

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA
UNAN-LEÓN

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



Monografía para optar al título de Licenciatura en Derecho

Tema:

Análisis de las formas de ejecución en la comisión del tipo penal de violación aplicada a la realidad del ordenamiento jurídico penal nicaragüense.

Sustentantes:

- ✓ Br. María Luisa Gurdían Membreño
- ✓ Br. Luis Alberto Loáisiga Lozano

Tutor:

MSc. Juan Pablo Medina Rojas

Agosto de 2014

“A LA LIBERTAD POR LA UNIVERSIDAD”

ANÁLISIS DE LAS FORMAS DE EJECUCIÓN EN LA COMISIÓN DEL
TIPO PENAL DE VIOLACIÓN APLICADA A LA REALIDAD DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL NICARAGÜENSE.

DEDICATORIA

Al llegar a la recta final de mi formación universitaria, quiero dedicar este trabajo investigativo a quienes me han acompañado en este trayecto, sin los cuales no estaría aquí:

A Dios, mi padre eterno, por quien he logrado culminar mis estudios universitarios y por quien todo es posible.

A mi madre, María Luisa Membreño Juárez, quien siempre ha estado a mi lado, motivándome a seguir adelante a pesar de las dificultades, enseñándome y formándome las bases que necesito para enfrentarme al mundo, siendo mi ejemplo y mi máxima inspiración.

A mi hermano, Luis Emilio Gurdían Membreño, quien me ayuda a sobrellevar mi día a día siendo mi confidente y amigo.

A mi abuelita, Eva Juárez Robelo, quien siempre tiene un consejo y una palabra de aliento para mi vida y a mi abuelito Juan Membreño Reyes, aunque ya no está físicamente, siempre estará en mi corazón.

A mi novio, Marco Vinicio Sandino Castillo, por su apoyo incondicional, alentarme cuando ya no tengo ganas de nada y ayudarme a recuperar el camino cuando me desvíó.

A mi familia en general, por ser un soporte y a pesar de todas las diferencias siempre permanecer unidos, pendientes los unos de otros.

A mis maestros, quienes durante todos mis años universitarios se desprendieron sin reservas de ellos mismos para transferir su conocimiento y hacer de mí una buena profesional.

María Luisa Gurdían Membreño

AGRADECIMIENTOS

A Dios, quien es mi auxilio y mi sustento, por darme sabiduría y fortaleza para luchar por mis metas y sueños, por nunca apartarse de mí, sin Él nada soy, por iluminarme cada día y permitirme llegar hasta esta etapa de mi vida.

A mi madre, por todos los sacrificios que ha hecho por mí, por muchas veces negarse a sí misma para que mi hermano y yo salgamos adelante, por luchar contra el mundo y dar lo mejor de sí misma, por sus consejos, por enseñarme a pelear por mis sueños, por su paciencia y sus regaños, por ella soy lo que soy, por transmitirme ese amor por la noble profesión del Derecho. Gracias Mamá.

A toda mi familia, amigos, compañeros, todas aquellas personas que forman parte de mi vida, quienes me apoyan y me instan a seguir adelante.

A mi tutor, quien es maestro y amigo, M.Sc. Juan Pablo Medina Rojas, por enseñarme y cultivar en mí esa pasión por mi carrera, por apoyarme y exigirme para desarrollar mis capacidades y por sus valiosas contribuciones en éste trabajo monográfico.

Gracias a todos lo que me apoyaron y aportaron en ésta investigación.

María Luisa Gurdían Membreño.

DEDICATORIA

Al finalizar esta tesis monográfica deseo dedicarla a quienes han sido fundamentales en mi vida como base para lograr con éxito esta meta, que sin duda alguna marca el comienzo de un nuevo ciclo; seres sin los cuales no hubiese podido conquistar con satisfacción y éxito mi carrera universitaria:

A Dios por ser mi apoyo y mi guía espiritual en todos aquellos momentos difíciles por los cuales atravesé en este recorrido, sin la perseverancia, ánimo, esperanza y fortaleza que me brindó en todo instante hubiese sido imposible culminar con éxito todos y cada uno de los proyectos emprendidos hasta el momento.

A mi padre Pedro Pablo Loáisiga Rodríguez.

A mi mamá Yadira Francisca Lozano

A Mi abuelita Eva Francisca Loáisiga. Quienes siempre han luchado de forma inspiradora para otorgarme las mejores herramientas en la conquista de mis metas, gracias a ellos soy el hombre que soy hoy en día, pues su ejemplo me inspira a no rendirme ante las adversidades.

Luis Alberto Loáisiga Lozano.

AGRADECIMIENTO

A Dios por brindarme la fuerza necesaria para culminar con éxito mis estudios superiores, especialmente esta tesis monográfica, gracias a su luz hoy en día he podido descubrir que la carrera de derecho más que mi profesión es mi pasión.

A mis tías María Lourdes Loáisiga y María Mercedes Loáisiga, porque más que unas tías han sido unas madres, gracias a su amor, apoyo y consejos han forjado en mí un espíritu emprendedor, un joven que sabe que todo lo que se trabaja con disciplina, dedicación y perseverancia llega a ser exitoso.

A mis hermanos por ser esas personas que me inspiran a ser lo mejor posible no sólo como profesional sino que también como ser humano, quienes me animan a seguir adelante a pesar de las dificultades, por ser esos amigos que me escuchan y apoyan en todo momento.

A mi madrina Reyna Escalante, quien siempre me ha motivado a dar lo mejor de mí en cada proyecto emprendido.

A mi maestro y tutor M.Sc. Juan Pablo Medina Rojas por dedicar su tiempo en el trabajo de esta tesis monográfica.

Luis Alberto Loáisiga Lozano.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: LINEAMIENTOS TEÓRICOS DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN.....	5
1.1. Antecedentes del tipo penal de violación.	5
1.2. Teoría General del Delito.	13
1.2.1. Generalidades.	13
1.2.2. Elementos del Delito.	17
1.3. Iter Criminis (Camino del Crimen)	19
1.3.1. Fases del Iter Criminis.....	20
1.4. Corrientes Doctrinarias frente a las fases de ejecución del Tipo Penal de Violación.	23
CAPITULO II: LA DOGMÁTICA PENAL COMO INSTRUMENTO PARA EL ANÁLISIS DE LAS FORMAS DE EJECUCION DEL DELITO DE VIOLACIÓN.....	29
2.1. Análisis Objetivo del Tipo Penal de Violación.	29
2.1.1. Bien Jurídico Tutelado.	29
2.1.2. La acción.	30
2.1.3. El Sujeto Activo.	36
2.1.4. El Sujeto Pasivo.	37
2.1.5. Elementos Accesorios o circunstanciales.....	39
2.2. Análisis Subjetivo del Tipo Penal de Violación.....	43
2.2.1. Dolo.	43
2.3. Análisis de las Formas de Ejecución.	46
2.4. Análisis de las etapas de ejecución del tipo penal de violación desde las Posturas Doctrinarias.....	47

CAPITULO III: ESTUDIO DE CASOS CONCRETOS DESDE EL CRITERIO JURISDICCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NICARAGUA.....	54
3.1. Análisis de la motivación de la Corte Suprema Justicia en respuesta a los casos planteados en relación a los diversos tipos de grados del delito de violación en el Sistema Penal Nicaragüense.....	54
3.1.1. Caso número 1.....	54
3.1.2. Caso número dos.	57
3.1.3. Caso número tres.	59
CONCLUSIONES	64
RECOMENDACIONES	66
FUENTES DE CONOCIMIENTO	68
ANEXOS.....	71
Anexo 1. SENTENCIA No. 25	72
Anexo 2. SENTENCIA No. 107	72
Anexo 3. SENTENCIA No. 80.....	80



INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia ha sido de interés común mantener y garantizar la convivencia humana, teniendo esto un relieve trascendental en el estudio y aplicación del Derecho en todos los campos de la sociedad en general, sobre todo en aquellas conductas que dañan los derechos y garantías fundamentales de todas las personas, como ejemplo de esto tenemos el origen y evolución del tipo penal de violación aunque no precisamente con el nombre con el que se le tipifica en esta época moderna, lo que sí guarda una estrecha relación con la actualidad es el rigor con que se castigaba dicha acción por el gran valor que siempre ha tenido la mujer desde el génesis de la misma, es decir que el delito de violación ha sido castigado en todo tiempo y en todas partes, y no únicamente se ha sancionado como un delito consumado, sino que como se nota en el Derecho Francés cuando aparecen los delitos de raptó y violación, aunque de forma confusa, en la violación no sólo estaba comprendida la conjunción sexual por la fuerza, sino también la tentativa.

Posteriormente a la Revolución Francesa, con el Código de 1791 se castigaba la violación agravando si la pena había sido cometida en una niña menor de catorce años, o cuando el culpable había actuado con ayuda de una o varias personas. En el Código de 1810 francés, se confunde abusos deshonestos o atento contra el pudor con violación, sancionando a quien realizara el crimen de violación o se haga reo de cualquier otro atentado al pudor, consumado o intentado con violencia, contra personas de uno u otro sexo, y así hasta nuestros días.



Al analizar esa evolución se observan las dificultades por las que se atravesaba en ese momento para diferenciar los grados de ejecución del delito de violación y llevando lo anterior hasta nuestro Ordenamiento Penal actual, se nota que ésta problemática no es la excepción, ya que a pesar de estar establecidas las formas de tentativa y frustración, existe dificultad para identificar las acciones que diferencia estos grados de ejecución del delito de violación cuando no se consuma.

En base a todo lo anterior surgen las interrogantes siguientes: ¿Existe una postura uniforme por parte de la doctrina que diferencie los grados de ejecución del tipo penal de violación para su aplicación en el Derecho Penal?, ¿La legislación nicaragüense contiene una clara delimitación en cuanto a los grados de comisión imperfecta del tipo penal de violación y las fases por las que atraviesa?, ¿Cuál es el criterio jurisdiccional de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia frente a la aplicación de las diferentes formas de comisión del ilícito de violación?.

Por tanto, es claro que aún no existe una dirección uniforme que defina cuál es el límite entre la tentativa y la frustración, dejando en algunos casos esta última como inexistente pero al revisar la realidad jurídica de nuestro sistema penal en relación a esta temática se encuentran casos en que la tentativa no es suficiente y la consumación es excesiva, por lo mismo es de vital importancia descubrir esa delgada línea que divide los actos consumados de los grados imperfectos de ejecución del delito de violación, este estudio permitirá beneficiar al ordenamiento jurídico nicaragüense en general



marcando un punto de referencia, dando una dirección más unánime en la procedencia de conductas que se adecuen a estas figuras.

Esta investigación procura aclarar este punto tan relevante que en el sistema normativo penal ha quedado estancado en la teoría, ya que la ley contiene las figuras de frustración y tentativa para el delito en cuestión, sin embargo no explica de forma detallada cuál es el límite entre una y otra, ocasionando muchas veces que la adecuación de una conducta no encaje en ninguna y es a criterio jurisdiccional que se sanciona, sin existir una verdadera directriz.

Para el desarrollo de la presente investigación se han planteado tres capítulos que permitirán a los lectores indagar sobre lo que dicen los estudiosos del Derecho respecto a los grados de ejecución del tipo penal de violación junto al análisis de los criterios que tiene la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de nuestro país; es por ello que se ha propuesto como objetivo general “Analizar la naturaleza de los grados de ejecución de cara al tipo penal de violación aplicada a la realidad del ordenamiento jurídico nicaragüense”; dentro de los objetivos específicos está primeramente “Examinar el pensamiento doctrinario que sustentan los grados imperfectos como una forma de ejecución del tipo penal de violación”; en segundo lugar pretendemos “Establecer la serie de actos que forman el tipo penal de violación en relación a las fases de ejecución del delito”; y por último “Comentar el criterio de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua frente a casos concretos de violación como una guía para el correcto ejercicio de la práctica penal”.



Para alcanzar los objetivos planteados aplicaremos la metodología analítica-documental, basándonos en el análisis de materiales documentales como la legislación, específicamente la Ley 641, además de libros como: Manual de Derecho Penal de Enrique Bacigalupo, Delito Contra la Libertad Sexual de Mario A. Houed Vega, entre otros, así como también revistas, sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia nicaragüense respecto al tema en estudio, folletos y demás medios tecnológicos que permitan desarrollar los tres capítulos que forman el plan de trabajo.

El primero de los capítulos se titula: “Lineamientos Teóricos del Tipo Penal de Violación” en dicho capítulo se pretende que los lectores entiendan como nace el ilícito de violación a la luz de la teoría general del delito, describiendo esta figura y a la vez distinguiéndola de cualquier otro grado existente en el cuerpo normativo; el capítulo dos es denominado “La Dogmática Penal como instrumento para el análisis de las formas de ejecución del delito de Violación” donde se estudia todos y cada uno de los elementos necesarios en la ejecución del tipo penal de violación para que este se materialice y su relación con el comportamiento punible contemplado en la norma, tomando como punto de partida la finalidad del actor; y el capítulo tres se denomina: “Estudio de Casos Concretos desde el criterio jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua” en donde se muestra de forma precisa y clara a través del análisis e interpretación, el criterio de la Corte Suprema de nuestro país en relación a la temática y de esta forma marcar un precedente que pueda ser utilizado en caso de confusiones que impidan un correcto uso de la norma penal en relación a la tipificación del delito y en consecuencia la aplicación de la pena.



CAPÍTULO I: LINEAMIENTOS TEÓRICOS DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN.

1.1. Antecedentes del tipo penal de violación.

La palabra violación proviene de la voz latina violatio-onis, que denota la acción y efecto de violar; los indicios más antiguos sobre la tipificación del delito de violación se remonta al Código de Hammurabi¹ del año 1760 a.C., sin embargo este no reconocía la independencia de las mujeres, únicamente diferenciaba entre una mujer casada y una virgen pero prometida, según esta clasificación si un hombre violaba a una mujer virgen su castigo era la muerte, más si la violación era cometida en contra de una mujer casada esta debía compartir la pena con su agresor sin que se tomasen en cuenta las circunstancias en que se hubiesen cometido la violación siendo la pena de muerte mediante el ahogamiento, pues tanto la mujer como su agresor eran arrojados a un río del cual el marido de la agraviada, si así lo deseaba, podía sacarla. El Código de Hammurabi asimilaba también a la violación con el incesto que era un delito sancionado con la expulsión del violador fuera de las murallas de la ciudad.

En la edad antigua entre los Hebreos se han encontrado registros del delito de violación bajo la pena de muerte; si la joven no era desposada no se trataba de un delito ya que el bien que se tutelaba era el honor del marido de la joven,

¹ Creado en el año 1760 a.C. (según la cronología media) por el rey de Babilonia Hammurabi, es uno de los conjuntos de leyes más antiguos que se han encontrado.



ahora bien en el caso de existir acceso carnal la pena era la lapidación², a dicha pena eran sometidos tanto el atacante como la víctima, siendo ésta última considerada como irremediabilmente corrompida e impura; en cuanto al atacante dependiendo si estaba casado o soltero se imponía la pena de muerte o bien una multa.

En el Derecho Romano el delito de violación no tiene una categoría en sí mismo como casi todas las lesiones al bien jurídico libertad, sino por su efecto en ciertas personas como en la mujeres libres, más no en esclavos, por lo que quedaba comprendida en el concepto de “Vis Morsen”, puesto que en el Derecho Penal Romano el violar violentamente la libertad de una persona, sobre todo raptarla contra su voluntad, así como también estuprarla, eran hechos que caían no en la “Ley Plotia” pero si en la más severas de la “Ley Julias”³ sobre la coacción. En Roma el crimen de “Vis Morsen” podía ser cometido tanto sobre el hombre como en la mujer⁴.

La figura de la violación en el Derecho Romano, en el período de la monarquía era tutelado por el hecho de que la virginidad y la castidad eran requisitos socialmente exigibles como rasgo de honorabilidad a cualquier mujer libre; es decir que el bien jurídico tutelado era la castidad de la mujer, así como el honor de los familiares de la misma, el juzgamiento de este delito

² es un medio de ejecución muy antiguo, consiste en que los asistentes lancen piedras contra el reo hasta matarlo

³ Ley de Julio César del año 44 a.C.

⁴ Zavala Egas, Xavier, Revista Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Guayaquil, Ecuador, 1991, Vid:http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=333&Itemid=34. Consultado el 04/02/2014.



se desarrollaba ante la máxima asamblea popular⁵, la determinación de culpabilidad era por mayoría de votos y su condena era generalmente la pena capital que podía ser evitada sólo si el reo era exiliado y se le confiscaban todos sus bienes; en el caso de la violación de un esclavo como estos no eran tenidos en cuenta como personas sino como cosas, el delito era considerado en la categoría de daño, pero no como un daño al esclavo sino que al propietario del mismo.

En el Principado el paterfamilis⁶ tenía derecho a mantener relaciones sexuales con sus esclavos, con sus criados, y con su esposa aun en contra de su consentimiento, por lo que bajo esta forma social no se podría configurar ninguna acción delictiva; en esta etapa se amplía el concepto del delito de violación a las relaciones homosexuales. Durante el Dominado por la influencia del Cristianismo sólo se consideraba legítima la relación mantenida con la esposa, por lo que el castigo determinado para el hecho delictivo de la violación era de nuevo la pena capital, tanto así que incluso en la guerra de igual forma se aplicaba la pena capital al soldado que violara a una mujer libre; como novedad durante el Dominado se permitió la persecución del delito a través del procedimiento público no sólo al esposo y padre de la víctima sino también al suegro de la misma.

