le impida o inhiba su voluntad; ejecutado mediando engaño, fuerza, fraude, abuso de autoridad, de confianza, violencia o cualquier otro medio de intimidación o coerción contra la víctima; la calidad de parentesco o nexos entre ésta y el victimario; que el autor sea reincidente, delincuente habitual o profesional; haya contagio de enfermedad de transmisión sexual a la víctima, o resulte embarazada.

Se trata en consecuencia, de la conducta que realiza el proxeneta de facilitar: *“hacer posible o contribuir a salvar obstáculos que impiden que la actividad de explotación sexual se realice”;* instigar: *“incitar o inducir a alguien (víctima) para que se someta a la explotación sexual o al cliente explotador para que acceda a relaciones sexuales por el pago de dinero”;* reclutar: *“reunir gente, usualmente mujeres para dedicarlas a la prostitución”;* u organizar: *“coordinar quiénes y de qué forma se brindarán los servicios sexuales”.*

El delito contiene un aspecto subjetivo importante, que implica que se utiliza a otros seres humanos para someterlos a actividades sexuales y obtener beneficio por ello.

²⁷ Federación Iberoamericana del Ombusman. Panamá: Reflexionar sobre la Explotación Sexual Comercial <http://www.portalfio.org/inicio/noticias/item/7356-panam%C3%A1-reflexionar-sobre-la-explotaci%C3%B3n-sexual-comercial.html>

2.3.6.2 Rufianismo (artículo 182 del Código Penal)

Tipificado en el artículo 182 del Código Penal que penaliza la conducta de: *“quien mediante amenaza o violencia se haga mantener, aunque sea parcialmente, por una persona sometida a servidumbre sexual será sancionado con prisión de tres a cinco o años.”*

Se establece como elemento descriptivo y necesario para la configuración del delito la amenaza (equivale a intimidación) o violencia que se ejerce sobre la víctima para que proceda a brindar manutención al rufián, es decir, aquel que sujeta a explotación sexual a *“una víctima”* para su manutención, para su provecho personal; ella o él, es para el autor de este delito, una fuente de ingresos.

Ya no se hace alusión en esta disposición a la prostitución, sino a la servidumbre sexual, debido a que la persona se encuentra sometida, obligada y disminuida, limitada en el ejercicio de sus derechos como ser humano y es tratada como un objeto, como propiedad del sujeto activo del delito.

Si bien el tipo penal es amplio y no se contemplan agravantes, estas situaciones de vulnerabilidad que establecía la norma anterior, se encuentran tipificadas dentro del delito de trata interna de personas con fines de explotación sexual comercial.

Cuando la víctima es un niño, niña o adolescente, entonces aplica la conducta que a continuación se explica.

2.3.6.3 Producción, comercio, publicidad, difusión de pornografía de personas menores de edad por medios de comunicación masivos, como el Internet; (artículo 184)

La conducta reprochada es aquella de quien, por cualquier medio, sujete a un niño, niña o adolescente a la realización de actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o a la exposición de sus partes genitales, o la represente, con fines primordialmente sexuales, de excitación de su libido y no para provocar igual respuesta en la víctima.

Los verbos rectores, en el tipo penal, castigan la *“fabricación, elaboración, producción”*, de este material pornográfico; que *“se ofrezca, comercie, exhiba, publique, publicite, difunda, o distribuya”*, a través del ciberespacio, o cualquier otro vehículo de comunicación de masas, local o extra fronteras, y se extiende la protección de la víctima, niño, niña o adolescente, a su representación virtual; es decir, a su imagen creada tecnológicamente a la apetencia del autor, lo que permite superar el escollo en la investigación del delito, de traerla debidamente identificada al proceso penal, pues esto no sería físicamente posible.

Entendemos que tal disposición también reacciona ante el tratamiento que discrimina al niño o niña, en tiempo que se le tenía por *“una cosa”*, no como una *“persona”*, con derechos humanos tan válidos como los que no se discuten existen para el adulto que la victimiza.

La sabiduría de esta previsión legal es menester sea notada en este trabajo, en cuanto se está reconociendo con la penalización del comportamiento perverso, en medida razonablemente justa, que el daño a la salud moral, emocional, y sicosexual causado a la vida de la víctima de este delito (o a la persona menor de edad, si se trata de una imagen creada en el mundo virtual), se diluye en el espacio y el tiempo, vía Internet, una revista, un libro, un periódico clandestino entre pedófilos. ¿Por qué?, pues porque esa representación es difícil, sino imposible de rescatar, al punto que las autoridades podamos impedir se continúe comerciando o difundiendo, ya que ignoramos a cuántos clientes en el mundo llegó, a pesar de que se hubiera conseguido identificar a algunos de los que se conectaron al sitio o página, donde se la expuso, tal vez, como parte de un catálogo, por sus números de tarjeta de crédito o IP de sus computadores.

El tipo penal ahora agrava la conducta cuando el autor forme parte de una organización criminal, nacional o internacional pues por razones obvias, no solo la asociación ilícita para cometer este delito es de por sí reprochable, sino que además el autor habrá tenido un respaldo logístico que le facilita la más amplia producción o distribución del material.

La misma agravante se aplica si la víctima es menor de 14 años de edad o si existía propósito lucrativo.

2.3.6.4 Posesión de material pornográfico con imágenes de personas menores de edad para uso personal (artículo 185).

Es una conducta que sanciona de forma autónoma la posesión de pornografía, ya sea impresa, digital o en cualquier otro formato, siempre que en la misma aparezcan imágenes reales o simuladas de niños, niñas o adolescentes y cuando haya sido adquirida voluntariamente por el agente, es decir, no se tendrá como conducta típica aquella situación en la que el sujeto ha tenido acceso a las imágenes por error.

El internet, el ciberespacio es la principal fuente de información de esta naturaleza y por ello, resulta difícil individualizar a los sujetos que acceden a tales imágenes, ya sea porque se conectan a la red mediante IP variables o porque utilizan sitios públicos como los denominados café internet o ciber cafés en los que no se lleva control acerca de qué persona hizo uso de cada computadora. No obstante, ya la República de Panamá ha tenido experiencias que demuestran que resulta posible investigar y sancionar a quienes se aprovechan de las imágenes de niños, niñas o adolescentes para satisfacer deseos sexuales retorcidos.

2.3.6.5 Relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad (artículo 186)

Es una conducta punible que regula el comercio sexual con niños, niñas o adolescentes y persigue sancionar al “cliente-explotador”, que no es más que “la persona que paga o promete pagar a un niño, niña, adolescente o a un tercero, para que esa persona menor de edad realice actos sexuales directamente con ella. Este acto lleva implícita la mercantilización y cosificación del cuerpo de una persona para la realización de una actividad sexual

a cambio de un valor económico. Por ello, se considera una actividad de aprovechamiento, utilización y explotación sexual en perjuicio de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.”²⁸

El tipo penal agrava la conducta si ésta se comete en perjuicio de una persona que no ha cumplido los 14 años de edad, por su mayor condición de vulnerabilidad.

Resulta usual que personas adultas se aprovechan de las carencias afectivas y materiales de niños, niñas y adolescentes con el propósito de satisfacer sus deseos sexuales, sin importarles la afectación que pueden causar en el normal desenvolvimiento como seres humanos de las víctimas de estos delitos.

2.3.6.6 Explotación sexual de personas menores de edad en espectáculos de exhibicionismo obsceno o de pornografía; inducción a personas menores de edad al sexo en línea vía Internet, al ofrecimiento de servicios sexuales o a simularlos, por este conducto, por teléfono o personalmente (artículos 187 y 188)

En las discotecas, bares y sitios de diversión públicos puede ocurrir un improvisado show o espectáculo del tipo que sanciona la disposición citada, por dinero, un viaje de fin de semana, una botella de licor, o tragos gratis “*toda la noche*”.

Lo mismo en época de carnavales, en nuestro país, tenemos constantes muestras de este delito en los PUBs, a través de la televisión y en la prensa. Los chicos y chicas son captados/as y sus imágenes difundidas sin ningún reparo ni respeto a la dignidad de sus personas. Adultos les incitan al despojo gradual de sus ropas, en medio de bailes que simulan el acto sexual, coreados por el público que excitado por lo que ve, más la ingesta de alcohol y quizás drogas, contribuyen a esta aberrante práctica de victimización pública de nuestra juventud.

Los promotores, productores del espectáculo, licorerías que lo avalen, dueños del local o negocio, responsables de la nota periodística, del reportaje, de la fotografía, son los autores materiales de este delito, y legitima la apertura de un sumario en el caso recreado, como la aplicación de la medida cautelar más severa, de detención preventiva, además del cierre del local y el comiso eventual de todos los bienes y ganancias que se demostraren producto de esta actividad ilícita, puesto que también el nuevo Código Penal permite, en su artículo 51, la aplicación de sanciones a las personas jurídicas usadas o creadas para cometer delito.

Para la detección de esta forma del delito de explotación sexual, cuando es cometido en el ciberespacio, se han capacitado cibernautas forenses, detectives e ingenieros en sistemas, y miembros de la Dirección de Investigación Judicial que están en posición de explorar con acierto los sitios de exposición de este material ilícito, sea locales o con difusión y comercialización a través de agentes con IP locales; lo mismo que actuar, cuando sea necesario, como agentes encubiertos, infiltrados en los sitios de chateo para cumplir su labor de investigación, a efectos de lograr la acreditación eficaz del crimen cibernético sexual.

²⁸Conceptos Básicos sobre Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes.
http://www.unicef.org/lac/1_conceptosbasicos.pdf

2.3.6.7 Exhibición del material pornográfico o autorización de acceso a personas menores de edad, incapaces o con discapacidad, a espectáculos pornográficos (artículo 188)

Si los protagonistas del espectáculo del que hablamos antes son mayores de edad, pero en la concurrencia se comprueba la presencia de niños, niñas o adolescentes, estamos entonces ante un delito distinto, también incluido en el Capítulo II, específicamente en el artículo 188.

Para debate quedará el examinar las alegaciones de la defensa en un caso en el que se excusen los sindicatos, asegurando que la entrada de las personas que como sujetos pasivos describe la norma en el lugar no fue autorizada, que los dejó ingresar el portero, el guardia de seguridad mediando pago en puerta que quedó en el bolsillo de estos empleados, o que lograron entrar por sus propios medios, burlando la seguridad en la puerta principal.

2.3.6.8 Promoción, organización y publicidad del turismo sexual de personas menores de edad y personas con discapacidad (artículo 190)

La redacción de este tipo penal ha generado polémica en el foro, pues pareciera pretende castigar como delito consumado, uno que ni siquiera llega a comprobarse.

No obstante, si examinamos con cuidado la norma queda claro que se está sancionando la sola *“promoción”, “la dirección y organización”, “la publicidad”, “la invitación”, “la facilitación o gestión del turismo local o internacional”,* por cualquier medio de comunicación individual o masivo, *“que implique el reclutamiento de una persona menor de edad, para su explotación sexual”,* aunque este reclutamiento no llegue a lograrse, ni el propósito (de la explotación sexual), a probarse. Es decir, que si en un panfleto de una agencia de viajes se promociona un sitio de atractivo turístico en el que se insinúa directa o indirectamente, que hace parte de ese atractivo, el personal que atiende en el hostel o casa de hospedaje, conformado por chicos/as adolescentes, *“sanos”, “divertidos”,* que también sirven de *“guías”* para los huéspedes, en *“sus tours de exploración”* por el lugar, podemos estar ante un delito de turismo sexual, aunque en verdad, nunca se hubiera *“reclutado”* a ninguno de esos jóvenes para el fin de tenerles a disposición de los clientes explotadores, en este caso, viajeros, que contrataran el paquete promocionado. Es en consecuencia, un anticipo en la tutela penal.

Sabemos de un caso ocurrido en Acapulco, México, hace algunos años. La publicidad del hospedaje se hizo por Internet, en una página que captaron los investigadores del FBI, y alertaron a las autoridades del país vecino para diseñar la operación en la que se consiguió detener a cinco de estos turistas sexuales. En el anuncio, se hablaba de un hotel que proporcionaba *“cama, desayuno y niño incluido”*.

Era, en verdad, gravemente elocuente la naturaleza criminal de la empresa promocionada. Las personas capturadas pagaron con sus tarjetas de crédito, y se trasladaron de EE.UU. a la ciudad de Acapulco, allí fueron detenidas. Luego, las víctimas cooperaron revelando lo que sucedía en el lugar.

La literatura especializada en el tema registra casos de operadores de turismo que trabajan en conexión con orfanatos para proveer al cliente explotador que está dispuesto a viajar para disfrutar de la compañía sexual de un niño, niña o adolescente, absolutamente vulnerable, indefenso, sin guardián adulto/a que garantice su protección efectiva y permanente.

Capolupo nos dice, en su obra *“Ladrones de inocencia”*, que el turismo sexual infantil organizado tiene el propósito primario de facilitar una relación sexual comercial con un niño y es una de las formas más serias de prostitución infantil. Atrae a pedófilos abusadores de niños de todos los países del planeta, que muchas veces eligen destinos vacacionales determinados porque saben que en esos lugares pueden tener acceso sexual con niños y niñas, en forma *“fácil, barata y segura”*, como por ejemplo en Tailandia y Filipinas.²⁹

En Panamá ya ha habido experiencia al respecto y aun cuando no se logró el juzgamiento del hecho puesto en conocimiento de las autoridades en perjuicio de menores de edad en Bocas del Toro, producto de la muerte de quien fue señalado como sujeto activo quedaron los registros del anuncio de menores de edad ofrecidos para fines sexuales.

2.3.6.9. Especial referencia a la trata de personas en su vertiente sexual (víctimas adultas, niños, niñas y adolescentes)

Con la reciente aprobación de la Ley 79 de 2011, el delito de trata sexual tanto cuando las víctimas son personas adultas como cuando son niños, niñas o adolescentes, sale del espacio destinado en el Código Penal a los delitos sexuales para ser considerado como un delito contra la humanidad (art. 456 – A), precisamente porque la trata de personas constituye una forma moderna de esclavitud y por ende, un ataque contra los derechos humanos.

A pesar de este cambio, nos parece importante ocuparnos del tema en la monografía, puesto que los hechos que se surtieron antes de la entrada en vigencia de esta ley (1 de enero de 2012) deben ser investigados a la luz de las normas sobre delitos sexuales.

Conforme al Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocida como Convención de Palermo, se entiende por *trata de personas* *“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”* (art. 3, apartado a).

²⁹ Capolupo, Enrique Rodolfo. *Ladrones de inocencia. Abuso, pedofilia, criminalidad de cuellos verdes*. Primera edición. Biblioteca de Derecho Penal, 2001, p. 168

En el Manual para parlamentarios respecto de la Lucha contra la Trata de Personas emitido por la Unión Interparlamentaria y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, se expresa que:

“En términos generales, la explotación puede asumir una de las tres formas siguientes:

- *La trata con fines de comercio sexual, que puede incluir la explotación de la prostitución de otros u otras formas de explotación sexual como la pornografía, los espectáculos de carácter sexual y el turismo sexual;*
- *La trata con fines sexuales no comerciales, que puede incluir el matrimonio precoz, el matrimonio forzoso o servil, el matrimonio arreglado, el matrimonio como indemnización, el matrimonio como transacción, el matrimonio temporal o el matrimonio para fines de procreación; o*
- *La trata con fines de explotación laboral, que puede incluir la servidumbre doméstica, el trabajo en fábricas en condiciones abyectas o trabajos agrícolas o de construcción, o el reclutamiento forzoso en las fuerzas armadas.*
- *Otras formas de explotación incluyen la extracción de órganos y el uso de la víctima de la trata en actividades delictivas o de mendicidad.*
- *Además, es importante destacar que los niños adoptados con los mismos fines también se consideran objeto de explotación.”*³⁰

Como se aprecia, la trata de personas tiene un alcance mucho más amplio y se refiere a otros aspectos adicionales a los sexuales, contemplado en el artículo 181 del Código Penal, derogado a partir del 1 de enero de 2012, pero que podrá ser aplicado dependiendo del momento de la comisión de la conducta, en vista de lo dispuesto por nuestro texto penal en lo que atañe a vigencia de la ley penal en el tiempo.

Bajo tal normativa se sancionará con prisión de cuatro a seis años a quien *“Quien facilite, promueva, reclute u organice de cualquier forma la entrada o salida del país o el desplazamiento dentro del territorio nacional de una persona de cualquier sexo para someterla a actividad sexual remunerada no autorizada o a servidumbre sexual.”*

Las agravantes que se añaden a estos tipos penales están contempladas en el párrafo segundo, establecido que la pena aumentara en la mitad cuando:

“1. La víctima sea mayor de catorce años y menor de dieciocho.

2. La víctima sea utilizada en actos de exhibicionismo, a través de medios fotográficos, filmadores o grabaciones obscenas.

3. El hecho sea ejecutado por medio de engaño, coacción, sustracción, o retención de documentos migratorios, o de identificación personal, o la contratación en condiciones de vulnerabilidad.

4. El hecho sea cometido por pariente cercano, tutor o quien tenga a su cargo la guarda, crianza, educación e instrucción de la víctima.

5. Alguna de las conductas anteriores se realice en presencia de terceras personas.

6. El agente se organice para ofrecer esos servicios como explotación sexual comercial.

Cuando la víctima sea una persona de catorce años de edad o menos, con discapacidad o incapaz de consentir, la pena será de diez a quince años de prisión.”

De esta manera se cubre el acto, el medio y la finalidad característicos de la trata sexual de personas.

³⁰ http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Handbook_for_Parliamentarians_Spanish.pdf

Un elemento importante es señalar que en este tipo de conducta penal se aplicará cuando se trate de una actividad sexual remunerada no autorizada.

Nótese además que si la víctima se reconoce como tal o no, es irrelevante para la reprensión de la conducta. El Estado se impone por sobre su conciencia o inconciencia del delito que se le está infringiendo, y que universalmente se estima violatorio de sus derechos humanos, del respeto a su dignidad e integridad personal.

La situación, por causa de la mejor tipificación del delito, se les ha complicado a los dueños de casas de ocasión, de masajes y similares, administradores, gerentes, etc., de manera que están buscando fórmulas diferentes para continuar en lo mismo. Ahora a las alternadoras, desprovistas de visas por las autoridades de migración (cuando extranjeras) y consecuentes controles sanitarios, se las llama “*anfitrionas*”, que deben ser nacionales, mayores de edad, por razones que huelga comentar.

Queda sujeto a discusión en el taller, si es delito el que una mujer, aun expresando conformidad con el servicio sexual que presta, y siendo mayor de edad, se mantenga trabajando en condiciones contrarias a las disposiciones de la ley laboral vigente en el territorio.

Con la nueva legislación esta conducta se sancionará más adecuadamente con una pena que oscila entre los 15 y los 20 años de prisión.

En cuanto a los niños, niñas y adolescentes, la conducta descrita en el artículo 183 del Código Penal consiste en promover, favorecer, facilitar o ejecutar la captación, el transporte, traslado, acogida o recepción de personas menores de edad, dentro o fuera del territorio nacional con fines de explotación sexual o para someterlos a servidumbre sexual, está sucediendo hace ya años, en el mundo, en países en guerra, como en Europa Oriental, en África, en Oriente, y aquí cerca, en América Central.

Lo que ocurre concretamente es que usualmente las niñas son raptadas en un país y llevadas a otro para entregarlos a explotadores sexuales en burdeles, lupanares y casas de masaje donde se las viola y usa sexualmente en las jornadas “de trabajo” nocturnas; mientras que durante el día, deben continuar sometidas al explotador, limpiando, atendiendo el lugar, sin paga ni comida. Muchas enferman de gravedad, quedan embarazadas, se las obliga a abortar, hasta que finalmente crecen y se “liberan”, para venderse por su cuenta en las calles, quedando siempre ligadas a algún proxeneta o rufián que continúa explotándolas sexualmente.

Un estudio de la OIT-IPEC consultado registra que las personas menores de edad sufren con especial severidad la explotación sexual comercial: se les obliga a aceptar gran número de clientes, casi nunca pueden negociar la práctica del sexo en condiciones de seguridad y a menudo reciben palizas u otros malos tratos. Debido al carácter ilegal y clandestino del delito, lo más habitual es que sus “protectores” les tengan encerrados y ocultos a

la mirada pública, privándoles no sólo de acceso a la educación y a servicios de salud, sino incluso a aire fresco y ejercicio...³¹

No siempre se burlan los controles migratorios para la consumación de este delito “sin papeles”. La prensa ha registrado casos en que de forma fraudulenta, los traficantes obtienen el estatus de padres adoptivos de la víctima, siempre para explotarla sexualmente como un producto, una cosa que tiene un valor precioso en este mercado de la “carne nueva”.

Es importante anotar en este trabajo que:

“A lo largo del recorrido desde la captación hasta la explotación pueden haber personas a las que cabe calificar de cómplices indirectos: taxistas y conductores de autobús, capitanes de embarcaciones, vigilantes de ferrocarriles, funcionarios de inmigración, guardias fronterizos, conserjes de hotel, o meros transeúntes que no intervienen cuando ven a un niño o una niña angustiado o desorientado en compañía de un adulto que se muestra indiferente. Se afirma, por ejemplo, que a lo largo de las rutas entre Nepal y la India es frecuente sobornar camioneros de extenso recorrido para que transporten a los niños y las niñas.

*Los traficantes pueden contar con auxiliares en la producción y suministro de documentos de identidad y títulos de transporte falsos, que hagan todavía más difícil seguir el rastro de la víctima y la dejen en una situación de migración ilegal, temerosa de ser descubierta y vulnerable a las amenazas y la coacción continuada”.*³²

El tráfico de víctimas se desarrolla igualmente dentro de las fronteras de un país, pues de un sitio a otro, se las lleva y explota sexualmente en sucursales distintas del mismo negocio.

Los estragos que este crimen causa en las personas atrapadas en la red de tráfico sexual son, como ya hemos visto, muy severos, generalmente dejan una secuela irrecuperable en su desarrollo integral. Como consecuencia de la experiencia del delito, la víctima abandona sus estudios; desarrolla adicciones al alcohol y otras drogas; se embaraza y luego, sufre abortos provocados que eventualmente pudieran causarle una irremediable condición de infertilidad; padece el contagio de enfermedades venéreas y letales como el SIDA; de depresión con ideaciones suicidas recurrentes que pudieran llevarle a la muerte; de diversas formas de maltrato físico por los clientes-explotadores con secuelas lamentables como la desfiguración del rostro o mutilaciones de dedos, mano, etc., en fin, de la desesperanza y pérdida de fe en la sociedad, que termina truncando sus posibilidades de recuperación como un ser individual único, merecedor de una calidad de vida mejor y más justa.

La pena que se podrá imponer por trata de personas en perjuicio de niñas, niños y adolescentes, será de 20 a 30 años de prisión.

2.4 Investigación y juzgamiento de los delitos sexuales conforme al Código Judicial

Panamá ha iniciado el tránsito de un sistema mixto a un sistema acusatorio, en el cual la oralidad, publicidad, inmediación y ejercicio del contradictorio son notas esenciales. Para ello, eligió una fórmula escalonada por

³¹ OIT-IPEC. Insoportable para el alma. El tráfico de niños y niñas y su erradicación. Primera edición. 2003, p. 19.

³² Ob. cit., p. 16.

