



INSTITUTO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN JURÍDICA
FUNDADO EN 1995

**DELITOS CONTRA
LA LIBERTAD
E INTEGRIDAD SEXUAL**
EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL
DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA



MARIO A. HOUED VEGA

MARIO A. HOUED VEGA

Profesor de Derecho penal, Universidad de Costa Rica
y del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

Delitos contra la libertad e integridad sexual en el nuevo Código Penal de la República de Nicaragua

Prólogo

SERGIO J. CUAREZMA TERÁN



Autor : Mario A. Houed Vega
Cuidado de edición : Alicia Casco Guido
Diseño interior : Alicia Casco Guido
Diseño de portada : Eduardo Espinales

ISBN: 978-99924-21-00-0

Todos los derechos reservados conforme a la Ley
© INEJ, 2009

Impreso en Nicaragua
por Servicios Gráficos

Esta investigación y publicación fue posible gracias al apoyo económico de la Asamblea Nacional, a través de la Comisión Económica, con base a la Ley No. 646/2008, Ley anual de presupuesto general de la República de Nicaragua 2008, anexo No. I-A Asociaciones y Fundaciones, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República, No. 41 el día 27 de febrero de 2008, en concepto de darle continuidad al desarrollo del programa de gobernabilidad, desarrollo y Estado social de derecho.

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de su autor, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión de la Asamblea Nacional ni del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)..

Índice

Introducción	12
I.- Aspectos generales. Delimitación conceptual.....	14
CAPÍTULO II	
Violación	21
1. El bien jurídico tutelado	21
2. Tipo penal objetivo	22
2.1 La acción	22
2.2 El sujeto activo.....	27
2.3 El sujeto pasivo	29
2.4 Elementos accesorios o circunstanciales	32
3. Tipo penal subjetivo.....	37
3.1 Dolo	37
4. El iter criminis.....	39
5. Autoría y participación	43
6. Problemas relacionados con el concurso de normas	46
CAPÍTULO III	
Violación a menores de catorce años.....	50
1. El bien jurídico tutelado	50
2. Tipo penal objetivo	52
2.1 La acción de delito	52
2.2 El sujeto activo y pasivo	53
2.3 Elementos accesorios o circunstanciales	54
3. Tipo penal subjetivo.....	55
4. El iter criminis, la autoría y participación y el concurso de normas	58
5. Concursos	58
CAPÍTULO IV	
Violación agravada	60
1. Análisis del inciso primero.....	60
1.1 Razones de la agravante en virtud de la relación o vínculo entre el sujeto activo y pasivo	60
1.2 Aspectos objetivos y subjetivos	62

2. Análisis del inciso segundo	68
2.1 Razón de la agravante	68
2.2 Aspectos objetivos y subjetivos	68
3. Análisis del inciso tercero	71
3.1 Aprovechamiento de la incapacidad física o psíquica de la víctima	71
3.2 Aspectos objetivos y subjetivos	72
4. Análisis del inciso cuarto	74
4.1 Agravante por el resultado.....	74
5. Regla para la aplicación de la pena	77
CAPÍTULO V	
Estupro.....	79
1. El bien jurídico tutelado	79
2. Tipo penal objetivo	81
2.1 La acción	81
2.2 El sujeto activo	82
2.3 El sujeto sobre el cual recae la acción	83
3. Elementos circunstancias o accesorios	84
4. Tipo penal subjetivo.....	85
4.1 Dolo	85
5. El iter criminis.....	86
6. Autoría y participación	87
CAPÍTULO VI	
Estupro agravado	88
1. Razones de la agravante.....	88
1.1 Relación o vínculo entre el sujeto activo y pasivo y bien	
jurídico tutelado.....	88
1.2 Aspectos objetivos y subjetivos	89
CAPÍTULO VII	
Abuso sexual	94
1. El bien jurídico tutelado	94
2. Tipo penal objetivo	96
2.1 La acción	96
2.2 El sujeto activo y pasivo	99
2.3 Elementos accesorios o circunstanciales	99
3. Tipo penal subjetivo.....	102
4. Consumación y tentativa	104
5. Concurso de normas	105

6. Concurrencia de agravantes.....	106
CAPÍTULO VIII	
Incesto.....	108
1. El bien jurídico tutelado	108
2. Tipo penal objetivo	109
2.1 La acción	109
2.2 El sujeto activo	110
2.3 El sujeto pasivo	111
2.4 Elementos accesorios o circunstanciales	112
3. Tipo penal subjetivo.....	113
4. El iter criminis.....	113
CAPÍTULO IX	
Acoso sexual	115
1. El bien jurídico tutelado	115
2. Tipo penal objetivo	117
2.1 La acción	117
2.2 El sujeto activo	119
2.3 El sujeto pasivo	120
2.4 Elementos accesorios o circunstanciales	120
3. Tipo penal subjetivo.....	124
4. El iter criminis.....	125
5. Autoría y participación.....	125
6. Concurso de normas	126
CAPÍTULO X	
Explotación sexual, pornografía y actos sexual con adolescentes mediante pago	128
1. El bien jurídico tutelado	129
2. Tipo penal objetivo	131
2.1 La acción	131
2.1.1 Explotación sexual en general.....	131
2.1.2 Pornografía infantil	135
2.1.2.1. Acciones típicas	137
2.1.3 Posesión de pornografía infantil.....	139
2.1.4 Acto sexual con adolescente mediante pago.....	140
2.2 El sujeto activo y pasivo del hecho	141
3. Tipo penal subjetivo.....	142
4. El iter criminis.....	143

5. Autoría y participación	144
6. Concurso de normas	145

CAPÍTULO XI

Agravantes específicas en caso de explotación sexual pornográfica y acto sexual con adolescentes mediante pago	147
1. Análisis del inciso primero (a)	147
1.1 Razones de la agravante en virtud del fin de lucro.....	147
1.2 Aspectos objetivos y subjetivos	148
2. Análisis del inciso segundo (b)	149
2.1. Razones de la agravante: delincuencia organizada.....	149
3. Análisis de los incisos tercero y cuarto (c y d).....	150
3.1 Agravantes en razón de la forma en la que se realiza la acción o del vínculo que une al autor con la víctima	150