En la etapa Visigoda⁷ del Derecho Romano para que la figura de la violación fuese castigada se exigía que hubiese corrompimiento físico que

⁵ Estructura de Gobierno conformada por los representantes de las diez Curias Romanas.

⁶ Ciudadano independiente, bajo cuyo control estaban todos los bienes y todas las personas que pertenecían a la casa.

⁷ se inició el año 418 y duró hasta el 507



provocase la pérdida de la virginidad en la mujer; en esta etapa la violación vuelve a ser únicamente heterosexual, en el caso de que hubiere resarcimiento con bienes, los mismos debían ser entregados al marido de la ofendida cuando esta fuera casada, en cuanto a las penas dependían de las siguientes circunstancias: La pena en el delito de violación de una mujer libre no casada; la pena en los casos de violación de una mujer libre no casada previamente raptada; el castigo para la violación de una esclava ajena realizada por un hombre o por un esclavo; la pena imputable por la violación de una mujer libre casada.

En el Derecho Canónico únicamente se consideró “El Estrupum Violentum” para el caso en que se realizara el desfloramiento y se obtuviera ésta en contra de la voluntad de la mujer, no obstante se estipulaba que en la mujer ya desflorada no se podía cometer el delito en cuanto a las sanciones canónicas que eran las prescriptas para la fornicación.

En la edad media la violación conjuntamente con otras clases de trasgresiones de carácter sexual fueron penadas severamente en Europa desde el siglo XI hasta el siglo XVI como el delito de forzar o fuerza de mujer, según el cual el aspecto configurativo del delito de violación no era el consentimiento sino la honorabilidad de la mujer, por lo que era bien común que los violadores de mujeres amancebadas, prostitutas o criadas quedaran impunes, los castigos por el delito de violación en la edad media variaban de acuerdo a las circunstancias según las cuales se cometía, tales como el allanamiento de morada, la existencia de engaños que serían considerados



como un estupro violento y el consentimiento mediante el empleo de violencia física.

En el Derecho Castellano-Leones existía la posibilidad de venganza a los familiares de la víctima, quedando configurada dicha posibilidad como un deber de los parientes de la agravada; ahora bien en cuanto a la pena se distinguía entre si la mujer era casada se otorgaba la pena capital, sin embargo si era soltera se podía castigar con el carácter pecuniario. Cuando las víctimas eran prostitutas la acción no se consideraba delictiva, pero para exculpar al presunto autor del delito se exigía al menos que existiese el testimonio de cinco hombres que probasen la condición deshonesto de la víctima.

En el Espéculo⁸ la violación de la mujeres de la corte se entendía como una ofensa directa a los varones de la misma, se consideraba principalmente agravio al Rey y la Reyna, porque con tales acciones se lesionaba la imagen de la mujeres que vivían en torno a ellos; el Espéculo no regula más que la violación de las mujeres que se encontraban en la Corte, teniendo en cuenta a la hora de establecer la pena el grado de proximidad o parentesco que tuviera la víctima con la familia real, diferenciado de esta forma entre la violación de las hijas o hermanas legítimas del monarca, de las hijas o hermanas ilegítimas del rey, de cualquier otra mujer que fuese familiar de los reyes, de las llamadas “ricas hembras”, de las criadas de la reina, de las mujeres de los caballeros de la corte que no eran hombres ricos o de las viudas o religiosas de la corte.

⁸ Cuerpo legal conocido como el espejo de las leyes, redactada en torno a 1255-1260, y forma parte de la obra jurídica de Alfonso X el Sabio.



En el antiguo Derecho Español la Legislación de las Partidas castigaba en la Ley 3ª. Tít. 20, partida 7, a la persona que robare o forzare a una mujer honesta, sea doncella, viuda o religiosa, debiendo morir por ello; es decir que tanto el rapto como la violación estaban reguladas por una sola Ley, lo cual fue objeto de un sin número de críticas, ya en la época de la Codificación Española, en 1822 el delito de violación no se encontraba aun completamente separado del rapto, ni del delito de abusos deshonestos, ya que el término “abusar” o “abusar deshonestamente” incluía el de “yacer”.

Durante la época prehispánica la figura de la violación era castigada con la pena de muerte en la horca, esto era aplicado por el imperio Inca, durante la época colonial se aplicaron algunas leyes que regían en España, así por ejemplo las Leyes de Indias, El Fuero Real⁹, El Fuero Juzgo y las Siete Partidas¹⁰. Entre ciertos indígenas de América cuando la violación era una expresión pre-conyugal se solucionaba con el matrimonio, los americanos de Pensilvania castraban a los negros que violaban a las mujeres blancas, y más tarde por una Ley dictada en 1700 se les condenaba a muerte.

En el Derecho francés también aparecen confundidos los delitos de rapto y violación, inclusive en la violación no sólo estaba comprendida la conjunción sexual por la fuerza, sino también la tentativa, posteriormente a la Revolución Francesa, con el Código de 1791 se castigaba la violación agravando la pena si había sido cometida en una niña menor de catorce años, o

⁹ Norma promulgada que regía en las grandes ciudades del reino de Castilla, creada para la homogeneización del derecho de los distintos territorios pertenecientes a la Corona de Castilla.

¹⁰ Cuerpo jurídico de más amplia y vigencia en Hispanoamérica (hasta el siglo XIX), que fue creada durante el reinado de Alfonso X



cuando el culpable había actuado con ayuda de una o varias personas. En el Código de 1810 también se confunde abusos deshonestos o atentado contra el pudor con violación, sancionando a quien realizara el crimen de violación o se haga reo de cualquier otro atentado al pudor, consumado o intentado con violencia, contra personas de uno u otro sexo, en 1832 se expiden reformas a dicho Código logrando distinguir entre la violación y atentado contra el pudor, creando para este último la misma estructura del tipo penal de violación con la diferencia del uso de la violencia.

En el Derecho Belga rigió la Legislación Francesa por la anexión de 1972, es únicamente mediante el Código de 1867 en que se distingue el atentado contra el pudor de la violación, durante esta época el principal rasgo de la violación es la escasez de sus denuncias ya que la víctima debía demostrar que se resistió físicamente desde el inicio hasta el final.

Sin embargo en la mayoría de los casos no se tomaba importancia y veracidad al testimonio denunciado por la víctima por el papel que esta representaba en la sociedad, a tal punto que en dicha época se consideraba que la violación de un solo hombre contra una mujer, por cuestiones naturales sería prácticamente imposible pues se consideraba al vigor femenino más que suficiente para la defensa, transformando de esta forma el relato de una violación en el de una seducción, por lo que también se castigaba a la víctima como se hacía en los delitos de sodomía e incesto; cabe destacar que cuando una mujer casada fuese violada no podía acusar sin haber sido autorizada por su marido, es decir que todos estos avatares sociales, jurídicos, y psicosociales sobre el delito de violación no hubieran sido posible sin una sociedad



dominada por el machismo y el patriarcado, la sensibilidad respecto a este delito sexual llega con la letra de los intelectuales, la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano ya que este acontecimiento permitió configurar el delito de violación y su pena, teniendo como objeto jurídicamente protegido la libertad de las personas respecto de su autodeterminación sexual para hacer uso de su cuerpo y sexualidad.

Actualmente la pena del delito de violación ha sido contemplada de acuerdo a los principios de los Derechos Humanos, bajo la premisa del Constitucionalismo, así como de los fines de la pena, adecuados a los Códigos Penales de cada Estado en particular.

En Nicaragua siempre se ha sancionado la comisión de este ilícito lo cual lo se puede ver reflejado a través de lo que establecía el capítulo VIII Violación, Estupro y Rapto del Código Penal de Nicaragua de 1974 que en su artículo 195 decía: Se comete violación yaciendo con mujer sin su consentimiento y en especial en los casos siguientes: 1º. Cuando se use de fuerza o intimidación, 2º. Cuando la mujer sea privada de razón o de sentido por cualquier medio, o cuando ella no pudiere resistir por enfermedad o cualquier otra causa, 3º. Cuando la mujer sea menor de doce años, aunque no concorra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores, 4º. Cuando la violada es mujer casada quien el violador hace creer que es su marido, 5º. Cuando dos o más intervienen en la ejecución del delito. El autor del delito de violación será penado con presidio¹¹ de ocho a doce

¹¹ Establecimiento penitenciario en que cumplen condena los reos penados con privación de libertad. Pena de privación de libertad con diversos grados de rigor y tiempo.



años, cuando el violador fuere autoridad bajo cuya custodia está detenida la mujer violada, la pena será de doce a quince años de presidio.

Actualmente en nuestro país se encuentra tipificado el delito de violación en la Ley No. 641 “Código Penal de Nicaragua” específicamente en el Capítulo II “Delitos Contra la Libertad e Integridad Sexual” en su artículo 167 del Código Penal que dice: “Quien tenga acceso carnal o se haga acceder o introduzca a la víctima o la obligue a que se introduzca dedo, objeto o instrumento con fines sexuales, por vía vaginal, anal o bucal, usando fuerza, violencia, intimidación o cualquier otro medio, que prive a la víctima de voluntad, razón o sentido, será sancionado con pena de ocho a doce años de prisión”, sin embargo esta pena varía de doce a quince años de prisión si cumple cualquiera de los incisos del artículo 169 del Código Procesal Penal que se refiere al delito de Violación Agravada.

1.2. Teoría General del Delito.

1.2.1. Generalidades.

Cuando se habla de delito, lo primero que se viene a la mente es la realización de toda conducta sancionada y contraria a la ley; pero en realidad ¿qué es lo que determina que un hecho sea sancionado como delito?, la respuesta está en un determinado hecho que vulnera los valores diversos del jurídico, como por ejemplo los valores compuestos por las ideas morales generales de las que surgen las exigencias fundamentales de la vida social, en tal sentido se puede afirmar que la figura del delito surge como un comportamiento “merecedor de pena” cuando existiese la infracción de ciertos



deberes éticos; sin embargo el derecho penal moderno hace realce a la estricta separación que existe entre derecho y moral.

En relación a lo anterior se puede afirmar que para mantener la estricta separación que debe existir entre derecho y moral se estableció que un hecho considerado como delito lesiona un bien jurídico, en consecuencia se entiende por bien jurídico “el interés protegido jurídicamente”¹², en ese sentido Von Liszt agrega que los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad.

La teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley. Tiene como objeto establecer un orden racional y fundamentado de los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de ley penal en un caso dado, apoyado del método del examen de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.¹³ Está concebido como un instrumento de resguardo de diversos bienes jurídicos, en este caso abordaremos la libertad sexual¹⁴ o autodeterminación sexual, o bien la indemnidad sexual¹⁵, que se ve totalmente afectada con la comisión del delito de violación, así como las consecuencias jurídicas que existen cuando no se perfecciona la comisión de este delito y teóricamente se entiende como un delito imperfecto.

¹²Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Tercera reimpresión, Editorial TEMIS S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia. Mencionando a Von Liszt; Lehrbuch; 23 ed; p. 4.

¹³ Bacigalupo Enrique, op. cit., p. 68.

¹⁴ Se entiende por libertad sexual la autodeterminación en el marco de las relaciones sexuales de una persona, es decir que el titular de la misma determina su comportamiento sexual conforme a motivos propios, en tal sentido de que es él quien decide sobre su sexualidad, y con quien mantiene relaciones sexuales.

¹⁵ Derecho que todo ser humano tiene a mantener incólume su dignidad humana frente a la consideración de su cuerpo como objeto sexual.



La regla general es que para lograr la protección de este bien jurídico la Ley describa actividades cuya ejecución acarrea su punibilidad cuando aquellas conductas se encuentran consumadas, sin embargo es importante identificar las circunstancias que pueden concretarse cuando un sujeto activo no logra la consumación del ilícito de violación aun cuando realizó todos y cada uno de los pasos, en el camino del crimen, que había planeado, es decir que su conducta se vio frustrada por una causa ajena e independiente a su voluntad.

Antes de entrar de lleno al análisis de las formas de ejecución del delito de violación, se tiene que tener en cuenta qué es un delito, el alcance que tiene la realización de una acción penalmente sancionable, y todas aquellas características que debe contener una determinada conducta para ser calificada como delito.

En el plano formal se suele considerar que delito es la infracción de la norma penal, infracción que ha de ser culpable, sin embargo no toda infracción de una norma jurídica es delito, es decir no lo es cualquier ilícito, cualquier conducta antijurídica, sino sólo la que infringe lo dispuesto en la norma penal.

Según lo establecido en el Código Penal en su artículo 21 son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosos o imprudentes calificadas y penadas en este Código o leyes especiales; es decir que “desde el punto de vista jurídico un delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena, lo cual es una consecuencia del Principio *nullum crimen sine lege* (no hay crimen sin ley



previa), establecido en el artículo 1 del mismo código penal, que rige el moderno derecho penal”¹⁶.

Tras un minucioso análisis del derecho penal positivo se ha observado que el concepto del delito así como sus características comunes responden a una doble perspectiva, la primera que se presenta como un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano (antijuricidad); y el segundo se presenta como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho (culpabilidad).

En la antijuricidad se incluye la acción u omisión, los medios y formas en que se realizan, sus objetos, la relación causal y psicológica entre ellas, así como el resultado; ahora bien en la culpabilidad se observa las facultades psíquicas del autor, el conocimiento por parte del autor del carácter antijurídico del acto y la exigibilidad del autor de un comportamiento distinto¹⁷, es decir que lo anterior se refiere a la previsión de una conducta delictiva y su sanción ya que el delito simultáneamente cumple e infringe una y otro aspecto de la norma penal, puesto que cumple o encaja en la descripción de la proposición jurídico-penal, precisamente porque infringe la prohibición implícita en ella, a la definición o descripción de la conducta en la Ley penal se le denomina tipo, por lo que si una conducta coincide con la descripción de la Ley penal, se le califica de conducta típica, en consecuencia el delito de la conducta “típicamente antijurídica”.

¹⁶ Muñoz Conde, Francisco; Teoría General del Delito, Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia, 1984, p. 2.

¹⁷ Luzón Peña, Diego Manuel; Curso de Derecho Penal, Parte General, Editorial Universitaria S.A, Madrid, España, 1996, pp. 43-50.



1.2.2. Elementos del Delito.

La teoría del Delito reúne en un sistema los elementos, que en base al Derecho Penal positivo pueden considerarse comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos. La Teoría del Delito es obra de la doctrina jurídico-penal, constituyendo la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho Penal, teniendo como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los principios básicos del Derecho Penal positivo y su articulación en un sistema unitario.

La Teoría del Delito posee elementos fundamentales los cuales son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, algunos estudiosos del Derecho incluyen la punibilidad, por lo que se procede a explicar brevemente:

- ✓ La tipicidad: También definida como acción/omisión típica, comprende solamente los objetivos o externos del hecho previsto en la descripción legal, cabe destacar que la tipicidad tiene un carácter descriptivo que consiste en el hecho de que una acción/omisión este descrita en la Ley no implica todavía una valoración negativa pero tampoco positiva, sino que es algo valorativamente neutro, ya que puede suceder que concurra una causa de justificación que elimine la antijuricidad, en tal sentido se puede afirmar que la tipicidad de la conducta es un indicio que nos pone en la pista para conocer o advertir que puede ser antijurídica¹⁸. La tipicidad es pues la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la Ley, siendo una consecuencia del Principio de Legalidad, ya que sólo

¹⁸ Muñoz Conde, Francisco; op. cit., p.4.



por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple con el principio *nullum crimen sine lege*.

- ✓ La Antijuricidad: Consiste en modificar o perturbar un estado o situación jurídicamente valiosa que implica un juicio definitivo de desvalor ya que se trata de enjuiciar negativa o positivamente una conducta desde la perspectiva del Derecho por lo que se afirma que la antijuricidad es un juicio valorativo pero puramente formal, pues basta con comprobar que la conducta es típica y que no concurre ninguna causa de justificación que excepcionalmente la permita, para poder enjuiciarla negativamente como antijurídica.

- ✓ La culpabilidad: Es el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible, sea criminalmente responsable de la misma¹⁹; es decir que se describe como comprobación de nexo o relación no material entre el autor y el hecho, por tanto de la acción típica y antijurídica ha de ser el culpable, ha de poderse hacer responsable de ella como autor de esta²⁰.

Estas figuras son el conjunto de condiciones que permiten atribuirle la infracción penal al autor de la misma, sin ellas sencillamente no existiría delito, sin embargo muchos se preguntarán cual es la importancia de la creación de la teoría del delito en el moderno derecho penal, en tal sentido se constata que la doctrina ha elaborado una Teoría General del Delito como

¹⁹ Bacigalupo, Enrique, op. cit., p. 275.

²⁰ Luzón Peña, Diego Manuel; op. cit., pp. 227-229.



instrumento para garantizar la seguridad jurídica del ciudadano en el sentido de que se pueda ofrecer a los Tribunales criterios válidos para todos los posibles supuestos que se presenten más allá del caso en concreto, así mismo permite establecer una proporcionalidad en cuanto a las sanciones en relación con la función que pretende el Derecho Penal.

1.3. Iter Criminis (Camino del Crimen)

El delito no aparece de improvisto, obedece a un proceso que es lo que se conoce como *Iter Criminis*, el cual indica el camino del crimen, es decir, todos y cada uno de los pasos que se llevan a cabo desde su planeamiento hasta su perpetración, desde el proceso previo que se genera en la mente del sujeto hasta su realización. Su estudio es de vital importancia, ya que al conocer las fases por las que pasa un ilícito hasta su consumación se puede entender con más claridad, en caso de que el proceso se interrumpa, hasta donde es punible los hechos cometidos o alcanzados.