Distrito Judicial a la que ya hemos hecho alusión previamente y al mismo tiempo adoptó disposiciones finales para afrontar la liquidación de causas y la tramitación de los procesos nuevos.

En ese sentido, se hace necesario aludir a los artículos 553 y 554 de la Ley 63 de 2008, a efectos de demostrar que el Código Judicial seguirá vigente aún por muchos años.

Esto lo decimos porque conforme al artículo 553, las disposiciones del Código Procesal Penal *“solo se aplicarán a los hechos cometidos desde su entrada en vigencia”*, lo que quiere decir que aquellos hechos ocurridos previo a su entrada en vigencia y que sean denunciados con posterioridad, deben ceñirse a las reglas del Código Judicial.

Para representar con mayor claridad este punto, imaginemos por un momento que un niño de 12 años, fue víctima, el 1 de septiembre de 2011 de un delito sexual en Coclé, provincia en la cual el nuevo Código entró a regir desde el 2 de septiembre de 2011. Los padres del niño no conocieron el hecho u ocultaron el hecho. Conforme a la ley, no es sino hasta que el niño cumple la mayoría de edad que empieza a correr la prescripción para sus efectos, por lo que alcanzada esa fecha, en el año 2017, él puede denunciar personalmente el hecho, pero aun cuando el sistema acusatorio para esa fecha estará instalado en todo el país, las normas indican que como el hecho del cual fue víctima ocurrió con anterioridad a la entrada en vigencia de ese cuerpo normativo, debe ser investigado y su agresor juzgado bajo las reglas del denominado sistema mixto.

A lo anterior se suma el contenido del artículo 554 del Código Procesal Penal, que señala *“los procesos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de este Código continuarán su trámite con arreglo a los preceptos legales vigentes al momento de su investigación.”* De allí que es clara la alusión al Código Judicial y a los requerimientos de su aplicación por un periodo de tiempo aun extenso.

2.4.1 Participación de la víctima en el proceso, formalidades

2.4.1.1 Formas de inicio del sumario:

2.4.1.1.1. De oficio:

El artículo 1956 del Código Judicial ha sido modificado conforme previsión contenida en la Ley 16 de 31 de marzo de 2004, de manera que en la actualidad todos los delitos contra la libertad e integridad sexual cometidos contra niños, niñas, y adolescentes y personas con discapacidad, se investigan de oficio, es decir, no requieren de la formalización de una querrela en un plazo fatal, para que el Estado intervenga, investigue, y persiga criminalmente a quien sea denunciado o se descubra es el autor del delito. Adicionalmente, tampoco será necesaria esa querrela para que un/a fiscal ordene la apertura del sumario en los casos de delito de trata sexual, generalmente cometido contra personas adultas. Con la ley 79 de 2011, se aclara que en todo caso que ocurran los delitos de trata de personas el procedimiento será de oficio e igual se procederá cuando las víctimas sean niños, niñas, adolescentes o personas con discapacidad (en este último caso es irrelevante que sea menor o mayor de edad).

Basta con el conocimiento de la presunta ocurrencia de uno de estos ilícitos para que el/la fiscal dicte auto cabeza de proceso e inicie la práctica de pruebas conforme lo establece la legislación en la materia.

2.4.1.1.2 Querella necesaria

Conforme al desarrollo del texto de procedimiento antes citado, sí será necesaria esa querella y debe presentarse en un plazo que no supere los seis (6) meses luego de ocurrido el delito sexual (distinto a la trata sexual y de personas) cuando éste sea cometido contra una persona adulta. Lo anterior significa que inclusive en los casos de violación y cuando el hecho delictivo se de en un lugar público, se requiere querella para dar inicio a la investigación.

2.4.1.1.3 Querella coadyuvante

Se formaliza a través de un abogado/a idóneo/a, quien debe ser facultado/a a estos efectos mediante el respectivo poder, por quien pruebe es víctima legítima, al tenor del artículo 2003 del Código Judicial.

Este poder suele presentarse al despacho del funcionario/a actuante en el proceso, acompañado con un escrito o libelo identificado con el nombre de querella, que está desprovista de las exigencias formales de la antigua acusación particular.

La situación imperante es que la víctima se hace representar en el proceso penal por un abogado/a, esto si califica para el patrocinio legal gratuito ante el Órgano Judicial, cuyo recurso humano profesional, en este sentido, es muy limitado, aunque pudiera también pagar la representación legal privada si sus posibilidades económicas lo permiten.

2.4.1.1.4 Requisitos del escrito de la querella

En esencia, debe contener señalamiento de la identidad del presunto autor/a, del delito o delitos que se le atribuye, y pedirse se investigue y que sea sancionado el/la culpable. Las palabras quedan al arbitrio de cada quien, no hay fórmulas preconcebidas para estos propósitos (cfr. artículo 2000 del Código Judicial).

Se acostumbra incluir en la comunicación del delito por la víctima, en el Centro de Recepción de Denuncias (CRD), en las Agencias Delegadas de Instrucción con sede en la Dirección de Investigación Judicial en los lugares donde no hay CRD o en las Fiscalías Especializadas a nivel nacional e inclusive en las Personerías Municipales que actúan por razón de la cercanía con la víctima del delito en base a la competencia genérica del Ministerio Público, siempre que la ley exige querella para iniciar la instrucción del sumario, iguales manifestaciones que las anotadas como requisitos del libelo en que se pretende actuar como parte en el proceso.

2.4.2. Sobre la prescripción:

El término para que opere la prescripción de la acción penal, en estos delitos, conforme al artículo 1968-E del Código Judicial, introducido por la Ley 27 de 2008, cuando la víctima sea menor de edad, comenzará a contarse desde la fecha en que la víctima cumpla la mayoría de edad, para lo cual hay que atender las reglas establecidas en el artículo 1968-B del mismo texto legal.

Sin ánimo de restarle méritos a esta iniciativa de cambio en la Ley para una más efectiva protección de las víctimas más vulnerables de estos delitos, es necesario advertir que una persona con discapacidad mental no llega a la adultez nunca, por su condición. En consecuencia, creemos se impone, por justicia promover reforma en el sentido que estas reglas de prescripción no se aplican a quien sufra cualquiera de estos ilícitos, siempre que se acredite pericialmente por especialista idóneo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses u otro debidamente probado en su experticia, está afectado de discapacidad mental que ubica su maduración intelectual por debajo de la edad de 18 años.

En adición a lo anterior, en el ámbito del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para los Adolescentes (RERPA), la prescripción tiene un límite de 5 años en los casos de violación sexual y de 3 años en el resto de los delitos de esta naturaleza, conforme al artículo 122 de la Ley 40 de 1999, con sus modificaciones y adiciones.

2.4.3. La prueba en la fase de instrucción sumarial

Conocida la ocurrencia de un delito sexual, en cualquiera de sus modalidades, es responsabilidad primaria del funcionario/ade instrucción, por disposición de Ley, “Comprobar la existencia del hecho punible, mediante la realización de todas las diligencias pertinentes y útiles para el descubrimiento de la verdad” (artículo 2031 del Código Judicial), así como realizar “Todas las investigaciones que conduzcan al esclarecimiento de la verdad sobre el hecho punible y la personalidad de su autor...” (artículo 2044 del Código Judicial). Tendrá pues que averiguar: “Con toda claridad y exactitud las cualidades o circunstancias que constituyan la clase de delito”, de que se trate (artículo 2045 del Código Judicial).

De ahí que se impone la consulta de lo normado en el artículo 2086 del Código de procedimiento penal, que prevé que en casos de delitos sexuales, se acreditará:

“a. Edad de la víctima.

b. Si hubo o no desfloración y el tiempo aproximado de la misma; si hay muestras de violencia física externa o interna.

c. Si hay síntomas de embarazo y el tiempo aproximado de la gestación.

d. Si hay evidencia de coitos recientes o múltiples.

e. En el caso de que proceda, indicar el estado del esfínter anal, si existe o no deformación del ano, si hay erosiones del orificio y desgarraduras de la mucosa rectal.

g. Todas aquellas circunstancias de naturaleza objetiva y científica que coadyuven al esclarecimiento de la verdad.”

En esta fase de instrucción, corresponde atender el marco de legalidad que impone el artículo 780, *ibidem*, que en suma admite como prueba jurídicamente válida: *“Cualquier medio racional que sirva a la formación de la convicción del juez, siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarias a la moral o al orden público”*, y en ese sentido, el Ministerio Público está llamado a realizar una investigación objetiva.

La revelación inicial de los hechos en la denuncia o comunicación del delito informal, ante otros receptores distintos al/la investigador/a de la Dirección de Investigación Judicial, demanda tan pronto sea posible satisfacer las exigencias básicas de la comprobación del delito que fuera, como el establecimiento del supuesto responsable. Poco después, la prueba recolectada será sometida a valoración de la Fiscalía Auxiliar de la República bajo la figura del Agente de Instrucción Delegado, para la decisión de lugar, si adelanta la formalización de la indagatoria, o de lo contrario, lo envía al trámite con el/la agente de instrucción competente.

Una vez radicado el negocio en un despacho de la especialidad, es labor indispensable del/la fiscal leer con detenimiento cada una de las piezas que conforman el expediente y examinar con particular rigor la historia de inculpación de la víctima, que ya para entonces, debería poder confrontarse en papel, con la evidencia de corroboración que ha contribuido a constituir, también con los descargos del sindicado, si lo hay, y si ha hablado ya en su defensa. En este punto, sucede la ideación de una hipótesis delictiva que puede o no variar según se adelante la investigación, por causa de las pruebas que se vayan agregando, a iniciativa de la fiscalía o por ejercicio del contradictorio a instancias de la defensa. El propósito es que esta hipótesis se convierta en teoría del caso.

¿Qué es la teoría del caso y en qué medida importa para el desarrollo de las distintas etapas del proceso penal? Lo es la recreación intelectual en el agente de instrucción de los hechos, sujeta esta operación racional a los ordenadores de la lógica, la razón y el sentido común, pues recibido el expediente, leído a profundidad, asoma indiscutiblemente una versión al menos como *“la más probable”*.

Sin embargo, demanda en un 100% de los casos de validación material, la cual corresponde primordialmente a la o el fiscal con la colaboración de su equipo de investigación.

Existen casos, cierto es, sencillos en la faena de la comprobación. Ejemplo clásico lo es el delito de relaciones sexuales consentidas con persona mayor de 14 años y menor de 18 años, particularmente en el caso de una adolescente enamorada de un joven adulto, que en el marco de esa relación experimenta un encuentro sexual, los padres lo descubren y presentan la denuncia ante el Ministerio Público. Ella declara sobre la ocurrencia del coito inicial, las circunstancias, lo identifica, manifiesta que lo ama y que él también. El médico forense detecta la desfloración de reciente, vieja data o himen dilatado. Los peritos, sicólogo y psiquiatra forenses, encuentran a esta víctima *“con síndrome de ansiedad y depresión, relacionados a la investigación del novio que podría quedar preso, y ella, repite que lo ama”*. En otros casos detectan la existencia de *“labilidad afectiva”*. Sindicado el amante, admite la culpa, colabora con la investigación indicando cómo ocurrieron los hechos, no quiere perjudicar a la adolescente, y el juez, vistas estas pruebas, aplicaba luego del llamamiento a juicio en un proceso abreviado, el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o el reemplazo de ésta, conforme al Código

Penal. No había mayores dificultades, ni fricciones de ninguno de los protagonistas por el Estado, tampoco de parte privada.

Las complicaciones surgen en causas más complejas, alrededor de la interpretación de las pruebas que se dicen del Ministerio Público, de la defensa, o del/la juez/a, las que se entienden contrarias a los intereses que representan cada uno *“por su lado”*.

El proceso penal se convierte, en estos casos, en un campo de batalla legal en donde las armas se alzan con banderas del mejor derecho, el que más crédito merece, el más digno, el más justo.

La apertura es vasta en este escenario para el ejercicio de los medios de impugnación, porque pretendemos desafortunadamente imponernos unos sobre los otros, so pretexto del dominio de “la verdad más probable”, de la teoría del caso más acertada. De paso, se pierde de vista que servimos a la administración de justicia, que somos servidores de la sociedad, que trabajamos para ella, que no hay en el proceso espacio ninguno para la gloria personal del funcionario que probó *“tenía la razón”*; pues, la razón está en las pruebas universalmente contempladas, valoradas, sometidas al escrutinio de la sana crítica, ellas son las que mandan sobre el fiscal, sobre la defensa, del lado de la ley que hace valer el/la juez o jueces/zas de decidirse el punto final en instancia extraordinaria.

Se colige de las consideraciones expuestas, que rechazamos que baste el tenor de lo normado en el artículo 2220 del Código Judicial, para que la fiscalía promueva el llamamiento a juicio de una persona, o que el/la juez/a así le conceda, sin mayor reparo en la credibilidad, coherencia, consistencia, verosimilitud del señalamiento de la víctima sea niño, niña, adolescente o una adulta, o sin el examen riguroso de los elementos de juicio aportados a efectos de probar el delito, ambos extremos fundamentales para que un agente del Ministerio Público serio, adelante la petición de que habla la disposición legal citada.

Repasemos entonces, en la visión de la fiscalía, cuáles son algunas de las pruebas que en la fase de instrucción resultan especialmente útiles para la acreditación de ciertos delitos sexuales, junto a aquellas tradicionales de las declaraciones juradas de parte, víctima y alegado victimario; careos, repreguntas; peritajes médico físico, psicológico, psiquiátrico, de serología forense, análisis de pelos, de tejido epitelial, uñas, sangre y otros fluidos corporales; peritajes de médicos y profesionales de otras ciencias, en la práctica privada y en la red de servicio de salud pública; informes de trabajo social; inspección ocular al lugar de los hechos, sea un vehículo, un paraje, una construcción; judicial, de necesitarse recabar documentos y evidencias similares; reconocimientos físicos para determinar señas anatómicas y genitales particulares; reconocimientos fotográficos, en rueda de detenidos, en carpeta especial y otros; peritajes médicos privados; informes de policía, de investigación interna por recursos humanos; de la Dirección de Responsabilidad Policial, de la UAF; de la INTERPOL, etc.

2.4.3.1 Delito de violación

A continuación examinaremos situaciones de difícil comprobación en esta modalidad criminosa, planteando algunas veces una interrogante ineludible de responder, si se quiere adelantar con acierto la fase de instrucción hacia un plenario.

De esta forma podemos señalar:

Si el himen de la víctima es de tipo dilatado o complaciente, ¿cómo se prueba la penetración? El análisis confrontado de todas las pruebas recabadas nos dirá cuál es la verdad material más probable, aquella que verificada con el apoyo de las ciencias auxiliares del Derecho (Medicina, Psicología y Siquiatría Forense) apunte hacia la dirección más atendida a la lógica, la razón, el sentido común, y las reglas de la experiencia. Siempre en estos casos es menester preguntarse, ¿por qué la acusación mendaz?, y ¿cómo sabría la víctima persona menor de edad que posee un himen de tipo complaciente, admitiría la penetración sin señales y aun así denunciar?

De ahí que si tenemos un caso de himen dilatado en la víctima, que no se rompe aun mediando fuerza, en el que no se ha logrado rescatar fluido seminal en la cavidad vaginal, que no registra al examen médico forense ninguna otra señal de violencia en el área genital, paragenital o extragenital, en fin, en el que no se cuenta al menos en apariencia, sino con la palabra de inculpación de la criatura contra la del sujeto que denuncia, es de rigor agotar todo medio probatorio jurídicamente viable para confirmar la historia de uno o del otro. Así se deciden buscar peritos médicos privados no forenses, con experiencia en la red de salud pública (Hospital del Niño, Hospital Pediátrico de la CSS), pidiendo su colaboración para ilustrar y probar aspectos de actualidad médica controvertidos como el caso que examinamos; los careos, para enfrentar al agresor y hasta a sus testigos-amigos, que han concurrido al proceso para corroborar su historia de descargo, esto, si la salud sicoemocional de la víctima aún afectada lo admita, pues ella declara así lo quiere y es mayor de 14 años de edad; la descripción hasta donde le sea posible de los genitales del agresor, para verificarlos en reconocimiento físico; la evaluación por trabajo social de ambos, pues en el barrio se conoce de información que no siempre están dispuestos los vecinos a revelar identificándose, pero la fuente que la trae al proceso, la perito debidamente juramentada, es legal; antecedentes escolares que registren posible enemistad entre ambos, familiares, vecinos, etc.; traumas de niñez no resueltos o de conflictos intrafamiliares que se desahogan con denuncias falsas que buscan llamar la atención de los padres en medio de un trámite de divorcio; interrogatorio de los maestros, etc.; es poco lo que puede descartarse si cabe dentro de los parámetros de acción de los artículos 2044, 2045, 2086 y 780 del Código Judicial, interpretados coordinadamente y con sus concordantes.

Por encontrarlo de provecho para los fines de este módulo, nos permitimos comentar que los/as Magistrados/as del Segundo Tribunal Superior, en Sentencia de Segunda Instancia No. 199 del 2 de diciembre de 2003, cambiaron la posición que había mantenido esa superioridad hasta entonces frente a los casos de violación donde la víctima presentaba un himen dilatado o complaciente.

En aquel caso, el juez de primera instancia absolvió al sindicado, pues la niña que lo acusaba de haberla penetrado, tenía un himen de tipo dilatado o complaciente. El examen médico forense no se practicó sino tiempo

después de la ocurrencia del delito. El ad-quo encontraba no probada la penetración y, por esto, la decisión que fue apelada por la Fiscal, surtió el efecto pretendido, el autor del delito probado culpable fue sentenciado a cinco (5) años de prisión.

A continuación transcribimos en lo relevante el fallo en mención:

“Primero: Es indudable que no existen elementos de valor científico que acrediten de manera inequívoca el delito de violación carnal, en aquellos casos donde el himen es complaciente, dado que por su naturaleza no evidencian desgarramiento alguno. Es por ello que el juzgador, conforme a las máximas de la experiencia, la lógica y el sistema de las reglas de la sana crítica, debe escudriñar aquellos indicios o elementos probatorios que permitan de manera indubitable, deslindar la posible culpabilidad del imputado. Bajo esa panorámica, y conforme a la casuística penal, se colige de la declaración de la ofendida una narración sincera que conjuga la fisonomía del tipo penal que se analiza, máxime cuando no se ha apreciado ningún interés por parte de la víctima en querer faltar a la verdad.

Segundo: Vale advertirse que la menor (), nunca afirmó que hubo sangrado, lo cual es propio de la anatomía de la ofendida, revelándose así un elemento esencial que ratifica la certeza de los hechos.

Tercero: Asimismo, se aprecia que el testimonio del señor (), padre de la agraviada, y el de la menor (), a pesar de ser testimonios de carácter referencial, son coincidentes en iguales circunstancias de modo, tiempo y lugar, con lo reseñado por la víctima por lo que es palpable o notoria la conducta dolosa del justiciable, sin que conste en autos ninguna pieza de juicio que desvirtúe el actuar del imputado.

Cuarto: Cabe anotarse que, en cuanto a los resultados de las evaluaciones siquiátricas forenses, si bien versan sobre el estado emocional o síquico de la víctima, posterior al delito, éstas no desmerecen la valorización penal de las pruebas antes anotadas.”

Al concluir el exhaustivo esfuerzo de la investigación, como lo impone al fiscal la ley de procedimiento penal, reiteramos que la Teoría del Caso sea la inicial que se elaboró como hipótesis que se confirmó, u otra, enriquecida por pruebas que se fueron incorporando al expediente a medida que se desarrollaba la instrucción, motivará la posición del Ministerio Público en una vista que llevará el caso ante el/la juez/a, lo que significa que su posición en el supuesto examinado o en cualquier otro de difícil comprobación, siempre ha de ser jurídica y materialmente fundamentada.

Ante el asalto sexual en grupo, ¿la prueba de ADN es segura para la identificación de todos los perpetradores? Sí, en caso que identifique a alguno de los señalados por la víctima. Empero, no excluye este resultado a quienes el ADN rescatado en la cavidad vaginal, bucal o anal de la afectada, a pesar de haber sido acusados por ella, no aparezcan positivamente identificados, pues pudo ocurrir no eyacularan; padecer de azoospermia (eyaculación sin espermatozoides, pero cabe todavía intentar la prueba de fosfatasas ácidas con el tipo sanguíneo del sindicado)³³; que la penetración fuera parcial, o muy breve; o que la evidencia de fluido personal de estos victimarios se perdiera antes del examen médico forense. La víctima pudo limpiarse, orinar, defecar, lavar sus partes parcialmente en lavabo, etc.

³³ Solórzano Niño, Roberto. Aspecto médico-legal del delito sexual. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, p. 221.

Respecto del ADN que pudiera rescatarse de saliva en el borde o contenido de un vaso, en una colilla de cigarrillo, vello púbico, tejido epitelial en uñas de la víctima, o en sus dientes, si asegura mordió al agresor, y otras fuentes de cotejo, es menester indicar aquí que lo esencial para una recta y justa valoración de la prueba es preservar la pureza de los medios de recolección de la muestra como la cadena de custodia observada en el manejo de la evidencia. Un error en cualquiera de las etapas de procesamiento del material recolectado, como de la muestra referencia del o la víctima, pudiera producir un resultado negativo aun cuando el resto de las pruebas esté señalando al sindicado como presunto autor.

Algunas veces, el veredicto de no culpabilidad se apresura sobre la base de una supuesta duda, causada únicamente por un vicio en el manejo de la evidencia. De ahí la reserva en el empleo de la prueba de ADN, que de paso cabe apuntar, por costosa, no es una constante en los procesos penales por delitos sexuales, tampoco indispensable si la evidencia acumulada de cargo o descargo es vasta acreditando la culpabilidad o la no culpabilidad.

2.4.3.1.1 Violación social:

En la construcción de la prueba de cargo, se hace indispensable para proceder a investigar, de conformidad con el artículo 1956 del Código Judicial, la querrela de la víctima adulta.

Si resolviera cooperar, es esencial que el señalamiento quede debidamente avalado por confiable evidencia de corroboración pericial: el examen psicológico y psiquiátrico forenses de ambos, que explore no sólo la afectación sicoemocional, si la hubiere, sino el perfil, la personalidad de cada uno, víctima y victimario/a, constituyen la columna vertebral de la acusación, como de los descargos. El escrutinio de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, a la luz de la sana crítica, debe ser riguroso.

Los testimonios de conocidos que ilustren sobre antecedentes de la relación, cuando disponibles, deben recabarse, como será siempre útil, aunque no se crea, el careo, que permite al fiscal medir, evaluar reacciones de uno frente al otro, lenguaje corporal, etc.

De tratarse de la violación entre hombres, sea que mediare violencia o únicamente intimidación, si la víctima nunca ha sido penetrada o si lo ha sido por decisión personal, pero ocasionalmente, y acude dentro de las primeras 24 horas al médico forense, deben registrarse señas del coito en el ano, también si se la hubiere forzado (no sólo amenazado), algún signo que lo confirme en el área perianal o inmediata exterior (muslos, por ejemplo), aun transcurrido más tiempo después del ataque (dependiendo de la violencia de los desgarros, las señas pudieran permanecer indelebles en el área comprometida).