CAPÍTULO XII

Promoción del turismo con fines de explotación sexual	152
1. El bien jurídico tutelado	152
2. El tipo penal objetivo	153
2.1 La acción	153
2.2 El sujeto activo y pasivo	154
2.3 Elementos accesorios o circunstanciales	154
3. El tipo penal subjetivo	155
4. El iter criminis.....	155
5. Autoría y participación	155

CAPÍTULO XIII

Proxenetismo	157
1. El bien jurídico tutelado	157
2. Tipo penal objetivo	159
2.1 La acción	159
2.2 El sujeto activo y pasivo	162
3. Tipo penal subjetivo.....	163
4. El iter criminis.....	163
5. Autoría y participación	164

CAPÍTULO XIV

Proxenetismo agravado.....	166
1. Agravante en virtud de la edad de la víctima o de su condición	166
2. Agravante en razón de la finalidad de lucro que se busca	167

3. Agravante en razón de la modalidad de la acción o del vínculo de la víctima e imputado	168
CAPÍTULO XV	
Rufianería	170
1. El bien jurídico tutelado	170
2. Tipo penal objetivo	172
2.1 La acción	172
2.2 El sujeto activo y pasivo	173
2.3 Agravantes.....	173
2.4 Elementos accesorios o circunstancias	174
3. Tipo penal subjetivo.....	175
CAPÍTULO XVI	
Limitaciones procesales	176
CAPÍTULO XVII	
Trata de personas con fines de esclavitud o explotación sexual	179
1. El bien jurídico tutelado	180
2. Tipo penal objetivo	180
2.1 La acción	180
2.2 El sujeto activo y pasivo del delito.....	184
2.4 Elementos accesorios o circunstanciales	186
3. Tipo penal subjetivo.....	187
4. El iter criminis.....	187
5. Autoría y participación	188
CAPÍTULO XVIII	
Disposiciones comunes	189
1. Análisis del inciso primero.....	189
2. Análisis del inciso segundo	190
BIBLIOGRAFÍA BASICA	191

Introducción¹

El nuevo Código Penal de la República de Nicaragua fue aprobado por Ley n° 641, y fue publicado en la Gaceta, Diario Oficial, números 83, 84, 85, 86 y 87, los días 5, 6, 7, 8, y 9 de mayo del año 2008, señalándose su puesta en vigencia sesenta días después de su publicación completa, de acuerdo con el artículo 568 *ibid*, es decir, en el mes de junio del mismo año. La novedosa propuesta que ofrece en lo que concierne a los delitos contra la libertad e integridad sexual, responde –en términos generales– no sólo a lo que tradicionalmente ha sido previsto y sancionado por la legislación punitiva ordinaria, sino también a las nuevas exigencias y requerimientos que los instrumentos internacionales, así como la moderna doctrina, han venido indicando sobre esta materia, particularmente en lo que se refiere a los derechos de los niños y niñas, los derechos de la mujer, la erradicación de las diferentes formas de discriminación, la trata de personas, y otros aspectos que se le relacionan.

La Convención de los derechos del niño (1989); el Protocolo Facultativo de la Convención de los derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía (2000); el Convenio No. 182 de la OIT (1999); la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (2000, “trata de personas”) y sus protocolos (vg. “Protocolo para prevenir, reprimir, sancionar la trata de personas,

1 En el desarrollo y revisión de este trabajo se contó con la valiosa colaboración del Prof. Dr. Martín Rodríguez Miranda, Juez del Tribunal de Casación de Costa Rica.

especialmente mujeres y niños”); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (y su protocolo); la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer: “Convención de Belém do Pará” (1994), son algunos de los cuerpos normativos de orden internacional en los que, sin duda alguna, el legislador nicaragüense ha encontrado respaldo jurídico para la formulación de las diversas disposiciones que han sido previstas en torno a estos delitos.

Se sancionan consecuentemente comportamientos que afectan bienes jurídicos que se estiman esenciales para la adecuada convivencia social, considerados en torno a la libertad o integridad sexual de las personas.

Aspectos tales como la autodeterminación sexual, la indemnidad o integridad personal y sexual, la dignidad humana, la inexperiencia sexual, el desarrollo natural de la sexualidad, la imagen o la libertad en general, son algunos de los intereses, constituidos como bienes jurídicos, que se buscan salvaguardar con esta clase de ilícitos.

Bajo esta perspectiva, el módulo de capacitación que se presenta contiene una explicación sobre el fundamento por el cual se sancionan las conductas que afectan el bien jurídico cuya protección se pretende. Este último punto se convierte, desde una perspectiva democrática y respetuosa de los derechos humanos, y desde una respuesta del derecho penal como la *ultima ratio*, en un elemento determinante a tener en cuenta al momento de la interpretación y aplicación de esta normativa. Es necesario recordar, entonces, que no pueden existir (o al menos no deberían existir) tipos penales sin bienes jurídicos que reciban tutela, pese a cierta corriente del pensamiento jurídico actual –aunque sigue siendo minoritaria– que

opina lo contrario, afirmando que lo que interesa es el cumplimiento de la norma por sí misma (lesión de deberes antes que la lesión de bienes jurídicos).²

Unido a lo anterior, y también para efectos interpretativos y de aplicación de esta regulación, se analiza cada uno de los elementos que conforman los diferentes tipos penales que integran el capítulo concerniente a los delitos contra la libertad e integridad sexual. En este sentido, se parte del concepto del tipo penal complejo, conforme lo hace la doctrina mayoritaria, en la que se estima que todo tipo penal está integrado por una estructura objetiva (o tipo penal objetivo) y otra subjetiva (o tipo penal subjetivo). A la vez, cada uno de estos niveles o estructuras al subdividirse en otras, también serán examinadas o analizadas.