Uno de los elementos principales que se deben observar en este caminar del crimen, es el dolo, es decir la resolución libre y consiente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por la ley²¹, puesto que cuando el ilícito no se cometió en su totalidad sino que se interrumpe en alguna de sus fases se tiene que analizar cuál era la intención final de sujeto para poder tipificar su actuar y sancionar de acuerdo la lesión real del bien jurídico tutelado (principio de lesividad, artículo 7 Código Penal

²¹ De Torres, Guillermo Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 134-135.



nicaragüense y principio de proporcionalidad, artículo 5 Código de Procedimiento Penal nicaragüense).

1.3.1. Fases del Iter Criminis

Las fases en las que se desarrolla el iter criminis o camino del crimen, son de carácter internas, intermedias y externas:

- **Fase Interna:**

a) **Ideación:** se refiere al instante en que surge en la mente de la persona la idea de cometer el delito, se trata de un proceso interno en el que el autor elabora el plan del delito y propone los fines que serán meta de la acción, eligiendo a partir del fin los medios para alcanzarlo. Esta etapa está regida por el Principio *Cogitationem poena nemo patitur* que significa que solamente una conducta, y no un simple pensamiento, puede ser constitutiva de delito²².

b) **Deliberación:** meditación sobre la idea criminosa, examen de los pros y los contras, por lo que se puede decir que es el momento de estudio y apreciación de los motivos para realizar el delito.

c) **Resolución Delictual:** se decide llevar a cabo el propósito delictivo. Es el momento en el que la persona decide llevar adelante el plan criminal y con esto se agota la fase interna.

²² Jiménez de Asúa, Luis, La Teoría Jurídica del Delito, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, España, 2005, p. 37.



No son punibles porque no causan ningún tipo de afectación a los bienes jurídicos, respetando el Principio “*Cogitationem poena nemo patitur*” (nadie puede ser penado por sus pensamientos), pues no se puede olvidar que el delito es antes que nada una acción; por lo tanto si esta aun en el fuero interno aún no hay acción, y lo que se requiere es la exteriorización que es el elemento físico de la acción.

- **Fase Intermedia:**

La resolución delictual manifestada sólo es punible en algunos supuestos, no es una fase esencial al proceso ejecutivo del delito y consiste en la comunicación de la decisión de realizar el hecho, que normalmente se hace al cómplice o coautor. En el artículo 31 del código penal nicaragüense, párrafo segundo se prevé la proposición, pero limitada a los casos expresamente previstos en la ley.

- **Fase Externa:**

a) **Actos Preparativos:** son todos aquellos actos que pueden ayudar a la realización de un delito pero no forman parte de él, son actos para proveerse de instrumentos adecuados o medios para cometer un delito, sin embargo en este momento no hay univocidad, es decir no revelan con claridad y precisión la voluntad de delinquir y por ello son impunes. Se caracterizan porque son equívocos, por lo que no son idóneos en sí mismo para evidenciar la tipicidad. No producen daño ni violan precepto legal



alguno, pues son incapaces por sí solos de indicar la voluntad de continuar y acabar el intento delictivo.

Como ejemplo de actos preparativos se puede mencionar: el obtener un medicamento para anular la voluntad de la víctima, invitarla a un lugar solitario, o bien llevarla en el vehículo a un sitio alejado; aun cuando alguien podría aventurarse a decir cuál es el “supuesto propósito” del sujeto manifestando que se busca quebrantar la libertad o autodeterminación sexual de una persona, en realidad no es posible establecer con absoluta certeza que efectivamente ese es su plan y que ello es lo que en realidad va a ocurrir.

b) **Actos de Ejecución:** se caracterizan por conducir directamente a la consumación, son unívocos o inequívocos pues por sí mismos implican el cumplimiento de elementos constitutivos del tipo. Estos sí interesan al derecho penal dado que el acto responden a un plan previo que ha empezado a materializarse, siendo claro que está dirigido a quebrantar la libertad sexual de la víctima, por lo que si reciben una propuesta penal independientemente de que se logre o no concretar el plan propuesto, tal y como lo dispone el inciso 3 del artículo 28 del Código Penal al regular la tentativa.

Como ejemplo de actos de ejecución: el agente intenta ultrajar sexualmente a la víctima y ésta se resiste, logrando huir del lugar o golpear a su agresor, quien no puede continuar como consecuencia de esta situación.



- c) **Actos de Consumación:** se caracterizan por la realización de todos los actos que dan como resultado el cumplimiento del verbo típico y con ello la infracción penal propuesta por el sujeto activo.
- d) **Actos de Agotamiento:** aquí no sólo se cumple el proceso descrito por la ley sino que se concreta la aspiración, el fin o provecho que pretendía lograr el sujeto con la realización del delito²³, se realiza la finalidad última que ha perseguido el autor. Quien intervenga en esta etapa prestando ayuda o colaboración al autor o autores, en cumplimiento de una promesa o compromiso previo a la comisión del delito, se considera cómplice. Si no hay promesa anterior, quien intervenga se estimaría autor de cualesquiera de las formas de encubrimiento previstas en la legislación penal.

1.4. Corrientes Doctrinarias frente a las fases de ejecución del Tipo Penal de Violación.

Dentro de las posturas doctrinarias que definen la figura de la tentativa se encuentra a Luis Jiménez de Asúa, quien en una clara posición se refiere a la figura de la tentativa “como el comienzo típico de ejecución que se da cuando se penetra en el núcleo del tipo o se inician las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legitima, o que diferencian unos tipos de otros”²⁴. El Profesor Maurach señala que doctrinariamente se ha ubicado a la tentativa entre la preparación y la consumación, diferenciándose

²³ Carrara, Francesco, Programa del Curso de Derecho Criminal, Editorial EJE, 11va edición, Buenos Aires, Argentina, 1944, p. 125

²⁴ Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1967, p. 513.



de la primera en que se inicia ya la inmediata irrupción en la imagen rectora del delito.

Autores como Francesco Carrara consideran a la tentativa como un delito imperfecto ya que no se dan todos los caracteres del tipo porque la conducta se detiene en la etapa de ejecución por lo que no llega a concretarse plenamente sino que sólo se produce un resultado incompleto. Otros autores como Brichetti entienden a la tentativa como un delito independiente a cualquier otro, llevando a ubicar a la tentativa en la parte especial para cada uno de los delitos susceptibles a la misma.

Pavón Vasconcelos propugna una postura conciliatoria considerando a la tentativa como un tipo penal autónomo, pero vinculado con el delito consumado, al que siempre habrá que relacionarle con la forma del delito infringido de forma perfecta, ya que sin dicha relación la figura de la tentativa pierde vigencia, en consecuencia sería un tipo penal imperfecto²⁵. En este sentido Marggiore agrega que no se debe confundir una circunstancia o accidente del delito, ya que si bien no se llega a considerar la tentativa como un delito *sui generis*²⁶, se le otorga una autonomía limitada afirmando que “es una forma degradada del delito, por lo que se le castiga con menos gravedad que el delito perfecto”.

Ahora bien si se aplica lo anterior al tema en estudio, se puede considerar que tanto la posición de Pavón Vasconcelos como la de Marggiore

²⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco, *La Tentativa*, Editorial Porrúa, México D.F, 1974, p. 22.

²⁶ Su propio género o especie



son aplicadas perfectamente al delito de violación en grado de tentativa en el sistema penal nicaragüense, ya que no se podría sancionar la violación de una norma a la que va dirigida el delito tentado sin observar jurídicamente el delito consumado, es decir que existe una autonomía pero restringida ya que en este sistema penal no existe una tipificación independiente y específica del delito tentado para cada uno de los tipos penales sancionados en los que cabría dicha figura, sino que únicamente se establece una directriz general y ésta debe adecuarse al caso concreto, por lo que en consecuencia obligatoriamente se tiene que recurrir al estudio del delito consumado para analizar en cada caso en particular que cerca estuvo el sujeto activo en el camino del crimen de lograr su propósito, y de esta forma adecuar el propósito hacia el cual iba dirigida la conducta del sujeto activo, en cualquiera de las dos formas de ejecución imperfectas del delito de violación.

En lo que respecta a la figura de la Frustración esta es una figura intermedia entre la tentativa y la consumación, según Romagnosi en el delito frustrado el sujeto activo realiza aquellos actos que de acuerdo a las normas penales pueden conducir a la consumación del delito, sin embargo por cualquier impedimento imprevisto o inevitable sobrevenido no obtenga el resultado que tenía como propósito, afirmando en tal sentido Romagnosi que el delito frustrado se ha consumado subjetivamente en relación a la acción dirigida por el agresor.

La postura subjetivista que tiene su lugar de nacimiento en Alemania, donde su mayor representante fue el jurista Gustav Radbruch, afirman que el



grado de frustración no cabe en los delitos de mera actividad²⁷, ya que la condición objetiva de punibilidad es el resultado de una conducta tipificada, agregando que no hay nada de peculiar en lo que concierne al elemento subjetivo del delito frustrado que lo diferencie de la tentativa.

En la postura contraria que si concibe la existencia de la frustración en los delitos de mera actividad tenemos que Caspar Rudolf Von Ihering, quien afirmaba que si en los delitos de mera actividad al igual que en cualquier otro hecho sancionado por una norma penal, la actividad ejecutiva del sujeto activo se ve deteriorada por un factor independiente a su voluntad pero se tiene la certeza de que automáticamente de no haber intervenido ese factor en los planes del sujeto agresor se hubiese conseguido la finalidad que perseguía. De lo anterior se deduce que si en el delito de violación encaja perfectamente todo lo señalado en la definición de la figura de frustración, no habría ningún motivo lógico para no nombrarla como tal.

En el ordenamiento penal nicaragüense existe la figura de la frustración, y en la misma no se delimita delitos específicos en los cuales debe de ser aplicada, por lo que en consecuencia se puede tipificar un hecho como violación en grado de frustración; es importante resaltar que en la figura de la violación frustrada además de observar el factor externo es vital detectar el propósito que desea conseguir el sujeto activo, ya que de dicha conducta es la que guía para determinar la acción a través de la cual se pretendía la vulneración del bien jurídico, por ejemplo en un caso en el cual un sujeto

²⁷ Son aquellos cuya descripción y contenido material se agota en la realización de una conducta, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo. Ejemplo: El delito de violación.



observa a una mujer que camina hacia su casa de habitación en una zona oscura, la sigue, la jala hacia un predio vacío, oscuro, donde no hay casas de habitación si no en una distancia de diez metros, le tapa la boca para que no pueda pedir auxilio, lesionando sus partes extra genitales para dominarla, ambos forcejeaban, el agresor para dominar a la víctima, posteriormente el sujeto activo le dice que sólo quiere “echarle un polvito”, manoseándole sus pechos, su vulva por encima de la ropa, es decir que no pudo quitarle su vestimenta, momento en el cual pasa por el lugar, donde se estaba cometiendo el hecho, un habitante de la zona evitando de esta forma que el agresor pudiese cometer su propósito²⁸.

De lo anterior se entiende perfectamente que el propósito del sujeto activo era la comisión de una violación, ya que él mismo le manifestó a la víctima que sólo quería “echarle un polvito”, lo que en el lenguaje popular nicaragüense significa que deseaba tener relaciones sexuales con la misma, es decir penetrarla o accederla carnalmente, ahora bien sabiendo que no se llegó a la consumación del delito debido a la existencia de un factor externo, que en este caso sería el ciudadano que pasó por el lugar donde se estaba cometiendo el hecho, la pregunta en este caso sería ¿en cuál de los dos grados imperfectos del delito podríamos ubicar esta conducta?, cualquiera persona diría que en la frustración, ya que en caso de no haber existido el factor externo el sujeto activo hubiese cometido su propósito, pero hay que recordar que para que una delito imperfecto sea tipificado como frustrado debe de existir la seguridad que de no haber sido interrumpido los planes del agresor por el factor externo

²⁸ Ejemplo extraído de expediente judicial número 003989-ORO1-2013- PN, Juzgado de Distrito Especializado en violencia de León.



no hubiese existido más que la consumación, o como lo planteaba Romagnosi es el hecho ya se entiende como consumado de forma subjetiva en la mente de agresor, sin embargo en este caso en particular se observa que el sujeto activo ni siquiera había quitado ninguna de las prendas que portaba la víctima al momento en que se presentó el factor externo, manoseándola únicamente por encima de su ropa, es decir que no existe la certeza de que de no existir el factor externo hubiese continuado enseguida la consumación del hecho en este caso.

En base a lo anterior se nota que es fundamental al momento de determinar el grado imperfecto en el cual se puede encasillar al delito de violación no consumado no solamente que tan cerca estuvo el sujeto activo de lograr su objetivo, sino también la acción hacia la cual iba encaminada su propósito, ya que si bien es cierto de que no existen en nuestro ordenamiento penal una serie de pasos o requisitos para encasillar la figura en una u otra modalidad, se tiene como referencia la directriz de Pavón Vasconcelos y la de Marggiore, quienes dicen que no se puede separar la figura (tentativa y frustración) del delito de violación, en este caso, consumado para determinar el punto en el cual se vio interrumpida la conducta que el infractor de la norma deseaba cometer.



CAPITULO II: LA DOGMÁTICA PENAL COMO INSTRUMENTO PARA EL ANÁLISIS DE LAS FORMAS DE EJECUCION DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

2.1. Análisis Objetivo del Tipo Penal de Violación.

Artículo 167, Código Penal Nicaragüense:

“Quien tenga acceso carnal o se haga acceder o introduzca a la víctima o la obligue a que se introduzca dedo, objeto, o instrumentos con fines sexuales, por vía vaginal, anal o bucal, usando fuerza, violencia, intimidación o cualquier otro medio que prive a la víctima de voluntad, razón o sentido, será sancionado con pena de ocho a doce años de prisión.

Pueden ser autores o víctimas de este delito personas de uno u otro sexo”.

2.1.1. Bien Jurídico Tutelado.

Bastante se ha escrito sobre el bien jurídico tutelado de este ilícito, pues las posiciones discutidas o examinadas van desde la afectación del honor, pensamientos que por lo general van ligadas a la religión, hoy en día la postura más aceptada es en la que se estima que lo que se afecta es la libertad o auto determinación sexual, o bien la indemnidad sexual.

Específicamente se piensa que el ser humano, independientemente de que sea hombre o mujer, tiene el derecho, una vez que ha alcanzado la edad emocional e intelectual, lo mismo que la edad biológica adecuada, para decidir



en forma libre y voluntaria con quién, cómo o cuándo, mantener una relación sexual con otra persona.

Tal posibilidad no puede estar, bajo ninguna justificación o circunstancia, limitada, anulada, o impuesta en contra de su voluntad, es decir, en contra del derecho que toda persona tiene de decidir con quién quiere relacionarse sexualmente. Cuando esto ocurre se quebranta el bien jurídico tutelado; como lo advierte CREUS, en todos estos casos, la Ley tiene en cuenta la ausencia del consentimiento de la víctima, porque sus circunstancias o cualidades le impiden prestarlo válidamente o porque el modo de actuar del agente implica su eliminación; en tal sentido, mediando una suplantación de la voluntad de la víctima efectiva o así considerada por la Ley, por la del agente, por lo que se está en presencia de un delito que protege la libertad sexual, la cual se vulnera invadiendo ilícitamente la esfera de reserva propia de ese ámbito de la persona, en la que ella, consciente y libremente, puede permitir penetrar a quien desee o impedir que otros lo hagan.²⁹

2.1.2. La acción.

El legislador previó las acciones a través de las cuales resulta posible la comisión de este delito que sanciona el artículo 167 del Código Penal vigente, que son el *acceso carnal o hacerse acceder*, o bien la *introducción de dedo, objeto o instrumento con fines sexuales* (tanto practicando estos actos a la víctima como obligando a ésta para que lo haga ella misma).

²⁹ Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Editorial ASTREA, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 171.



La modalidad del acceso carnal representa la forma tradicional bajo la que se ha sancionado el tipo penal de violación. Específicamente, acceso proviene del verbo acceder y que, conforme al Diccionario de la Lengua Española, significa entrar a un lugar o pasar por él³⁰, es decir, introducir o penetrar a un lugar. En este caso, sin embargo, tal introducción o penetración no es cualquiera, sino que la misma requiere ser realizada, de acuerdo con la palabra que lo acompaña, con una parte del cuerpo, y que en este caso, dado que el acceso también se le identifica como coito, debe ser con el pene, siendo en consecuencia el hombre el único que puede realizar este delito bajo la modalidad de acceso carnal.

El círculo de sujetos activos que pueden llegar a cometer la calificación del artículo 167 del Código Penal vigente depende de la conducta que se realice. Así, por ejemplo, no hay ninguna duda de que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos de la modalidad calificadora consistente en introducción de objetos o instrumentos con fines sexuales, pero la introducción como tal debe referirse a objetos o instrumentos (palo, dedo, etc.) en las cavidades sea vaginal, anal o bucal que tenga una evidente connotación sexual.

En tal sentido tenemos que cuando el acceso carnal consista en una penetración vaginal, anal o bucal, parece evidente que el sujeto activo puede ser sin duda alguna el hombre, siendo indiferente que el sujeto pasivo de la penetración sea hombre o mujer. Más compleja es la respuesta cuando el

³⁰ Diccionario de la Lengua Española, Tomo I, Vigésima segunda edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, España, 2001, p. 20.



sujeto activo del acceso carnal es una mujer; un acceso carnal con sujetos activo y pasivos, femeninos, conseguido mediante violencia o intimidación, puede incluirse desde luego en el tipo calificado del artículo 167 del Código Penal sin violentar el sentido literal de “acceso carnal”, entendiendo como relación sexual en la que intervienen los órganos genitales concluyendo con la penetración del órgano viril.