El médico legista argentino Alfredo Achaval expresa que: *“En las distensiones violentas del ano o en la desproporción pene-orificio anal, hay desgarros y escoriaciones de la mucosa y sus pliegues radiales y aun en el periné. La lesión de Wilson Johnston (de Loodiana, Indian Medical Gazette, 1866), en el rafe o línea media (hora 6), donde la mucosa es más adherente, puede presentarse en algunos casos de extremada violencia o acción*

*instrumental; la constituye el desgarro de la mucosa rectal y es triangular con la base hacia fuera, de una pulgada de extensión, en los pliegues semilunares”.*³⁴

La recolección de muestra de fluido seminal en el ano es de rigor, pero es necesario advertir que, a pesar que marque negativo el análisis de serología forense, no puede descartarse el coito, habida cuenta que el atacante tal vez no eyaculó, o si lo hizo, cabe la posibilidad sufra de azoospermia (pero siempre puede intentarse la prueba de fosfatasas ácidas cotejadas con el tipo sanguíneo del sindicado). Tan importante como la intervención pericial forense, lo es la evaluación de los antecedentes personales de cada uno, pues aunque siempre ha de consultarse al psicólogo y siquiatras del IMELCF, también deben interrogarse los testigos de carácter, más que oculares, porque estos últimos son inusuales en un proceso penal por delitos sexuales.

En la violación entre mujeres, sea la víctima una adulta o una persona menor de edad, debemos distinguir si estaba desflorada antes del ataque o no, si se empleó a los efectos de la penetración sólo la lengua, el dedo o dedos, o algún objeto como un guineo o un vibrador.

La comprobación de una reciente desfloración es, de por sí, una fuerte evidencia de corroboración del cargo. Empero, si la ofendida había experimentado vida sexual previa al delito o si presenta un himen dilatado, de aquellos que admiten la introducción de hasta dos dedos del examinador, sin romperse, el dictamen médico forense no bastará para probar el delito, tendrán que recabarse otro tipo de pruebas, ineludiblemente comprometidas con la historia de inculpación de la víctima, que como ya hemos explicado al iniciar este apartado de la prueba, ha de someterse al riguroso escrutinio de la sana crítica para fundamentar en estos casos tan complicados, la convicción de culpabilidad del sindicado ante el juzgador.

Por otro lado, si la víctima fue sometida bajo intimidación, o si no opuso ninguna resistencia pues estaba drogada, ebria o bajo sedación, lo mismo que si estaba bajo custodia del victimario, o no ha cumplido 14 años y “accedió”, es menester apuntar que ya tampoco vamos a encontrar, como en el supuesto examinado anteriormente, ningún signo indicador de la penetración en el examen médico ginecológico forense, salvo que la violencia empleada (si fuera el caso) cause excoriaciones, laceraciones, magulladuras o moretones en el área genital, paragenital y quizás extra genital. Los labios menores y mayores suelen sufrir y guardar las señas del rigor del ataque, también la horquilla del introito vaginal.

No debe dejarse de lado en la evaluación pericial el ano, que también pudo haberse afectado por las acciones de la victimaria contra la víctima de sexo femenino, y ella haberlo callado en su relato por extrema vergüenza. En esta modalidad de ejecución del delito, es fundamental tener en cuenta el transcurrido desde que la víctima sufre el ataque hasta que se presenta al médico forense o especialista del cuarto de urgencias, y su historia de cómo ocurrió ese ataque, la fuerza, la extensión si puede precisarla, la duración, etc. Estos elementos permitirán formarse un juicio de valor acertado médicamente, en caso que el dictamen pericial del IMELCF no registre ninguna señal de coito vía posterior en la víctima.

³⁴Achaval, Alfredo. Op. cit., p. 255.

2.4.3.2. Relaciones sexuales consentidas con persona mayor de 14 años de edad y menor de 18 años

En estos casos no estamos ante un delito violento, sino consentido, pero en virtud de la ventaja (por razón de la edad, madurez, calidad especial u otra), que tiene el sujeto activo del delito. Sucede con mucha frecuencia que se descubre el hecho porque la chica está embarazada. También pudiera ocurrir que presente un himen conservado porque es del tipo “complaciente o dilatado”. En estos supuestos, y si el presunto responsable, por ejemplo, niega haya cohabitado carnalmente con la chica es de rigor atenerse a los ordenadores de la sana crítica para formarse un criterio sobre la contradicción, y resolver así cuál de las dos posiciones merece imponerse en proceso, por jurídicamente convalidada por otras a las que llamamos evidencia de corroboración.

Por otro lado, la prueba del reconocimiento físico del sujeto, en sus genitales y señas anatómicas particulares, cuando rechaza haber copulado con la joven que le acusa, suele arrojar indicios graves en su contra, si ella los ha descrito, antes, para su verificación ante el médico forense.

No obstante lo anterior, en el evento que la víctima no haya podido apreciar los genitales del victimario no puede tenerse este, es decir, el hecho que no se pueda identificar las partes íntimas del agresor como elemento exculpatorio, por todos los aspectos que rodean la comisión de los delitos de esta naturaleza.

También para la comprobación o no de los delitos es importante tomar en consideración la nueva modalidad relacionada al uso de accesorios en las partes genitales tanto de hombres como de mujeres (piercing, anillos, u otros) que podrían dejar rastros al momento de la relación sexual.

2.4.3.3. Actos libidinosos

La conducta que describe el tipo penal, introduce la figura de la falta de consentimiento del sujeto pasivo. Es decir cuando este exista y el sujeto pasivo sea persona mayor de catorce años, la conducta es atípica.

El tropiezo más serio en la investigación del delito de actos libidinosos, en la fase de instrucción, es la validación de la prueba trasladada; aquella practicada en otra jurisdicción, esto, por el tiempo transcurrido, y la acostumbrada renuencia de los que intervinieron a cooperar, repasando el trabajo que hicieron en el caso específico.

A veces, cuando son interrogados los/las especialistas, alegan que no recuerdan a la paciente entre las cientos de atendidas, a pesar de que sus notas en el Formulario de Sospecha de Violencia Doméstica y Maltrato al Menor, o en el historial clínico de la víctima, se les ponen de presente para la necesaria ratificación. Un temor a las consecuencias de su testimonio en proceso, que no comprendemos, entorpece seriamente entonces el trabajo que ha de desarrollarse en una primera etapa del proceso penal. Rastrear a la persona afectada, o a sus custodios, es otro problema inmenso, por la insuficiencia de datos del domicilio o el engaño con que fueron

presentados al examinador médico, con clara intención de no ser ubicados, para encubrir al criminal responsable del estado en que se encuentre la víctima.

¿Qué debe hacer el/la fiscal si tiene la noticia del delito en un Formulario de Sospecha de Violencia Intrafamiliar y Maltrato al Menor? Insistir en traer a los médicos de urgencia, ginecólogos, pediatras, a las enfermeras y a las trabajadoras sociales que tuvieron el primer contacto con la víctima o la atendieron después mientras estuvo hospitalizada (si fuera el caso), pues lo que ellos vieron en la criatura al examinarla, y escucharon al entrevistarla, es posible no se pueda reproducir ya nunca más; debe buscarse nutrir el expediente del historial clínico de la víctima con el resultado de las pruebas de laboratorio que se hubieran logrado y agotar toda pista que se tenga a mano para dar con él o ella y sus parientes. Esa historia de cargo inicial, en el tiempo, suele ser modificada por el niño, niña, adolescente; las retractaciones, como veremos más adelante al tocar el tema, son frecuentes por: dependencia emocional o económica con el victimario, por amenazas, soborno y otros.

Debe tenerse muy claro que los formularios de que hablamos son actualmente el más importante indicador de la realidad que existe en nuestro país en materia de estos delitos, de modo que la información que contienen debe ser atendida con prioridad en el trámite, pues ignoramos si a esas fechas ha iniciado un proceso de protección para la víctima, si ha sido rescatada oportunamente del abuso sexual detectado en el entorno inmediato de su hogar o escuela, o continúa siéndolo, fuera del alcance de las autoridades. Y es que sabemos que, muchas veces, la conciencia de una denuncia involuntaria en el cuarto de urgencias causa en el culpable del delito, custodio o pariente, temor al reproche de la justicia y, por esto, se envía al principal testigo de cargo, a la víctima, a lugares remotos del interior de la República, en un intento de eludir los rigores de la cárcel y del proceso penal.

En estos delitos, también cabe preguntar si una víctima mayor de 7 años de edad debe ser interrogada durante la instrucción sobre el delito y sus circunstancias, cuando ya ha declarado en la fase de investigación preliminar con curador, ante un detective de la Dirección de Investigación Judicial, a riesgo de ser revictimizada.

En nuestra opinión, sólo si es necesario para confrontarla con los descargos del imputado y sus testigos, que están negando la acusación, pues ya han debido agotarse todos los interrogatorios ante la sicóloga del Centro de Atención a las Víctimas del Ministerio Público y ante el sicólogo y siquiatra forenses, por lo menos a nivel de la Provincia de Panamá, cabecera.

No obstante, a veces, en la indagatoria que comúnmente se recoge en la Fiscalía Auxiliar, el sindicado presenta una versión que aunque parezca imposible, en medio de las pruebas que obran hasta el momento en su contra, debe ser verificada pues ese es su derecho legal y constitucional, uno que hace parte del debido proceso. Y es que legalmente, el reconocimiento pleno del contradictorio requiere del ejercicio de traer la víctima mayor de 7 años, para preguntarle sobre las alegaciones del sujeto que está acusando, y que muy probablemente esté bajo detención preventiva, esto, salvo que haya sido diagnosticada con estrés post traumático, o severa ansiedad, depresión, tristeza al recordar los hechos, y el/la siquiatra forense aconseje no hacerla participar en ninguna otra diligencia judicial.

¿Qué hacer, entonces, si no se le puede cuestionar sobre el delito, pero existen aspectos que deben ser esclarecidos únicamente por ella? Deberá consultarse al perito del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, si en estas circunstancias, podría conducir directamente él la prueba del interrogatorio pretendido, sea por la fiscalía, sea por la defensa que la quiera repreguntar. Si el perito rechaza la prueba, o no la recomienda luego de reevaluar a la víctima, el camino se cierra para todas las partes, y el fiscal deberá resolver sus preguntas y de quien las justifique, por otras vías, como por ejemplo: los/las custodios, parientes, maestros/as, vecinos/as que supieron del delito, guías religiosos/as, consejeros/as, etc.

En este mismo contexto del análisis que estamos desarrollando, es menester establecer cuál es la posición de la fiscalía si un peritaje psicológico forense indica que la víctima adolescente de 12 años no muestra afectación sicoemocional como secuela del delito que narra ha sufrido, y el psiquiatra forense apunta lo contrario, ¿cómo se resuelve esta contradicción y en qué medida impacta la posición de la víctima en el proceso?

En principio debemos manifestar que estos peritajes sobre el estado de salud sicoemocional de la víctima, en el momento en que se la entrevista, son un indicador de los efectos o secuelas del delito, pero no lo prueban per se. ¿Por qué?, pues hay víctimas que sufren lo que en psicología se denomina congelamiento de las emociones, y no pueden con ligereza hablar con extraños, que lo son los/las peritos, de una experiencia tan dolorosa como lo que les ha acontecido, menos si el delito lo sufrieron a causa de su propio padre sea biológico o sea de crianza. El “raport”, la empatía con la víctima, no está garantizada con los títulos del perito o su experiencia. Es reacción natural en el ser humano establecer conexiones intangibles, espontáneas e inexplicables con otros a quienes nunca hemos visto, como no hacerlo, sino lo contrario, rechazarlos, inexplicablemente, pues no hay causa que invocar para esta reacción. Al congelamiento de las emociones ante desconocidos, se suma la negación íntima de la experiencia de daño, o la disociación como mecanismo de defensa ante el dolor, que le permite trasladar a otro, u otros, la memoria traumática como la carga que le significa. Con niños, niñas y adolescentes cuya personalidad aún está en maduración, este resultado que comentamos no es inusual, y tiene la explicación que estamos dando, porque así nos la han suministrado, bajo juramento, los/las profesionales que siempre deben ser llamados para presentar ante la autoridad la causa científica de sus aparentes diferencias en la evaluación de una víctima. Tengamos presente que, en algunos casos, recordar el delito es tanto como vivirlo nuevamente, por esto, ocurre que los dictámenes forenses reflejen resultados aparentemente contradictorios, o no registren afectación emocional ninguna en la entrevistada/do, lo que reitero, no puede traducirse en prueba de que la denuncia es mendaz, o lo que es lo mismo, que la persona evaluada no ha sido víctima de ningún delito.

En un estudio de la UNICEF intitulado *“Inocencias mutiladas. Explotación sexual contra niñas y adolescentes en Panamá”*, se nos indica que: *“La disociación es una herramienta psicológica que facilita a la persona separar su mundo síquico emocional del físico ante situaciones de extrema frustración. Esto se acompaña de fugas disociativas, de pérdidas de memoria temporal o selectiva, herramientas facilitadoras del bloqueo del dolor experimentado y que proporcionan fortaleza para sobrevivir en un medio adverso”*.³⁵

³⁵Miller, Gladys, Dayra Dawson y Rosina Pérez. *Inocencias mutiladas. Explotación sexual contra las niñas y adolescentes en Panamá. Panamá, 2001-2002*, p. 19.

Finalmente, y en cuanto al impacto de estas diferencias en los peritajes psicológico y psiquiátrico forenses en el proceso, o de la ausencia de diagnóstico que confirme la afectación, creemos haber dejado claro que aquellas han de resolverse en la instrucción una vez se conocen, y esto, a través de las declaraciones de cada uno de los/las expertos/as por separado, oportunidades en las que suelen expresarse en los términos antes expuestos. En el segundo supuesto, el ejercicio de corroboración de los dictámenes se adelanta, siempre teniendo presente el resto del caudal probatorio que pudiera justificar para el perito, el porqué del resultado que no confirma en la víctima manifestación tangible de secuelas del delito, al menos, no frente a extraños.

2.4.3.4 Hostigamiento sexual

La instrucción de estos delitos es compleja en la tarea de la acreditación, por la naturaleza de las acciones que se supone constituyen el hostigamiento a la víctima, muy próximas a la esfera de su subjetividad, íntimamente ligada a su visión personal del bien y el mal. En adición a lo anterior, la ausencia casi completa de testigos que corroboren el cargo, por comprometidos con el presunto victimario, en el entorno laboral o de estudios de la víctima, también en su posición de inferiores, o de subalternos, hace casi difícil adelantar el proceso penal, a satisfacción de las pretensiones de la alegada víctima.

El señalamiento de quien concurra al proceso como agraviado/a, se tendrá como jurídicamente válido y suficiente para comprobar este comportamiento ilícito sólo cuando supere el escrutinio de la lógica, la razón y el sentido común, confrontado los descargos del acusado y demás pruebas; como el repaso documentado de los antecedentes de ambos, antes y después del hecho criminoso, sus evaluaciones periciales de salud sicoemocional, que en el caso del sujeto pasivo, debe revelar afectación, como secuela de la experiencia de acoso sexual sufrida.

2.4.3.5 Delitos explotación sexual

La investigación en estos casos debe adecuarse a los modos de operar del crimen organizado, con las técnicas de investigación del seguimiento, vigilancia, filmación, fotografía, para la identificación de los/las partícipes, análisis financiero de cuentas bancarias, del uso de tarjetas de crédito en el ciberespacio, todo lo que ha de documentarse en bitácoras, con el visado del jefe/a de turno y del fiscal coordinador de las operaciones.

Para ello, se requiere potenciar un trabajo en equipo entre fiscales e investigadores/as conforme a las disposiciones que establece la Ley 69 de 2007 que conforme a su artículo 2 numeral 4, que dispone que tienen potestad de *“practicar las diligencias e investigaciones que ordene el Ministerio Público que conduzcan al esclarecimiento del delito y al descubrimiento y aseguramiento de los responsables, con estricto apego a las disposiciones constitucionales y legales, así como las normas de derechos humanos reconocidas por la República de Panamá.”*

Conforme a la misma ley en su artículo 10, se puede requerir el apoyo adicional de los servicios de policía habilitados en funciones de investigación judicial.

La forma de investigar estos delitos, que por instruirse de oficio dan lugar a un nuevo estilo de persecución, ya no el que espera primero la denuncia formal, sino que sale a las calles a detectarlo, en la figura del agente de inteligencia, del encubierto cuando se decida autorizarlo, en los cibercafés, clubes diversión y casas de masaje, en el barrio que disfraza los burdeles donde ocasionalmente se comercia el sexo con niñas y niños, o se ofrecen espectáculos de exhibicionismo obsceno.

Al/la investigador/a común, ahora se le une el/la ingeniero/a en Cibernética Criminal. La prueba forense es una verificada por expertos en materia ajena a las formalidades de Ley, pero que debe producirse y preservarse para llevar a juicio, conforme las reglas de la custodia de evidencia, sellada, libre de vicios para ser jurídicamente válida y oponible al ofensor.

El delito de trata de personas, entre otros, puede conllevar la explotación sexual del sujeto pasivo del delito, no obstante, en los delitos de explotación sexual no siempre vamos a estar ante un delito de trata de personas ni ante una conducta necesariamente vinculada al crimen organizado. En consecuencia, se trata de delitos diferentes, pero que para efectos de la investigación se pueden asistir de técnicas operativas similares.

Un aspecto relevante a comentar es que se ha actualizado la legislación en materia de Trata de Personas, adecuándola a lo establecido en el Protocolo de Palermo en cuanto a todas las modalidades de esta conducta delictiva.

La competencia para investigar este tipo de delitos pasa de las Fiscalías Especializadas en Delitos Sexuales para las Fiscalía Especializada contra la Delincuencia Organizada, porque se le concibe como una actividad que atenta contra la humanidad y no solo contra el ser humano en su vertiente sexual; en tanto que las investigaciones conforme al artículo 51 de la Ley contra la Trata de Personas y Actividades Conexas, se establece que *“las entrevistas, exámenes y otras formas de investigación, así como la aplicación de las medidas previstas en la presente Ley para las personas menores de edad, estarán a cargo de profesionales especialmente capacitados para tratar con menores de edad víctimas de trata de personas.”* Asimismo, *“las diligencias y medidas se realizarán en un ambiente adecuado, en presencia de los padres o tutor legal del menor, de ser posible o, en caso contrario, en presencia de la persona que ostente la representación del menor.”* Otro mecanismo especial es que *“Los procedimientos judiciales se llevarán a cabo en audiencia privada fuera de la presencia de los medios de comunicación y del público en general. La víctima menor de edad rendirá testimonio ante el tribunal sin la presencia de las personas imputadas.”*

Se faculta al Ministerio Público para realizar operaciones encubiertas, para solicitar a la Sala Penal interceptación de comunicaciones telefónicas, correos de internet y foros de conversación, además de estar autorizado para ordenar aprehensión provisional de bienes relacionados con estos delitos. Ello, hasta tanto entre a regir el Código Procesal Penal, momento en el cual la actividad de investigación se sujetará a lo dispuesto en esta normativa.

2.4.4 En la fase intermedia y del plenario

Cuando el/la juzgador/a entra a examinar cada una de las pruebas que ha constituido el agente de instrucción, el/la querellante si lo hay, y la defensa, a lo largo de una investigación penal, lo hace de manera conjunta, porque las pruebas dejan de ser de cada parte, para integrarse en un universo, en el que éste asume la labor de reconstruir de manera retrospectiva los hechos configuradores del delito denunciado o querellado.

En esa faena, y precisamente cuando se trata de los delitos contra la libertad e integridad sexual, juega un papel fundamental el tema probatorio. Analizar, en primer lugar, si estas pruebas fueron introducidas al proceso sin violar el orden público, la moral y los derechos humanos; y en segundo lugar, valorarlas conforme al sistema vigente de la sana crítica, que se rige por los principios de la lógica, el sentido común y las reglas de experiencia.

Es necesario, en este punto, repasar la definición del procesalista colombiano Jorge Arenas Salazar sobre sana crítica. Veamos:

“La sana crítica: También se le conoce como sistema de valoración libre de la prueba. Se caracteriza porque se examina críticamente el proceso de formación de convicción, desde las siguientes respectivas.

Primero: Control de los factores objetivos externos, que contribuyen como medios de prueba, a formar convencimiento.

Segundo: Control del proceso de conocimiento realizado por el juez. En la fase lógica elabora conceptos, juicios y raciocinios; estos últimos, eminentemente reconstructivos, con miras a rehacer, lógicamente, los hechos del pasado, para determinar si ocurrió o no el supuesto de hecho de la norma que está en cierne de ser aplicada.

Tercero: Proceso de reconstrucción intelectual o lógico de hechos. Se toma cada medio de prueba obrante en el proceso, como también los medios de prueba en su unidad y totalidad.

Las reglas de experiencia en el orden físico, social, moral y subjetivo sobre la imaginación, la inventiva, la voluntad y la personalidad, son imprescindibles en esta valoración.”³⁶

En el momento que el fiscal envía el expediente con una vista, corresponde al juez la calificación del mérito legal del sumario, esto de acuerdo al artículo 2219 del Código Judicial, y para llamar a juicio deben haberse aportado al negocio, durante la fase de instrucción, todas las pruebas necesarias para comprobar el hecho punible.

El/la juez, es menester señalar, no puede apartarse del principio de la carga probatoria, que en materia penal le corresponde al Estado, adelantado por regla general, a través de sus representantes, agentes y funcionarios/as de instrucción. A éstos/as corresponde acreditar materialmente los cargos que la víctima ha atribuido mediante simple comunicación del delito o formal querrela (tipo coadyuvante) a una persona; esto, de conformidad con los artículos 2044, 2046 y 2087, del Código Judicial. La normativa en cita impone al agente del Ministerio Público la obligación de realizar todas las investigaciones que conduzcan al esclarecimiento de la verdad sobre el hecho punible y la personalidad de su actor.

³⁶ Arenas Salazar, Jorge. Pruebas penales. Primera edición. Colombia: Ediciones Doctrina y Ley, 1996, p. 67.

Entre los medios de prueba más usuales en estos delitos sexuales destacan los testigos, la indagatoria del sindicado, el examen de la víctima por peritos o facultativos, los reconocimientos en rueda de detenidos o el reconocimiento fotográfico y los careos, sin que esta enumeración quede agotada, ya que al procedimiento probatorio también se aplican las disposiciones del procedimiento civil, en tanto no sean incompatibles con la naturaleza del proceso penal, por lo que también puede el fiscal ordenar la práctica de otros medios de prueba, de aquellos que prevé el artículo 780 del Código Judicial.

Pasamos, a continuación, a analizar detalladamente los medios probatorios que con mayor frecuencia se requiere practicar en materia de delitos sexuales.

2.4.4.1. Pruebas

2.4.4.1.1 Testimonios

Si bien la prueba testimonial llegó en el Medioevo a concebirse en la mayoría de las legislaciones, como la reina de las pruebas, otro giro ha dado en la época contemporánea a consecuencia de las nuevas tecnologías utilizadas por organizaciones criminales, y en algunos casos, por qué no decirlo, en delitos que se cometen individualmente, como la corrupción a través de la red informática, en la que los pedófilos acosan a niños, niñas y adolescentes mediando el envío de los denominados correos masivos con grave material pornográfico.

También se cuenta ahora con los aparatos de comunicación celular, las computadoras y la programación de televisión por cable o satélite, que permiten al agresor sexual mantenerse en contacto permanente con nuevas víctimas. El avance tecnológico, desafortunadamente, está siendo criminalmente utilizado por personas inescrupulosas, permitiéndoles en muchas ocasiones no ser detectados directamente por sus víctimas como tales, como tampoco ser observados mientras cometen el delito por ningún testigo, salvo los cibernautas forenses de los que habla la fiscalía en su repaso de las pruebas necesarias en los delitos de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.