Lo que se procura lograr es que el participante adquiera las destrezas y los conocimientos necesarios para que pueda elaborar una adecuada interpretación e implementación de las normas o tipos penales que en esta Unidad se desarrollan al entrar en vigencia el nuevo Código Penal.

Como aspectos de trascendencia, además de los temas que se vinculan exclusivamente con la tipicidad, no se podría dejar de lado en esta exposición algunos otros tópicos relevantes que se presentan en la aplicación de la normativa penal, como lo son los problemas relacionados

2 Ver entre otras, la obra de Jakobs, Gunther, “ Fundamentos del Derecho Penal”, de la editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1996, ps. 184 y ss., y la obra de Alcácer Guirao, Rafael, “ Sobre el concepto de Delito: ¿ Lesión del Bien Jurídico o Lesión de Deber ? “, de editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2003, ps. 123 y ss., donde se hace una amplia crítica a la posición de Jakobs y sus seguidores.

con el iter criminis (tentativa o desistimiento activo), la autoría y participación, o los concursos.

I.- Aspectos generales

Delimitación conceptual

Nicaragua, al igual que el resto de los países centroamericanos, ha venido experimentando en los últimos años una importante reforma en su sistema penal, tanto desde el punto de vista procesal como del derecho penal sustantivo. Se pone así de manifiesto el interés de modernizar los instrumentos que requiere la facultad punitiva estatal –surgida del acuerdo social en un Estado Democrático de Derecho–, cuando el comportamiento de los individuos conlleva una seria afectación a la convivencia social. En otras palabras, la posibilidad represiva del Estado debe presentarse para solucionar los conflictos y garantizar la armonía de las relaciones humanas ante situaciones donde se estime indispensable o estrictamente necesaria. No en vano, por ejemplo, se dice que en este punto se aplica el principio *al individuo, tanta libertad como sea posible, y tanto Estado como sea necesario*.³ Lo anterior, porque la *conciencia del ciudadano, sus pensamientos, sus convicciones políticas, morales o religiosas, conforman su propio y exclusivo patrimonio espiritual absolutamente necesario para afirmar su dignidad humana*

3 BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Problemas político-criminales actuales de las sociedades occidentales*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, p. 89.

*y el libre desarrollo de su personalidad, auténticos presupuestos de los derechos fundamentales.*⁴

La libertad sexual, la autodeterminación sexual o la indemnidad sexual, en el caso de la persona menor de edad o del incapaz, forman parte de estos derechos fundamentales de los que gozan todos los seres humanos. Es parte de la esfera de intimidad de toda persona. De igual forma, es parte de la forma en que la sociedad percibe cómo se deben suscitar los vínculos o las relaciones que se producen entre los seres humanos desde un punto de vista ético, moral o religioso.

Precisamente, como consecuencia de esto último, la respuesta punitiva del Estado frente a los actos, relaciones o manifestaciones de naturaleza sexual, cualquiera que estas sean, debe ser la necesaria, orientada a salvaguardar esta libertad sexual.

Se ha ido dejando de lado -gracias al fortalecimiento de los derechos de los niños y de las mujeres- a la moral, las buenas costumbres o la honestidad como los bienes jurídicos a proteger mediante la sanción penal, como era lo propio de una sociedad fuertemente influenciada por principios religiosos o morales.

La mujer, por ejemplo, ya no está sometida a los designios del esposo. Su única posibilidad para manifestar esa parte de su esfera íntima ligada a su sexualidad ya no se presenta tan sólo dentro del matrimonio y a partir de lo que su esposo disponga al respecto. Ha quedado atrás la antigua idea de que cualquiera otra actuación sexual antes, fuera o luego de desaparecido este vínculo le estaba totalmente vedada. El honor o la posición del hombre-

4 BORJA JIMÉNEZ, op. cit. p. 89.

esposo, el reconocimiento de la familia ante la mirada de terceros, ya no es lo que debe mantenerse y frente a lo cual el poder punitivo se debe manifestar. Como nos lo señala BORJA JIMÉNEZ, antes de suscitarse estos cambios, *los atentados a la libertad sexual fueron más bien concebidos como atentados a los valores de ese orden moral, que como delitos de naturaleza individual*.⁵

Basta con observar la denominación que se le ha otorgado al título que recogía la respuesta punitiva en los Código Penales en esta materia, para darse cuenta de esta situación. Se les denominada *delitos contra la honestidad*. De ahí, por ejemplo que el abuso o la agresión sexual eran llamados abusos deshonestos. De igual forma, se presentaban formas de protección exclusiva de la mujer, como lo era el ilícito de rapto, lo cual ocurría cuando se suscitaba la sustracción de una mujer honesta, de una “doncella”. También se presentaba el delito de adulterio, en donde se daban tratamientos diversos dependiendo del sexo de la persona que incurriera en él. Si se trataba de la mujer, bastaba cualquier infidelidad para la configuración del delito, en tanto al hombre se le permitían algunos deslices, pues sólo sería sancionado cuando mantenía una manceba en casa y ello era conocido públicamente, en otras palabras, sólo se le castigaba frente al concubinato público.

En los últimos tiempos, a consecuencia de los cambios que se han producido ante la lucha emprendida por diversos sectores, pero especialmente por las mujeres a través del movimiento femenino y, más reciente, por la lucha de género, se ha logrado un viraje importante en este campo.

5 BORJA JIMÉNEZ, op. cit. 90.

La libertad en general, lo mismo que la libertad sexual en particular, aparecen como derechos o manifestaciones esenciales del ser humano, por encima de valores como el honor, la familia, la religión, la tradición, las buenas costumbres, propios de una sociedad altamente religiosa, moralizante y patriarcal.

Es la libertad o indemnidad sexual en concreto lo que se intenta o pretende proteger, y no las manifestaciones que se han citado. Es la libertad como un valor y un derecho esencial y superior del ser humano.