La expresión “acceso carnal” no admite todas las posibles combinaciones: hombre-mujer, mujer-hombre, hombre-hombre, mujer-mujer, ya que por ejemplo en los casos en que una mujer realiza una práctica fricativa con otra mujer o en los que la mujer (o el hombre) se hacen penetrar, mediante violencia o intimidación por un hombre; parece pues que la mujer no puede ser sujeto activo de las conductas consistentes en una penetración (vaginal, anal, o bucal), situación diferente del hacerse acceder por el órgano reproductor masculino, por lo que en relación con el artículo 167 del Código Penal, ésta sólo puede conocer la modalidad de introducción de miembros corporales u objetos.

También el Legislador sanciona la modalidad de “hacerse acceder”, lo cual implica obligar a otro a introducir el órgano viril en quien demanda dicho acceso (esto es el agresor). Este acceso carnal de igual forma no es en cualquier parte del cuerpo, cuando el Legislador estableció con precisión las cavidades u orificios en donde resulta ello posible; indicó así que el acceso puede ser vía vaginal, vía anal, o bien, vía bucal. No se trata de un mero roce o tocamiento del pene en dichas cavidades, sino que debe ingresar o entrar en ellas, es decir, debe existir penetración; no interesa si la introducción o



penetración del pene es total o parcial, pues en cualquier forma se produce un acceso carnal.

En algunas ocasiones se ha discutido, esencialmente durante el desarrollo del juicio, como tesis de defensa, que no existe o no se configura la violación, tanto no se produjo una penetración total, tal tesis no ha sido aceptada ni por la Jurisprudencia, ni por la doctrina, dado que siempre se suscita un ingreso carnal indebido en la persona afectada.

Sobre este particular, resulta de interés lo expuesto por CREUS, en cuanto manifiesta que: “La penetración típica importa la llegada del órgano sexual masculino al interior del cuerpo de la víctima, es decir, a zonas de él que normalmente no están en contacto con el exterior, aunque no interese ni el perfeccionamiento del coito por medio de la eyaculación, ni el alcance que haya adquirido la penetración y, mucho menos, que haya dejado rastros en el cuerpo de la víctima (como lo sería rompimiento del himen u otras lesiones). Quedan comprendidas en el concepto de la Ley las penetraciones mínimas en que el órgano sexual masculino alcanza algunas zonas del cuerpo de la víctima, que sin tener profundidad en él, no están en contacto con el exterior, como ocurre con el llamado *coito vulvar o vestibular*”³¹.

La situación anterior es distinta al denominado *coito inter femora*, ya que en este supuesto el sujeto roza el pene sobre la vagina o el ano pero sin penetración, es decir, sin que se produzca acceso carnal alguno; al no existir acceso o penetración, no se configura el delito referido; en este supuesto se

³¹ Creus, Carlos, op. cit., p. 170.



estará tan sólo entonces ante un delito de abuso sexual³². Debe entenderse que el acceso no se produce en estos casos porque el sujeto lo quiere así; su acción en concreto se reduce tan sólo a tener un contacto con la víctima, es decir a tener un lúbrico tocamiento.

No se estaría ante esta circunstancia cuando el sujeto pretende o desea mantener un acceso carnal y procede a ejecutar la acción, pero no logra su objetivo debido a la resistencia u oposición que presenta la víctima; esta acción no califica como abuso sexual, sino que configura una tentativa de violación como consecuencia de la existencia de un factor externo a la voluntad del sujeto que le impide consumir el hecho.

Ahora bien, otra de las modalidades bajo las cuales se configura la realización de este tipo penal, es que el sujeto activo se “haga acceder” carnalmente o introduzca a la víctima o la obligue a que se introduzca dedo, objeto, instrumentos con fines sexuales, sea por vía vaginal, anal o bucal; en tal sentido tenemos que el dedo o los dedos pueden ser utilizados como objetos de significado sexual equivalente al miembro viril masculino, igual que un palo, un bastón, la empuñadura de un paraguas o el cañón de una escopeta, pistola o cualquier otro objeto; sobre todo cuando se introduzcan varios y aun toda la mano o el puño, siempre obviamente que se trate de una clara penetración equivalente a la del miembro viril, y no de meras caricias periféricas en la zona vestibular o perianal, en todo caso esta forma de concretar lo señalado en el artículo 167 del Código Penal puede ser cometido tanto por el hombre como por la mujer.

³² Ídem., p. 179.



Resulta problemático el uso del término “objeto” puesto que debe hacerse valer como tal aquel que sustituya o represente el órgano viril en sus funciones de penetración o acceso para realizar la violación, por lo que no parece posible admitir en ese sentido gases o líquidos u otros aditamentos que no tengan esa característica. Desde luego que si entran en esa acepción, frutas, verduras, lapiceros, etc., o juguetes sexuales diseñados para que se utilicen con el fin de ser introducidos en los orificios o cavidades antes mencionadas.

Para efectos de esclarecer aún más que se debe entender por objeto o instrumento es necesario dirigirse al Diccionario de la Lengua Española. En cuanto al concepto de instrumento, la Real Academia señala varios conceptos, entre los que destacan, dejando de lado los que en forma evidente son relativos a los instrumentos musicales, los siguientes:

1. Conjunto de diversas piezas combinadas adecuadamente para que sirva con determinado objeto en el ejercicio de las artes y oficios.
2. Ingenio (máquina).
3. Aquello que nos sirve para hacer algo.
4. Aquello que sirve de medio para hacer algo o construir o un fin.³³

Por su parte objeto, es más reducido, en tanto que significa cosa³⁴ y ello implica, entre otras posibilidades que no tienen relación directa con la temática que se pretende dilucidar:

³³ Diccionario de la Lengua Española, Tomo II, op. cit., pp. 1286-1287.

³⁴ Ídem., p. 1602.



1. Todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta.
2. Objeto inanimado por oposición a ser viviente.³⁵

En otras palabras, instrumento u objeto puede ser cualquier cosa que tenga una entidad material (corporal) que tenga la posibilidad de poder ser introducido en las cavidades (vagina/ano).

Ahora bien conforme al concepto de instrumentos u objeto referido, resulta importante determinar si dentro de tal definición también es posible admitir los animales, o bien, aquellas otras partes del cuerpo humano que puedan utilizarse para lograr una penetración acceso, como es la lengua, o si por el contrario esta circunstancia sólo contempla la posibilidad de que ese hecho sea sancionado como delito de abusos sexuales.

2.1.3. El Sujeto Activo.

El sujeto activo puede ser tanto el hombre como la mujer, o bien sólo el hombre, dependiendo de la modalidad bajo la cual se realiza la acción, a pesar de que en el segundo párrafo de la norma se asegura que los autores de esta ilicitud pueden ser personas de uno u otro sexo.

En tal sentido, si se trata de un acceso carnal, el sujeto activo sólo lo sería el hombre, pues este es el único que puede acceder o penetrar carnalmente a otra persona vía anal, vaginal o bucal. Se excluye en

³⁵ Diccionario de la Lengua Española, Tomo I, op. cit., p. 671.



consecuencia, como sujeto activo de este delito y a través de esta acción a la mujer, ya que ella no puede penetrar o acceder carnalmente a otra persona, aunque igualmente resulta discutible si una mujer que se “haga acceder” por un varón usando fuerza, violencia o intimidación, o cualquier otro medio que prive a la víctima de voluntad, razón o sentido, puede ser susceptible de cometer el citado delito, en cuyo caso quedaría equiparado “tener acceso carnal” con “hacerse acceder”.

En lo relativo al acceso o penetración se estaría ante un delito de “propia mano”, en donde sólo el sujeto dispuesto por la acción descrita en la norma es el que puede llevar a cabo, en la medida que se requiere de una acción corporal específica que sólo el que tiene la capacidad para realizarla, puede ser el sujeto activo de la misma.³⁶

En los casos en que la violación se realiza con la introducción del dedo, objeto o instrumento, debe concluirse que el verbo dispuesto en la norma podría ser ejecutado por cualquier persona, sea este hombre o mujer, pues lo único que se requiere es la referida introducción. La conducta es una acción simple, donde no se exige condición alguna para realizarla más que hacerlo “con fines sexuales”.

2.1.4. El Sujeto Pasivo.

El sujeto pasivo en estos supuestos puede ser tanto un hombre como una mujer, independientemente de que la acción se realice mediante acceso carnal

³⁶ Creus, Carlos, op. cit., p. 179.



o a través de la introducción de dedo, objeto o instrumento, tal y como lo dispone en forma expresa incluso el legislador en el párrafo segundo de la norma, al decir que pueden ser víctimas de este delito, personas de uno y otro sexo.

En todo caso, para una mayor caracterización de lo dicho, resulta conveniente hacer algunas precisiones; efectivamente al referirse a “acceso carnal”, debe concluirse que la misma norma se deriva sin mayor dificultad que la víctima puede ser tanto un hombre como una mujer, pues, además de que habla de persona, señala como cavidades por donde puede producirse dicho acceso, además de la vagina, el ano y la boca.

Esta situación también se presenta con respecto a la introducción de dedo, objetos o instrumentos, pues ello puede ocurrir tanto vía anal, vaginal o bucal, que son las cavidades que se citan y que hacen posible que la persona afectada puede ser cualquiera, sin importar el género al que pertenezca. Si resulta necesario analizar con cuidado en cada caso, cuándo sería posible que la introducción de un dedo, objeto o instrumento en la boca pueda generar también el delito de violación mencionado, pues no siempre se estaría ante el citado delito.

Carlos Creus, sostuvo que el sujeto pasivo del delito de violación no lo podía ser la esposa, dado que el vínculo matrimonial conllevaba un “deber conyugal” a mantener relaciones sexuales cuando el hombre lo dispusiera siempre y cuando no trascienda del límite del debido conyugal, en aras de evitar la denigración de la mujer con relaciones que habían sido estipuladas



como contra natura (por ejemplo: vía anal); dicha postura no se mantiene en la actualidad, ya que cualquier persona puede ser víctima del delito de violación, no es el deber conyugal o de obediencia de la esposa hacia su esposo lo que se protege en los delitos sexuales, sino que como ya se indicó es la libertad o autodeterminación sexual de las personas en general.

Lo mismo ocurre en el caso de la persona que se dedica a la prostitución ya que si bien se ofrece una relación sexual a cambio de una contraprestación, por lo general económica, ello no significa que el sujeto activo pueda disponer con absoluta libertad y sin límites de dicha persona o de sus derechos, si la persona no desea ser accedida o continuar con la relación sexual, cualesquiera que sean las razones para ello, el acceso contra su voluntad de realizarse o continuar constituye el delito de violación. La ocupación u oficio de las personas dedicadas a la prostitución no conlleva una reducción de sus capacidades o derechos; en la medida que son personas, gozan de los mismos derechos y garantías que tienen los otros integrantes de la sociedad.

2.1.5. Elementos Accesorios o circunstanciales.

Si la violación es un delito contra la libertad o autodeterminación sexual, resulta claro que la ausencia, limitación o anulación de esta libertad es determinante para su configuración. Como primer elemento a tomar en cuenta, se encuentra el quebranto a la libre y voluntaria decisión de elegir con quien se mantiene una relación sexual con acceso carnal, pues en la medida que ello ocurra se estaría ante este delito.



A efectos de quebrantar la referida libertad o autodeterminación sexual, el legislador optó por una forma amplia; señalando que este quebranto sucede cuando se usa fuerza, violencia, intimidación o cualquier otro medio que prive a la víctima de voluntad, razón o sentido.

En cuanto a la fuerza o la violencia física, la doctrina hace referencia a la fuerza física que una persona realiza sobre otra, es decir, a los golpes o sometimientos de naturaleza física de alguien sobre otro, lo mismo que sobre los objetos o prendas que la víctima lleva consigo y respecto a los cuales el sujeto activo despoja o intenta despojar.³⁷ Esta fuerza estaría dirigida a anular, neutralizar o limitar la resistencia u oposición que la víctima ejerza directamente para evitar el hecho.

La intimidación o amenaza, es decir, la violencia psicológica en general, busca también anular, neutralizar o limitar la resistencia que la víctima pueda ejercer, esta intimidación o amenaza puede recaer tanto sobre la víctima directa de la violación, como sobre otra persona ajena al hecho, como lo serían, por ejemplo los padres, hermanos o hijos de aquella; de igual forma, el posible resultado de esta intimidación o amenaza no sólo puede ser de naturaleza física (anunciar una lesión o la muerte), sino también de otro tipo, como o sería una afectación al honor (permitir el acceso a cambio de no revelar secretos que puedan afectar este bien, como lo sería el caso de la persona que le indica a la vecina que debe dejarse acceder carnalmente por él, a cambio de no entregarle al esposo las pruebas que tiene de su infidelidad).

³⁷ Creus, Carlos, op. cit., p. 174.



Para efectos de esta intimidación, basta que la víctima se represente la posibilidad de que el sujeto activo pueda concretar lo dicho. Se debe tratar, por supuesto, de una intimidación real, seria y que, al menos para la víctima, se pueda concretar o consumir. Como se aprecia de lo dicho, en cualquiera de los dos casos, sea de violencia física o psicológica, la acción del sujeto activo se dirige a neutralizar o anular la resistencia que presenta la víctima; en cuanto a esta resistencia, la doctrina ha señalado que la misma tiene que ser seria y constante, no se tiene que tratar de un acto simulado de resistencia en el que no se pretende proteger el bien jurídico tutelado, es decir, la libertad sexual, sino otros bienes, como lo sería el honor o el “pudor de la doncella”, como lo señala Sebastián Soler.³⁸

En la última parte del tipo penal del artículo 167 del Código Penal se dice que también existe violación cuando se utilice “cualquier otro medio que prive a la víctima de voluntad, razón o sentido”, en esta situación basta razonablemente que el mismo tenga las características suficientes para privar, es decir, para despojar, quitar o eliminar a otra persona de su voluntad, razón o sentido de las personas, por lo que es importante determinar qué es lo que se entiende por cada una de ellas para que no se genere confusión alguna.

Con respecto a la voluntad, el Diccionario de la Lengua Española ofrece varias acepciones que tiene relación directa con el bien jurídico cuya protección se pretende fortalecer con la tipificación del delito de violación, siendo que dice que es:

³⁸ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires-Córdoba, Argentina, 1976, p. 283.



1. Facultad de decidir y ordenar la propia conducta.
2. Acto con que la potencia volitiva admite o rehúye una cosa, queriéndola o aborreciéndola y repugnándola.
3. Libre albedrío o libre determinación.
4. Elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello obligue.
5. Intención, ánimo o resolución de hacer algo.³⁹

En cuanto a “razón”, explica que la misma es:

1. Facultad de discurrir.
2. Acto de discurrir el entendimiento.
3. Palabras o frases con que se expresa el discurso.
4. Argumento o demostración que se aduce en apoyo de algo⁴⁰.

Por último, se señala que “sentido” significa, entre otras cosas, lo siguiente:

1. Proceso Filosófico o recepción y reconocimiento de sensaciones y estímulos que se produce a través de la vista, el oído, el olfato, el gusto o el tacto, o la situación de su propio cuerpo.
2. Entendimiento o razón, en cuanto discierne las cosas.
3. Modo particular de entender algo, o juicio que se hace con ello.
4. Inteligencia o conocimiento con que se ejecutan algunas cosas⁴¹.

³⁹ Diccionario de la Lengua Española, Tomo II, op. cit., p. 2316.

⁴⁰ Diccionario de la Lengua Española, Tomo II, op. cit., p. 1903.

⁴¹ Ídem., p. 2048.



Esta parte final del artículo 167 del Código Penal exige que se deba producir o provocar la ausencia de voluntad, razón o sentido utilizando para ello cualquier medio efectivo, es decir para distorsionar estas capacidades o facultades de la víctima, tales supuestos han sido previstos como una agravante de la violación, de acuerdo con lo que dispone el artículo 169 del Código Penal. Estos estados de la víctima se pueden alcanzar a través de sustancias enervantes o drogas que afecten dichas capacidades, de procesos hipnóticos, incluso de un fuerte golpe.

Entonces se puede afirmar que lo que se pretende tutelar es la capacidad o facultad que tiene cualquier persona para poder decidir en forma libre, consciente un acto, sea porque puede hacerlo, elegir o determinarse para hacer aquello que se quiera (voluntad), sea porque tiene la capacidad o facultad para conocer, comprender o entender lo que sucede y por tanto, lo que se hace, lo que nos hacen o lo que nos ponen hacer (razón y sentido).

2.2. Análisis Subjetivo del Tipo Penal de Violación.

2.2.1. Dolo.

El delito de violación requiere de una conducta dolosa, entendiendo el dolo como conocimiento y voluntad de realizar la acción descrita en el tipo penal, en tal sentido se puede decir que el dolo consiste en ejecutar el acceso carnal o la introducción de dedo, objetos o instrumentos referidos sabiendo, o teniendo el conocimiento de lo que se hace, queriendo o teniendo la voluntad de hacerlo; es decir sabiendo que se violenta la libertad sexual de la persona



afectada a través de un acceso carnal o cualquiera de las otras acciones descritas en el artículo 167 del Código Penal.

Se acepta como posible en estos casos el dolo eventual, referido por ejemplo, a los supuestos en los que el sujeto no tiene claro si media o no voluntad de parte de la víctima, y aun así, sin tener un claro conocimiento de qué es lo que esta última desea, continua con la ejecución de su conducta sin importarle tal aspecto, aceptando en consecuencia los resultados de la acción.