Por ello, consideramos que el/la juez/a no puede desconocer el entorno que lo rodea y de manera indiscriminada, sin un análisis conjunto de los medios de prueba incorporados al proceso, archivar un sumario, beneficiando la absolución de cargos al imputado, con fundamento en la falta o carencia de testigos directos que den fe del señalamiento con seriedad, firmeza y coherencia, por la víctima.

Por otro lado, no se puede pasar por alto en este análisis, que en materia penal, se tiene el artículo 909 del Código Judicial, que orienta el juicio del juzgador en la valoración de la declaración del testigo que se tache de sospechoso.

Consultada la doctrina más respetada sobre el tema, tenemos que el jurista Jairo Parra expresa con claridad que los llamados impedimentos para testimoniar, dan lugar a los testigos sospechosos, más en realidad no se les

impide declarar, sólo que la razón y la crítica de la prueba rendida aconsejan que se les aprecie con mayor severidad.

Según este autor: *“No puede considerarse a priori que un testigo, ligado por vínculos de consaguinidad con una de las partes, va a faltar deliberadamente a la verdad para favorecer a su pariente. Esta declaración si bien debe ser valorada con mayor rigor, dentro de las normas de la sana crítica puede merecer plena credibilidad, y con tanta mayor razón si los hechos que relata están respaldados por otras pruebas o al menos con indicios que la hacen verosímil...”*.³⁷

Parra elabora aún más y sostiene que: *“...la necesidad de utilizar como testigos a ciertas personas ligadas por parentesco, es mayormente admisible en causas sobre edad, filiación, estado civil y derechos de familia. De manera que tratándose del valor del testigo pariente o amigo íntimo, estimamos que la aproximación estrecha con la víctima por razones de conveniencia familiar por ese solo hecho, no debe desestimarse hasta tanto se compruebe su desinterés en favorecer los resultados del proceso”*.³⁸

Por consiguiente, queda evidenciado que no en todos los casos, el pariente que declare en la causa de un familiar debe ser apreciado como testigo sospechoso, pues constituye una prueba eficaz para la comprobación de los delitos contra la libertad e integridad sexual, siempre que se le aperciba del contenido del artículo 25 de la Constitución Política de Panamá.

Un tema sobre el que se requiere reflexionar es el papel activo que debe ejercer el/la juez/a en el momento que las partes practican el interrogatorio a los testigos en la audiencia plenaria, para evitar se les sorprenda con preguntas sugestivas y capciosas. De igual modo, no debe permitirse que, cuando los testigos estén contestando al interrogatorio del/la fiscal, el/la querellante o la defensa sea *“estratégica o maliciosamente”* interrumpido por cualquiera de las partes, con el propósito de afectar el estado de ánimo, fluidez y firmeza de la versión que está presentando.

Además, si bien es cierto que existe en Panamá jurisprudencia sobre la ineficacia probatoria del *“testigo unitario”*, cuando concurre en similar calidad de víctima y testigo único de la versión del hecho que se acusa de criminoso, la situación debe ser sopesada de forma distinta, sobre todo ante características de clandestinidad que suelen rodear los hechos. Cabe acotar que en cada caso los hechos deben ser sometidos a un nuevo escrutinio por el/la juez, que depende de las condiciones que rodean el proceso en particular que está en sus manos para resolver.

De igual modo, no puede ser evaluada la participación en el proceso de la víctima que haya alcanzado la edad de siete (7) años (cfr. artículo 913 del Código Judicial), lo mismo que un niño o niña de tres (3) años, o un lactante, para determinar la verosimilitud de su historia de la experiencia de un asalto sexual que en este último caso, conocemos por la versión de un/a adulto/a, pues no puede comparecer la víctima inhábil a declarar directamente. En estos casos, el/la juez/a debe valorar el señalamiento según se encuentre constituido en los informes del trabajador social o el psicólogo, recabado en la fase de investigación preliminar.

³⁷ Parra Quijano, Jairo. Tratado de la prueba. Cuarta edición. Colombia: Ediciones Librería del Profesional, 1994, p. 66.

³⁸ *Ibidem*, p. 67.

Ese examen crítico de la prueba en cada caso en delitos sexuales es lo que permite, a través de las reglas de experiencia y el desarrollo del sentido común de cada juzgador/a, entrar a verificar la versión única de la víctima en conjunto con las demás pruebas del expediente, incluyendo la fuerza de los indicios graves que se encuentren probados.

2.4.4.1.2 Informes

En materia probatoria, tratándose de delitos contra la libertad e integridad sexual, el/a juez/a puede recabar las notas que los profesionales, como médicos, trabajadores sociales, psicólogos, siquiátras, hayan dejado consignados en el expediente clínico antes y después de cometerse el delito, ya que muchas veces existen datos que permiten al galeno de la medicatura forense complementar en la evaluación que tengan que practicar al agresor o a la víctima que haya sufrido un episodio de asalto o vejamen sexual.

Es interesante apreciar cómo de la historia clínica puede determinarse que un criminal de delitos sexuales contra mujeres, también fue víctima en otro tiempo, por causa del abuso sufrido con el concubino de su progenitora o por una amiga lésbica. La información permitiría al/la juez/a entender por qué, si le impone una pena de prisión que admite la aplicación de un subrogado penal, no le sería de beneficio a él ni a la sociedad dejarle en libertad, menos sin la vigilancia del Estado o un tratamiento psiquiátrico.

Asimismo, son valiosas para el/la juzgador/a las anotaciones que incluye la trabajadora social de un colegio, que dejó consignado en el expediente del agresor de un niño víctima de abuso sexual, que éste había sido igualmente ultrajado por su padrastro. Otro caso consultado también ejemplifica la ventaja de contar con informes de antecedentes socioculturales de la persona que se está juzgando. En éste consta que cuando se le llamaba fuertemente la atención por agredir a un niño, solía defenderse trasladando la culpa a otros compañeros, actitud que más tarde causó el diagnóstico de mitomanía en el examinado, conforme el dictamen del siquiátra forense.

El Código de Procedimiento consigna, en el Capítulo IV, la prueba de informes en los artículos 893 al 894, estableciendo al respecto:

“Artículo 893: El juez podrá asimismo solicitar, de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos...”

Artículo 894: El juez apreciará estos informes según las reglas de la sana crítica.”

En cuanto a los informes policiales de novedad y de investigación, estos pueden contribuir con la averiguación de los hechos, producto del contacto inicial que usualmente tienen las unidades de la Policía Nacional con las víctimas de estos delitos; no obstante, la situación en ocasiones se presenta problemática producto de la inconsistencia planteada en tales documentos, la falta de detalles, participación de los agentes que no necesariamente los suscriben, entre otras, relacionadas en algunos casos con su falta de capacitación en la materia especializada, producto de su constante rotación.

2.4.4.1.3 Inspección ocular

Es sabido que en los procesos tanto el/la funcionario/a de instrucción, como el/la querellante o el/la defensor/a, tienen la misión de convencer al juzgador o juzgadora de la culpabilidad o inocencia del agresor sexual.

De modo que si el/la juez/a no tiene, en el plenario, intermediación con las partes para verificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se afirman de lado y lado en los alegatos, no podrá tenerse certeza de la forma de ocurrencia de los hechos.

Es por ello que en la práctica en los tribunales siempre es aconsejable la inspección ocular para constatar hechos que de otra forma no pudieran tenerse por razonablemente acreditados, por la pugna entre las posiciones de una parte y la otra, y la ausencia de pruebas en el expediente con la calidad suficiente para infundir en el/la juzgador/a una opinión jurídicamente imparcial, objetiva, y por ende, acertada. De ahí que rechazamos la propuesta que supone el adagio que ve “mejor absolver a un culpable que condenar a un inocente”. Los objetos, las circunstancias, incluso la extensión y severidad de una condición de discapacidad, pueden ser verificada personalmente por el tribunal o su personal, practicando esta prueba de inspección.

Recordemos un caso en el que se cuestionaba la veracidad del relato de una joven adulta que aseguraba había sido conminada al coito por un sujeto dentro de su auto, en posición que la mandaba a colocarse encima del agresor. La defensa planteaba una tesis inverosímil. Empero, el principio de la intermediación nos permitió, junto a la inspección del sitio donde se denunció ocurrido el ataque, comprobar la historia de esta víctima de contextura física pequeña, frágil, y comportamiento sumiso e introvertido. Por su parte, el acusado era un sujeto corpulento, de voz y presencia física graves, fuerte, de modo que la desproporción de fuerzas como la evaluación razonada de las posibilidades de reacción defensiva en la víctima, nos permitieron arribar a un juicio de culpabilidad, a pesar que en un principio tal resultado parecía un serio desatino.

La inspección ocular en la casa donde se denuncia ocurrido un hecho, que fue presenciado según contaba la madre de una niña por ella, también nos dio la oportunidad de verificar la imposibilidad de la historia que era una fabricación de una mujer resentida por el maltrato constante recibido por el marido. Una pared gruesa, sólida, impedía la observación de cualquier cosa que sucediera del otro lado de la habitación. Preguntada sobre el punto, la madre de la criatura no supo qué explicar, la niña de menos de 7 años, tampoco dijo nada frente a su progenitora.

En los casos de inspección es importante recordar que el Código Judicial impone al fiscal el deber de notificar a los interesados de su práctica a efectos que puedan participar.

2.4.4.1.4 Diligencia de allanamiento

En este punto cobra vigencia que el/la fiscal puede lograr en la investigación la obtención de documentos, que pueden acreditar el nexo de comunicación de víctima-victimario en delitos que el acecho clandestino del adulto a la víctima menor ha sido negado a consecuencia de los lazos familiares o de amistad que le unen con sus

representantes o quien ostente la patria potestad. Igualmente, es relevante que la comunicación haya sido a través de una red electrónica o computadoras, en casos de pornografía contra niños, niñas o adolescentes. La prueba documental dentro de la residencia o habitación del agresor debe reunir los requisitos del artículo 2185 del Código Judicial, que a la letra dice:

“Artículo 2185: El funcionario de instrucción puede allanar un edificio de cualquier clase, establecimiento o finca cuando haya indicio grave de que allí se encuentra el presunto imputado, efectos o instrumentos empleados para la infracción, libros, papeles, documentos o cualesquiera otros objetos que puedan servir para comprobar el hecho punible o para descubrir a sus autores y partícipes.

Tales allanamientos se practicarán entre las seis de la mañana y diez de la noche; pero podrán verificarse a cualquier hora, en lugares en que el público tiene libre acceso en los casos de flagrante delito o cuando sea urgente practicar la diligencia. En todo caso, el allanamiento deberá ser decretado por el funcionario de instrucción.”

Es importante que se reitere que el concepto legal de domicilio admite pueda ser ocasional o bien permanente. En el lenguaje común, la referencia al domicilio suele implicar la residencia efectiva con vocación de continuidad en un lugar muy determinado. Por ello, las habitaciones de los hoteles y pensiones deben considerarse domicilio, a los efectos de la protección constitucional, porque suponen una localización real de la persona en un ámbito dirigido a cobijarle con exclusión de los demás.

El artículo 26 de la Constitución Política establece las condiciones jurídicas que han de satisfacerse para tener por válida la diligencia del allanamiento, como debidamente recabadas en consecuencia, las pruebas o evidencias del delito que se rescaten.

De acuerdo a jurisprudencia invariablemente sostenida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,³⁹ en los años 2001-2002, reiterados en fallos de 8 de marzo de 2005, 6 de marzo de 2006 y más recientemente en pronunciamiento de 26 de julio de 2011 por parte del Pleno nuestra máxima corporación de justicia, se establece que la orden de allanamiento debe cumplir con ciertas exigencias mínimas formales para que surta efectos legales, a saber:

- a. El mandamiento debe contener una motivación en la que conste la existencia de la comisión de un hecho delictivo.*
- b. Los indicios que vinculan al sujeto con el domicilio.*
- c. Las razones por las que se considera que la diligencia puede ser útil a efectos de la investigación.*
- d. La necesidad de llevar a cabo la diligencia, así como su objeto (fines específicos), descripción del lugar o domicilio cuyo allanamiento se autorizó, fecha y hora del allanamiento. No basta la cita del artículo 2185 en que se fundamenta la orden.*
- e. Autoridad competente y para fines específicos.*
- f. El consentimiento del titular, para que sea válido, debe ser apto; es decir, sin que mediara la utilización de coacción o engaño. El consentimiento de habitación alquilada se le debe preguntar a quien la tiene en tenencia; el servicio doméstico no es el apto para responder la pregunta.*

³⁹ Castroverde, Maruquel y Hermes Ortega Benítez. *Jurisprudencia Penal. Extractos de los fallos del Pleno y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Registros Judiciales 2001-2002.* Panamá: Universal Books, 2005, pp. 25-34

No obstante, el principio de inviolabilidad al domicilio que garantiza la norma constitucional en el artículo 26 antes mencionado, tiene como excepción el no requerimiento de orden de allanamiento en los delitos cometidos en flagrancia o para auxiliar a las víctimas.

Los allanamientos son diligencias que se practican inoída parte y que se caracterizan por un elemento sorpresa con lo cual se pretende garantizar efectividad en las investigaciones. A pesar que se han dado situaciones en las que se ha reclamado por parte de la defensa el deber de notificación previa, esto no es un requerimiento de este tipo de diligencias.

2.4.4.1.5. Prueba pericial

En nuestro sistema procesal, conforme al artículo 965 del Código Judicial, el/la auxiliar o técnico/a de la justicia debe cumplir con los requisitos que reglamenten su profesión, arte u oficio.

De lo anterior, se infiere que el perito previamente designado por la autoridad jurisdiccional para su validez debe tener certificado de idoneidad que lo autorice para el ejercicio de su profesión, expedido por la autoridad competente y presentarlo cuando sea llamado a actuar como tal en juicio, o al menos, hacer un repaso extendido de las fuentes de su experticia para que sean confirmadas y cuestionadas, si fuera el caso, por las partes que así lo requieran.

Jairo Parra Quijano menciona cinco características que nos permiten establecer los diferentes roles entre el perito y testigo, las que nos parecen de gran utilidad en la labor valorativa de estos dos medios distintos de prueba, por lo que las transcribimos a continuación:

- “1. El testigo aporta al proceso su percepción individual, el perito aporta su saber no individual, ya que la opinión que emite debe sustentarse o basarse sobre las adquisiciones de la ciencia, de la técnica o del arte.*
- 2. El testigo de referencia o de oídas es de escaso valor, el perito que sabe sólo lo que otros han descubierto, es de gran valor, con la condición de que emita su propia opinión.*
- 3. Los acontecimientos preprocesales determinan que una persona sea testigo o no, y que han de tener una relación histórica con el asunto de que se trate, de tal manera que son necesarios por no poder ser reemplazados para el descubrimiento de la verdad; el perito es fungible en el sentido de está a disposición del juez y que éste selecciona a discreción.*
- 4. Es improcedente que un testimonio verse únicamente el conocimiento que el testigo tiene sobre principios abstractos, en cambio el perito puede cumplir suficientemente su tarea emitiendo conceptos sin relacionarlos con el presente caso.*
- 5. El testigo declara sobre hechos pasados o presentes que percibió antes del proceso; en cambio el perito lo hace sobre hechos pasados, presentes o futuros; es decir, que informa de lo percibido durante el proceso en virtud de encargo judicial. En el testimonio se trata de percepciones contingentes y el peritazgo de percepciones intencionadas.”⁴⁰*

⁴⁰ Parra Quijano, Jairo. Ob. cit., pp. 6-7.

En los delitos contra la libertad e integridad sexual, el rol de los/las peritos médicos, sicólogos/as, siquiátras y trabajadores/as sociales es de suma importancia el momento en que el juez entra a decidir si a lugar o no imponer un juicio de culpabilidad sobre la persona del imputado que se encuentra vinculado a un delito sexual, pues tienen conocimiento de ciencias auxiliares al derecho, de indispensable aplicación en un caso que involucra el juzgamiento del comportamiento humano, no sólo la interpretación y aplicación de la norma jurídica.

El autor Simonin, citado por Achaval, al presentar su posición sobre el tema tratado, indica: "Si falta una prueba para demostrar el rol ocupado por el instinto sexual en la vida de los hombres, la medicina legal sexual la puede aportar".⁴¹

Siguiendo el orden de las consideraciones expuestas, tocamos en capítulos que anteceden, la problemática probatoria que supone la violación vía posterior de niños y niñas, que recae en el/la fiscal al constituir la prueba de cargo verificando la credibilidad de la palabra de la víctima, a través de peritajes que se añaden a un dictamen médico forense que pudiera no registrar señales del delito (lesiones, fisuras, desgarros, infecciones de transmisión sexual, fluido corporal extraño al área, etc.). Y es que está consciente que debe presentar al juzgador material de convicción con calidad suficiente para convencerle de que quien aparece ligado al ilícito lo está legalmente hasta el momento de llevarle el caso para que califique sus méritos.

Sobre este tema tan controvertido, hasta la fecha, los/as jueces deben replantearse la posición que hasta el momento han mantenido, que demanda, al parecer con estricto apego en el literal f, artículo 2086 del Código Judicial, fundamentar la comprobación del hecho punible en la evaluación médico legal física, que consigne la presencia positiva de hallazgos de violencia sexual en los genitales (ano) del niño o niña, para que sólo así pueda justificarse el juicio de condena del sindicado. El/la juzgador/a ha de tomar en cuenta también otras pruebas complementarias al dictamen médico forense como los peritajes de médicos paído-siquiátras o sicólogos pediatras; para formarse un criterio más firmemente informado de la actualidad que en medicina prima en el tema, con incontrovertible vigencia sobre los preconceptos que se hubieran fijado en la mente del conocedor de primera instancia como jurista. Las decisiones que se adopten siguiendo este razonamiento, en nuestro parecer, resultan más atentas a derecho y a justicia, principalmente en casos que se acusan cuando ya ha transcurrido un tiempo después del ataque sexual, pues implican un riesgo mayor de pérdida de la evidencia física, ya que médicamente hemos encontrado que la huella del abuso puede desaparecer o no existir si el victimario, utilizando destrezas manuales o el uso de lubricantes en la penetración, cuidó no dejar rastro grosero de la violencia.

2.4.4.1.6 Reconocimiento en rueda de personas y reconocimiento fotográfico

En nuestro ordenamiento procesal se exigen ciertos requisitos, previos a la práctica de la diligencia de reconocimiento en rueda de personas, lo mismo que para el reconocimiento fotográfico, conforme lo preceptúa el artículo 2112 del Código Judicial y siguientes, de acuerdo con las reformas introducidas por la Ley 32 de 22 de junio de 2010.

⁴¹ Simonin, citado por Alfredo Achaval. Ob. cit., p. 147.

En estos casos conforme a la ley es relevante la notificación previa de la diligencia, pero la ausencia del/la defensor/a no impide la práctica de la diligencia cuando se trate de reconocimiento en rueda o fila de personas. Esto, hasta tanto entró el Código Procesal Penal en lo que corresponde a principios, garantías y reglas y que establece el derecho a la defensa como irrenunciable, debiendo estar disponible en todo momento para el investigado.

Es una diligencia que requiere de forma previa la declaración de quien realizará el reconocimiento, que éste aporte una descripción del sospechoso y que exprese si lo ha vuelto a ver recientemente. De igual forma, el reconocimiento se realizará bajo la gravedad de juramento, salvo que se trate de un imputado que comparezca con el propósito de identificar a otra persona.

Conviene establecer aquí que no restamos eficacia al reconocimiento espontáneo de la víctima en sede policial, siempre que lo sea, es decir, espontáneo, y como tal esté probado razonablemente en autos. Debe estar desprovisto de duda sobre la injerencia de elementos extraños a la víctima que hubieran podido influirle para la identificación del agresor. La posición que presentamos constituye un gran avance, pues mantener otra que le reste todo valor al señalamiento así confirmado, cuando en condiciones no previstas se produce, contraria a la lógica, la razón y el sentido común que inspiran el sistema de la sana crítica en la valoración integral de la prueba. Y es que puede suceder, y ha sucedido, que la víctima se presente al cuartel de policía del barrio, comunique el delito sufrido, y allí, se crucen sus caminos con los del sujeto que la agredió sexualmente poco antes. Tendrá que probarse que el reconocimiento está viciado porque, como expresamos, se condicionó este resultado llevando a la víctima al lugar deliberadamente y a sabiendas que allí se hallaba el sospechoso *“casi esperando que ella se presentara para reconocerlo”*, o cuando se le impone lo acuse por mención del apodo, pues *“el sujeto tiene asuntos pendientes con la policía del área y se le quiere hacer pasar un mal rato”*.

En conclusión, corresponderá al/la juez/a decretar la nulidad de ese medio de prueba y revisar si hay mérito para condenar, conforme otras evidencias inculpatorias logradas libres de vicios.

2.4.5 Factores de riesgo que facilitan la ocurrencia del delito: caracterización de las víctimas

Tradicionalmente, se reconocen en la literatura especializada a los/as ancianos/as, la mujer y al niño/niña como víctimas de alto riesgo, por así decirlo, en este tema de los delitos de violencia sexual.

Comúnmente, tenemos acreditados como factores de riesgo en estos delitos: el grado de vulnerabilidad de la víctima, sea por su edad, condición de salud, escolaridad; las características del lugar donde se encuentre en un momento determinado; y las condiciones a que se halla expuesta en ese instante. Así lo describen las Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia para personas en condición de vulnerabilidad.

No es igual el riesgo al que se expone una adolescente de 14 años, que toma el bus de ruta equivocada, que debe bajarse y buscar el correcto, adentrada la noche, en un sitio desconocido, que el que enfrenta una mujer

profesional, que incursiona en un club de amigos de ocasión y que, sin estar lista ni dispuesta a ello la primera noche, es forzada a la fellatio por el recién conocido, que en otro momento le resultó atractivo en el interior de su auto. No obstante, en ambos casos, las víctimas evaluaron el elemento riesgo en forma inadecuada, pues el probable desenlace, esto es, sufrir la experiencia de un delito, era previsible. Se expusieron, pero por esto, ¿son menos víctimas? No creemos deba ser ésta nuestra posición.

La observación detenida del fenómeno criminal sexual, por años, nos ha llevado a la conclusión de que en Panamá un gran número de mujeres jóvenes adultas toman transporte selectivo (taxi) y resultan violadas. En los últimos se han instruido, en las fiscalías que funcionan en Panamá y San Miguelito, un alto número de casos que revelan esta realidad. Sin embargo, el éxito de la instrucción ha sido muy limitado, pues las víctimas no han podido recoger datos útiles del auto, o del conductor, para poder dar con su identificación y consecuente captura. Usualmente, toman el vehículo sin tomar cuidado del número de matrícula de circulación que lleva anotado en la puerta, el modelo del auto, las señas particulares, golpes, abolladuras, puertas que no abren por fuera sino por dentro; características físicas del sujeto atacante, básicas para un retrato hablado, por ejemplo, que muy inusualmente se logra elaborar. El reconocimiento fotográfico en la DIJ que se hace en los archivos de individuos reseñados, suele arrojar resultado negativo; esto, si la víctima decide colaborar más allá de la presentación de la denuncia.