Y dentro de esta libertad, se fortalece también la idea de la igualdad de género. No se puede pensar en una protección a la libertad sexual si no se establece a la vez un tratamiento igualitario entre el hombre y la mujer en un campo tan sensible como lo es precisamente el ámbito sexual. La igualdad aparece consecuentemente también como un valor esencial en las formas que se suscitan la convivencia y el intercambio social.

Por la libertad sexual *se entiende autodeterminación en el marco de las relaciones sexuales de una persona, como una faceta más de la capacidad de obrar. La libertad sexual significa que el titular de la misma determina su comportamiento sexual conforme a motivos propios en el sentido de que es él quien decide sobre su sexualidad, sobre cómo y con quién mantiene relaciones sexuales.*⁶

Claro está, dicha libertad sexual se protege en el tanto el sujeto ostente la capacidad para autodeterminarse según la madurez no sólo fisiológica, sino también psicológica y emocional suficientes. Por tanto, cuando no se ostenta esta capacidad, se habla de indemnidad sexual,

6 BORJA JIMÉNEZ, op. cit. pp. 92 y 93.

concepto que se utiliza, como nos lo explica BORJA JIMÉNEZ, para abarcar los supuestos en los que la víctima no goza de libertad sexual, bien sea puntualmente, bien sea en un espacio de tiempo más o menos permanente. La persona adulta que, por cualquier causa se haya privada de sentido, un niño de nueve años o un sujeto que sufre cualquier tipo de trastorno psíquico, ninguno de ellos puede en un momento determinado actualizar su libertad sexual. Y si alguien mantuviese relaciones de esta índole con la persona que se encuentra en esa situación, atacaría su indemnidad sexual. Y se entiende por tal el derecho que todo ser humano tiene a mantener incólume su dignidad humana frente a la consideración de su cuerpo como objeto de deseo sexual. De esta forma, la indemnidad sexual está íntimamente relacionada con la dignidad humana y con el libre desarrollo de la personalidad.⁷

De ahí que se estime que el libre desarrollo de la personalidad supone que el sujeto vaya desarrollando su vida social y espiritual en condiciones de normalidad, para ir conformando su propia personalidad, o como dicen algunos, su propio YO, en la creación progresiva y permanente de su propia identidad. En consecuencia, una actividad sexual consentida, pero a una corta edad o bajo determinados presupuestos de anormalidad psíquica, puede influir negativamente en la educación y formación espiritual de la persona afectada, lo cual dificulta y obstaculiza el libre desarrollo de su personalidad. Por ello, indemnidad sexual se identifica con dignidad humana y

7 BORJA JIMÉNEZ, op. cit. p. 93.

con libre desarrollo de la personalidad en ese ámbito del ser humano.⁸

No obstante esta situación, es importante señalar que aún –según mi criterio– el proyecto de Código Penal Nicaragüense presenta ciertas limitaciones en torno a algunos de los supuestos que configuran delitos en otros ordenamientos jurídicos, y que se vinculan especialmente con la edad de la víctima, de tal suerte que, en la medida que se trate de una persona menor de edad, por el solo hecho de estar en esa condición, recibe la respectiva protección. En lo esencial, se aprecia que si bien resulta determinante que toda actividad sexual con una persona menor de catorce años quede absolutamente prohibida, extendiéndose dicha prohibición hasta los dieciséis años en el caso del estupro, después de esa edad no se protege a la persona menor de edad, aun cuando no ha alcanzado la mayoría de edad. Así, se deja de sancionar una de las actividades más perjudiciales para nuestros niños y niñas, como lo es la explotación sexual infantil, en donde, aun cuando medie consentimiento de las personas, después de los quince años para el acceso carnal, o bien, después de los trece años en los demás delitos, la persona menor de edad se puede ver sometida a diferentes ultrajes sexuales.

Lo mismo sucede con el tratamiento que se le da a la violación, pues no obstante la paridad en el tratamiento del género, se sigue hablando sólo de “acceso carnal”, y se deja de lado el “hacerse acceder”, que contempla una situación distinta de la primera, igualmente ilícita, al menos que se interprete que aquélla incluye esta última, lo que no deja de ser discutible.

8 BORJA JIMÉNEZ, op. cit, p. 93, prácticamente copio lo dispuesto en el libro.

De igual forma, a pesar de que se trata de superar sesgos moralistas o éticos, aun permanecen ciertos conceptos que no están acordes con la normativa o los instrumentos internacionales que se han implementado por la comunidad mundial, como lo es, por ejemplo, la penalización del incesto entre personas mayores de edad o a la denominación de estupro para referirse a la relación sexual consentida que se realiza con una persona menor de edad.

Como elemento importante, sí se advierte que la reforma al Código Penal en estas ilicitudes incorpora varias de las manifestaciones que se han venido admitiendo en el ámbito internacional. Se introduce así el problema del acoso sexual que, en principio, sufrían las mujeres en el ámbito laboral, docente o administrativo, pero extendiéndose a cualquier persona, en la medida que se habla de víctima en general, sin hacerse distinciones al respecto. Con esto se trata de proteger a las personas por igual, con independencia de género.

Lo mismo ocurre con temas que en la actualidad han adquirido una importancia relevante, como lo es la pornografía infantil o la trata de personas. En este punto, se sancionan diversas conductas relacionadas con este flagelo social y en las que se involucra la explotación sexual infantil. Se ataca así la fabricación, distribución, comercialización o facilitación de dicha clase de material. De igual forma, se tipifica de una manera más amplia el problema del tráfico o trata de personas.

Ahora bien, a fin de evitar reiteraciones sobre lo dispuesto en las reformas al Código Penal en esta modalidad delictiva, de inmediato se pasa al análisis de las figuras penales correspondientes.

CAPÍTULO II

Violación

Artículo 167:

“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.