Lo mismo sucede cuando no se está claro si la víctima puede consentir el acto, es decir si tiene la capacidad suficiente para poder disponer de su sexualidad libremente; en este caso si el sujeto activo no sabe con claridad cuál es la condición de la afectada o bien si en efecto está admitiendo libremente el acto, y aun así continua con su actuar aceptando el hecho, aun cuando no lo podía hacer, se estaría ante el delito de violación, en este sentido Creus señala: “El dolo exige el conocimiento de la ilicitud del acceso por falta de conocimiento de la víctima, o sea, el conocimiento cierto, o dudoso cuando menos, de las circunstancias y calidades de la víctima que le impiden prestar válidamente ese consentimiento, de la voluntad contraria de ella o la previsibilidad de esa voluntad contraria, la duda sobre la calidad o condición de la víctima, equivale a ese conocimiento, pero no es suficiente para él la existencia de un saber”⁴².

Si falta el aspecto cognoscitivo y volitivo correspondiente, no habrá dolo, por tanto no hay delito, lo cual sucede cuando nos enfrentamos ante el

⁴² Creus, Carlos, op. cit., p. 179.



denominado error de tipo, se presenta cuando no obstante la adecuación de la conducta al tipo penal objetivo, falta el aspecto subjetivo, es decir está ausente el conocimiento y la voluntad del sujeto pasivo debido a un error o falsa creencia de que se mantiene un acceso carnal o se introduce un objeto o instrumento en los orificios establecidos en la norma, con una persona que tiene capacidad para dar su consentimiento, o bien, que ha prestado tal consentimiento para llevar a cabo la acción, cuando en realidad la persona no tenía dicha capacidad o bien no había consentido el acto.

Lo mismo se da cuando el error no es en cuanto al aspecto subjetivo, sino en cuanto al aspecto objetivo, por ejemplo el sujeto quiere realizar una violación, y procede a ejecutar el acto conforme a la fuerza o violencia física que el estima se requiere para cometer el hecho, sin embargo por su parte la víctima le hace creer que ella se resiste, cuando en realidad no lo hace; ahora bien, sabiendo que el sujeto utilizará un medicamento para afectar su voluntad, razón o sentido, el cual tiene la oportunidad de evitar, lo acepta, para luego ser accedida en el momento en que se ha anulado su voluntad, razón o sentido, que es lo que ella quería que sucediera.

Cabe destacar que para la configuración del delito de violación desde el punto de vista subjetivo, no se requiere que el sujeto activo busque alguna satisfacción sexual puesto que ello no parte del tipo penal, en consecuencia existen en este delito elementos subjetivos distintos del dolo que deben concurrir al momento de realizarse la conducta.



2.3. Análisis de las Formas de Ejecución.

Una vez analizado el camino que se sigue para la configuración de un hecho sancionado por ley junto al análisis objetivo y subjetivo que conforman el tipo penal de violación se destaca que dentro de las fases internas que normalmente componen un delito es difícil sancionar estas por su manifestación, aún más en el tipo penal de violación el cual se caracteriza por el acceso carnal, o cualquiera de las otras modalidades sancionadas en el artículo 167 del Código Penal, en vista de que no se puede sancionar la mentalidad o pensamiento de un sujeto, sino que lo que el derecho sanciona como acciones en este caso sería la ejecución de un tipo penal, únicamente se podría sancionar si el sujeto activo decide recurrir a la conspiración o proposición de su idea para convertirla en realidad, pasando de esta forma de la ideación existente en su mente, a la manifestación de su deseo a la realidad, lo cual es difícil de demostrar, y en consecuencia de movilizar todo el sistema judicial por la fase intermedia debido a que no contiene aún en sí mismo acciones ejecutorias relacionadas directamente con la vulneración del bien jurídico protegido.

Sin embargo cuando el agresor pasa de sentir el deseo de acceder a una persona a cometer acciones encaminadas a lograr su propósito, como por ejemplo llevar a la víctima a un lugar alejado donde se encuentren solos, quitarle su ropa, intimidarla, someterla, etc., hasta consumir su propósito nos damos cuenta de que ya estamos vulnerando el bien jurídico tutelado, que en este caso sería la libertad o indemnidad sexual (dependiendo del caso), no obstante no se pueden encasillar todas estas acciones como la consumación perfecta del tipo penal de violación, sino que muchas veces se está en



presencia de lo que se conoce como grados imperfectos del tipo penal de violación (tentativa y frustración) que de igual manera son sancionadas por las normas penales nicaragüenses en vista de que si bien es cierto que no se logró la consumación de la acción hacia la cual iba encaminado el propósito del agresor, de igual forma se comenzó a vulnerar el bien jurídico protegido, en consecuencia dichos grados imperfectos merecen una sanción.

2.4. Análisis de las etapas de ejecución del tipo penal de violación desde las Posturas Doctrinarias.

Parte de la doctrina del Derecho Penal considera que la ejecución de acciones/omisiones descritas en la norma penal acarrea su punibilidad siempre y cuando dichas conductas se encuentren consumadas, en estos casos se considera que el delito está perfecto en su ejecución, no obstante el delito consumado no es la única forma de afectación de un bien jurídico protegido por la Ley, ya que existen otras hipótesis en las cuales, si bien no se alcanza el resultado que se pretende evitar con la norma o bien no se cumple en su totalidad con la descripción típica, igualmente son reprochadas socialmente por el peligro que representan para determinados bienes jurídicos protegidos.

Estas etapas imperfectas de ejecución del delito se conocen como tentativa y frustración, y están recogidas en las legislaciones de muchos países, el Código Penal nicaragüense no es ajeno a estas figuras, señalando en su artículo 27 lo siguiente: “Delito consumado, frustrado, y tentativa, son punibles: el delito consumado el delito frustrado y la tentativa de delito. Las



faltas excepto aquellas contras las personas y el patrimonio, se castigaran solamente cuando hayan sido consumadas”.

De igual forma el Código Penal aclara que se entiende por cada una de estas figuras en su artículo 28; “Consumación, frustración, y tentativa, a) Se considera consumado cuando el autor realiza todos los elementos constitutivos del delito de que se trate. b) Hay frustración cuando la persona, con la voluntad de realizar un delito, practica todos los actos de ejecución que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes o ajenas a la voluntad del sujeto. c) Hay tentativa cuando el sujeto, con la voluntad de realizar un delito, da principio a su ejecución directamente por hechos anteriores, pero sólo ejecuta parte de los actos que objetivamente pueden producir la consumación, por cualquier causa que no sea el propio y voluntario desistimiento”.

La regla general es que para lograr la protección de este bien jurídico la Ley describa actividades cuya ejecución acarrea su punibilidad cuando aquellas conductas se encuentran consumadas, sin embargo es importante identificar las circunstancias que pueden concretarse cuando un sujeto activo no logra la consumación del hecho ilícito aun cuando realizó todos y cada uno de los pasos, en el camino del crimen, que había planeado, es decir que su conducta se vio frustrada por una causa ajena e independiente a su voluntad.

Como señala Garrido Montt explicando el porqué de la punibilidad de estas etapas “se debe partir de la premisa que el comportamiento descrito por el tipo puede castigarse sólo cuando cumple con todas las exigencias



subjetivas y objetivas que el mismo señala, lo que significa que el hecho se encuentra consumado⁴³, sin embargo al presentarse las etapas posteriores a la realización completa de las exigencias contenidas en una descripción típica, en los cuales no se alcanzó a concluir con su ejecución, surge la pregunta acerca de si es necesario que la intervención punitiva del Estado se extienda aquellas, anticipando la protección a un ámbito anterior al de la lesión efectiva del bien jurídico.

En principio todas estas actividades deberían ser consideradas atípicas en la medida que no se realiza el tipo del injusto exigido en la ley por cuanto se trata de actividades inconclusas, a pesar de todo esto, si bien el delito no se ha consumado, el sujeto activo quiso consumarlo y dio inicio a una actividad encaminada a ese fin que se habría verificado de no mediar la voluntad del propio sujeto u otra circunstancia externa, por lo que se puede decir que existió ya sea toda o parte de la conducta que se pretende evitar con la amenaza de la imposición de la una pena, como así mismo, se puso en peligro un bien jurídico que se estima digno de protección.⁴⁴

De acuerdo a la posición doctrinaria mayoritaria no se concibe la frustración como forma de imperfecta ejecución en los delitos formales o de mera actividad⁴⁵, ya que según los estudiosos del derecho lo único que cabe en los delitos en contra de la libertad sexual es la tentativa, sin embargo existen

⁴³ Orellana Valencia, Juan Pedro; Desarrollo Jurisprudencial de la Tentativa y la Frustración, 2007, Valdivia; p. 8. Vid: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2007/fjo.66d/doc/fjo.66d.pdf>. Consultado el 04/02/2014.

⁴⁴ Novoa Monreal, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1966, p. 107.

⁴⁵ Delitos que se perfeccionan con la sola conducta del agente, sin que se requiera la producción de un resultado material.



sentencias de Tribunales Superiores que han recalificado la tentativa como frustración a través del análisis de la etapas de desarrollo del delito o bien la estructura del mismo, y conforme a ello concluyen que lo que corresponde a la situación examinada es la frustración y no la tentativa, lo anterior es posible debido a que en Nicaragua se señala específicamente en el artículo veintiocho del código penal que cabe la figura de la consumación, frustración y tentativa.

La doctrina señala que el delito de violación se trata de un delito de mera actividad en que su comisión no demanda un resultado, por lo que no puede presentarse frustrado siendo posible solamente la tentativa en aquellos casos en que “los hechos vinculados con el forzamiento, intimidación o acceso carnal representen objetivamente un peligro de penetración sexual ponderada desde la perspectiva de un tercero imparcial situado ex ante”, es decir en actos encaminados a doblegar la voluntad como el empleo de la fuerza o actos intimidatorios (someter a la víctima, desprenderla de su ropa), sin que llegue a perfeccionarse el acceso carnal, cualquiera que sea la causa de la ausencia de penetración como por ejemplo resistencia de la víctima o la intervención de terceros.⁴⁶

Así mismo se apreciaría la tentativa en los casos en que, establecida la intención del agresor relativa a lograr el acceso y vencida la resistencia de la víctima, solamente se verifique un simple acercamiento a las zonas genitales o

⁴⁶ Ramírez, María Cecilia, La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso Chile, 2005, p. 135.



exista un contacto del pene con las zonas externas de la cavidad a través de la cual se pretendió el acceso carnal, lo que se conoce como coito vestibular.⁴⁷

Si bien la mayoría de la doctrina excluye la frustración en estos delitos, en conformidad con su naturaleza, hay algunos autores que por el contrario la plantean como una situación posible; entre ella se encontraría la hipótesis de impedimento físico para la realización de la cópula como la desproporción entre los órganos genitales, la *impotencia couendi* (situaciones que para la posición mayoritaria serían constitutivas de tentativa inidónea)⁴⁸ el coito vestibular y en general en todos aquellos supuestos en los que la intromisión del miembro en órganos de la víctima no llega a verificarse por causas independientes de la voluntad del autor como la llegada de terceros, la policía, o eyaculación precoz.⁴⁹

El desistimiento de la tentativa de violación, puede operar claramente en sus formas voluntarias siendo punible por tanto, de acuerdo a las reglas generales, el desistimiento originado en causas involuntarias o ajenas al sujeto entre las que se puede mencionar la eyaculación prematura y el desistimiento como consecuencia de la menstruación de la mujer.

Básicamente el criterio relevante en esta situación es la proximidad del sujeto activo en lograr la consumación de la conducta, de tal manera que se

⁴⁷ Achával, Alfredo, Delito de Violación, Estudio sexológico, médico legal y jurídico, Segunda Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 233.

⁴⁸ Rodríguez Colloa, L. Delitos sexuales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000, p. 165.

⁴⁹ Tobar, Juan Carlos, Violencia Sexual, Análisis de la nueva ley, Pehuen Editores, Santiago, Chile, 1999, p. 42. Asimismo en doctrina comparada, Bajo Fernández, Miguel y Díaz, Moroto, Julio, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Segunda Edición, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, España, , 1991, p. 206.



puede afirmar que estos casos en que se atenta contra la libertad sexual y/o indemnidad sexual del sujeto pasivo, el agente activo se encontraba ejecutando el último acto necesario para consumir la conducta, en caso de que el sujeto activo hubiese acabado, este se habría consumado sin necesidad de agregar un acto ulterior con una gran probabilidad en la certeza, es decir que en este caso el sujeto activo ha puesto todo de su parte para lograr consumir el acceso carnal, sin embargo ello no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente, lo que corresponde o encaja perfectamente con la noción de la figura de frustración, no obstante tratándose de un delito de mera actividad.

El delito de violación se entiende consumado desde que hay principio de ejecución de la penetración, siendo suficiente la invasión o comienzo de la introducción en la vagina, boca o ano de la víctima de acuerdo al criterio de la *inmissio penis*, sin que sea necesario acreditar la realización completa del acto sexual.⁵⁰

La discrepancia que existe en la doctrina en cuanto a la posición del sujeto con respecto al estadio de la conducta y su relación con la necesidad de ejecutar o no un acto ulterior, como factor decisivo a la hora de apreciar la frustración del delito llevó a los estudiosos del derecho a afirmar que cuando se encuentra el sujeto activo llevando a cabo la última etapa de ejecución de la conducta, interrumpiéndose en el punto que de haberla concluido no habría requerido de la realización de un acto posterior para su consumación no hay duda alguna de que puede existir perfectamente la figura de la frustración en los delitos de mera actividad, pues se cumple con lo que exige dicha figura.

⁵⁰ Rodríguez Colloa, L. op. cit., p. 141.



En tanto que habrá tentativa de un delito de mera actividad como lo es el tipo pena de violación, cuando al sujeto le reste aún por efectuar más de un acto en la fase de ejecución sin el cual no es posible que esté en situación de lograr la consumación. Ahora bien precisar cuándo se está en el último acto ejecutivo para uno u otro efecto es una cuestión que en el hecho debe determinarse según la tipicidad de cada conducta; lo que hace poner de relieve el pensamiento de Rusconi el cual señala “Valorar cada postulado de la Legislación penal ordena en la administración de justicia encontrar esa identidad esencial entre el caso previsto en la norma y el caso de la vida real”.

Lo anterior en relación a que si bien es cierto la doctrina es una guía o directriz que ayuda a los administradores de justicia a realizar su trabajo, de igual forma también es cierto que los mismos deben respetar lo establecido por los cuerpos jurídico penales en aras de asegurar la correcta aplicación del derecho respetando los principios básicos de la Ley, asegurando de esta forma no solamente el acceso a la justicia a la víctima sino que también que el procesado sea juzgado bajo un criterio apegado a derecho.



CAPITULO III: ESTUDIO DE CASOS CONCRETOS DESDE EL CRITERIO JURISDICCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NICARAGUA.

3.1. Análisis de la motivación de la Corte Suprema Justicia en respuesta a los casos planteados en relación a los diversos tipos de grados del delito de violación en el Sistema Penal Nicaragüense.

3.1.1. Caso número 1.

En la lectura de la Sentencia número veinticinco de la excelentísima Corte Suprema de Justicia dictada por la Sala Penal, en fecha veinticinco de febrero del año dos mil seis, a las nueve y treinta minutos de la mañana, se observa que el Recurso de Casación interpuesto por la defensa del acusado se funda en causas de fondo de conformidad al segundo motivo del artículo 388 del Código Procesal Penal vigente, manifestando que existió una inequívoca aplicación de ley penal sustantiva, ya que la prueba pericial del médico forense incorporada en Juicio Oral y Público por el Ministerio Público apuntan a que los hechos acusados encajan en el tipo penal de “Abusos deshonestos o Violación en Grado de Frustración” tipificados en el Código Penal de mil novecientos setenta y cuatro, y no en el tipo penal de Violación como lo calificó el Juez Penal de Juicio de Chinandega; sentencia que posteriormente fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción de Occidente.



La relación de hechos narra que: “el veintidós de febrero del año dos mil cuatro, siendo aproximadamente las seis de la tarde, el niño Víctor Alexander Alvarado, de doce años de edad, se fue a jugar a la casa de José Manuel Álvarez Méndez, de dieciocho años de edad, y el adolescente Darwin Álvarez, quienes procedieron a tomar al menor Víctor Alexander Alvarado por los manos y los pies, y José Manuel lo violó”, hechos por los cuales se condenó a José Manuel Álvarez a la pena de quince años de prisión e indemnización de quinientos córdobas (C\$ 500.00.) por ser autor del delito de violación.

Básicamente el Recurso de la defensa gira entorno a un único agravio, el cual es que el médico forense que examinó al menor, Doctor Roger Pereira Umaña, estableció que había existido una penetración incompleta en el ano de la víctima, ya que no observó alteración en los esfínteres del ano⁵¹ del niño, lo que le hizo suponer que el ano no fue penetrado completamente; sin embargo el médico forense a interrogatorio de la defensa manifestó que “basado en el hecho de que hay laceración que le indicó que la piel del ano se rompió por la presión de un cuerpo extraño duro tratando de penetrar, entrando por lo menos una parte del pene, específicamente la parte de la punta del pene que es cónica”, llegando el Doctor Pereira Umaña a la conclusión de que hubo penetración incompleta.

Por lo que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua es del criterio que la ley no hace diferenciación alguna en cuanto a que la penetración debe ser completa o no, además el propósito que ejecutó el sujeto

⁵¹ Músculo que se encuentra en la parte inferior del recto en el perineo posterior. Posee la forma de un anillo aplanado. Cumple la función de ser constrictor del ano.



activo fue la penetración vía anal hacia el menor, lo cual fue logrado, parcialmente pero se logró, en lo anterior se observa claramente que la Corte Suprema de Justicia al momento de emitir su criterio en cuanto a la existencia de la frustración en el delito de violación tomó como clave el propósito hacia el cual iba dirigida la acción del sujeto activo. En este caso particular está claro que hubo penetración por parte del acusado hacia el menor, vulnerándose así el bien jurídico protegido como es la indemnidad sexual del menor.