Pareciera claro que el factor riesgo de emplear este medio de transporte para trasladarse de un lugar a otro es alto, pero debemos advertir que estas víctimas, mujeres jóvenes adultas, tienen un perfil. Son por lo que hemos visto, de provincia, o de raza indígena, con poco conocimiento de la capital, laboran en casas de familia en servicios de doméstica; su escolaridad es baja; son pequeñas, de contextura delgada o mediana. Debemos incluir en este grupo, también, a la madre de familia, ama de casa, que tiene pareja, y teme que el marido no le crea que ha sido violada, sino que piense que le ha sido infiel. Esta mujer es poco probable que hable de lo que le ha sucedido. El violador cuenta con esto, y de paso, le amenaza: le advierte que “la va a estar siguiendo, que no puede denunciarlo, porque de lo contrario, la ubicará, volverá a violar y luego, a matarla, o a sus hijos”, a quienes igualmente hará daño. Las reacciones de oposición frente al atacante que acostumbra anunciar que está armado, pero no les muestra el arma, son moderadas o nulas. Un temor fundado y grave por sus vidas las paraliza y, como ya expresamos antes, el agresor sexual lo sabe. Está confiado en que este estado de shock les impedirá hacerse una impresión efectiva de su cara, cuerpo y carro, para eventualmente poder identificarlo y encarcelarlo. Y, desafortunadamente, tienen razón.

Las relaciones disfuncionales de pareja suelen ser, por otro lado, un caldo de cocción óptimo para la violación, en cualquiera de sus modalidades (coito vaginal o anal; penetración con un dedo; lengua, un arma de fuego; sexo oral forzado al victimario).

La mujer, generalmente comprometida y dependiente a la pareja agresora, suele quedar presa en un círculo de violencia que gradualmente evoluciona del comentario sarcástico denigrante a su género, a su capacidad, a su honestidad y moral, al empujón, al tirón de cabellos, a la sorpresiva gatzatada y finalmente a la golpiza a puño cerrado para llegar al ultraje sexual, siempre grave y profundamente devastador de su salud sicoemocional.

Estas víctimas, igual que las anteriormente examinadas, presentan un perfil. Son mujeres inseguras, con gran necesidad de aceptación y afecto, de apoyo del hombre, en algunos casos por ausencia de la imagen paterna en sus antecedentes; en otros, por una presencia marcadamente abusiva de esta autoridad. Los factores de riesgo para ellas están íntimamente relacionados con su mecánica o *“rutina de enganche”*, casi siempre equivocada, por lo ya expuesto. Sin estar conscientes de lo que están haciendo, pareciera que deliberadamente buscan la pareja abusiva que, en cualquier momento, intuye la abusará física, verbalmente, psicológica y sexualmente.

Otro grupo de víctimas de alto riesgo que hemos podido diferenciar en la instrucción y juzgamiento de estos delitos, son las estudiantes adolescentes en los buses de transporte público, fundamentalmente aquellas matriculadas en planteles del Estado en turno nocturno. Su perfil: 13-16 años; de hogares incompletos o con padres ocupados en cada uno más que en los hijos; inmaduras y ansiosas por experimentar la vida de pareja, casi siempre por carencia de afecto y atención en el hogar.

Otras están deseosas de aceptación entre iguales que ya *“han probado el sexo”*, y les *“regalan cosas”* (celulares, ropa, zapatos, invitación a un restaurante de comida rápida o algún dinero).

Debemos tener presente que hoy día se vive en nuestro país, como en el resto del mundo, un momento en el que los y las adolescentes están prestos para adelantar cada vez más la experiencia de vida del adulto/a: su sexualidad a flor de piel, se revela en la moda; en la adicción al cigarrillo y otras drogas como el alcohol; su ingreso a las filas del modelaje pornográfico, simulación de coito ante cámaras de filmación y fotográficas para catálogos, lo mismo que para su comercialización en Internet.

De allí concluimos, que al examinar este grupo social de niños, niñas y adolescentes, en términos de los factores de riesgo que dan lugar a su victimización, tenemos que atender a la sociedad misma de la que hacen parte, que de por sí les está contaminando y pervirtiendo sin miramientos ni escrúpulos de ninguna clase. Las voces de protesta concedemos que las hay, pero son pocas y no alcanzan el tono suficiente para ser oídas y atendidas por quienes tienen poder de decisión: el Estado en materia de educación sexual o que es lo mismo decir, prevención y política criminal.

Las estudiantes de las que hablamos, retomando el hilo de la exposición, generalmente son presa fácil para *“el pavo”*, que es el ayudante del conductor del bus, o de éste último. Cuando se toman el trabajo de *“enamorarlas”*, o más bien *“seducirlas”*, tenemos que la iniciación a la actividad sexual configura el delito de estupro; si ya ha habido una pareja sexual previa, corrupción de menores; y también puede suceder que sean forzadas al coito, que se las viole; luego, que se las mantenga calladas y a su servicio sexual, bajo el convencimiento de que *“dejará a su mujer e hijos”*, para formar pareja con ella.

En cuanto al perfil de la víctima de trata sexual o explotación sexual comercial, por lo que hemos visto, es el mismo de aquella que estaba siendo *“prostituida”*, ahora *“explotada”*, para emplear el vocablo que se acepta actualmente por más respetuoso a la dignidad de la persona.

Carenciadas materialmente o afectivamente, son estas víctimas enganchadas en gran medida por el explotador, precisamente porque no tienen en sus vidas, o no la experimentan real, atención, apoyo de sus padres, o custodios, si son niños, niñas y adolescentes, y cuando adultas, porque han vivido y sufrido estas necesidades, y no les han sido compensadas. Son ya, a su vez, responsables por otros, *“tienen hijos que mantener”*, que dejaron atrás, en sus países de origen, como veremos al abordar la trata sexual.

Algunas, cuando descubiertas enroladas en una red, para servicios locales o internacionales, de sexo y pornografía, se resienten con la autoridad y no quieren se las coarte en esta posibilidad de ganar *“buen dinero, fácil”*; otras, las más denigradas en la situación, las más impactadas por los estragos del delito, quisieran estar de vuelta en sus hogares, con sus madres, y hacer como si nada hubiera ocurrido. Lo triste es que esa madre no está a su alcance, no la conoce o si es el caso, ya no sabe su paradero, tampoco tienen *“un hogar”* donde volver, una familia a la que regresar. En estos casos resulta urgente la elaboración de un plan de protección y reeducación de estas víctimas en el ámbito nacional, a gran escala; porque tienen derecho legítimo a todas las oportunidades que la vida les pueda presentar.

Un grupo que preocupa haga parte de la caracterización de víctimas que hacemos en este trabajo, son los niños y niñas, los preadolescentes y adolescentes. ¿Cuáles son los factores de riesgo más relevantes que deben anotarse aquí? En primer lugar, la funcionalidad o no de su hogar. La calidad personal y moral de sus custodios-guardianes, sean sus padres u otros parientes. Su edad, en segundo lugar, es primordial en el examen de este tema. Un pequeño que todavía no verbaliza lo que le hacen, ni quién se lo hace, que aunque pudiera hablarlo no lo entiende como un acto de abuso sexual, está en muy grave riesgo ante el delito.

Los autores Ruth y Henry Kempe, en su obra *“Niños maltratados”*, describen a la víctima persona menor de edad, indicando que son sujetos al riesgo de estos delitos, aquellos que presentan: *“Problemas con relación a la comunicación en el lenguaje (lectura y escritura); se muestran temerosos, tímidos e inseguros; aptitudes de total sumisión”*.⁴²

Hemos notado que en la mayoría de los procesos en que nos ha tocado intervenir, la víctima en edad preescolar sí tiende a manifestar, ante su custodio más confiable, que está siendo abusado/a, lo que revela a su modo, con señales de alarma propias de la situación que afortunadamente los especialistas peditricas como los pediatras, han aprendido a reconocer y han acordado establecer como tales.

La incontinencia urinaria o de heces; el cambio súbito de ánimo, de carácter, de comportamiento; un rechazo inexplicable hacia las muestras de afecto de un pariente que antes que iniciara el abuso le era muy querido, son serios indicadores del delito, más cuando se conjugan a una historia de cargo receptada por autoridad idónea ante la ley para tales efectos; es decir, un especialista en trabajo social o en psicología del cuerpo interdisciplinario de un Juzgado de Niñez y Adolescencia; del Centro de Atención a la Víctima o del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

⁴² Kempe, Ruth y Henry Kempe. Niños maltratados. Traducción de Alfredo Guerra Minallos. Colección Sicológica. Madrid: Ediciones Morata, S.A., p. 11.

Las especialistas Giovanna De León y Catalina Álvarez resumen, en su obra *“Abuso infantil. Evaluación y tratamiento clínico”*, los síntomas físicos del delito, indicando que son:

- “1. Al niño/a se le diagnostica enfermedades sexualmente transmitidas.
2. El niño/a sufre de una infección genital o secreciones genitales.
3. El niño/a sufre de algún trauma o irritación en el área genital o anal, por ejemplo: dolor, picazón, sangramientos, laceraciones, hinchazón, moretones entre otros; especialmente cuando las explicaciones de los padres son inconsistentes.
4. El niño/a sufre de dolor al orinar o al defecar.
5. El niño/a tiene dificultades al caminar o al sentarse, ya que su región genital o anal le duele.
6. El niño/a manifiesta dolor de estómago, dolor de cabeza, diarrea, etc.”⁴³

Esta caracterización de las víctimas de violencia sexual que presentamos, debe incluir a las personas con discapacidad física en la medida que ésta les sea una condición de vulnerabilidad ante el agresor, lo mismo que a aquellas con discapacidad mental, que las asimile a una persona menor de edad. Deberá entenderse que es víctima con discapacidad la persona a quien esta condición le supone particular vulnerabilidad ante el delito.

La experiencia nos ha enseñado que la condición de discapacidad de una persona es un factor de riesgo, reiteramos, conforme está definida en el numeral 4 del artículo 3 de la Ley 42 de 1999, como alteración funcional, permanente o temporal, total o parcial, física, sensorial o mental, que limita la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal en el ser humano y que se considera una circunstancia agravante de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 88 del Código Penal.

Y es que precisamente por su estado se encuentra en desventaja ante el victimario, que pudiera ser superior en fuerzas, como también en capacidad intelectual. Los ataques suceden en el lugar donde habitan, casi siempre el autor del delito es un pariente muy próximo, un amigo cercano a la casa, un vecino de confianza; también he visto casos en que se trata de un maestro, o un ministro de culto el que les somete carnalmente o les abusa sujetándoles a otros actos lesivos a su integridad y libertad sexual (tocamientos, masturbación conducida, fellatio).

Hace algunos años, revisamos un caso en el que los peritos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se pronunciaron señalando que el sujeto agredido, aun con retraso mental de moderado a profundo, había enriquecido su conocimiento de vida, por la edad cronológica alcanzada, de 22 años, lo que permitía tuviera plena conciencia de las personas que lo rodeaban y de *“sus conocidos”* vecinos. En ese proceso, el muchacho acusaba a un hombre joven adulto, por su apodo, y le atribuía haberle causado un *“ayayai atrás”*. Había llegado a su casa con un severo desgarró en el ano, que requirió fuera suturado en más de 20 puntos, y el prepucio, también le fue lacerado, con sangrado abundante, que denotaba había sido masturbado mecánicamente.

En primera instancia el sindicado fue condenado, pero en apelación, la defensa consiguió que el Segundo Tribunal Superior absolviera, disminuyendo la calidad del señalamiento comunicado por la víctima con

⁴³ De León, Giovanna y Catalina Álvarez. *Abuso infantil. Evaluación y tratamiento clínico*. Primera edición. Editora Casacultura, p. 30.

discapacidad mental, ante los peritos del Institución de Medicina Legal y Ciencias Forenses, por cuanto provenía de un testimonio “de referencia” de la acusación escuchada al examinado. Empero, la fiscalía llevó la controversia a instancia extraordinaria y la sentencia fue casada por fallo unánime de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, bajo la ponencia del magistrado César Pereira Burgos, el 19 de marzo de 2004, quedando claro que la palabra de inculpación de esta víctima era jurídicamente válida, porque había sido comunicada en el caso por la vía idónea, y no se produjo prueba de descargo que de manera razonable, la desvirtuara, no obstante su condición de discapacidad mental.

A continuación transcribimos en lo relevante, la decisión:

“En segundo lugar se resalta, lo que para la Sala constituye el cargo de infracción más serio, que el juzgador de segunda instancia atribuye un sentido y un juicio de valor erróneo a las experticias médicas practicadas a la víctima. A este respecto, se observa que el Tribunal Superior se limitó a señalar que estos informes no pueden formar por sí solos plena prueba para estructurar una sentencia condenatoria (f. 467). No obstante, la consideración adecuada de lo plasmado en dichas experticias revela una situación diferente. Veamos.

...

Como se aprecia, el cúmulo de dictámenes médicos practicados por galenos que dominan el área de la sicología y psiquiatría forense, ponen en evidencia que la versión dada por el ofendido () de que su agresor fue () alias (), ha sido veraz, consistente y no sujeta a manipulación alguna, por el contrario a lo manifestado por el ad-quem, dichas piezas poseen la eficacia e idoneidad para acreditar la responsabilidad penal del imputado, lo que aunado a las comprobaciones emanadas del material probatorio examinado en esta causa, no deja dudas que la autoría material del presente hecho delictivo recae en ().”

2.4.6 La retractación y el desistimiento de la acusación

Cuando se produce la retractación de la víctima, ¿qué efectos operan en el proceso? Tal manifestación exige cuidadoso análisis, lo mismo que en su momento, lo mereció la acusación. La jurisprudencia desarrollada en nuestro medio, cuando iluminada por la doctrina más respetada, se inclina a exigir de la retractación las mismas exigencias que se demandan del señalamiento de la víctima, para causar el resultado de una anulación de los cargos, y la consecuente exculpación de quien estuviera sindicado.

¿Cuáles son estas exigencias? Pues, la palabra de inculpación de la víctima ha de ser firme, constante, coherente, razonable y consistente con el resto de material de prueba acopiado. Lo mismo entonces, la retractación debe cumplir con estas condiciones, de lo contrario, se la tiene por jurídicamente inválida. A estas reflexiones se suman aquellas que reconocen veracidad a las declaraciones primeras, por más cercanas a la experiencia del delito, más espontáneamente expuestas, precisamente en medio de la conmoción de lo sufrido.⁴⁴ El tiempo, luego conmina a las personas a tomar conciencia de lo que han dicho y sus consecuencias para el acusado. La retractación sucede, entonces, en la gran mayoría de los casos, de parte de la mujer, a favor del marido o el novio; de la hija o sobrina, por el padre o tío; es decir, entre personas ligadas unas a otras, por estrechos vínculos de familiaridad o amistad. Se hace urgente de pronto (suelen transcurrir algunos meses

⁴⁴ Cadul Rodríguez, Omar y Rigoberto González. Jurisprudencia penal. Segunda edición. Panamá: Editorial Mizrahi & Pujol, 1999, pp. 274, 276-277.

desde la primera declaración-denuncia), rescatar al victimario de la cárcel (o del riesgo vaya a parar en una), aun declarando se ha mentido, y esto, bajo cualquier excusa, la más de las veces, baladí, absurda, evidentemente fabricada por presión de terceros, sean parientes, sea el abogado que cree que de esta forma logrará rápido la libertad del cliente.

Puntualizamos: la retractación debe examinarse cual si fuera en un lente de laboratorio, con la más potente de las lupas de aumento.

Cuando se trata de criaturas impúberes, que ya han sido entrevistadas por el equipo interdisciplinario de un Juzgado de Niñez y Adolescencia, por los especialistas del Centro de Atención a la Víctima y del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, creemos muy improbable que haya mentido a todos.

En Sentencia 69 de 30 de abril de 2003, el Segundo Tribunal de Justicia expresó, al evaluar las cualidades del señalamiento de la víctima a efectos de fundamentar un juicio de culpabilidad, que debía estar provisto de: *“Consistencia, verosimilitud y lógica en espacio y tiempo, ...ello es así por cuanto que en esta categoría de delitos, la clandestinidad es precisamente un presupuesto típico, toda vez que al momento de su consumación únicamente concurren la víctima y el sujeto activo...”*

A manera de complemento, mencionamos que el Tribunal Oral en lo Penal de La Serena en Chile⁴⁵, ha expresado que los delitos de abusos sexuales responden muchas veces a la siguiente dinámica:

“En primer lugar, existe una fase de seducción. Lo sigue una de interacción sexual. A continuación, la imposición del secreto o ley del silencio para evitar que otros se enteren del abuso, rara vez, es la propia víctima que denuncia. Finalmente, un proceso de divulgación o denuncia, cuando por alguna razón el abuso se hace público. Sin embargo, esta fase es seguida por otra que se caracteriza porque la propia víctima se reprime y se retracta de lo denunciado.”

Si la retractación es de un mayor de edad, ¿qué pasa? Pues igual se la trata bajo el mismo rigor que aquella presentada por una víctima menor de edad. Siempre habrá de atenderse a la correspondencia de esta manifestación con la realidad material acreditada hasta el momento en que se produzca. De ahí entonces, las decisiones que se toman, concediendo o negando lo que casi siempre se pretende, la libertad del sindicado, que hasta entonces está bajo detención preventiva, o un desenlace procesal distinto del que se prevé, la absolución, en lugar de la condena.

Sobre este particular, tenemos que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia le ha negado valor probatorio a la retractación si ésta no es consistente con el resto del caudal probatorio, tal como se verifica en pronunciamiento de 19 de junio de 2006, en el que se expresó que:

⁴⁵ Caso RIT 25-2002, citado por Lidia Casas Becerra. Op. Cit. . 139.

“Como bien podemos observar, de las pruebas señaladas se desprende claramente que los señores ... y ..., fueron los sujetos que abusaron sexualmente de la joven D.S.R.; por tanto, llama la atención que el juzgador de segunda instancia le haya conferido máximo valor legal a una retractación hecha un año después de ocurrido el delito investigado, si dicha declaración no se compagina con las primeras versiones ofrecidas por la ofendida, ni con las deposiciones de los victimarios, ni con los resultados de los exámenes médico legales practicados a D.S.R.”

Finalmente, es necesario aclarar sobre la declaración de desistimiento de la víctima, que *“no quiere se siga investigando el delito que denunció”; que “no tiene tiempo para continuar colaborando en la instrucción”; que “no desea que el victimario esté preso porque así se lo han pedido los parientes”, “porque después de todo, el daño causado a la criatura víctima no fue tan grave, pues no está desflorada según el médico forense”.*

Ocurre que en la generalidad de los sumarios por delitos sexuales, como hemos expuesto antes, la instrucción es de oficio, ya que la formalidad de la querrela oportuna para legitimar la actuación del Ministerio Fiscal es excepcional, de modo que el desistimiento de la pretensión punitiva no opera el cese de la investigación o el archivo del proceso, ni siquiera en los casos en que presentada la querrela cuando se requiere, se haga tal manifestación, pues conforme se prevé en el artículo 2002 del Código Judicial, la investigación continúa de oficio.

2.4.7. Sobre la competencia en materia de investigación de delitos sexuales:

Mediante Resolución No. 20 de 11 de julio de 2008, la Procuraduría General de la Nación tomó medidas para la distribución de las causas a nivel institucional, producto del cambio de rango de penas que fijaban la distinción de competencia entre la esfera municipal y circuital, pero que podía llevar afectación en la investigación de los delitos propios de especialidad, entre ellos, los delitos de naturaleza sexual.

Ello, con fundamento en la competencia genérica que tienen las agencias del Ministerio Público en la materia.

2.5. Investigación y juzgamiento de los delitos sexuales conforme al Código Procesal Penal

El problema que se presenta en la dinámica de los delitos sexuales no se modifica por la adopción de un sistema de juzgamiento penal distinto. Lo que cambia particularmente es la forma en que se realizan las diligencias de investigación y se aducen, admiten y practican las pruebas. De allí que en esta sección, nos dedicaremos a destacar las innovaciones introducidas en ese sentido mediante la reforma procesal penal.

Con la aprobación de la Ley 63 de 28 de agosto de 2008, la República de Panamá adoptó un sistema penal de corte acusatorio, en el cual resulta característico la introducción de la oralidad desde la etapa de investigación, la separación de funciones, el control de garantías fundamentales y la relevancia del juicio con la vigencia de la mencionada oralidad, en conjunción con la publicidad, inmediación y contradictorio, entre otros principios.

Dicho texto legal, desde sus primeros artículos, establece los lineamientos que deben fundamentar la actuación de los/las fiscales y jueces/zas en términos generales, y en el caso particular de este módulo, en materia de delitos contra la libertad e integridad sexual.

2.5.1 Principios, garantías y reglas de especial relevancia

Una de las novedades que plantea el Código Procesal Penal es que siendo complemento del segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política, nos orienta a incorporar en la interpretación y aplicación de la ley penal, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, tales como lo son: la Convención de los Derechos del Niño y su protocolo facultativo, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, entre otros.

El contenido de los referidos tratados y convenios no constituye prueba en el proceso, pero tienen la importante función de contribuir a ampliar el marco argumentativo de los actores, a efectos que se exija su respeto y aplicación en el contexto del ejercicio del *ius puniendi*.

Se reconoce además el principio de separación de funciones, conforme al cual, sin formulación de cargos no hay juicio ni se puede imponer pena sin acusación probada. Desde la formulación de la imputación que debe realizar el Ministerio Público ante el/la Juez/a de Garantías, acto en el cual explicará al imputado en presencia de su defensor/a cuáles son los hechos que se le atribuyen, cuál es la disposición que considera violada y los elementos de convicción que sirven para acreditar tal señalamiento, se fija un marco procesal que debe ser respetado. Los hechos tal como fueron planteados en esa audiencia deben permanecer invariables y por ello deben formularse en un lenguaje común y sencillo, no sujetos a interpretaciones, sino que le permitan al imputado claramente saber qué conducta punible se le atribuye.

Posterior a este acto, se fija un límite para concluir la realización de las actividades investigativas, que conforme a la ley es de 6 meses (plazo legal), puede ser menor en el caso que las partes lo soliciten al/la Juez/a de Garantías producto de la poca complicación del caso (plazo judicial) o puede ser extendido hasta 2 años, mediante la figura de la prórroga, cuya concesión debe basarse en la complejidad de la causa, ya sea porque se investigan varios delitos a la vez, hay múltiples víctimas o imputados. Llegado el momento de la presentación de la acusación, se reitera el aspecto fáctico planteado desde la formulación de la imputación y corresponderá luego en el juicio oral, practicar las pruebas necesarias para acreditar la misma.

En el nuevo esquema hay una redefinición de roles, conforme al cual el Ministerio Público se dedica a los actos de investigación, al control de cargas procesales procurando la aplicación de procedimientos alternos a la solución del conflicto, así como a acusar en los casos que se amerite, en tanto que los jueces se encargan del control de garantías fundamentales y el juzgamiento.

Se impone al Ministerio Público el deber de investigar objetivamente tanto lo favorable como lo desfavorable a los sujetos procesales, obligación que tiene un alcance, tal como lo explican Mauricio Duce y Cristián Riego, de trabajar conforme al “profesionalismo, la lealtad y buena fe.”⁴⁶

Aparece como cambio relevante en el nuevo Código Procesal Penal el Control judicial de derechos fundamentales por parte del/la Juez/a de Garantías, es decir, que existe un/a funcionario/a judicial llamado/a a controlar de forma previa o posterior, pero durante la primera fase del proceso, los actos de investigación que realice el Ministerio Público y que puedan conllevar afectación de derechos como la libertad, la intimidad o el patrimonio de los intervinientes. Asimismo controlará que las audiencias preliminares se circunscriban al tema para el cual fueron solicitadas y que las partes argumenten sobre los aspectos concretos en debate.