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

1. El bien jurídico tutelado

Como puede observarse, la norma anterior implica varias modificaciones a la concepción que se ha tenido respecto de este delito. En primer término es de advertir que bastante se ha escrito sobre el bien jurídico tutelado en esta clase de ilicitud, pues las posiciones discutidas o examinadas van desde la afectación al honor, muchas veces ligadas incluso a la religión, hasta aquellas otras, hoy día las más aceptadas, en donde se estima que lo que se afecta es la libertad o autodeterminación 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 adecuadas,

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 calidades 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, podemos opinar que estamos 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(...)*⁹

2. Tipo penal objetivo

2.1 La acción

El legislador previó las acciones a través de las cuales resulta posible la comisión de este delito, que son el **acceso carnal** o **hacerse acceder**, o bien la **introducción de dedo, objeto o instrumento con fines sexuales (tanto**

9 CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo I, Editorial ASTREA, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 171.

practicando esos actos a la víctima como obligando a ésta para que lo haga ella misma).

La modalidad del acceso carnal representa la forma tradicional bajo la que se ha sancionado la violación.

Específicamente, acceso proviene del verbo acceder y que, conforme al Diccionario de la Lengua Española, significa entrar a un lugar o pasar por él,¹⁰ 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 al 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. 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, toda vez que 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.

10 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo I, Vigésima segunda edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid-España, 2001, p. 20.

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, en el 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 la desfloración 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**(...)*¹¹

La situación anterior es distinta al denominado **coito inter femora**. 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 estará tan sólo entonces ante un delito de abuso sexual.¹² 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

11 CREUS, op. cit p. 170.

12 CREUS, op. cit p. 179.

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 consumar el hecho.

Ahora bien, otra de las modalidades novedosas que prevé la norma como delito, es que el ofensor se “haga acceder” carnalmente o introduzca a la víctima o la obligue a que se introduzca dedo, objeto o instrumento con fines sexuales, sea por vía vaginal, anal o bucal. En estos casos, ha sido explícita la idea del legislador de equiparar, tal y como se ha venido suscitando en otras latitudes, la ilicitud sexual por el acceso carnal como hacerse acceder, así como la introducción de dedos, objetos e instrumentos a una violación, siempre, claro está, que se realice con fines sexuales. Algunos de esos actos eran constitutivos anteriormente del delito de abusos deshonestos (especialmente en lo que se refería a la introducción de dedos, objetos o instrumentos). Lo que sí resulta bastante problemático es el uso del término “objeto”, puesto que debe hacerse valer como tal (como concepto valorativo) 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 sí 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 señaladas.

Sin embargo, para efectos de aclarar aún más que debemos entender por objeto o instrumento tenemos que remitirnos necesariamente al Diccionario de la Academia de la Lengua Española. En cuanto al concepto de *instrumento*, la Real Academia señala varios conceptos, entre los que se destacan, -dejando de lado los que en forma evidente son relativos a los instrumentos musicales-, los siguientes: *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 conseguir un fin (...)*.¹³ Por su parte *objeto*, para nuestros efectos, es más reducido, en tanto que significa *cosa*¹⁴ y ello implica, entre otras posibilidades que no tienen relación directa con la temática que se pretende dilucidar: *Todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta. 2. Objeto inanimado por oposición a ser viviente (...)*¹⁵

En otras palabras, para nuestra comprensión, instrumento u objeto puede ser cualquier cosa que tenga una entidad material (corporal) que tenga la posibilidad de poder ser introducido en las cavidades dispuestas por el legislador, sea por la vagina o el ano.

Ahora bien, conforme al concepto de instrumentos u objeto referido, resulta importante determinar si dentro de

13 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, op. cit. pp. 1286-1287.

14 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, Real Academia Española, Vigésima segunda edición. Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid, España, 2001, p. 1602.

15 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo I, op. cit. p. 671.

tal definición también es posible admitir los animales o bien, aquellas otras partes del cuerpo humano que puedan utilizarse para lograr una penetración o acceso, como lo 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.

Se reitera entonces la relevancia de que el legislador nicaragüense haya equiparado al delito de violación la introducción de uno o varios dedos vía vaginal o anal, como ha sido la tendencia que se ha presentado en los últimos años en otras legislaciones, pues tal conducta constituye, a nuestro modo de entender la acción que se pretende evitar en relación con el bien jurídico que se tutela, una forma tan grave de acceso como el que se realiza con un instrumento u objeto, incluso igual de grave que el acceso mediante el pene.

2.2 *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 este sentido, sí se trata de un acceso carnal, el sujeto activo sólo lo sería el hombre, pues éste es el único que puede acceder o penetrar carnalmente a otra persona vía anal, vaginal o bucal. Se excluye en 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 el caso anterior relativo al acceso o penetración se estaría ante un típico delito llamado “de propia mano”, en donde sólo el sujeto dispuesto por la acción descrita en la norma es el que lo 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.¹⁶ Tampoco este tema es pacífico, pues alguna doctrina niega ese carácter al citado ilícito.

Sin duda alguna hay otras formas de manifestar el comportamiento sexual que no necesariamente constituyen el delito regulado en la nueva modalidad de la figura de la violación, como lo es la felación oral – *fellatio in ore*, también llamada “coito oral” (introducción de la lengua en la vagina o en el ano)¹⁷ en cuyo caso habría que acudir a otros modos de ilicitud como lo es el delito de abusos sexuales, o incluso el delito de explotación sexual previsto en el artículo 175 del Código Penal.

Distinto ocurre con la violación cuando la misma se realiza mediante la introducción de un objeto o un instrumento.

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

16 CREUS, op. cit. p. 179.

17 Ver sobre este tema la obra de Donna, Edgar Alberto, “Delitos contra la integridad sexual”, segunda edición, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, 2005, ps. 64 y ss.

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”.

2.3 *El sujeto pasivo*

El sujeto pasivo en estos supuestos puede ser tanto un hombre o una mujer, independientemente de que la acción se realice mediante acceso carnal 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 u otros sexo*.