Haciendo hincapié en lo anterior, el artículo 6 del Código Penal de mil novecientos setenta y cuatro es claro en precisar que “hay delito frustrado cuando el culpable a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su propósito por causas independientes a su voluntad”, por tanto se desprende que la frustración tipificada en dicho cuerpo normativo es igual a la forma como es sancionado en el Código Penal vigente en su artículo 28, el que señala que para que exista la frustración se debe de realizar los actos de ejecución en tal forma que deban de producir los resultados, pero no se producen por causas ajenas a la voluntad del agresor.

Por lo que del análisis de la Sentencia número veinticinco de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dictada en fecha veinte de febrero del año dos mil seis, a las nueve y treinta minutos de la mañana se destacan dos situaciones: la primera es que para que se configure el delito de violación vía anal debe existir el acceso carnal, siendo irrelevante que la penetración no haya sido completa o que no se logre terminar (eyacular) en el interior de la cavidad rectal (cabe destacar que si bien este es el criterio de la Suprema Corte



de nuestro país en base al Código Penal de mil novecientos setenta y cuatro, es también aplicable a lo que tipifica el Código Penal vigente en el sentido de que el artículo 167 del mismo reza “Quien tenga acceso carnal”); y la segunda es que el delito de violación es frustrado cuando no se logra el acceso carnal por una causa externa a la voluntad del sujeto activo, aun cuando éste realizó todos los actos para lograr su propósito (en el caso del Código Penal vigente el acceso carnal o cualquiera de las acciones que se señalan el artículo 167 del mismo cuerpo normativo) en vista de que si no hubiese existido ese factor externo el acto inmediatamente posterior era la consumación del delito.

3.1.2. Caso número dos.

De la simple lectura de la Sentencia número ciento siete dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en fecha seis de junio del año dos mil ocho, a las diez y cuarenta y cinco minutos de la mañana se logra entender que defensa técnica del acusado interpone Recurso de Casación contra la Sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones Circunscripción Occidental, quienes declararon con lugar Recurso de Apelación interpuesto por representante del Ministerio Público en representación de la víctima, el casacionista denuncia una mal aplicación del párrafo segundo del artículo 6 del Código Penal de mil novecientos setenta y cuatro, señalando que el médico forense, quien es la prueba pericial ofrecida por Fiscalía nunca dijo en el dictamen que hubiese existido penetración completa o incompleta, determinando en su conclusión que existió fisura anal⁵² por intento de

⁵² Es un desgarro en la mucosa del ano, por debajo de la línea dentada, la cual generalmente causa dolor intenso al defecar, sangrado y ardor.



penetración reciente; de igual forma la defensa técnica del acusado fundamento su Recurso en la incorrecta aplicación del artículo 195 del Código Penal anteriormente mencionado, ya que el médico forense acreditó que la víctima presentaba “desgarro en los pliegos anales⁵³ a las seis horarias, que existió penetración parcial, quedando cicatriz permanente por el desgarro”.

En su considerando dos la Sala Penal de la Corte explica que la consumación del delito de violación no requiere su perfeccionamiento, ni la satisfacción sexual del agente, ni la práctica del acto sexual en su plenitud, bastando un principio de acceso carnal, por lo que al leer, analizar y comprender la Sentencia en estudio se puede decir que la norma penal, tanto en la que se base la decisión de la Corte Suprema de Justicia como la actualmente vigente en Nicaragua (Ley número 641), se puede observar la preocupación de los legisladores por sancionar las formas imperfectas del delito (tentativa/frustración) ya que sería una aberración jurídica no contemplarlas, ya que dichas figuras existen como fases en el camino del crimen, y aunque no se consuma el delito, de igual forma lesionan el bien jurídico protegido en vista de que se trató de vulnerar una acción que de haber sido configurada hubiese dañado aún más al sujeto pasivo, en este sentido es de vital trascendencia que se pueda comprender cuando una acción va encaminada a la realización o ejecución del plan del sujeto activo.

Entonces se puede afirmar que el delito de violación en grado de tentativa se da siempre y cuando el sujeto activo no haya logrado ejecutar todos y cada uno de los pasos en el camino del crimen por un factor externo,

⁵³ hendidura anteroposterior conformando la contracción del ano, estos se borran cuando se dilata el orificio.



es decir que el sujeto activo sólo realizó parte de los actos ejecutorios de esta clase de delitos, quedando lejos de lograr la consumación pero aun así poniendo en peligro el bien jurídico tutelado; en cambio la frustración en el delito de violación deber haberse aproximado o encaminado a la consumación de este tipo penal de modo que si el actor no hubiese sido imposibilitado de continuar ejecutando su camino del crimen con seguridad hubiese logrado su objetivo, el cual en el delito de violación es que hubiese sido posible la penetración (o bien la introducción de órgano o instrumento de conformidad con el código penal vigente).

3.1.3. Caso número tres.

En la sentencia número ochenta, del día veintinueve de abril del año dos mil nueve encontramos que: “El señor Reymundo Morales Casco le hacía cosas feas, que la manoseaba y ella no le decía a su tía porque le tenía miedo, sigue agregando que le tocaba los pechos, sus partes íntimas, y que ella le pegaba para que la dejara y el ciudadano Morales Casco le decía que le iba a decir a su madre y a su tía y que la iba a dejar por el suelo a ella y a toda su familia, también señala que le decía cosas feas que era una ramera igual que su madre. Sigue manifestando la adolescente ofendida, que su ropa no se la quitó, sino que sólo le bajó el “blúmer” hasta la rodilla y él se quitó un “short” y se sacó el pene, y que esto anteriormente ya lo había hecho, manoseándola en la casa de su tía cuando ella no estaba; y que ella le contó a su tía pero esta no le creyó; y que otra vez que la estaba manoseando, su tía llegó y el ciudadano Morales Casco le dijo que le estaba quitando un mango que le había robado”.



Lo anterior es la declaración que dio la víctima en Juicio Oral y Público ante el Juez de Distrito Penal de Juicio de Estelí, y en cual se declaró culpable al acusado por el delito de Violación en Grado de Frustración, en consecuencia se le impuso la pena de nueve años de prisión, decisión a la que defensa técnica apelo ante la Sala Penal del Tribunal de Apelaciones Circunscripción Las Segovias, quien confirmó la Sentencia de primera instancia a través de Sentencia dictada en fecha cinco de marzo del año dos mil ocho; dicha decisión prácticamente es el génesis del Recurso de Casación en el fondo que interpuso el representante del condenado Morales Casco ante la Corte Suprema de Justicia, quien fundamenta el Recurso interpuesto en la segunda causal del artículo 388 del Código Procesal Penal el cual se refiere a la “inobservancia o errónea aplicación de la ley penal sustantiva” ya que el médico forense tiene duda razonable en cuanto al origen del enrojecimiento encontrado en la “horquilla de la vagina”⁵⁴, en relación si se produjo por el roce del pene o la mano o por la existencia de hongo en su parte íntima, por lo que la defensa técnica considera que la acción cometida por el acusado encaja en el tipo penal de abusos deshonestos (sancionado en el Código Penal de mil novecientos setenta y cuatro) y no en el de violación en grado de frustración por el cual fue condenado.

En el transcurso de este estudio se ha observado la dificultad que existe para delimitar acertadamente en el delito de violación la frontera que se da entre el agotamiento de la acción que desea ejecutar el sujeto activo y la

⁵⁴ El extremo anterior de cada labio confluye en un pliegue que forma el capuchón del clítoris, al que envuelve. Estos labios se reúnen en un pliegue posterior en forma de letra 'u' llamado horquilla vulvar. Horquilla, labios mayores y capuchón del clítoris conforman la totalidad de los límites de la superficie de la vulva.



realización plena de dicha conducta, en el análisis de la sentencia se logra entender claramente de acuerdo al criterio de la Corte Suprema de Justicia, que a pesar de que el delito de violación en grado de frustración se produce excepcionalmente, sí existe dicha figura siempre y cuando el sujeto activo que trató de cometer la acción descrita en la norma penal haya sido capaz de ejecutar todos y cada uno de los posibles actos que hubiesen podido constituir la ejecución del tipo penal sin embargo por causas ajenas a su voluntad su propósito no pudo llegar a efectuarse, de esta forma el delito no pudo ser consumado por causas foráneas a la voluntad del sujeto activo.

Lo anterior quiere decir que de no haber existido esas “causas foráneas” la acción sancionada en el tipo penal de violación hubiese alcanzado su forma perfecta es decir la configuración que se consigue, bien con la penetración del órgano sexual masculino o con cualquier otra de las acciones señaladas en la norma penal; ahora bien en el caso en estudio también se deja clara la diferencia entre el tipo penal de abusos deshonestos lo que en el Código Penal actual vendría a ser lo que se tipifica en la figura de Abuso Sexual, con la forma imperfecta del delito de violación como es la frustración, por lo que se puede afirmar que el primero consiste en tocamientos a otra persona, ya sean lascivos o lúbricos, con o sin su consentimiento o de forma obligada, pero sin llegar al acceso carnal u otras conductas propias de la figura de la violación; en cambio la violación en grado de frustración, como ya se mencionó anteriormente, consiste en la realización o ejecución de una serie de pasos dirigidos a lograr por parte del agente agresor la penetración del pene o cualquiera de las otras modalidades con las que se puede perpetrar el tipo



penal de violación, pero el objetivo del sujeto activo fracasa por causas externas a él.

En este sentido, el médico forense que examinó a la víctima de este caso dejó claro que no encontró en el área de los genitales de la víctima ninguna lesión, que no encontró ruptura a nivel del himen pero a nivel de la horquilla encontró un enrojecimiento y una erosión a nivel de la mucosa que podía ser compatible con el tocamiento o bien por el roce de la mano o el órgano sexual masculino, además señaló que no encontró datos clínicos de penetración carnal; es decir que no se logró acreditar a través de la incorporación del dictamen médico realizado a la víctima por el médico forense que hubiese existido penetración carnal, es más ni siquiera con la declaración brindada por la víctima quien es prueba directa en la causa se logra demostrar que la acción de su agresor hubiese ido encaminada a la penetración de su pene hacia la vagina de la víctima pues ella misma estableció que el acusado “se bajó el short, se sacó su pene” pero no hizo ningún acto dirigido al acceso carnal, es más al leer la declaración de la víctima en la Sentencia número ochenta de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dictada en fecha veintinueve de abril del año dos mil nueve se puede leer claramente que la menor estableció que no hubo contacto del pene con sus genitales externos, en consecuencia es notable que no se configura la violación en grado de frustración por lo cual se condenó al acusado ante la autoridad de primera instancia, no sólo porque no se logró acreditar el acceso carnal o penetración del órgano viril masculino sino también porque se observa que la acción del sujeto activo no iba encaminada a la misma, por lo que se ajusta a derecho, la lógica y la sana crítica la decisión tomada por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.



El análisis de esta sentencia sirve para demostrar cuán importante es determinar el propósito hacia cual va encaminada la intención del sujeto activo, puesto que si el agresor en la presente causa hubiese tenido la intención de penetrar a la menor lo hubiese conseguido sin problema alguno, pues tuvo la oportunidad en reiteradas ocasiones para hacerlo, sin embargo los actos realizados por el mismo no iban encaminados hacia ese propósito, en consecuencia no se puede tipificar como una forma imperfecta de violación.



CONCLUSIONES

1. Con el estudio de la teoría general del delito, se deja claro que el delito en sí nace de la conducta humana, de las acciones u omisiones que el ser humano lleva a cabo y van en contra del ordenamiento jurídico, dando esta teoría apertura no simplemente a ver la acción en si misma sino de todos los pasos o etapas que se desarrollan en la comisión de un ilícito penal, es decir el camino del crimen, que es de vital importancia para comprender todos y cada uno de los pasos que existen en el tipo penal de violación, lo cual ayuda a diferenciar grados de ejecución tanto perfecto como imperfecto, facilitando de esta forma calificar con mayor acierto un hecho o caso concreto; si bien es cierto existe doctrina que refleja la tentativa y la frustración en los delitos de violación con cierto recelo se debe recordar que la doctrina sirve de guía pero ésta nunca será más que la ley positiva vigente.
2. En la legislación penal nicaragüense no existe en si una controversia en cuanto a la existencia o no de la tentativa y la frustración como fases de ejecución del delito, ya que estas se aplican a todos los delitos contemplados en la norma penal, y la violación no es una excepción, por lo tanto ambas figuras se pueden emplear sin entrar en ninguna disputa, sin embargo por la particularidad del delito, al tipificarse como tal debe ser justificada en base a los factores externos orientados a la acción que el sujeto activo pretende conseguir y por tanto utilizar estas figuras de forma correcta.



3. La Excelentísima Corte Suprema de Justicia contempla, al momento de establecer su criterio a través de las sentencias estudiadas, las fases de ejecución dadas en el tipo penal de violación (tentativa, frustración y consumación), diferenciándolas unas de otras de forma clara a partir de su aproximación con la consumación del mismo, no sancionando por la satisfacción del agresor sino que por la vulneración del bien jurídico protegido.



RECOMENDACIONES

1. Después de profundizar en el tema en estudio se puede afirmar que si bien es cierto la doctrina es una fuente de conocimiento importante en el Derecho, ésta únicamente funciona como una guía; por tanto sugerimos que al momento de instruirse sobre un tema y este en particular, se debe realizar un análisis profundo a través del cual se pueda constatar de forma veraz la teoría con la realidad vivida en el entorno social y las leyes vigentes, lográndose de esta forma una mejor administración de justicia, es decir que no se puede tener a la doctrina como si esta fuese ley expresa.
2. Ya que en la legislación penal nicaragüense si se encuentran reguladas las figuras de tentativa y frustración para el tipo penal de violación, la tipificación de estas no es en sí un problema, sin embargo su distinción sí, por tanto proponemos que se debe realizar un análisis más amplio y detallado para cada caso en particular, valorando la intensión hacia la cual va dirigida la acción del sujeto activo y teniendo en cuenta el último paso ejecutado en el camino del crimen, ya que aunque pueden existir circunstancias similares no se pueden juzgar como iguales todos los casos, debido a no existir una directriz general para el tipo de violación.
3. Desafortunadamente no existe en nuestra legislación un juicio estándar por parte del máximo Tribunal de Justicia que brinde un criterio generalizado que ayude a diferenciar de forma clara cuál es el límite específico que diferencia los actos entre la figura de la tentativa y la frustración, causando que las



resoluciones en base a casos similares sean totalmente opuestas al momento de juzgar, es por esto que aunque no se puede crear una línea cerrada si debería de existir un punto de partida común, lográndose esto a través de una mayor capacitación para los administradores de justicia y todo el sistema judicial en relación a este tema.



FUENTES DE CONOCIMIENTO

Leyes:

- Ley 641, Código Penal de Nicaragua
- Código Penal de Nicaragua de 1978

Doctrina:

- Achával, Alfredo, Delito de Violación, Estudio sexológico, médico legal y jurídico, Segunda Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Tercera reimpresión, TEMIS S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- Bajo Fernández, Miguel y Díaz, Moroto, Julio, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Segunda Edición, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, España, 1991.
- Carrara, Francesco, Programa del Curso de Derecho Criminal, Editorial EJE, 11va edición, Buenos Aires, Argentina, 1944.
- Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Editorial ASTREA, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1967.



- Jiménez de Asúa, Luis, La Teoría Jurídica del Delito, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, España, 2005.
- Luzón Peña, Diego Manuel; Curso de Derecho Penal, Parte General, Editorial Universitaria S.A, Madrid, España, 1996.
- Muñoz Conde, Francisco; Teoría General del Delito, Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia, 1984.
- Novoa Monreal, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1966.
- Pavón Vasconcelos, Francisco, La Tentativa, Editorial Porrúa, México D.F, 1974.
- Rodríguez Colloa, L. Delitos sexuales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000.
- Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Civitas Ediciones S. L., Madrid, España, 2006.
- Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires-Córdoba, Argentina, 1976.
- Tobar, Juan Carlos, Violencia Sexual, Análisis de la nueva ley, Pehuen Editores, Santiago, Chile, 1999.
- Zavala Egas, Dr. Xavier, Revista Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Guayaquil, Ecuador, 1991

Revistas:

- Ramírez, María Cecilia, La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso Chile, 2005, p. 135.



Diccionarios:

- Diccionario de la Lengua Española, Tomo I, Vigésima segunda edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, España, 2001.
- Torres, Guillermo Cabanellas de, Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2000.

Sitios Web:

- <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2007/fjo.66d/doc/fjo.66d.pdf>. Consultado el 04/02/2014.
- http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=333&Itemid=34. Consultado el 04/02/2014.