De allí que el Ministerio Público no podrá imponer medidas cautelares de carácter personal, sino que le corresponderá fundamentar su petición ante el/la Juez/a de Garantías y en presencia de la defensa, quien podrá contra argumentar sobre el pedido del Fiscal, en tanto que al funcionario/a judicial le corresponderá decidir en función de las exigencias normativas de tales medidas (supuesto material y exigencias de cautelaridad, pues sin la existencia de éstas últimas no deben aplicarse).

La protección de víctimas, testigos, denunciantes y demás colaboradores/as estará a cargo del Ministerio Público, en todas las etapas del procedimiento, el cual debe ser un programa que tenga sustento en aportes científicos (pautas de evaluación de riesgo) y que debe contar con recursos suficientes para emprenderlo, al tiempo que debe ser una persona distinta del/la fiscal quien se ocupe de tales labores, siempre en base a sus principios rectores: consentimiento, reserva, investigación, temporalidad, fundamento de la protección.⁴⁷

En materia de delitos contra la libertad e integridad sexual el artículo 333 del Código Procesal Penal establece un catálogo de estas medidas, las cuales pueden ser impuestas por el/la Fiscal, el/la Juez/a de Garantías o el Tribunal de Juicio, sujetas a las disposiciones complementarias que sobre la materia establece la ley.

El Código Procesal Penal establece en su artículo 28 el respeto a la diversidad cultural de los intervinientes. Por lo tanto hace un llamado al respeto por la diversidad e inclusive en su artículo 49 le da competencia a las Autoridades Tradicionales Indígenas para conocer aquellas conductas sancionadas de acuerdo con el Derecho Indígena y la Carta Orgánica y a los Jueces Comarcales el deber de investigar y juzgar los delitos que en el territorio de la comarca se cometan, incluidos los sexuales.

Adicional a lo anterior, conforme a la Convención 169 de la OIT, ratificada por Panamá recientemente, tienen derecho a la jurisdicción propia en orden a la sanción de los delitos cometidos por sus miembros.

Por otra parte, la publicidad se fortalece con la introducción de las audiencias previas, en las que la exposición pública permite el control de las partes entre sí y el control de la ciudadanía respecto del funcionamiento concreto del sistema. No obstante lo anterior, habrán excepciones de acuerdo con el artículo 362 del Código Procesal Penal y particularmente serán aplicables los numerales 1 ó 3, dependiendo del caso, en materia de delitos sexuales. Veamos:

⁴⁶ Duce, Mauricio y Cristián Riego. Proceso Penal. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2009. P. 146.

⁴⁷ Batista Domínguez, Abilio y Delia Adelina De Castro Díaz. La protección de víctimas y testigos en el proceso penal panameño. Editorial Mizrahi & Pujol. Panamá, 2008. pp 140 – 141.

“Artículo 362. Excepciones a la publicidad. El juicio será público. No obstante, el Tribunal podrá decidir fundadamente que se realice total o parcialmente en forma privada en los siguientes casos:

- 1. Cuando se pueda afectar la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes.*
- 2. Cuando peligre un secreto oficial, profesional, particular, comercial o industrial, cuya revelación cause perjuicio grave.*
- 3. Cuando la víctima sea una persona menor de edad.*

El Tribunal podrá imponer a las partes que intervienen en el acto el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaron o conocieron.”

Como se aprecia, el Código Procesal Penal varía notablemente las formas del procedimiento, procurando la existencia de procedimientos más ágiles, pero a la vez respetuosos de los derechos fundamentales.

2.5.2 El inicio de la investigación:

2.5.2.1 De oficio

La regla general es que la investigación debe iniciar de oficio, es decir, desde el momento en que las autoridades competentes conocen de la existencia de un delito, como lo dispone el artículo 71 del CPP, pero el nuevo Código establece una diversidad de figuras y cambios, algunos de los cuales atañen a los delitos sexuales.

2.7.2.2 Denuncia

La denuncia continúa siendo aquel relato que expone una persona ante la autoridad competente de investigar el caso, sin ser necesariamente la persona ofendida por el delito y sin tener la obligación de acreditar su dicho. Es el artículo 82 del CPP el que aborda la materia en los siguientes términos:

“Artículo 82. Presentación de la denuncia. Las denuncias no requieren formalidad o solemnidad alguna y pueden ser anónimas. Se presentarán verbalmente o por escrito; en este último caso, deberán contener, si fuera posible, la relación circunstancial del hecho con indicación de quiénes son los autores o partícipes, los afectados, los testigos y cualquiera otra información necesaria para la comprobación del hecho y la calificación legal. En el caso de denuncia verbal, se levantará un registro en presencia del denunciante, quien lo podrá firmar junto con el funcionario que la reciba, excepto en el caso de denuncia anónima. La denuncia escrita será firmada por el denunciante. En ambos casos, si el denunciante no pudiera firmar, lo hará un tercero a su ruego.”

Por otro lado, se introduce una novedad consistente en el requerimiento de denuncia de parte ofendida, en el caso de los dos delitos de naturaleza sexual en particular, veamos:

“Artículo 112. Acción pública dependiente de instancia privada. Los delitos de acción pública dependiente de instancia privada requieren de la denuncia de la parte ofendida. Son delitos de acción pública dependiente de instancia privada los siguientes:

1. Acoso sexual y abusos deshonestos, cuando la víctima sea mayor de edad.”

Lo anterior significa en estos delitos (hostigamiento sexual y actos libidinosos, conforme se extrae que se denominan en el Código Penal) no se procederá a la investigación de forma oficiosa, por depender de la persona adulta, en el contexto del libre ejercicio de su sexualidad, decidir si promueve el ejercicio de la acción penal.

2.7.2.3 Querrela:

La querrela, al igual que lo permite el Código Judicial, puede ser necesaria si es requerida para provocar el inicio de la investigación conforme lo establece el artículo 114 del Código Procesal Penal (calumnia e injuria, cheques sin fondo, competencia desleal y revelación de secretos empresariales) o coadyuvante, en el caso que la víctima desee ejercer todos los derechos de parte en el proceso.

En este último caso, el artículo 88 del Código Procesal Penal exige que se cumplan una serie de requisitos, particularmente que la acción debe ejercitarse a través de apoderado/a judicial, por escrito, en el cual deberá expresar:

“1. Los datos de identidad, domicilio y firma del querellante y del apoderado judicial.

2. Los datos de identidad y el domicilio del querellado o, si se ignoran, cualquier descripción que sirva para identificarlo.

3. Una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho, con indicación del lugar y el momento en que se ejecutó, si se sabe.

4. Los hechos y motivos en que se funda la acción civil y la cuantía provisional del daño cuya reparación se pretende.

5. Los elementos de prueba que se ofrezcan, indicando en su caso los datos que permitan llevar adelante su práctica.

Si se trata de testigos o peritos, además de los datos personales y el domicilio, se deberán indicar los hechos sobre los que estos serán examinados o requeridos.

La presentación deberá acompañarse con una copia del escrito para cada querellado.”

Esta acción puede ser presentada ante la fiscalía durante la fase de investigación o ante el juzgado de garantías en la fase intermedia y será admitida siempre que cumpla con los requisitos enunciados, que el/la querellante sea legítimo/a y que el delito no esté prescrito.

2.5.3 Etapas de la fase de investigación

La investigación en el nuevo sistema se caracteriza por la desformalización, es decir, no hay un catálogo específico de situaciones a probar en cada delito, puesto que ello lo va a determinar el plan de investigación que adopte el/la fiscal con su equipo de trabajo.

Por otro lado, mientras no haya persona vinculada al proceso o imputada, el tiempo para investigar es amplio. Esto hace que la fase de investigación se divida en etapa preliminar o previa a la imputación y preparatoria. En la primera etapa el límite de tiempo que tiene la fiscalía para adelantar los actos de investigación lo marca la prescripción establecida por ley para el delito y mientras no esté prescrito, la investigación puede seguir abierta.

En ese espacio se pueden practicar todas aquellas diligencias que no afecten derechos fundamentales de quien pueda resultar vinculado al proceso porque si se afectan, esto le daría autorización para solicitar que se fuerce la formulación de imputación ante el/la Juez/a de Garantías. En la segunda etapa, es decir, la preparatoria, que inicia a partir de que se formula la imputación, el fiscal debe realizar todas aquellas diligencias dirigidas a confirmar o descartar si en el caso se debe o no presentar acusación. Para esta etapa entran a regir los plazos (legal, judicial o extendido por prórroga) que antes señalamos.

Varios son los aspectos a destacar sobre esta etapa:

- Que la fiscalía debe armar un plan de trabajo que permita obtener identificar el camino a seguir en la investigación, verificar y controlar el avance de las actividades investigativas, planificar los recursos humanos y económicos a utilizar, así como monitorear el avance adecuado de su actividad de persecución criminal. Esto debe hacerlo en coordinación con su equipo de policía judicial, dado que a partir del mismo se genera lo que conocemos como la hipótesis delictiva.
- Que la investigación se realiza sobre la base de un tipo penal respecto del cual hay que procurar acreditar cada uno de sus elementos constitutivos.
- Ya no se recaban pruebas, sino elementos de convicción, que no son más que aquellos producidos en el contexto de la actuación del/la fiscal y de su equipo de trabajo, como consecuencia de los actos de investigación que adelantan para esclarecer los hechos. Los elementos de convicción tienen que introducirse a juicio, ya sea mediante los testigos, peritos o por lectura (en casos excepcionales: prueba anticipada y documental) para que tengan validez a efectos de fundamentar una decisión.
- Que desde el inicio de la investigación hay oralidad, entendida esta como la presentación organizada de causas, mediante el uso de técnicas de litigación y argumentación de forma concreta, dirigida a lograr el convencimiento del/la juzgador/a acerca de los aspectos que se le plantean.
- Que hay protección de derechos fundamentales y el control del respeto de éstos se verifica desde el inicio de la investigación.
- Que la preservación de las evidencias y el resguardo de la cadena de custodia es esencial para el éxito de la investigación y del ejercicio de la acción penal en el juicio oral, de ser el caso. Por ello, el abordaje de la víctima, persona sobre la cual ha recaído la acción delictiva, debe realizarse, en la medida de lo posible, durante las primeras horas de ocurrencia del ilícito.

2.5.4 El control de los actos de investigación:

Los actos de investigación durante el proceso, a pesar que han sido entregados al Ministerio Público, dependiendo de que puedan ocasionar o no afectación a los derechos fundamentales de las partes, estarán sujetos a control previo (verificación de la existencia de los supuestos materiales para que pueda ejecutarse la diligencia) o a control posterior (confirmación de la existencia previa de los supuestos materiales y la realización de la diligencia conforme al debido proceso).

Cuando el derecho fundamental tutelado es más relevante, hay control previo (libertad, derecho a la privacidad del domicilio, intimidad de las comunicaciones), con algunas excepciones y cuando la afectación puede resultar de menor envergadura o se requiere garantizar su efectividad, el control será posterior. Otros actos, por ser

eminentemente investigativos y no vulneradores de derechos fundamentales *per sé*, no estarán sujetos a control, lo que no descarta que su resultado, si se pretende utilizar o introducir como prueba en el juicio, tenga que ser verificado o controlado por el/la Juez/a de Garantías, que inclusive en la fase intermedia deberá excluir del proceso todo aquellos que estén revestidos de ilicitud.

El Código Procesal Penal enuncia entre los actos que requieren control previo, los allanamientos, las intervenciones corporales, la interceptación de las comunicaciones y la incautación de correspondencia. Entre los actos sujetos a control posterior las operaciones encubiertas, entregas vigiladas internacionales y la incautación de datos. En tanto que los actos que no requieren control son las entrevistas, las inspecciones, el reconocimiento en fila de personas, el levantamiento del cadáver y todas aquellas que pueden practicarse por iniciativa del cuerpo investigador que no vulneran de primera mano un derecho fundamental.

2.5.5 Sobre la prescripción

Para los delitos sexuales aplica lo establecido en el numeral 1 del artículo 116, es decir, que en estos casos la acción penal prescribirá *“en un plazo igual al máximo de la pena de prisión correspondiente al delito imputado.”*

En tanto que el inicio del plazo de prescripción, se mantiene la referencia a víctimas menores de edad (niños, niñas y adolescentes), evento en el cual ésta empieza a correr a partir de la fecha en que la víctima cumpla la mayoría de edad (artículo 119).

2.5.6. Especial referencia a las intervenciones corporales:

En materia de delitos sexuales un elemento fundamental para la acreditación del delito lo es el resultado de la intervención corporal a la víctima, ese examen del médico forense que contribuye a establecer la existencia del acto sexual no consentido o violatorio de la ley penal.

Ya hemos planteado previamente que el hecho que no exista esta evidencia no constituye elemento que de por sí descarte la persecución penal en el caso, pues habrá ocasiones en que “las circunstancias de la comisión del delito no dejan generalmente rastros, ya sea lesiones o secreciones del imputado. Por ejemplo, es lo que ocurre con la violación en la hipótesis de amenaza.... Otro tanto ocurre en caso en que la víctima, por deficiencias del sistema, no fue atendida en un centro asistencial, o bien, concurrió tardíamente, perdiendo la posibilidad de contar con este tipo de prueba.”⁴⁸ Ante estos eventos el/la fiscal deberá considerar su escenario probatorio, qué tan creíble es su víctima, cómo ha narrado los hechos y la forma en que estos son consistentes con otros hallazgos, a efectos de definir su estrategia de persecución criminal.

Algo distinto ocurre en lo relativo al consentimiento, para practicar o no una intervención corporal. Si la víctima es adulta y no consiente la intervención corporal, manifiesta un desinterés en que se continúe el proceso, no resultaría adecuado continuar con la investigación, porque además de que la ley del consentimiento informado del paciente la protege, el artículo 313 del Código Procesal Penal se pronuncia en ese sentido.

⁴⁸ Casas Becerra, Lidia. Op. Cit. P.145.

Respecto de los niños, niñas y adolescentes, la situación presenta una variación, puesto que allí son los/las representantes legales los autorizados para tales fines conforme al código de procedimiento que señala que:

“Artículo 313. Intervenciones corporales a las víctimas. Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en los que resulte necesaria la práctica de exámenes físicos a las víctimas, como extracciones de sangre o toma de muestras de fluidos corporales, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, los organismos judiciales requerirán el auxilio del perito forense a fin de realizar los exámenes respectivos.

En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuera menor o incapaz y si estos no lo presentaran se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos.”

No podemos pasar por alto que, en ocasiones, puede ocurrir que quien deba dar la autorización o expresar consentimiento para la intervención corporal pudiera ser la o el agresor del niño, niña o adolescente y puede tener un interés manifiesto en evitar la persecución. En ese mismo sentido puede ocurrir que estas víctimas en condición especial de vulnerabilidad por habersele impuesto la ley del silencio, no deseén cooperar en lo absoluto con las investigaciones.

Para estos efectos, hay que considerar que así como se entiende que el niño, niña y adolescente no tiene capacidad para consentir libremente sostener actos sexuales, tampoco puede por sí mismo, determinar no contribuir con las autoridades en el seguimiento de causa. En razón de lo que dispone la ley de consentimiento informado del paciente, una persona menor de 16 años de edad no puede brindar su consentimiento directo para la práctica de exámenes o procedimientos médicos, pero además, atendiendo el interés superior del niño, niña y adolescente (en los casos que se sospecha que el pariente cercano que no da a autorización es precisamente el agresor), se puede requerir en el marco de la jurisdicción especial diseñada para la niñez, que sea el juez quien dé esta autorización conforme lo permiten las leyes de familia, pero siempre teniendo presente el interés superior de las personas menores de edad.

2.5.7 Procedimientos alternos para la solución del conflicto penal

El nuevo sistema procesal descansa sobre la base que un número importante de casos deben ser resueltos previo al juicio, a efectos que se controlen las cargas procesales, se produzcan ahorros en materia de tiempo, recurso humano y económico dedicado a la persecución y juzgamiento de los delitos.

El Código Procesal Penal reconoce figuras como el desistimiento, la conciliación, mediación, la suspensión condicional del proceso a prueba, el criterio de oportunidad y los acuerdos de rebaja de pena tanto por aceptación de cargos, como de colaboración eficaz, es decir, por proporcionar datos que permitan conocer más ampliamente cómo se cometió el delito y ubicar a otras personas vinculadas al hecho.

Para el caso de los delitos sexuales, conforme los límites legislativos lo plantean, las salidas viables serán la suspensión condicional de proceso a prueba, siempre que la expectativa de pena a imponer no supere los 3 años de prisión, el imputado acepte los hechos, no registre antecedentes penales y se haya convenido en la indemnización de la víctima del delito; de igual manera se admiten los acuerdos de colaboración eficaz y rebaja

de pena. No obstante lo anterior, en cada ocasión es recomendable evaluar los intereses de la víctima, debido a que la Convención Belem do Pará, le reconoce a la mujer que haya sido sometida a violencia, en el literal f del artículo 7, el derecho a procedimiento legal justo y eficaz, que incluya entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

Adicional a lo anterior, se presentan las posibilidades cesar en la investigación, cuando no sea posible comprobar el delito o la vinculación de persona alguna (archivo provisional) o cuando el hecho no constituya delito (desestimación), para lo cual los/las fiscales deben tener muy en cuenta las dificultades propias que caracterizan a estos delitos, tales como su realización en la clandestinidad, en el ámbito de la familia lo cual en ocasiones limita la posibilidad de denunciar, la existencia de prejuicios que en ocasiones hace que se considere a la víctima poco creíble y antes de tomar estas medidas, deben optar por examinar si pueden realizar un esfuerzo adicional a efectos agotar los mecanismos que le permitan definir con claridad y en un amplio sentido de justicia si procede o no ir a juicio.

2.5.8. La fase intermedia

En la fase intermedia se presenta la última oportunidad de la víctima para incorporarse al proceso como parte, ya sea mediante la adhesión a la acusación del Ministerio Público o de forma autónoma, siempre que el fiscal haya formulado acusación.

Corresponde en ese espacio organizar el juicio oral, mediante la identificación de las partes, la presentación de las proposiciones fácticas, la identificación de la norma jurídica violada, la determinación del grado de participación del acusado en el delito, la pena que se solicita, así como la prueba que se desea sea practicada en el debate público de fondo.

Es igualmente la última oportunidad que tiene la defensa para presentar una reparación concreta, para oponerse a la acusación por razones formales, cuya corrección se puede ordenar y para que planteé la prueba que hará valer en el juicio.

El cambio fundamental que se presenta, es que no hay norma que indique que basta el señalamiento de la víctima en materia de delitos sexuales para proceder a la apertura de causa criminal, pero sí resulta indispensable que el/la fiscal haya analizado su caso y tenga elementos que le permitan acreditar luego en juicio cada una de las exigencias del tipo penal al que alude, o al menos intentar hacerlo.

En el evento que el/la fiscal luego de concluir su investigación y habiendo formulado imputación a una persona como responsable del delito, decide luego solicitar su sobreseimiento, la víctima tiene la oportunidad de oponerse y requerir el reenvío de la causa al Ministerio Público para que otro/a fiscal examine el caso. Quedará en sus manos reiterar la petición antes planteada (que haría tránsito a cosa juzgada porque no admite la reapertura del proceso) o modificarla solicitando la acusación.

2.5.9 El juicio oral

El juicio oral es el escenario central y parte más relevante del nuevo proceso, en el cual corresponderá acreditar el delito y la correspondiente responsabilidad del procesado.

Es aquí donde realmente cobran vigencia plena los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradictorio, pues a las partes debidamente constituidas les corresponde probar, en presencia de los jueces del Tribunal de Juicio, su teoría del caso, la cual se expone en el alegato inicial o de apertura, a efectos de plantearle a quienes decidirán una historia lógica, sencilla, fundamentada en las pruebas que se practicarán en juicio que los lleve al convencimiento de que ello fue lo que ocurrió. Igual pronunciamiento puede hacer la querrela y le corresponderá a la defensa, definir su estrategia, ya sea desacreditar solo los planteamientos y pruebas de la fiscalía o plantear una tesis alternativa y acreditarla, lo cual también resulta válido.

Si un caso iniciado por delito sexual supera las fases previas, en el juicio oral se maximizan las posibilidades de afectación de ésta por su contacto con el sistema de justicia penal. Así, tendrá que ser interrogada por la fiscalía para fundar su credibilidad y la de su testimonio, relatando o reviviendo aquel escenario que le afectó su libertad o integridad sexual, según sea el caso; podrá ser repreguntada por la defensa, quien procurará desvirtuar ambos aspectos. Allí, es decir, en el escenario del contrainterrogatorio, el o la fiscal tienen la importante misión de controlar la actividad de la contraparte a través de las objeciones, de forma tal que evite que se respondan preguntas confusas o engañosas, compuestas, repetidas, que violen privilegios constitucionales, entre otras que resultan prohibidas.

Producto de esta intervención, deben ponerse en marcha de forma eficaz y más fuerte, las medidas de protección en juicio, tales como el uso de video conferencia, salones especiales para la toma de declaraciones, mamparas, entre otras que ayuden a minimizar el impacto de la diligencia. Si la situación de peligro para la vida o la seguridad de la víctima se dio desde la investigación, el numeral 2 del artículo 279 del Código Procesal Penal faculta a la práctica de la prueba anticipada y su posterior introducción por lectura al juicio oral como lo autoriza el numeral 1 del artículo 379 de la misma excerta legal y lo recomienda la Guía de Santiago de Protección de Víctimas y Testigos.

Los investigadores y peritos que hayan practicado dictámenes, también serán examinados por las partes, sometidos a una carga de preguntas no solo acerca de resultados o conclusiones alcanzadas, sino de procedimientos realizados, los cuales deben ser acordes con las técnicas y ciencias a las que se dedican y aplican. No basta entonces una simple ratificación del contenido del documento o la introducción al juicio del informe o el peritaje, sino que debe darse un interrogatorio exhaustivo al perito para que su relato sea lo relevante para la toma de la decisión. Siempre teniendo presente que a la contraparte hay que darle la oportunidad para que contrainterrogue.

La prueba documental podrá ser introducida, ya sea por lectura o a través de los testigos y peritos, evento en el cual se requiere sentar las bases, es decir, demostrar por qué ese testigo puede reconocer el objeto o el documento, a efectos de que se pueda tener luego como prueba.

Evacuada la prueba documental, testimonial y pericial, conforme a las reglas del Código Procesal Penal, se abre la oportunidad para el alegato de conclusión o final, en el cual se retoma la prueba practicada en juicio a efectos de establecer planteamientos lógicos que las vinculen, señale como fueron cumplidas las promesas y cómo la contraparte no logró hacerlo.

Los jueces del Tribunal de Juicio, atentos al debate, tendrán hasta 24 horas para deliberar y dictar el sentido del fallo, determinando la inocencia o culpabilidad del acusado para finalmente emitir luego su sentencia por escrito, cumpliendo con aquellos requisitos establecidos en el artículo 427 del Código Procesal Penal.