En todo caso, y para una mayor caracterización de lo dicho, resulta conveniente hacer algunas precisiones. Efectivamente al referirse a “acceso carnal”, debe concluirse que de 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 ano¹⁸ 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 pueda ser cualquiera, sin importar el género al que pertenezca. Sí resulta necesario analizar con cuidado en cada caso, cuándo sería posible que la introducción

18 Ver al respecto, salvo los supuestos relacionados con el acceso por la boca o la introducción de objetos o instrumentos que se mencionan en la normativa nicaragüense, la exposición de CREUS, op. cit. p. 169.

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.

Durante mucho tiempo se pensó por algún sector de la doctrina 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. Tal tesis no se mantiene en la actualidad, toda vez que en la violación cualquier persona puede ser víctima de este delito. 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 sexuales de las personas en general.¹⁹

19 Interesante es la posición de CARLOS CREUS pues asegura que dentro de las obligaciones legales de la esposa está el de mantener relaciones sexuales con su esposo, ya que lo único que hace es ejercer el derecho que le compete como tal. Excluyendo tal posibilidad sólo en determinados supuestos, al decir que: *Pero esto es exacto mientras el acceso no trascienda los límites del débito conyugal; no así cuando suponga un requerimiento abusivo donde tal derecho falta, sea por el modo con que se pretende mantener la cúpula (p.ej. vía anal), sea por los peligros que puede implicar para el sujeto pasivo (p.ej. evitación de contagios, o de daños en las relaciones sexuales pre o postparto), así como también cuando puede considerarse que agravia el pudor de la esposa (p.ej. por el lugar o la oportunidad en que pretender realizarlo), porque en todas esas situaciones deja de regir el derecho del marido (contra: Núñez, que únicamente incluye en la violación el último supuesto, pues sólo en él se heriría la honestidad de la esposa; pero hay que tener en cuenta que en los demás casos afecta a la reserva sexual que la esposa puede hacer prevalecer)*, CREUS, op. cit. p. 177. Y se dice que es interesante, pues no obstante que admite que el bien jurídico en este delito es la libertad sexual, la misma sede, en su criterio, frente al deber o al débito conyugal de la esposa al esposo en torno a su vida sexual. Si bien admite la posibilidad que se suscite el delito de violación en los casos o hipótesis

Igual ocurre en el caso de la persona que se dedica a la prostitución, ya que si bien, en tesis de principio, se ofrece una relación sexual a cambio de una contraprestación, por lo general, económica, esto 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, cualquiera 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.²⁰ En la medida que son personas, gozan de los mismos derechos y garantías que tienen los otros integrantes de la sociedad.²¹

que cita, resulta en nuestro criterio desacertado, ya que, lejos de reconocer la libertad sexual como el fundamento de la existencia de este delito en tales supuestos, da énfasis o protege otras manifestaciones del ser humano, como lo criterios moralistas (relación sexual anal), de salud (enfermedad contagiosa o problemas posparto), o bien, de honestidad (afectación del pudor ante la vergüenza por el lugar en el que se realiza).

20 Sobre este aspecto, ver la op.. cit. de Donna, E.A., “Delitos contra la integridad sexual”, en ps. 72 y 73.

21 Posición distinta parecer mantener CARLOS CREUS, para quien la violación en tales supuestos sólo sería posible en los supuestos que la prostituta no desea mantener una relación sexual con una persona en concreto, mas no cuando previamente había acordado hacerlo a cambio de una contraprestación, toda vez que en tales supuestos se estaría tan sólo ante una coacción. Refiere que si la persona se encuentra en un “prostíbulo” el *cliente que ha cumplido con la prestación que se le requería tiene derecho al acceso; sin embargo, se considera que si utiliza fuerza o intimidación estaría incurso en el ejercicio arbitrario del derecho que, entre nosotros, podría quedar comprendido –al menos parcialmente– en el delito de **coacción***. CREUS, op. cit. p. 178.

2.4 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.

Ahora bien, a efectos de quebrantar la referida libertad de autodeterminación sexual, el legislador optó por una forma amplia. Señala que esto 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 las cuales el sujeto activo despoja o intenta despojar.²² 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,

22 CREUS, op. cit. p. 174.

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 lo 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).

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.²³

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

23 En este sentido, CREUS señala que *La intimidación se constituye por el anuncio de un mal que vaya a sufrir la misma víctima o terceros; trátase, pues, de un supuesto de coacción. Se lo lleva a cabo por medio de anuncios específicos del mal o por el despliegue de una actividad que lo implique; no es suficiente el mero aprovechamiento por parte del autor de una situación de dependencia de la víctima o aun de temor proveniente de las relaciones que se dan entre ellos y que sólo puede funcionar como agravante de una violación en sí misma típica, salvo que esas relaciones hayan sido planificadas por el autor expresamente para aprovecharlas a fin de lograr el acceso carnal e importen el ejercicio de una actividad coaccionante*, op. cit. p. 174.

bienes, como lo serían el honor o el “pudor de la doncella”, como lo señala SEBASTIAN SOLER.²⁴ La resistencia debe desplegarse hasta donde la víctima pueda hacerlo.

Además de lo anterior, en la última parte del tipo penal (artículo 167) se dice que también existe violación cuando se utilice ***cualquier otro medio que prive a la víctima de voluntad, razón o sentido***. Cabe señalar al respecto que en cuanto al medio el legislador no estableció ninguna condición especial; basta consecuentemente 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. Dado que lo que se afecta es la voluntad, la razón o el sentido de las personas, resulta importante determinar qué se entiende por cada una de ellas.