ANEXOS



Anexo 1. SENTENCIA No. 25

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL.- Managua, veinte de Febrero del año Dos Mil Seis.- Las nueve y treinta minutos de la mañana.-

VISTOS RESULTAS:

Ante el Juzgado de Distrito de lo Penal de Audiencias de Chinandega, compareció Shirley María Munguía, mayor de edad, soltera, abogado y de aquel domicilio, relatando que el veintidós de Febrero del año dos mil cuatro, siendo aproximadamente las seis de la tarde, el niño Víctor Alexander Alvarado, de doce años de edad, se fue a jugar a la casa de José Manuel Álvarez Méndez, de dieciocho años de edad, y el adolescente Darwin Álvarez, éstos últimos procedieron a tomar al menor Víctor Alexander Alvarado por las manos y los pies y José Manuel lo violó, hechos en base a los que acusa a José Manuel Álvarez Méndez, como autor del delito de Violación, ofreciendo los elementos de convicción del caso, y solicitando se le de trámite a la presente acusación. A las cuatro de la tarde del siete de Enero del año dos mil cinco, se realizó la audiencia inicial con características de preliminar, en donde el acusado nombró como su abogado Leonel Hernández Barrera, a quien se le dio la intervención de ley, se analizó la acusación y tomando en cuenta los elementos de convicción ofrecidos, el judicial resolvió admitir la acusación y remitir a juicio la presente causa. Por no haber presentado el escrito de intercambio de información se declaró abandonada la defensa ejercida por el Licenciado Leonel Hernández Barrera en consecuencia se nombró como abogado defensor de oficio al Doctor José Alfonso Calero Sandino. A las diez de la mañana del diez de Mayo del año dos mil cinco, se llevó a cabo el juicio oral y público, en donde se dio lectura a la acusación se puso en conocimiento del derecho que le asistía al acusado de permanecer en silencio, luego de las exposiciones de apertura de las partes, se recibieron las declaraciones testimoniales Víctor Alexander Baldelomar Alvarado, Josefa del Socorro Baldelomar Alemán, Róger Eduardo Pereira Umaña, María Candelaria Estrada Chavarría, José Manuel Álvarez Méndez, Jean Starling Baldelomar Alemán, Róger Eduardo Pereira Umaña, por recibidas las pruebas ofrecidas, las partes presentaron sus alegatos de clausura, posteriormente el portavoz del jurado dio lectura al veredicto de culpabilidad para el acusado por el delito de violación. A la una y treinta y cinco minutos de la tarde del diez de Mayo del año dos mil cinco, se abrió el debate sobre la pena a imponer, y, a las dos de la tarde del trece de Mayo del año dos mil cinco, se dictó sentencia en la que se condena al acusado a la pena principal de quince años de prisión e indemnización de quinientos córdobas. Inconforme con el anterior fallo el Doctor Calero



Sandino interpuso Recurso de Apelación, del que se mandó a oír a la Fiscalía, quien se reservó el derecho de contestar agravios ante el Superior Jerárquico. Finalizados los trámites se remitieron las diligencias ante el Tribunal de Apelaciones correspondiente.

II

Personadas las partes ante la Sala Civil del Honorable Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Occidental, a las nueve y treinta minutos de la mañana del siete de Julio del año dos mil cinco se celebró la audiencia oral en donde las partes presentaron sus argumentos en torno al Recurso de Apelación promovido por el defensor. A las nueve y quince minutos de la mañana del veintiséis de Julio del año dos mil cinco, se dictó sentencia en la que se desestima el Recurso de Apelación y por ende se confirma la sentencia de primera instancia en todos sus puntos. Contra esta resolución el Doctor José Alfonso Calero Sandino, interpuso Recurso de Casación por motivos de fondo, del que se mandó a oír a la Fiscalía quien a su vez se reservó el derecho de contestar agravios ante el Superior Jerárquico. Se remitieron las diligencias a este Supremo Tribunal, en donde mediante providencia de las nueve y treinta minutos de la mañana del doce de Octubre del año dos mil cinco, se brindó intervención de ley a las partes y se fijó audiencia oral para fundamentar el presente recurso, la que se celebró a las diez de la mañana del veinticuatro de Octubre del año dos mil cinco. Finalizado los trámites y siendo el caso de dictar la sentencia que en derecho corresponde;

SE CONSIDERA:

I

Como único agravio, al amparo del segundo motivo de fondo del arto. 388 CPP. se queja el recurrente de la errónea aplicación de la ley penal sustantiva o de otra norma jurídica que deba ser observada en la aplicación de la ley Penal en la Sentencia, pues de la prueba producida en juicio y en especial de la prueba pericial el dictamen del Médico Forense del Dr. Róger Pereira Umaña, estableció que la mucosa del esfínter anal esta íntegra, que únicamente encontró en el ano una laceración superficial reciente entre sus pliegues y que en términos del médico forense revela que hubo una penetración incompleta. Por lo que los hechos probados lejos de apuntar a la calificación del delito de violación corresponderían a Abusos Deshonestos o en su defecto a de Violación en grado de Frustración, calificación que pretende se aplique al caso sublite.

II

Tomando en consideración el agravio del recurrente resulta primordial, traer a colación la declaración del médico forense que ante el interrogatorio de la defensa manifestó: “En este caso al no observar yo alteración en los esfínteres debo suponer que el ano del niño no fue penetrado



completamente en todo su grosor, pero vamos a completar la pregunta suya, pero que es lo que ocurre cuando yo hablo de penetración al menos yo me hago mi hipótesis basado en el examen que hago del ano del niño, entonces después de examinar el ano del niño yo tengo que hacerme la hipótesis hubo penetración o no, esta penetración fue completa o no, entonces basado en el hecho de que hay laceración, que me indica la laceración que la piel del ano se rompió, se partió debido a que había una presión de un cuerpo extraño duro, presionando tratando de penetrar, para poderse lacerar o producirse esa herida artificial al menos debió haber penetrado una parte del pene cual es la parte del pene que pudo haber penetrado, la parte de la punta del pene que es cónica, es puntuda, o sea, entonces mi conclusión es que hubo penetración, pero esta penetración fue incompleta por todos los hallazgos que encontré.” (Lado B del 1er Casete). De esta declaración se desprende con claridad meridiana que sí hubo penetración, incompleta pero hubo, de manera que no es de recibo el planteamiento del recurrente pues él considera que al no ser completa, dicha actitud deja de configurar el delito de violación consumado, pasando a ser abusos deshonestos o en su defecto violación frustrada. Esta Sala es de tal criterio, porque la ley no hace diferenciación alguna en cuanto a que la penetración debe ser completa o no, habla simplemente de penetración y en este caso, aunque incompleta, la hubo, pues claramente señala el médico forense que encontró laceraciones en el esfínter externo del ano del menor, lo que lo llevó a concluir que existió la penetración de un cuerpo extraño que debió ser la punta del órgano reproductor masculino por ser cónica. En la Jurisprudencia citada por Alfredo Achával, en su obra *Delito de Violación*, señala que “El acceso carnal por vía anal, del que resultó víctima un menor varón, configura el delito de violación en concurso ideal con corrupción; sin que tenga relevancia, con respecto a la primer figura, que la penetración no haya sido completa o que la eyaculación no se hubiera concretado en el interior de la cavidad rectal.” (Editorial Abeledo-Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 1998, Pág. 267), de manera que el haber penetrado vía anal al menor, sobrepasa en demasía el tipo penal de Abusos Deshonestos, pues en este caso los hechos no revelan simples tocamientos libidinosos sino que concurren en ellos la ejecución iniciada del acto sexual contra natura, con lo que evidentemente se vulneró el bien jurídico protegido como lo es la libertad sexual de la víctima. Sentencias Penales Conforme al Código Procesal Penal - Año 2006

III

Ante la pretensión del recurrente en establecer que el delito es frustrado por no haber sido completa la penetración, es evidente que existe diferencia de edad entre el agresor y la víctima, lo que lógicamente evidencia una desproporción en el órgano genital del agresor y en el orificio anal del ofendido, lo que pudo haber dificultado la penetración total del órgano viril, por lo que esa



penetración incompleta no puede considerarse como delito frustrado pues el arto. 6 Pn establece que “hay delito frustrado cuando el culpable a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su propósito por causas independientes de su voluntad” y en el caso sublite el propósito del hechor era penetrar vía anal a la víctima y lo logró parcialmente, pero lo logró, es decir hubo acceso carnal. Menci –citado por José O. Mendoza Durán- señala que “cuando el sujeto pasivo sea constreñido a ceder por la fuerza física y no pueda resistir más físicamente, aunque por cualquier movimiento se impida la penetración del pene en la vagina, el delito es frustrado siempre que no haya contacto carnal”. (El Delito de Violación, Colección Nereo, Barcelona, Pág. 54-55) y en el caso subjudice sí hubo contacto carnal, por lo que no es de recibo la queja. Fluye de la anterior exégesis, que la calificación legal ha sido acertada, de modo que la sentencia que ha sido impugnada no merece la censura del presente recurso y así debe declararse.

POR TANTO:

De conformidad a lo antes considerado, a las disposiciones citadas y a los artos. 386 y siguientes CPP., en nombre de la República de Nicaragua, los suscritos Magistrados dijeron: I) No se casa la sentencia dictada por la Sala Penal del Honorable Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Occidental a las nueve y quince minutos de la mañana del veintiséis de Julio del año dos mil cinco. II) Cópiese, notifíquese, publíquese y con testimonio concertado regresen las presentes diligencias a su lugar de origen para lo de su cargo. Esta sentencia está escrita en dos hojas de papel bond membretado de la Corte Suprema de Justicia y rubricadas por el Secretario de la Sala de lo Penal de este Supremo Tribunal. (F) A. CUADRA L. (F) GUILLERMO VARGAS S. (F) R. CHAVARRIA D. (F) RAFAEL SOL C. (F) ANTE MI: J. FLETES L. Srio.

Anexo 2. SENTENCIA No. 107

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL. Managua, seis de Junio del año dos mil ocho. Las diez y cuarenta y cinco minutos de la mañana.

VISTOS,

RESULTAS:

Habiendo sido remitidas y radicadas en esta Sala de lo Penal de este Supremo Tribunal las diligencias relativas al recurso de casación interpuesto por el Licenciado Juan Carlos Vílchez Grijalva, en su carácter de abogado defensor de Guillermo José Bárcenas, en juicio que se le sigue por el delito de Violación, en perjuicio del menor Jhonny Alexander Navarrete Montes, en contra de



la sentencia dictada a las diez y cinco minutos de la mañana del día veintiséis de abril del año dos mil siete, por la Sala de lo Penal del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Occidental, ubicada en León, la que falló: I.- Ha lugar al recurso de Apelación interpuesto por el Licenciado Edgar Rafael Blanco Dolmus, en su calidad de Fiscal Auxiliar del Ministerio Público de León y en representación: Jhonny Alexander Navarrete Montes, en contra de la sentencia número 160-06, dictada por la señora Juez Segundo de Distrito Penal de Juicio de León, a las siete de la noche del dieciocho de diciembre del año dos mil seis. II.- En consecuencia, se reforma la sentencia recurrida, en el sentido de que se declara culpable al acusado Guillermo José Bárcenas como autor del delito de Violación en perjuicio del menor Jhonny Alexander Navarrete Montes, debiendo la judicial de primera instancia imponer la pena que corresponde por tal ilícito. III.- Cópiese y, notifíquese y con testimonio concertado de lo resuelto, regresen los autos al lugar de origen, para el cumplimiento de lo ordenado. Se notificó a las partes procesales de esta sentencia, de la cual recurrió de casación el Licenciado Juan Carlos Vílchez Grijalva, en su calidad de Abogado Defensor, presentando escrito ante la Sala de lo Penal del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Occidental a las dos y cuarenta minutos de la tarde del día veintiuno de mayo del año dos mil siete, fundamentando su solicitud en los Artos. 386 y 390 del CPP, expresando que comparecía a interponer recurso de casación en el fondo. El motivo de fondo de su solicitud lo basó en la causal segunda del artículo 388 CPP, “Inobservancia o errónea aplicación de la Ley Penal Sustantiva”, expresando que la norma violada fue segundo párrafo del artículo 6 del Código Penal vigente, ya que según él, en el dictamen que se le practicó a la víctima, nunca dijo que hubo penetración ni completa, ni incompleta, total o parcial, que lo único que se puede observar en el dictamen aludido es que existe fisura anal por intento de penetración resiente hacia las seis horaria en posición Genus Pectoral. Expresa además que hay aplicación errónea del artículo 195 del Código Penal ya que hay contradicción con lo expresado por el médico forense, en la cinta magnetofónica, debido a que dictaminó que el menor presentaba desgarró en los pliegues anales a las seis horarias y que existió penetración parcial, no hubo penetración completa, quedando cicatriz permanente por el desgarró. Por lo que pide se revoque la sentencia objeto del recurso y en su lugar se confirme la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. Se mandó a oír al representante del Ministerio Público, quien presentó escrito a las nueve y treinta minutos de la mañana del día diez de agosto del año dos mil siete, en el que solicita se realice audiencia pública para contestar sus agravios en ella, en base al artículo 393 CPP. Se realizó audiencia oral y pública el día quince de octubre del corriente año a las diez de la mañana, donde las partes alegaron lo que tenían a bien y no quedando más que resolver;



SE CONSIDERA:

I

El Licenciado Juan Carlos Vílchez Grijalva, ejerciendo la defensa técnica del acusado Guillermo José Bárcenas, ha interpuesto formal recurso de casación por vicios indicando contra la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones Circunscripción Occidental, Sala de lo Penal, a las diez y cinco minutos de la mañana del veintiséis de Abril del corriente año, mediante el cual resolvieron declarar con lugar el recurso de apelación interpuesto por el Lic. Edgar Rafael Blanco Dolmus, Fiscal Auxiliar del Departamento de León, lo que como corolario trajo consigo reformar la sentencia recurrida “...en el sentido de que se declara culpable al acusado Guillermo José Bárcenas como autor del delito de Violación en perjuicio del menor Jhony Alexander Navarrete Montes, debiendo el Judicial de Primera Instancia imponer la pena que corresponde por tal ilícito...” (transcripción literal de la sentencia en referencia). En su impugnación, el abogado gestionante con fundamento en el Arto. 388.2 del Código Procesal Penal vigente denuncia la incorrecta aplicación del Arto. 6 del Código Penal párrafo segundo. Al respecto, señala que el Médico Forense que examinó a la víctima nunca dijo en su dictamen que hubo penetración ni completa o incompleta, total o parcial, sino que por el contrario en su conclusión determinó que existe fisura anal por intento de penetración reciente hacia los seis horarios en posición genus pectoral. Sostiene que la menor-víctima cuando declaró en la vista del juicio oral nunca dijo que le fue penetrado el pene y que solo dijo que le fue colocado en su ano, circunstancia que concuerda con el dictamen del galeno que consignó haber encontrado en la víctima una fisura anal por intento de penetración reciente. Añade que se aplica erróneamente el Arto. 195 del Código Penal pues el Médico Forense dictaminó que el menor presentaba “...desgarro en los pliegues anales a las seis horarias y que existió penetración parcial, no hubo penetración completa, quedando cicatriz permanente por el desgarro. Con tales antecedentes, el recurrente pide se revoque la sentencia objeto de este recurso de casación y en su lugar se confirme la dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

II

Por las razones que se dirán los alegatos del casacionista resultan inatendibles y por ende se rechaza el reclamo que por motivos de fondo ha argüido en favor de su representado. Dentro de este contexto, para resolver la queja planteada, que a nuestro criterio representa un punto jurídico trascendente, deben hacerse algunas consideraciones técnico-jurídicas relacionadas al grado de ejecución del delito. En esta tarea es necesario subrayar que generalmente las conductas típicas



descritas en nuestra Ley Penal Sustantiva son conductas consumadas que implican la lesión del bien jurídico tutelado (matar, robar, lesionar, etc.). No obstante, existen ciertas conductas que se encaminaron hacia la lesión del bien jurídico tutelado sin conseguirlo. En estos supuestos el bien ha estado en peligro de ser lesionado, y por ello se ha creado una formula general, que prevista en el citado Arto. 6 del Código Penal patrio permite sancionar a quien realiza todos los actos de ejecución para conseguirlo pero fallo (frustrado/ tentativa acabada), así como también a quien inició la ejecución de los actos pero no lo culminó por causas ajenas a su voluntad (tentativa inacabada). Dentro de este contexto, veamos ahora como se aborda el tema respecto al delito de violación que prevé y sanciona el Arto. 195 Pn., en cuanto a la consumación o no del delito. Así, en una interpretación gramatical que a su vez no resulta contradicha con la interpretación teleológica -sino todo lo contrario-, los términos “acceso carnal” contenidos en el mencionado Arto. 195 Pn., significan introducción, aunque imperfecta, del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima, sin que se requiera para la consumación de una cópula perfecta. En esta línea de pensamiento, para tener por debidamente acreditado la existencia del delito de violación, no se requiere una introducción plena del miembro masculino. Por ende, para aclarar el erróneo planteamiento del casacionista, consideramos meritorio subrayar que la consumación se entiende producida tan pronto se consigue el yacimiento carnal de los órganos genitales del hechor para con su víctima, siempre que conlleve la penetración del pene, más o menos perfecta, sin que se precise la originación de la eyaculación sexual. Dentro de este contexto, si se produce la conjunción de órganos genitales con penetración del pene, más o menos perfecta, se ha de estimar alcanzado el grado de consumación del delito, sin precisarse para ello que la penetración sea completa ni -a como se señaló- se llegue a la perfección fisiológica del coito, debiendo entenderse que por la vía de penetración (vaginal, anal, bucal) la norma penal de mérito no distingue señalamientos de límites anatómicos que diferencien entre las diversas zonas internas de esas cavidades como para fijar en qué área se considera consumada y en cuál frustrada o tentada. Para abordar este tema, esto es, el límite o frontera entre la fase de preparación del delito y el inicio de la esfera de la ejecución del mismo ha sido y es una polémica en el Derecho Penal. Para ello hoy por hoy se tiende a complementar aquellos criterios de una referencia al plan del autor, considerando en una tesis que puede calificarse de mixta que deben jugar los dos criterios de la finalidad o plan del agente, a saber: 1) la iniciación del riesgo para el bien jurídico protegido, 2) la inmediatez de esos actos que, sin necesidad de eslabones o estadios intermedios, se encaminan ya a la fase delictiva de la consumación, es decir, se aproximan al límite inicial de la acción típica o de la realización de uno de los elementos iniciales del tipo. Es de resaltar que de esos criterios o requisitos, el del plan del autor es trascendente a la hora de



distinguir, en los supuestos de progresión delictiva. En el caso que nos ocupa, se produjo una penetración del pene del acusado que provocó desgarros de los pliegues anales del menor aun cuando esa penetración no pasara de total sino parcial en dicha cavidad con lo que, no cabe otra alternativa que apreciar consumado el delito, sin que pueda oponerse a ello la afirmación de que hubo un intento de penetración. El hecho acreditado narra cómo el acusado desvistió al infante J.A.N.M., lo tiro sobre la cama boca abajo, amenazándolo con matarlo si gritaba o decía algo y se dispuso a penetrarlo analmente, momento en que la madrastra del acusado golpeó la puerta permitiéndole al menor salir corriendo de la casa de habitación. En suma, en el sub-judice la consumación del delito no requiere el agotamiento de los propósitos del autor, que en el delito de violación su perfeccionamiento no exige ni la satisfacción sexual del agente, ni la práctica del acto carnal en su plenitud, bastando para la lesión del bien jurídico tutelado y la consumación del tipo con un principio de acceso carnal. Es por ello, que en esta figura la tentativa completa o la frustración es una fase del “iter criminis” de difícil existencia, ya que normalmente la puesta en práctica de todos los actos de ejecución que debieran producir como resultado el acceso carnal conduce a un principio de penetración. Por tales razones, la frustración en el delito de violación, sólo se produce en situaciones excepcionales, en que pese a los esfuerzos ejecutivos del autor la penetración se malogra (p/e: una eyaculación precoz, que inhibe el impulso sexual del agresor), circunstancia que por las razones antes dichas y que fueron debidamente acreditadas no acontece. Así las cosas, lo que procede es declarar sin lugar las pretensiones casacionista del abogado defensor y confirmar la sentencia recurrida. En cuanto a la determinación de la pena, aparte de considerar las circunstancias que ya se encuentran contenidas en el tipo penal de violación, esta Sala de lo Penal en estricta aplicación del Principio de Proporcionalidad que asegura en el análisis de la medición de la pena que ésta no exceda la gravedad de la culpabilidad, consideramos meritorio la aplicación de la pena en su grado mínimo, esto es, en 15 años de prisión.