2.6 Especial referencia a la protección de víctimas del delito sexual

Las medidas de protección, son mecanismos que tienen como propósito brindar resguardo y seguridad a la víctima de un delito, a efectos de disminuir su impacto, evitar su prolongación y/o reiteración o de facilitar la participación procesal de ésta primordialmente en el juicio oral.

Ello es así porque producto de la comisión de un delito, la víctima puede enfrentar dos tipos de riesgos:

- Aquellos que surgen por su sola condición de víctima de un delito que dan lugar a la posibilidad de reiteración de la conducta punible, sobre todo si esta es violenta (violación sexual, trata sexual, explotación sexual comercial), evento en el cual ese riesgo va a estar asociado a su situación de vulnerabilidad o a la cercanía de la víctima con el agresor.
- Los que derivan de su participación en el proceso penal, en un contexto en el cual la validez de la prueba testimonial dependerá de su exposición en el juicio oral (salvo los casos excepcionales de prueba anticipada), por lo que puede ser intimidada o amenazada para que no rinda aquel testimonio que podría contribuir a la condena de su agresor o agresores.

Surgió, en consecuencia, la necesidad de que las autoridades tomaran medidas para garantizar su seguridad y protección. En el primer caso, mediante protección física dirigida a evitar la victimización primaria y en el segundo caso, a efectos de garantizar el testimonio y evitar la revictimización secundaria.

Tal como vimos de inicio, son varias legislaciones que confluyen en la materia, a las que se suma la Ley 31 de 28 de mayo de 1998⁴⁹, “*De Protección a las Víctimas del Delito*”, que prevé algunos derechos de las víctimas, tendentes a asegurar su integridad física y sicoemocional. En los numerales 3, 4 y 6 del artículo 2, se establece concretamente que:

“Artículo 2. Son derechos de la víctima:

1. ...
2. ...
3. *Recibir eficaz protección de las autoridades públicas, por actos que atenten contra su integridad personal y la de su familia, en razón de la cooperación que brinden en cumplimiento de la Ley.*
4. *Ser considerada su seguridad personal y la de su familia, cuando el juez o el funcionario de instrucción deba decidir o fijar la cuantía de una fianza de excarcelación, u otorgar la concesión de una medida cautelar personal sustitutiva de la detención preventiva a favor del imputado.*

⁴⁹ Esta ley mantendrá su vigencia mientras el Código Procesal Penal (CPP) va teniendo aplicación de forma progresiva, puesto que contiene los Derechos de la Víctimas, y esta es una materia que si bien está regulada en el nuevo Código, no entró a regir a nivel nacional de inmediato.

5. ...
6. *Ser oída por el juez, cuando éste deba decidir sobre la solicitud de archivo del expediente presentada por el Ministerio Público, la suspensión condicional del proceso penal, la suspensión condicional de la ejecución de la pena o el reemplazo de las penas cortas de privación de libertad a favor del imputado.*
7. *Ser oída por el Órgano Ejecutivo, cuando éste deba decidir sobre la rebaja de pena o sobre la concesión de la libertad condicional a favor del sancionado.*
8. ...
- ...”

Se aprecia con claridad que no se enunciaban medidas de protección específicamente, sino que se reconocía un derecho a la víctima a exigir protección y seguridad, que tenía que ser materializado por las autoridades competentes, en la práctica, al conocer los casos concretos y evaluar, de forma empírica, esto es, sin mayores parámetros legales concretos, el riesgo.

Con posterioridad la Ley 16 de 31 de marzo de 2004, con mayor especificidad, contemplaba en su normativa el Capítulo IV dedicado a las medidas de protección a la víctima de delitos sexuales, desarrollada en los artículos 17, 18, 19 y 20, pero que con la aprobación de la Ley 79 de 2011, han sido ampliados. Es de resaltar que estas medidas aplican para trata de personas y que con la modificación, deberán ser dispuestas por las autoridades competentes de atención, investigación y juzgamiento.

Así, en el artículo 36 de esta ley se establece que la víctima de la trata de personas (incluida la trata sexual) tendrá los siguientes derechos irrenunciables e indivisibles:

1. *A la protección de su integridad física y emocional.*
2. *A la protección de su identidad y privacidad, así como al respeto de su personalidad.*
3. *A recibir información clara y comprensible sobre los derechos que le asistan, en un idioma o medio que comprenda acorde a su edad, grado de madurez o discapacidad.*
4. *A ser informada de su derecho de ponerse en contacto con representantes diplomáticos y consulares del Estado de su nacionalidad.*
5. *A recibir información clara y comprensible sobre su situación legal y migratoria, en un idioma o medio que comprenda acorde a su edad, grado de madurez o discapacidad, y a tener acceso a servicios de asistencia y representación legal gratuita.*
6. *A recibir alojamiento apropiado, accesible y seguro, así como cobertura de sus necesidades básicas de alimentación, vestimenta e higiene.*
7. *A recibir asistencia médica y psicológica, incluyendo terapias y medicamentos.*
8. *A la protección migratoria, incluyendo el derecho a permanecer en el territorio nacional de conformidad con lo previsto en esta Ley.*
9. *A la repatriación voluntaria y segura a su país de origen o al país donde estuviera su domicilio.*
10. *Al respeto a todas las garantías procesales.*

En el caso de víctimas menores de edad o con discapacidad, además de los derechos enunciados en este artículo, se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales resultantes de su condición y se procurará su reintegración al núcleo familiar cuando esto sea seguro.

Artículo 37: La víctima de trata de personas no será detenida, acusada ni procesada por haber entrado o residir de manera irregular en el territorio nacional ni por haber participado en actividades ilícitas en la medida que esa participación sea consecuencia directa de su situación de víctima.

Artículo 38. En los casos de condena por delitos de trata de personas, el tribunal ordenara que se indemnice a la víctima por:

- 1. Los costos del tratamiento médico o psicológico.*
- 2. Los costos de la terapia y rehabilitación física y ocupacional.*
- 3. Los costos del transporte, de la vivienda provisional y del cuidado de menores que sean necesarios.*
- 4. Los ingresos perdidos o lucro cesante.*
- 5. La perturbación emocional, el dolor y el sufrimiento.*
- 6. Cualquiera otra pérdida sufrida por la víctima.*
- 7. Los honorarios de los abogados.*

...

El Código Judicial no incluye una disposición que de manera expresa elabore sobre medidas de protección a las personas que hayan sufrido un delito sexual, salvo que se tome por tales, las medidas cautelares impuestas al presunto autor por el/la fiscal o el/la juez/a, no restrictivas de su libertad, como un mecanismo para mantenerle a distancia de el/la afectado/a.

Por otro lado, debemos anotar que en un gran número de casos de afectación a la integridad sexual de un niño, niña o adolescente, ya para cuando se reciben en una fiscalía, el proceso tutelar de protección que se desarrolla en el Código de Familia, artículos 495, 496, 498, 501, 503, 504, 506, 507, 532, 535, 542, 546, 547, 820 y concordantes, se ha iniciado y la custodia de la víctima se halla a cargo de un pariente que se confía velará por su bienestar.

El Decreto Ley No. 3 de 22 de febrero de 2008 que Crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones, dedicó su Título VIII a las medidas de protección y prevención, estableciendo respecto del primer tema en el artículo 82, la unidad de atención a las víctimas de trata de personas, a efectos de otorgarles un tratamiento migratorio de protección en coordinación con las autoridades competentes, hasta tanto su situación sea definida en el respectivo proceso. Señala además que se protegerá la identidad del testigo o víctima, proporcionándole confidencialidad en las actuaciones judiciales.

Con el Código Procesal Penal hay una mayor orientación hacia la protección. Así, el artículo 20, vigente a nivel nacional, señala de manera especial que la protección es un derecho de la víctima por el cual velará, durante todo el proceso, el Ministerio Público. Esta institución debe ejecutar, sin mayor trámite, bajo su dirección, un programa para la asistencia y protección de víctimas, testigos y demás colaboradores/as.

En tanto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la misma excerta legal, que entrará en vigencia de forma escalonada, es competencia de los/las Jueces/zas de Garantías pronunciarse sobre las medidas de protección de las víctimas, más no define si esto debe ocurrir mediante control previo o posterior, lo que deja a la discrecionalidad del/la funcionario/a que dirige la investigación la elección del momento más idóneo, tomando en consideración la gravedad del riesgo para la seguridad de la víctima, pues las medidas de protección se caracterizan por la urgencia en su aplicación y el resguardo de los derechos fundamentales de quien sea señalado como agresor o agresora.

Sobre el particular en Coclé y Veraguas ya se han planteado solicitudes de medidas de protección más que por delitos sexuales, por delitos de violencia doméstica, y en una de las audiencias se requirió concretamente el desalojo del agresor del domicilio, siendo que si bien el/la Juez/a de Garantías planteó que el/la fiscal podía haber tomado la medida sin necesidad de autorización, finalmente accedió a lo pedido y otorgó la protección. Lo negativo han sido los requerimientos inmediatos que ha hecho la defensa en el sentido que se formule la imputación dentro de los dos días siguientes, tal como lo permite el artículo 286 del Código Procesal Penal, con las dificultades que ello conlleva para el Ministerio Público, pues cuando se aplica una medida de protección, se cuenta usualmente con información bastante incipiente sobre los hechos y la dimensión de la transgresión a la ley penal.

De forma especial en el artículo 333 podemos apreciar las medidas que pueden ser aplicadas en materia de delitos sexuales, a saber:

“Artículo 333. Medidas especiales de protección a la víctima de violencia doméstica y otros delitos. En los delitos de violencia doméstica, delitos contra la libertad sexual, maltrato a personas menores de edad, lesiones personales y trata de personas, así como en los delitos donde se pueda ver afectada la seguridad personal de la víctima, el Fiscal, el Juez de Garantías, el Juez Municipal o el Tribunal de Juicio podrá aplicar cualesquiera de las siguientes medidas protectoras:

- 1. Ordenar al presunto agresor que desaloje la casa o habitación que comparte con la víctima, mientras dure el proceso. Esta medida se establecerá por un mínimo de un mes, el cual podrá prorrogarse por periodos iguales si lo solicita la parte ofendida o persisten las razones que lo determinaron.*
- 2. Ordenar que el presunto agresor utilice el brazalete electrónico con receptor en la víctima, mientras dure el proceso, conminándolo a que no se acerque a la víctima a menos de doscientos metros. Cada vez que se incumpla esta orden, se ordenará la detención provisional del presunto agresor, hasta por treinta días. Ante la imposición de esta medida, la víctima será siempre informada del riesgo que implica para su vida el acercarse a menos de doscientos metros del presunto agresor.*
- 3. Ordenar la suspensión del permiso de portar armas, mientras dure el proceso.*
- 4. En el caso de que el presunto agresor realice actividades que impliquen el acceso a uso o manejo de armas, además de la suspensión del permiso para portar armas, ordenar a su empleador o superior jerárquico su reubicación laboral, mientras dure el proceso. Dicha orden judicial de reubicación laboral será de obligatorio cumplimiento.*
- 5. Ordenar al empleador o superior jerárquico de la víctima su reubicación laboral, por solicitud de esta.*
- 6. Ordenar, a solicitud de la víctima, su ubicación en un centro educativo distinto.*

7. Entrar en la residencia, casa, habitación o morada habitual de la víctima, si hay agresión actual o pedido de auxilio. En estos casos, cualquiera otra evidencia relacionada con el acto de violencia no tendrá valor legal.
8. Autorizar a la víctima para que radique, junto con su familia, en un domicilio diferente al común, mientras dure el proceso, para protegerla de agresiones futuras, respetando la confidencialidad del domicilio.
9. Comunicar al Registro Público, a la Oficina de Reforma Agraria o a la autoridad correspondiente, según sea el caso, para que impida la disposición, por cualquier título, del bien inmueble que constituya el domicilio familiar.
10. Suspender los derechos inherentes a la reglamentación de visitas del presunto agresor, mientras dure el proceso.
11. Fijar pensión alimenticia provisional y disponer a favor de la víctima el uso de los bienes muebles que requiera para su vivienda segura y digna, así como todo lo necesario para el uso de la seguridad social, por una duración de seis meses, sin perjuicio de que puedan ser prorrogadas durante el tiempo que dure el proceso, de acuerdo con la evaluación que realice la autoridad que conozca del caso.
12. Ordenar al presunto agresor asistir a terapias psicológicas o psiquiátricas, mientras dure el proceso. El incumplimiento de una de las citas impuestas por esta medida conllevará detención provisional hasta por una semana.
13. Ordenar el reintegro al domicilio común de la víctima que haya tenido que salir de él, si así lo solicita, y, en consecuencia, aplicar de inmediato la medida establecida en el numeral 1 de este artículo.
14. Levantar el inventario de bienes muebles del patrimonio familiar, para asegurar el patrimonio común.
15. Prohibir que se introduzcan o se mantengan armas en el domicilio común, mientras dure el proceso, así como ordenar la incautación de estas, a fin de garantizar que no se empleen para intimidar, amenazar ni causar daño.
16. Prohibir al presunto agresor acercarse al domicilio común o a aquel donde se encuentre la víctima, así como al lugar de trabajo, estudio u otro habitualmente frecuentado por la víctima, mientras dure el proceso.
17. Ordenar protección policial especial a la víctima mientras se mantengan las circunstancias de peligro.
18. Disponer que la víctima reciba tratamiento individual psicológico o psiquiátrico especializado, por el tiempo que sea necesario.
19. Ordenar la aprehensión del presunto agresor por cuarenta y ocho horas, según las circunstancias de violencia o daño o las condiciones de comisión del hecho.
20. Cualesquiera otras que permitan las leyes.”

De la revisión de esta disposición se desprende el hecho que cualquier autoridad que adquiriera conocimiento sobre el caso y particularmente de la situación de peligro, puede tomar la medida de protección, siempre respetando las disposiciones que sobre el respeto a los derechos fundamentales establece el Código Procesal Penal. Y es que originalmente, esta disposición no incluía la figura del/la fiscal, lo cual la hacía más compatible con el artículo 45, pero por requerimiento del Ministerio Público y en base al argumento que es una institución con proximidad a las víctimas y en la que se había depositado el deber de protección descrito en los artículos 20 y 69, se permitió su incorporación a efectos de agilizar el procedimiento.

La transcripción recién realizada del contenido del artículo 333, se ajusta mucho más a los delitos de violencia doméstica que a aquellos que se refieren a la afectación de la libertad e integridad sexual, pero el Código Procesal Penal no es limitante en este sentido y permite recurrir a otras disposiciones que contienen medidas de

protección para garantizar que la víctima se mantenga segura mediante la aplicación de la herramienta más idónea para esos fines.

El enfoque del artículo 322, por ejemplo, a diferencia del 333, tiene más relación con la necesidad de participación de la víctima en el proceso y permiten la organización del programa de protección de víctimas y testigos, tal como se aprecia a continuación:

Artículo 332. Medidas de protección. *Para salvaguardar la integridad de las víctimas, los testigos, los peritos y otros intervinientes en el proceso penal, podrán adoptarse las siguientes medidas de protección:*

- 1. Omitir en las diligencias que se practiquen las generales o cualquier otro dato que sirva para identificar a la persona protegida.*
- 2. Fijar, a efectos de citaciones y notificaciones, la oficina que la ley señale, como domicilio del sujeto protegido.*
- 3. Mantener reservada la identidad del testigo, así como su domicilio, profesión, oficio o lugar de trabajo.*
- 4. Ordenar que las personas protegidas sean conducidas a cualquier lugar donde hubiera de practicarse alguna diligencia o a su domicilio, de la manera que disponga la oficina de protección a víctimas, testigos, peritos y demás intervinientes en el proceso penal.*
- 5. Interrogar a los testigos mediante la utilización de medios tecnológicos para facilitar el interrogatorio, como videoconferencia, circuito cerrado o cualquier otro de similar tecnología.*
- 6. Ordenar que el acusado o sus familiares o el público no estén en la sala al momento del interrogatorio.*
- 7. Autorizar que el menor de edad, el adulto mayor y el incapacitado, al momento de rendir el testimonio, pueda ser acompañado por un familiar o una persona de su confianza a condición de que no influya en su testimonio.*
- 8. Impedir que la persona protegida sea fotografiada o se capte su imagen por cualquier otro medio.*
- 9. Conceder fuero laboral para evitar que la persona sea destituida, trasladada o desmejorada en las condiciones de trabajo.*
- 10. Facilitar la salida del país y la residencia en el extranjero de las personas protegidas, cuando las medidas antes señaladas sean insuficientes para garantizar su seguridad.*
- 11. Cualquiera otra medida que determinen las leyes.*

En este análisis es de utilidad el contenido del artículo 557 del Código Procesal Penal, que alude a la aplicación temporal del texto legal, señalando, producto de la reforma realizada mediante la Ley 48 de 2009, que desde el 2 de septiembre de 2011, *“tendrán aplicación, en todos los procesos penales, las disposiciones del Título I, Libro Primero; de los Títulos IV y V, Libro Segundo y del Capítulo V, Título I, Libro Tercero, de este Código, siempre que no impliquen la intervención del Juez de Garantías ni de los Tribunales de Juicio, hasta tanto estos no se hayan establecido.”* Esto es, principios, garantías y reglas; procedimientos alternos para la solución del conflicto penal; medidas cautelares y medidas de protección para las víctimas, testigos, denunciados y demás colaboradores/as.

En consecuencia, los/las fiscales de delitos sexuales pueden aplicar estas medidas de protección, siempre que no afecten derechos fundamentales o sean de competencia jurisdiccional exclusiva, asignada por ley a otra autoridad, como es el caso de la fijación de pensión alimenticia temporal o la suspensión de la guarda y crianza.

Ello encuentra sustento en el hecho que para los delitos sexuales no existía un catálogo concreto que se pudiera utilizar previamente y realizar una interpretación distinta impediría la aplicación de estas medidas, por ejemplo, cuando la víctima fuese el hijo o hija menor de edad del agresor, la esposa o conviviente de éste.

Adicional a lo anterior, en Memorando PGN-SECAL-061-2011 de 1 de septiembre de 2011, el Procurador General de la Nación dictó lineamientos respecto de los temas tratados en la Ley 63 de 2008, que entran a regir a nivel nacional, indicando a los/las fiscales y agentes de instrucción en términos generales, que respecto de las medidas de protección a víctimas, testigos y colaboradores/as, entre otras cosas, deben: *“brindar especial atención a las medidas especiales de protección y en este sentido, adoptar a favor de las víctimas de violencia doméstica, delitos contra la libertad sexual, maltrato a personas menores de edad, lesiones personales y trata de personas, así como cualquier otro delito donde se pueda ver afectada la seguridad personal de la víctima, las medidas de protección contenidas en el artículo 333 del CPP, de acuerdo a su competencia.”*

3. CASOS PRÁCTICOS

Caso 1

Sergio, de 20 años de edad, vive en Pedregal y conoce a Ana de 12 años, desde que ésta nació. Ana está enamorada de Sergio y el día 19 de octubre de 2011, aprovechando una visita que realizaba en la residencia de éste, entró a su cuarto, se desnudó y le propuso sostener relaciones sexuales. Sergio inicialmente le dijo que no, que era ella muy jovencita, pero Ana insistió, le dijo que ella lo amaba y que no pasaría nada, que utilizaran preservativo y que todo estaría bien. Sergio accedió, sostuvo relaciones con ella. Ana luego de su experiencia sexual, le contó a su amiga Sara, de 13 años, lo sucedido y ésta a su vez le comentó a su mamá, quien le informó lo anterior a la madre de Ana.

Preguntas:

1. Hay delito sexual en este relato? Explique
2. Tiene relevancia jurídica el consentimiento otorgado por Ana?

Caso 2

Alfredo, de 30 años de edad, salió el 15 de agosto de 2011 a una discoteca de la localidad. En la entrada pidieron cédula a los asistentes. Durante la noche, conoció a varias chicas, pero hubo una que particularmente le llamó la atención, su nombre era Teresa, estaba bien vestida, maquillada y aparentaba tener unos 20 años. Ella estuvo localizada en la barra del bar, bebiendo y al acercarse a ella, inmediatamente se dio una atracción mutua. Esa noche, al salir de la discoteca se dirigieron a un lugar de ocasión y sostuvieron relaciones sexuales. Luego intercambiaron teléfonos, él la dejó en su casa y prometieron que volverían a hablar. 30 días después Alfredo recibió una llamada de la mamá de Teresa insultándolo y amenazándolo con denunciarlo si no se hacía cargo del niño que iba a tener su hija (registraba 1 mes de embarazo), pues ella es menor de edad y solo tiene 17 años recién cumplidos. Alfredo le indicó que no sabía que ella era menor de edad, pues la conoció en una discoteca y no llegaron a hablar sobre el tema.

Preguntas:

1. Qué tipo penal podría ajustarse a este relato y por qué?
2. Podría Alfredo alegar algún motivo que lo excluyera de responsabilidad?

Caso 3

Cecilia es una joven de 15 años, que fue abusada sexualmente por su vecino José, de 24 años, quien alega que Cecilia prestó consentimiento y que tenían 3 años de ser novios y desde hace 6 meses sostenían relaciones íntimas. Cecilia, en declaración jurada, manifiesta ante el fiscal que es cierta la versión de José en cuanto al tiempo de ser novios, y también acepta haber sostenido relaciones sexuales voluntarias solamente por la vagina,

pero que José le amenazó con cuchillo y le penetró con su pene por el ano hace 3 días. Al ser evaluada, el médico forense consignó que Cecilia estaba desflorada de vieja data, y el sicólogo forense diagnosticó estrés postraumático compatible con abuso sexual. Cecilia aceptó acudir para ser examinada por el médico forense en el esfínter anal y se determinó que no había borramiento de pliegues, pero sí un leve enrojecimiento. No hubo testigos de los hechos y a la semana siguiente de haber presentado la denuncia, Cecilia se retractó de lo declarado.

Preguntas:

- a. Qué dificultades aprecia para avanzar con la investigación de este caso?
- b. Como fiscal, qué estrategia se plantearía para afrontarlo?

4. BIBLIOGRAFÍA

Libros

Achaval, Alfredo. Delito de violación. Estudio sexológico, médico legal y jurídico. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Avelledo-Perrot, 1992.

Arenas Salazar, Jorge. Pruebas penales. Primera edición. Colombia: Ediciones Doctrina y Ley, 1996.

Barrera Domínguez, Humberto. Delitos sexuales. Derecho comparado. Doctrina y jurisprudencia. Tercera edición. Colombia: Ediciones Librería del Profesional, 1995.

Batista Domínguez, Abilio y Delia Adelina De Castro Díaz. La protección de víctimas y testigos en el proceso penal panameño. Editorial Mizrachi y Pujol. Panamá, 2008.

Cadul Rodríguez, Omar y Rigoberto González. Jurisprudencia penal. Segunda edición. Panamá: Editorial Mizrachi & Pujol, 1999

Capolupo, Enrique Rodolfo. Ladrones de inocencia. Abuso, pedofilia, criminalidad de cuellos verdes. Primera edición. Biblioteca de Derecho Penal, 2001.

Casas Becerra, Lidia. Introducción a los problemas de género en la Justicia Penal en América Latina. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Santiago, 2010.

Castroverde, Maruquel y Hermes Ortega Benítez. Jurisprudencia Penal. Extractos de los fallos del Pleno y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Registros Judiciales 2001-2002. Panamá: Universal Books, 2005.