Con respecto a la ***voluntad***, el Diccionario de la Lengua Española nos ofrece varias acepciones que encuentran, para nuestros efectos, una relación directa con el bien jurídico cuya tutela se pretende fortalecer con la tipificación de este delito. Nos dice que es la: “*Facultad de decidir y ordenar la propia conducta. 2. Acto con que la potencia volitiva admite o rehuye 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 (...)*”.²⁵ En cuanto a ***razón***, nos explica que la misma es la: “*Facultad de discurrir. 2. Acto de discurrir el entendimiento. 3. Palabras o frases con que*

24 SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires-Córdoba, Argentina, 1976, p. 283. Ver en igual sentido, CREUS, op. cit. p. 175.

25 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, op. cit., p. 2316.

se expresa el discurso. 4. Argumento o demostración que se aduce en apoyo de algo (...)”²⁶ Por último, se señala que **sentido** significa, entre otras cosas, lo siguiente: “3. *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 (...)* 4. *Entendimiento o razón, en cuanto discierne las cosas.* 5. *Modo particular de entender algo, o juicio que se hace de ello.* 6. *Inteligencia o conocimiento con que se ejecutan algunas cosas (...)*”²⁷

Conforme a lo anterior, no cabe duda alguna que lo que se pretende proteger es la capacidad o facultad que tiene cualquier persona para poder decidir en forma libre y consciente un acto, sea porque puede hacerlo (decidir en forma libre un acto), elegir o determinarse para hacer aquello que se quiera (**voluntad**), sea porque tenemos la

26 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, op.cit. p. 1903. Creus nos dice que por *víctima privada de razón se entiende aquella que efectivamente –y no por presumirlo la ley (...)- carece de la capacidad necesaria para comprender el significado del acceso carnal. Se ha indicado que la víctima debe estar en condiciones parecidas a las de los sujetos que se pueden catalogar como penalmente inimputables, es decir, encontrarse ante la imposibilidad de formular ‘un juicio práctico sobre el acto’ (Núñez)(...) aquí la condición de la víctima debe ser probada en cada caso.” Op. cit. p. 172.*

27 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, op. cit. p. 2048. En forma semejante, nos explica CREUS, que también *en el supuesto de la víctima privada de sentido, tiene presente la ley la falta de capacidad para comprender el sentido del acto; no se trata, sin embargo, de un estado de la persona como en el caso anterior: si bien la normalidad de sus facultades mentales aparece incólume, en su condición actual no puede estructurar ni expresar válidamente su voluntad. Ése es el efecto que debe producir el estado de inconsciencia que, por tanto, puede ser total o presentarse bajo la forma de una gran perturbación de conciencia, en la que el sujeto, aunque acciona, no obra,* Op. cit. p. 172.

capacidad o facultad para conocer, comprender o entender lo que sucede y por tanto, lo que hacemos, lo que nos hacen o lo que nos ponen a hacer (**razón y sentido**).

Debe señalarse en este caso que, dada la forma en la que se redactó esta parte final del artículo, el sujeto activo que comete la violación bajo ausencia de voluntad, razón o sentido de la víctima, debe haber utilizado o provocado dicho estado. En otras palabras, el legislador no utilizó, como sucede en otras latitudes, una fórmula genérica de violación realizada a través del aprovechamiento de la inconciencia de la víctima. Lo que exige es que se debe producir o provocar tal estado, utilizando para ello cualquier medio efectivo que para lograrlo, sea para anular la voluntad, razón o sentido, es decir, para distorsionar estas capacidades o facultades en la víctima. Esto no significa que no se sancione a quien comete el acto aprovechándose de ese estado, dado que tales supuestos han sido previstos como una agravante de la violación, de acuerdo con lo que dispone el artículo 169 del Código Penal, al imponer una pena de 20 a 30 años de prisión al que **se aproveche de la incapacidad física o psíquica de la víctima para resistir** para cometer este delito.

Estos estados de la víctima se pueden alcanzar a través de sustancias enervantes o drogas que afecten dichas capacidades, de procesos hipnóticos, o bien, incluso de un fuerte golpe dirigido a ello, aun cuando este último supuesto también podría considerarse como un parte de las hipótesis de uso de fuerza física, sólo que en este caso, previo a que la víctima presente oposición, se utiliza la fuerza física no para superar o eliminar la resistencia, sino para evitar que esta surja.

3. Tipo penal subjetivo

3.1 *Dolo*

El delito de violación requiere de una conducta dolosa, entendido el dolo como conocimiento y voluntad de realizar la acción descrita en el tipo penal.

En este caso, 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, y 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 una introducción de dedo, objetos o instrumentos, y queriendo realizar dicha acción.

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, continúa con la ejecución de su conducta sin importarle tal aspecto y aceptando los resultados de su 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 si en efecto está admitiendo libremente el acto, y aun así continúa con su actuar aceptando el hecho, aun cuando no lo podía hacer, se estaría ante el delito de violación. Sobre este particular, nos señala CREUS: *El dolo exige el conocimiento de la ilicitud del acceso por falta de consentimiento 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 (p.ej. en los casos de ataques sorpresivos). La duda sobre la calidad (...) o condición de la víctima, como acabamos de ver, equivale a ese conocimiento, pero no es suficiente para él la existencia de un saber.*²⁸

Por otra parte, si falta el aspecto cognoscitivo y volitivo correspondiente, no habrá dolo, y por tanto no hay delito, lo cual sucede cuando nos enfrentamos ante el 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.²⁹

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 él 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 (caso de la

28 CREUS, op. cit p. 179.

29 CREUS, CARLOS, op. cit p. 179, nos señala además que la *creencia errónea en la ausencia de tales calidades o condiciones o en la prestación del consentimiento para el acceso puede excluir la culpabilidad (entiéndase aquí dolo).*

persona que le gusta ser golpeada durante el acto sexual). O 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 le sucediera.