POR TANTO:

De conformidad con lo expuesto y disposiciones legales citadas, los suscritos Magistrados en nombre de la República de Nicaragua, resuelven: I) No ha lugar al recurso de casación por motivos de fondo interpuesto por el recurrente Licenciado Juan Carlos Vílchez Grijalva, en representación de su defendido Guillermo José Bárcenas, contra la Sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones Circunscripción Occidental, Sala de lo Penal, a las diez y cinco minutos de la mañana del veintiséis de Abril del corriente año, que reforma la Sentencia Condenatoria en el sentido de que se declara culpable al acusado como autor del delito de Violación consumado en perjuicio del menor J.A.N.M.- II) Se condena al acusado Guillermo José Bárcenas, a la pena de quince años de



prisión, por ser autor del delito de Violación consumado, contra el menor J.A.N.M., sanción que deberá cumplir en las cárceles del Sistema Penitenciario de la ciudad de Chinandega y que comienza a correr a partir del veintiséis de Septiembre del año dos mil seis hasta el veinticinco de Septiembre del año dos mil veintiuno.- III) Cópiese, notifíquese y publíquese con testimonio concertado regresen los autos a su lugar de origen para lo de su cargo. Esta sentencia está copiada en tres hojas de papel bond con membrete de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Penal y rubricadas por el Secretario de Sala de este Supremo Tribunal. (F) A. CUADRA L. (F) RAFAEL SOL C. (F) J. MENDEZ P. (F) S. CUAREZMA T. (F) R. CHAVARRIA D. (F) NUBIA O. DE ROBLETO (F) ANTE MI: J. FLETES L. Srío.-

Anexo 3. SENTENCIA No. 80

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL. Managua, veintinueve de Abril del año dos mil nueve. Las diez y cuarenta y cinco minutos de la mañana.

**VISTOS,
RESULTA:**

Esta Sala conoce del presente Recurso de Casación interpuesto por el Licenciado Amilcar Parajón Cardoza, en su calidad de Abogado Defensor del procesado Reymundo Morales Casco, en contra de la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal de Apelaciones Circunscripción Las Segovias, a las tres y treinta minutos de la tarde del día veintinueve de julio del año dos mil ocho, la que en su parte resolutive dice: I.- No ha lugar al Recurso de Apelación interpuesto por el Licenciado Parajón Cardoza, en contra de la sentencia dictada el cinco de marzo del año dos mil ocho, a las dos de la tarde por el Juzgado de Distrito Penal de Juicio de Estelí, en la que se declaró al acusado Reymundo Morales Casco, como autor responsable del delito de violación en grado de frustración, en perjuicio de la menor Samaria del Rosario Ponce Zelaya y en tal carácter se le impuso la pena de nueve años de prisión, más las penas accesorias de ley. II.- Se confirma la sentencia de que ha hecho mérito. III.- Cópiese, notifíquese y con testimonio íntegro de lo resuelto vuelvan los autos a su lugar de origen. De esta resolución judicial fue la que recurrió el casacionista presentando escrito a las diez y cincuenta minutos de la mañana del once de agosto del año dos mil ocho, en la que expone que de conformidad con el artículo 388.2 del Código Procesal Penal recurre de casación en el fondo en contra de la citada sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal de Apelaciones Circunscripción



Las Segovias. Siendo que la Defensa representada por el Licenciado Amilcar Parajón Cardoza al momento de expresar sus agravios no solicitó la celebración de audiencia oral y pública, y el representante del Ministerio Público se reservó el derecho para contestarlas de viva voz; en consecuencia se puso en conocimiento al Licenciado Parajón Cardoza, en su calidad de Defensor como a la Licenciada Maricela Pichardo Castillo, Fiscal Auxiliar, en representación del Ministerio Público del Departamento de Estelí, para la realización de la audiencia oral y pública, con fundamento en el artículo 396 del Código Procesal Penal, que se llevó a cabo en el salón de vistas y alegatos orales de la Corte Suprema de Justicia, a las diez de la mañana del día veinte de octubre del año dos mil ocho, por medio de auto de las nueve y cuarenta y cinco minutos de la mañana del ocho de octubre del año dos mil ocho.

CONSIDERANDO

I

El Licenciado Amilcar Parajón Cardoza, en su calidad de Abogado Defensor del procesado Reymundo Morales Casco interpone recurso de casación en el fondo invocando la causal segunda del artículo 388 del Código de Procesal Penal, esta se refiere a la “inobservancia o errónea aplicación de la ley penal sustantiva o de otra norma jurídica que deba ser observada en la aplicación de la ley penal en la sentencia”. Al respecto el recurrente alega que se violenta de manera directa el principio de legalidad penal sustantiva, por cuanto se le imputa el delito de violación en grado de frustración a su defendido, ya que resulta evidente que el médico forense tiene duda razonable, en el origen del enrojecimiento encontrado en la “horquilla” de la víctima, en relación si se produjo por el roce del pene o la mano o por la existencia del hongo en su parte íntima. Continua argumentando, que los Magistrados de segunda instancia, incurren en la interpretación extensiva de los hechos y del derecho; que la duda del Médico forense fue interpretada por los Magistrados como producto del roce con el pene; añade que si la Sala de Apelaciones consideró una de las posibilidades (roce con el pene) que planteaba el médico forense, existe igual manera, la posibilidad que si el enrojecimiento se produjo con la mano, el tipo penal que se constituye es de abusos deshonestos; asimismo, existe tercera posibilidad, que si el enrojecimiento fue producto del hongo, sencillamente el hecho es atípico. Concluye, que tanto el Juez de primera instancia como la Sala Penal del Tribunal de Apelaciones Circunscripción Las Segovias incurrieron en error al momento de aplicar la norma que dispone el artículo 13 del Código Penal de mil novecientos setenta y cuatro, al interpretar los hechos, de manera distinta a como lo sugiere la ley.



II

El motivo del recurso se plantea por la errónea aplicación de la ley penal sustantiva. La Defensa considera que el delito penal que encaja en este proceso es el de abusos deshonestos y no la violación en grado de frustración, que fue tipificado por el Juez de Distrito de Audiencias de Estelí y que fue confirmada por el Tribunal de segunda instancia. Por lo cual solicita modificar la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal de Apelaciones Circunscripción Las Segovias, en base a los artículos 6, 8, 13, 195 y 200 del Código Penal de mil novecientos setenta y cuatro. Esta Sala considera que la diferencia entre violación en grado de frustración y abusos sexuales, radica en que en la primera el sujeto ejecuta todos los actos que en el orden natural y jurídico constituyen la ejecución del tipo, pero éste no llega a perfeccionarse por la interferencia de causas ajenas a la voluntad del autor que malogran (“frustran”) su propósito, impidiendo que el resultado típico, que lógicamente debiera deducirse de lo ejecutado, surja a la realidad pese a que el autor hizo todo lo que finalmente se consideraba preciso para que se materializara. Así se desprende del artículo 28 del Código Penal vigente que dice: “Hay frustración cuando la persona, con la voluntad de realizar un delito, practica todos los actos de ejecución que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes o ajenas a la voluntad del sujeto”. Mientras, por el contrario, en la segunda, es decir, el abuso sexual, el artículo 172 del Código Penal señala que “quien realice actos lascivos o lúbricos tocamientos en otra persona, sin su consentimiento, u obligue a que lo realice, haciendo uso de fuerza, intimidación o cualquier otro medio que la prive de voluntad, razón o sentido, o aprovechando su estado de incapacidad para resistir, sin llegar al acceso carnal u otras conductas previstas en el delito de violación, será sancionado con pena de prisión de cinco a siete años”. El problema se presenta en los casos en que la consumación del delito no requiere el agotamiento del autor, ni un resultado que determine la realización plena de una determinada conducta de la vida, como es el caso del delito de violación cuyo perfeccionamiento no exige la satisfacción sexual del agente ni la práctica del acto carnal en su plenitud, bastando para la lesión del bien jurídico tutelado y la consumación del tipo con un principio de acceso carnal en los términos antes citados. Por lo que en esta figura la frustración es una fase del iter criminis de difícil existencia ya que, normalmente, la puesta en práctica de todos los actos de ejecución que debieran producir como resultado el acceso carnal conduce a un principio de penetración o conjunctio membrorum, determinante de la consumación delictiva. Por ello la frustración en el delito de violación sólo se produce en situaciones excepcionales, en los que pese a los esfuerzos ejecutivos del autor la penetración se malogra, ya por impedirle la desproporción de sus miembros, ya por la eyaculación precoz que inhibe el impulso sexual agresivo. En otros



términos, la violación frustrada sólo puede producirse cuando se realicen todos los actos dependientes del sujeto y que desde una óptica objetiva debieran conducir al acceso carnal salvo la penetración, siempre que ésta se aborde o fracase por causas independientes de la voluntad del sujeto pese a ponerse en ejercicio los actos que debieran lograrla. En el caso de autos no hubo por parte del autor la ejecución por todos los actos tendentes al logro del acceso carnal, ya que no hubo un contacto incluso del pene con los genitales externos de la adolescente forzada, por lo que no llegó a producirse una penetración por causas bien fijadas, como es la propia declaración de la víctima, quien manifiesta que el señor Reymundo Morales Casco, le hacía cosas feas, que la manoseaba y ella no le decía a su tía porque le tenía miedo, sigue agregando que le tocaba los pechos, sus partes íntimas y que ella le pegaba para que la dejara y que el ciudadano Morales Casco le decía que le iba a decir a su madre y a su tía y que la iba a dejar por el suelo a ella y a toda su familia, también señala que le decía cosas feas que era una ramera igual que su madre. Sigue manifestando la adolescente ofendida, que su ropa no se la quitó, sino que solo le subió y le bajo el “blumer” hasta la rodilla y él se quitó un “short” y se sacó el pene, y que esto anteriormente ya lo había hecho, manoseándola en la casa de su tía, cuando ella no estaba; y que ella le contó a su tía pero esta no le creyó; y que otra vez que la estaba manoseando, su tía llegó y el ciudadano Morales Casco le dijo que le estaba quitando un mango que le había robado (folios 62 y 63). Esta declaración de la víctima se corroboran con el Dictamen Médico Legal que rola en el folio 56 y 57 del expediente, la declaración que se encuentra en el acta de juicio oral y público de la médico forense doctora Karla Rosales, quien manifestó que “en el área de los genitales de la menor no encontró ninguna lesión, ni en el área para genital y en los genitales propiamente dichos no encontró ruptura a nivel del himen ni ninguna lesión, ni encontró datos clínicos de alguna infusión de transmisión sexual, pero si a nivel de la orquídea encontró un enrojecimiento, y una erosión a nivel de la mucosa” (folio 62). Por lo que la señora médico forense explicó que en conclusión no encontró datos clínicos de penetración carnal y que los cambios que encontró eran compatibles con el tocamiento, como puede ser el roce del órgano sexual masculino o la mano. De lo anterior se desprende que no se realizaron por el procesado todos los actos tendentes a la consumación, ni incluso un embrionario inicio penetratorio, sin que llegara a producirse, la condición en que se centra la perfección delictiva. Por lo que esta Sala estima que el hecho debió ser sancionado como abuso sexual y no como violación en grado de frustración, de conformidad con el artículo 172 del Código Penal vigente.

III



Establece la disposición transitoria primera del artículo 568 Código Penal vigente que “los delitos y faltas cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de este Código se juzgarán conforme al Código Penal de 1974, las leyes que lo reforman y demás leyes especiales que contienen delitos y faltas penales”. Y la disposición transitoria segunda del mismo cuerpo legal señala que “una vez que entre en vigencia el presente Código, las disposiciones del mismo tendrán efecto retroactivo, en cuanto favorezcan al acusado o sentenciado. Los jueces podrán proceder de oficio o a instancia de parte a rectificar las sentencias que se hayan dictado antes de la entrada en vigencia de este Código, aplicando la disposición más favorable”. El principio de la retroactividad de la ley más favorable al reo que se establece en las disposiciones mencionadas concuerdan lógicamente con lo dispuesto en el artículo 2 del propio Código Penal que señala “la ley penal no tiene efecto retroactivo, excepto cuando favorezca al reo. Si con posterioridad a la comisión del delito o falta, entra en vigencia una nueva ley, en el caso particular que se juzgue, se aplicará la que sea más favorable al reo. Este principio rige también para las personas condenadas, que estén pendientes de cumplir total o parcialmente la condena...”. Y explícitamente con la norma del artículo 38 de la Constitución Política en cuanto que proclama que “la ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal cuando favorezca al reo”. En la sentencia recurrida el procesado fue condenado a la pena de nueve años de presidio como autor del delito de violación en grado de frustración de conformidad con los artículos 1, 6 y 195 del Código Penal derogado con las circunstancias agravantes de empleo de astucia, ofensa o desprecio previstas en el artículo 30 incisos 7 y 20 del Código Penal derogado. En la medida que se hayan utilizado simultáneamente violencia o intimidación, los casos que se subsumían en el artículo 200 del Código Penal derogado constituyen un delito de abusos sexuales. El abuso sexual se realizó con una persona menor de catorce años edad, y el marco penal aplicable podría alcanzar los siete años de prisión (art. 200 en relación con el art. 172 del Código Penal vigente). Por lo tanto, es evidente que el término de comparación de pena aplicable de acuerdo con el Código Penal vigente es el de siete años, pues en la medida que la pena de nueve años de presidio exceda de este límite debe considerarse la pena de siete años de prisión como más favorable. Por lo demás, la Sala de lo Penal de este alto Tribunal, al aplicar las citadas disposiciones legales, de oficio, reforma la pena de nueve años de presidio impuesta por el Juez de Distrito Penal de Juicios de Estelí y confirmada por la Sala Penal del Tribunal de Apelaciones Circunscripción Las Segovias a Reymundo Morales Casco por el delito de violación en grado de frustración, a siete años de prisión por el delito de abusos sexuales en perjuicio de Samaria del Rosario Ponce Zelaya, de conformidad con los artículos 2, 3, 172 y 568 del Código Penal vigente; y artículo 38 de la Constitución Política de la República.



POR TANTO:

De conformidad con lo expuesto, consideraciones hechas, preceptos legales citados y conforme lo establecido en el artículo 388 CPP, los suscritos Magistrados de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en nombre de la República de Nicaragua, Resuelven: I. Ha Lugar al recurso de casación en el fondo interpuesto por el Licenciado Amilcar Parajón Cardoza, en su calidad de Abogado Defensor de Reymundo Morales Casco en contra de la Sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal de Apelaciones Circunscripción Las Segovias, a las tres y treinta minutos de la tarde del veintinueve de julio del dos mil ocho. II. Refórmese la sentencia impuesta a Reymundo Morales Casco por el delito de violación en grado de frustración penado a nueve años de presidio; y en su lugar condénese a Reymundo Morales Casco a siete años de prisión por el delito de abusos sexuales en perjuicio de Samaria del Rosario Ponce Zelaya. III. Cópiese, Notifíquese, Publíquese y con testimonio concertado de lo aquí resuelto vuelvan los autos al lugar de origen.- Esta sentencia se encuentra copiada en tres hojas de papel bond membretado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Penal y rubricadas por el Secretario de la Sala de lo Penal de este Supremo Tribunal. (F) J. MENDEZ P. (F) ANT. ALEMAN L. (F) A. CUADRA L. (F) G. RIVERA Z. (F) ANTE MI: J. FLETES L. Srio.-