De León, Giovanna y Catalina Álvarez. Abuso infantil. Evaluación y tratamiento clínico. Primera edición. Editora Casacultura.

Díaz Huertas, J.A., J. Casado Flores, E. García, M.A. Ruiz Díaz y J. Esteban. Niños maltratados. El papel del pediatra. Anales Españoles de Pediatría, volumen 52, número 6

Donna, Edgardo Alberto. Delitos contra la integridad sexual. Segunda edición. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

Duce, Mauricio y Cristián Riego. Proceso Penal. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2009.

Grossman-Mesterman. Maltrato al menor. El lado oculto de la escena familiar. Primera edición. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1992.

Guerra de Villaláz, Aura Emérita. Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Chen, Panamá, 2010.

Kempe, Ruth y Henry Kempe. Niños maltratados. Traducción de Alfredo Guerra Minallos. Colección Sicológica. Madrid: Ediciones Morata, S.A.

Miller, Gladys, Dayra Dawson y Rosina Pérez. Inocencias mutiladas. Explotación sexual contra las niñas y adolescentes en Panamá. Panamá, 2001-2002.

Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Tirant lo Blanch. 12ª edición. Valencia, 1999.

Parra Quijano, Jairo. Tratado de la prueba. Cuarta edición. Colombia: Ediciones Librería del Profesional, 1994.

Solórzano Niño, Roberto. Aspecto médico-legal del delito sexual. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana.

Sprviero, Juan H. Delito de violación. Primera edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996, pp.57-58.

Suárez Rodríguez, Carlos. El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación. Primera edición. España: Arazandi Editorial, 1995.

Módulo instruccional

Módulo Instruccional sobre violencia de género. Proyecto Actuación Integral con Víctimas de Violencia de Género. Panamá, 2008.

Diccionario

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Tomo II. Edición 2001. p. 1233.

Documentos de internet

Diccionario de la Real Academia Española. www.rae.es

Federación Iberoamericana del Ombusman. Panamá: Reflexionar sobre la Explotación Sexual Comercial <http://www.portalfio.org/inicio/noticias/item/7356-panam%C3%A1-reflexionar-sobre-la-explotaci%C3%B3n-sexual-comercial.html>

Lucha contra la Trata de Personas. Manual para parlamentarios. [http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Handbook for Parliamentarians Spanish.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Handbook_for_Parliamentarians_Spanish.pdf)

Organización Mundial de la Salud. Violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer. Septiembre 2011. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/index.html>

Otros documentos

OIT-IPEC. Insoportable para el alma. El tráfico de niños y niñas y su erradicación. Primera edición. 2003.

Conceptos Básicos sobre Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes. <http://www.unicef.org/lac/1.conceptosbasicos.pdf>

5. ANEXOS

Análisis dogmático de tipos penales contenidos en el Libro II Título III de los Delitos contra la Libertad e Integridad Sexual, del Código Penal

Artículo 174 del Código Penal – Violación, tipo básico y agravado

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: común, indeterminado, monosubjetivo	Doloso por acción	Se debe afectar o lesionar la libertad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: Puede darse inimputabilidad	Delito de resultado, que admite tentativa	Principal en su primer párrafo de 5 a 10 años
Sujeto pasivo: común, persona de uno u otro sexo	Cabe la comisión por omisión cuando se descuida o desatiende el deber de cuidado de menores de edad en el rango que la norma permite	No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: coacción moral		El cuarto párrafo se trata de un tipo derivado, en tanto se aumenta la pena principal de prisión de 8 a 12 años.
Conducta: Verbo núcleo: tener acceso carnal o hacerse acceder carnalmente	Elemento subjetivo: está tácito porque el sujeto activo persigue satisfacer deseos sexuales. Adicional, en el último párrafo exige un “a sabiendas” de la condición de enfermedad		Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: inadmisibile		El quinto párrafo establece una agravante (tipo derivado), con una penalidad de 10 a 15 años, cuando converja un elemento subjetivo, a sabiendas des ser persona enferma o portadora de enfermedad sexual incurable o el virus de inmunodeficiencia adquirida.
Elementos normativos: Acceso carnal, actos sexuales orales					
Elementos descriptivos: mediante violencia o intimidación					
Bien jurídico protegido: Libertad sexual					
Objeto material: La persona de uno u otro sexo a la que se accede carnalmente o quien es obligado para que acceda carnalmente al autor					

Artículo 175 del Código Penal – Violación agravadísima

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: común, indeterminado, monosubjetivo, pues se trata de un tipo penal derivado del anterior	Doloso por acción	Se debe afectar o lesionar la libertad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: Puede darse inimputabilidad	Delito de resultado, que admite tentativa	Principal de 10 a 15 años
Sujeto pasivo: calificado por condiciones de vulnerabilidad, incapacidad o relaciones de poder que impliquen inferioridad	Cabe la comisión por omisión cuando se descuida o desatiende el deber de cuidado de niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad	No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: coacción moral		
Conducta: Verbo núcleo: tener acceso carnal o hacerse acceder carnalmente, por derivación del tipo penal anterior.			Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: inadmisibles		
Bien jurídico protegido: Libertad sexual de los adultos e integridad sexual de niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad					
Objeto material: La persona de uno u otro sexo a la que se accede carnalmente o quien es obligado para que acceda carnalmente al autor					

Artículo 176 del Código Penal – Relación sexual consentida con persona mayor de 14 años y menor de 18 años

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: El tipo penal no exige calidad especial, pero por la diferencia de 5 años de edad que debe existir entre víctima y victimario, concluimos que aplica solo para las personas mayores de edad y no para los adolescentes.	Doloso por acción	Se debe afectar o lesionar la integridad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: un inimputable no podría siquiera valerse de condición de ventaja.	Delito instantáneo de resultado	Principal en su primer párrafo de 2 a 4 años
Sujeto pasivo: Sujeto calificado, debe ser persona entre 14 y 18 años	Elemento subjetivo: está tácito porque el sujeto activo persigue satisfacer deseos sexuales	No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: no aplica		Segundo párrafo, tipo derivado, establece cuatro agravantes de la pena que va desde un tercio a la mitad del máximo. La primera se refiere a un sujeto activo calificado, la segunda un sujeto pasivo calificado, la tercera conforma un tipo penal de resultado y la cuarta incorpora elementos descriptivos (engaño y promesa de matrimonio)
Conducta: Verbo núcleo: lograr acceso sexual	Exclusión de la tipicidad: cabe el error de tipo sobre el elemento edad de la víctima.		Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: inadmisibles		Excusa absolutoria: Existencia de relación de pareja permanente y comprobada, siempre que la diferencia de edad no supere 5 años.

Elementos normativos: acceso sexual, consentimiento

Elementos descriptivos: condición de ventaja, la cual la cual puede implicar una condición de prevalencia del sujeto activo sobre el pasivo, y que puede orientarse a superioridad física, intelectual o cognoscitiva, diferencia etaria, clase social, factores económicos.

Bien jurídico protegido: Integridad sexual

Objeto material:
persona mayor de 14
años y menor de 18
años de edad

Artículo 177 del Código Penal – Actos libidinosos

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: común, indeterminado, monosubjetivo	Doloso por acción	Se debe afectar o lesionar la libertad o integridad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: Puede darse inimputabilidad	Delito de resultado	Principal alternativa: Prisión de 1 a 3 años o Equivalente en días multa o Equivalente en arresto de fines de semana
Sujeto pasivo: común, pero determinable.	Exclusión de tipicidad: persona mayor de 14 años que consiente el acto, no se incluye en la descripción del tipo penal	No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: no aplica		El segundo párrafo establece tres agravantes, aumentando la pena de prisión de 4 a 6 años. El primero introduce elementos descriptivos (violencia e intimidación), la segunda a un sujeto activo calificado, y la tercera a un sujeto pasivo calificado (niño, niña o adolescente de menos de 14 años o persona con discapacidad)
Conducta: Verbo ejecutar libidinosos	núcleo: actos	Elementos subjetivos: sin la finalidad de lograr acceso sexual	Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: inadmisibles		
Elementos normativos: no consentidos					
Bien jurídico protegido: libertad e integridad sexual					
Objeto material: La persona de uno u otro sexo en la que se practican los actos libidinosos					

Artículo 178 del Código Penal – Hostigamiento sexual

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: común, indeterminado, monosubjetivo	Doloso por acción	Se debe afectar o lesionar la libertad o integridad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: difícil que el delito se cometa en estado de inimputabilidad	Delito de resultado	Principal alternativa: Prisión de 1 a 3 años o Equivalente en días multa o Equivalente en arresto de fines de semana
Sujeto pasivo: común, pero determinable.		No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: no aplica		El segundo párrafo establece dos agravantes de la pena de prisión que oscila entre dos a cuatro años de prisión. La primera se configura en la persona de un sujeto activo calificado (no haya cumplido 18 años de edad), la segunda introduce un elemento subjetivo en el sujeto activo (abusar de su posición)
Conducta: Verbo núcleo: hostigar			Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: inadmisibles		
Elementos descriptivo: motivación sexual					
Bien jurídico protegido: libertad e integridad sexual					
Objeto material: La persona de uno u otro sexo en la que se practican los actos libidinosos					

Artículo 179 del Código Penal – Corrupción de personas menores de edad (niños, niñas y adolescentes)

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: común, monosubjetivo	Doloso por acción	Se pone en peligro la integridad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: difícil que el delito se cometa en estado de inimputabilidad	Exige la afectación del desarrollo psicosexual	Principal 5 a 7 años Será copulativa junto con la pérdida de la patria potestad si quien comete el hecho es sujeto activo calificado por relaciones de parentesco o por tener a su cuidado a la víctima del delito.
Sujeto pasivo: calificado, niños, niñas y adolescentes		No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: no aplica		Agravantes de 7 a 10 años por razones de vulnerabilidad, plurisubjetividad activa, mecanismos de ejecución (engaño, violencia, intimidación), relaciones de familiaridad o afinidad y resultados agravados como afectación por enfermedad de transmisión sexual y embarazo.
Conducta: Verbo núcleo: corromper o promover la corrupción			Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: inadmisibles		
Elemento descriptivo: facilitándole participar o presenciar comportamientos de naturaleza sexual					
Elemento normativo: desarrollo psicosexual					
Bien jurídico protegido: integridad sexual					
Objeto material: niñas, niños y adolescentes					

Artículo 180 del Código Penal – Proxenetismo

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: común, monosubjetivo	Doloso por acción	Se pone en peligro la libertad e integridad sexual	Depende de la capacidad de culpabilidad: no aplica	Delito permanente	Principal copulativa 4 a 6 años de prisión y 150 a 200 días multa.
Sujeto pasivo: común, persona de uno u otro sexo.	Elementos subjetivo: ánimo de lucro.	No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: no aplica		Agravantes de 8 a 10 años por Numeral 1: sujeto pasivo calificado (niño, niña o adolescente) Numeral 2: sujeto pasivo calificada (persona con discapacidad) Numeral 3: sujeto pasivo calificada (situación de vulnerabilidad). Numeral 4: tipo descriptivos (agravantes). Numeral 5: sujeto activo calificado, mono subjetivo (pariente cercano, tutor, educador...) Numeral 6: Resultado agravado. Numeral 7: Resultado agravado.
Conducta: Verbo núcleo: facilitar, instigar, reclutar, organizar			Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: inadmisibile		
Elemento normativo: explotación sexual comercial					
Bien jurídico protegido: libertad e integridad sexual					
Objeto material: personas de uno u otro sexo.					

Artículo 181 del Código Penal – Trata sexual (se deroga a partir del 1 de enero de 2012 y pasa a estar regulada en el art. 456 A del Código Penal)

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: común, monosubjetivo	Doloso por acción	Se debe afectar o lesionar la integridad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: no aplica	Delito permanente	Principal: 4 a 6 años de prisión
Sujeto pasivo: común, persona de cualquier sexo.		No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: no aplica		Numeral 1: Sujeto pasivo calificado (persona mayor de 14 años y menor de 18 de años). Numeral 2: Elementos descriptivos. Numeral 3: Elementos descriptivos. Numeral 4: Sujeto activo calificado, mono subjetivo. Numeral 5 : Elementos descriptivos (en presencia de terceras personas). Numeral 6: Elementos descriptivos.
Conducta: Verbo núcleo: facilitar, promover, reclutar, organizar			Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: inadmisibile		Agravante de 10 a 15 años cuando se trata de sujeto pasivo calificado, (persona de 14 años de edad o menos, persona con discapacidad o incapaz).
Elemento descriptivo: entrada o salida del país o el desplazamiento dentro del territorio nacional					
Elemento normativo: actividad sexual remunerada no autorizada o servidumbre sexual					
Bien jurídico protegido: libertad e integridad sexual					
Objeto material: personas de cualquier sexo.					

Artículo 182 del Código Penal – Rufianismo

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad (causas de inculpabilidad)	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: común, monosubjetivo	Doloso por acción	Se debe afectar o lesionar la integridad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: no aplica	Delito permanente	Principal: 3 a 5 años de prisión
Sujeto pasivo: común, persona de cualquier sexo.		No admite causa de justificación, pero podría verificarse en una situación extrema, el estado de necesidad, lo que da oportunidad para gran debate	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: no aplica		
Conducta: Verbo núcleo: hacerse mantener			Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: inadmisibles		
Elemento descriptivo: violencia o amenaza					
Elemento normativo: servidumbre sexual					
Bien jurídico protegido: libertad e integridad sexual					
Objeto material: personas de cualquier sexo.					

Artículo 183 del Código Penal – Trata sexual de personas menores de edad – niña, niño y adolescente (se deroga a partir del 1 de enero de 2012 y pasa a estar regulada en el art. 456 A del Código Penal)

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad (causas de inculpabilidad)	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: común, monosubjetivo	Doloso por acción	Se debe amenazar integridad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: no aplica	Delito permanente	Principal: 8 a 10 años de prisión
Sujeto pasivo: calificado, personas menores de edad		No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: no aplica		
Conducta: Verbo núcleo: promover, favorecer, facilitar, ejecutar			Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: inadmisibile		
Elementos descriptivos: captación, transporte, traslado, acogida, recepción; dentro o fuera del territorio nacional					
Elemento normativo: explotación sexual o servidumbre sexual					
Bien jurídico protegido: Integridad sexual					
Objeto material: personas de cualquier sexo.					

Artículo 184 del Código Penal – Producción, comercio, publicidad, difusión, distribución de material pornográfico con personas menores de edad (niños, niñas y adolescentes)

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad (causas de inculpabilidad)	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: común, monosubjetivo	Doloso por acción	Se debe amenazar la integridad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: inimputabilidad	Delito instantáneo	Principal: 5 a 10 años de prisión
Sujeto pasivo: calificado, una o varias personas menores de edad (niños, niñas y adolescentes)		No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: coacción moral		En el segundo párrafo la pena se agrava de 10 a 15 años si la víctima es una persona menor de 14 años (sujeto pasivo calificado), si el sujeto activo pertenece a una organización criminal o si hay ánimo lucrativo, lo cual sería un elemento subjetivo del delito.
Conducta: Verbo núcleo: Fabricar, elaborar por cualquier medio, producir, ofrecer, comerciar, exhibir, publicar, publicitar, difundir, distribuir			Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: error de prohibición		
Elemento descriptivo: Medios masivos de comunicación – informal nacional o internacional					
Elemento normativo: material pornográfico					
Bien jurídico protegido: Integridad sexual					
Objeto material: imagen de niños, niñas y adolescentes con contenido pornográfico.					

Artículo 185 del Código Penal – Posesión de pornografía de personas menores de edad (niños, niñas y adolescentes) para uso propio

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad (causas de inculpabilidad)	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: común, monosubjetivo	Doloso por acción	Se amenaza la integridad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: imputabilidad	Delito , instantáneo	Principal: 3 a 5 años de prisión
Sujeto pasivo: calificado, personas menores de edad (niños, niñas y adolescentes)	Elemento subjetivo: voluntariamente adquirido	No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: coacción moral		
Conducta: Verbo núcleo: poseer			Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: error de prohibición		
Elemento descriptivo: para uso propio					
Elemento normativo: material pornográfico					
Bien jurídico protegido: Integridad sexual					
Objeto material: imagen de niños, niñas y adolescentes					

Artículo 186 del Código Penal – Explotación sexual contra personas menores de edad (niños, niñas y adolescentes)

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad (causas de inculpabilidad)	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: común, monosubjetivo	Doloso por acción	Se debe afectar la integridad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: inimputabilidad	Delito instantáneo	Principal: 5 a 8 años de prisión
Sujeto pasivo: calificado, personas que ha cumplido 14 años y es menor de 18 años. También puede ser un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado los 18 años de edad	Podría verificarse el error de tipo, si el autor desconoce y le fue imposible saber por las características físicas y condiciones que presentaba la persona o el lugar en el cual se ubicaba, que era una menor de edad.	No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: coacción moral		Agravante de 6 a 10 años de prisión cuando se trate de una persona que no ha cumplido 14 años
Conducta: Verbo núcleo: pagar, prometer, gratificar			Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: no aplica		
Elemento descriptivo: para realizar actos sexuales con ella					
Elemento normativo: dinero, especie					
Bien jurídico protegido: Integridad sexual					
Objeto material: niños, niñas y adolescentes					

Artículo 187 del Código Penal – Explotación sexual de personas menores de edad (niños, niñas y adolescentes) en espectáculos de exhibicionismo obsceno o pornografía

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: común, monosubjetivo	Doloso por acción	Se debe afectar la integridad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: excluyente por inimputabilidad	Delito instantáneo	Principal: 6 a 8 años de prisión
Sujeto pasivo: calificado, personas menores de edad (niños, niñas y adolescentes)		No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: coacción moral		
Conducta: Verbo núcleo: utilizar, consentir, permitir			Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: no aplica		
Elemento descriptivo: fotografiada, filmada o grabada por cualquier medio, con animales					
Elemento normativo: exhibicionismo obsceno, pornografía					
Bien jurídico protegido: Integridad sexual					
Objeto material: niños, niñas y adolescentes					

Artículo 187 del Código Penal – segundo párrafo. Incitar o promover el sexo en línea con personas menores de edad (niños, niñas y adolescentes) o la promoción de sus servicios sexuales

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: común, monosubjetivo	Doloso por acción	Se debe afectar la integridad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: excluyente por inimputabilidad	Delito instantáneo	Principal: 6 a 8 años de prisión
Sujeto pasivo: calificado, personas menores de edad (niños, niñas o adolescentes)		No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: coacción moral		
Conducta: Verbo núcleo: incitar o promover			Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: no aplica		
Elemento descriptivo: correo electrónico, redes globales de comunicación, por teléfono o personalmente					
Elemento normativo: servicios sexuales					
Bien jurídico protegido: Integridad sexual					
Objeto material: niños, niñas o adolescentes					

Artículo 188 del Código Penal – Exhibición de material pornográfico a personas menores de edad (niños, niñas, adolescentes o permitirles acceso a espectáculos pornográficos).

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: común, monosubjetivo	Doloso por acción	Se debe afectar la integridad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: inimputabilidad	Delito instantáneo	Principal: 4 a 6 años de prisión
Sujeto pasivo: calificado, personas menores de edad (niños, niñas, adolescentes), personas declaradas como incapaces o personas con discapacidad	Podría discutirse la exclusión por caso fortuito, ausente de dolo e intención, en el evento que un padre de familia mantenga alguna revista de alto contenido sexual que llega accidentalmente al alcance de su hijo, por ejemplo.	No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: no aplica		Se agrava de 5 a 8 años por la condición especial del sujeto activo y se incluye pena copulativa al imponer a la vez que la prisión, la pérdida de los derechos de patria potestad
Conducta: Verbo núcleo: exhibir, facilitar			Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: no aplica		
Elemento descriptivo: que no pudiera resistir					
Elemento normativo: material pornográfico, espectáculo pornográfico					
Bien jurídico protegido: Integridad sexual					
Objeto material: niños, niñas, adolescentes, personas con discapacidad y personas declaradas como incapaces					

Artículo 189 del Código Penal - Omisión de denuncia de delito sexual cometido en perjuicio de una persona menor de edad (niños, niñas o adolescentes)

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: calificado, monosubjetivo, pero también aplica para cualquier persona	Dolosa por omisión	Se debe afectar la integridad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: inimputabilidad	---	Principal: 6 meses a 2 años de prisión
Sujeto pasivo: personas menores de edad (niños, niñas o adolescentes)	Elemento subjetivo: con conocimiento	Causa de justificación: es debatible la posibilidad del cumplimiento de un deber legal (ejemplo, el abogado al que su cliente le confiesa la comisión de ese delito, mientras él lo está representando por otro caso)	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: obediencia jerárquica		
Conducta: Verbo núcleo: omitir			Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: error de prohibición		
Bien jurídico protegido: Integridad sexual					

Artículo 190 del Código Penal - Turismo sexual para la explotación de personas menores de edad (niños, niñas o adolescentes)

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: común, monosubjetivo	Dolosa por acción	Se debe afectar la integridad sexual del sujeto pasivo del delito	Depende de la capacidad de culpabilidad: excluyente por inimputabilidad	Delito instantáneo. Hay anticipo de la protección penal, puesto que se sanciona a pesar que la explotación sexual no se lleve a cabo.	Principal: 8 a 10 años de prisión
Sujeto pasivo: persona mayor de 14 años y menor de 18 años de edad		No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: no aplica		Existe agravante hasta la mitad del máximo de la pena cuando la víctima es persona con discapacidad o no ha cumplido los catorce (14) años, además de que es un tipo penal derivado y abierto.
<p>Conducta:</p> <p>Verbo núcleo: promover, dirigir, organizar, publicitar, invitar, facilitar, gestionar, reclutar</p> <p>Elemento normativo: turismo sexual local o internacional</p> <p>Elemento descriptivo: cualquier medio de comunicación individual o de masas</p> <p>Bien jurídico protegido: Integridad sexual</p> <p>Objeto material: persona mayor de 14 años y menor de 18 años de edad</p>			Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: no aplica		

Artículo 191 del Código Penal - Tenencia de negocio para explotación sexual de personas menores de edad (niños, niñas o adolescentes)

Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Antijuridicidad	Culpabilidad	Consumación y tentativa	Punibilidad
Sujeto activo: calificado, monosubjetivo (propietario, arrendador o administrador)	Dolosa por acción	Se debe afectar la libertad e integridad sexual al destinar bienes inmuebles para la comisión de tales delitos	Depende de la capacidad de culpabilidad: inimputabilidad, aunque en casos concretos será difícil que una persona no habilitada para realizar contratos civiles destine un bien inmueble a actividades de esta naturaleza	Delito permanente, de resultado	Principal: 10 a 15 años de prisión
Sujeto pasivo: tácito, personas de uno u otro sexo, por ejemplo para trata y proxenetismo, niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad	Error de tipo: podría darse si quien alquiló el local desconoce que el mismo iba a ser utilizado para la comisión de delitos sexuales. Esto tiene que probarse para que pueda ser excluyente.	No admite causa de justificación	Depende de la no exigibilidad de otra conducta: no aplica		
Conducta: Verbo núcleo: destinar			Depende la falta de conocimiento de la antijuridicidad: error de prohibición. Aunque resulta complicado considerar que una persona no sepa que esto es delito		
Bien jurídico protegido: Libertad e integridad sexual					
Objeto material: establecimiento destinado a la comisión de delitos sexuales					