Ahora bien, como el dolo es el conocimiento y la voluntad de realizar la conducta prevista o descrita en el tipo penal como violación, cabría preguntarse si es parte del dolo el buscar alguna satisfacción sexual por parte del agente al ejecutar esta acción, es decir, si se debe alcanzar además este fin libidinoso. Conforme a la definición de dolo que se ha expresado para configurar este delito y según lo dispuesto por el legislador en este caso, queda claro que las finalidades diversas a la de afectar la libertad sexual de la persona afectada, incluso las verdaderas motivaciones del sujeto activo, como lo serían alcanzar satisfacción sexual o bien realizar el hecho por venganza, no son parte del dolo. Para la configuración del delito, desde el punto de vista subjetivo, no se requiere por tanto que el sujeto obtenga alguna satisfacción de esta naturaleza, la cual incluso podrían nunca suscitarse, ya que ello no es parte del tipo penal. No existen en este delito elementos subjetivos distintos del dolo que deben concurrir al momento de realizarse la conducta.

4. El *iter criminis*

Discusión interesante representa el *iter criminis*, o camino al crimen, al momento de analizar cualquier figura delictiva dolosa, en la medida que el examen se dirige a establecer los pasos o etapas en la que se manifiestan las di-

ferentes conductas o acciones que el sujeto realiza para cometer el ilícito penal.

Como el derecho penal nicaragüense ha apostado a un derecho penal democrático, está claro que lo que busca sancionar son conductas (acciones u omisiones) que afectan bienes jurídicos trascendentales para la sociedad. Es un derecho penal en lo que interesa es la acción realizada, no así lo que el sujeto ha sido, es o podría ser en un futuro. Es un derecho penal de acto y no de autor.

Bajo esta tesis, el *iter criminis* nos ayuda a establecer –con alguna claridad– a partir de qué momento debe surgir la respuesta penal ante una conducta que resulta ser lesiva para los bienes jurídicos que se estiman esenciales para nuestra convivencia, o al menos que de manera relevante los pongan en peligro.

La etapa externa es la que interesa al derecho penal, pues es en ésta donde se suscitan los actos que están dirigidos a la afectación del bien jurídico tutelado. Siguiendo un derecho penal de acto, en donde lo que se castiga no sólo es el simple comportamiento, sino el comportamiento que conlleva una lesión a algún bien jurídico, la fase preparatoria o los actos preparatorios no deben recibir una respuesta punitiva por parte del Estado, dado que, como lo ha dicho la doctrina, estos actos no permiten determinar cuál es en realidad el propósito que el sujeto busca al realizar determinados comportamientos. Son, como suele indicarse, actos equívocos. Además, al tratarse de actos preparatorios, no significa necesariamente que el sujeto activo va a realizar el hecho delictivo, ya que podría decidir no continuar con su plan. Por ejemplo, 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.

Los actos de ejecución o etapa de ejecución sí interesan al derecho penal. En este momento, dado que el acto responde a un plan previo que ha empezado a materializarse, y siendo claro que está dirigido a quebrantar la libertad sexual de la víctima, sí reciben una respuesta 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, toda vez que señala que: *Hay tentativa cuando el sujeto, con la voluntad de realizar un delito, da principio a su ejecución directamente por hechos exteriores, pero sólo ejecuta parte de los actos que objetivamente pueden producir la consumación, por cualquier causa que no sea el propio y voluntario desistimiento.*³⁰

La tentativa en estos casos se produce, conforme lo dispone el numeral citado, cuando el sujeto inicia la ejecución del delito con actos encaminados a su consumación, pero esta no se produce debido a un factor externo a su voluntad. Por ejemplo, cuando el agente intenta ultrajar sexualmente a la víctima y ésta se resiste, logrando huir

30 CREUS nos explica para que la tentativa se produzca (...) *no basta la mera finalidad de lograr cualquier acercamiento sexual, es necesaria la de lograr el acceso. Constituyen actos ejecutivos los inicios de las acciones de violencia o intimidación que alcancen a recaer sobre la mujer misma, directa o indirectamente (sobre terceros que la protegen, p.ej. sobre aquellos que el agente utiliza como vehículos de intimidación).* CREUS, op. cit. p. 175.

del lugar o golpear a su agresor, quien no puede continuar como consecuencia de esta situación. O bien, ante el llamado de ayuda o auxilio por parte de la víctima, un tercero se presenta al sitio y evita que continúe con su actuar. Incluso, podría pensarse el supuesto en el que, no obstante que el plan del autor era acceder carnalmente a la víctima, cuando inicia la ejecución de los hechos, no logra tener la erección necesaria que permita introducir su pene en las cavidades que refiere el artículo.

Es posible también que se produzca un desistimiento. En este caso, a diferencia de la tentativa, la consumación no se produce como consecuencia de un acto voluntario de parte del sujeto activo quien, luego de haber iniciado los actos que están dirigidos a concretar su plan, decide no continuar con el mismo.³¹ De manera concreta el inciso 1) del artículo 29 del Código Penal dispone: *Quedará exento de responsabilidad penal por la tentativa o la frustración, la persona que desista eficazmente de la ejecución o consumación del delito por su propia voluntad. Sin embargo, responderá penalmente por los actos de ejecución que por sí mismos ya sean configurativos de delito.*

Ahora bien, el hecho de que no se logre consumir el delito no significa que el mismo quedará totalmente impune. Conforme lo dispone el numeral 29 citado, el sujeto tiene que responder por todos los actos que se hayan configurados como delitos distintos e independientes al de la violación, y que se han producido además durante los actos o fase de ejecución. Por ejemplo, en el supuesto de que el sujeto golpea a la víctima para anular o neutralizar la resistencia y así accederla carnalmente, si bien su

31 CREUS, op. cit. p. 176.

propósito pudo haber sido el de cometer este ilícito, en caso de no continuar voluntariamente no se estará ante una tentativa de violación, dado que se desiste de este ilícito, pero sí eventualmente, dependiendo de lo realizado, le genera heridas a la víctima, la priva de su libertad o bien, le realiza lúbricos tocamientos, habría cometido eventualmente el delito de lesiones, un secuestro simple, o bien, ante un abuso sexual.

5. Autoría y participación

Mucho se ha hablado en relación con los problemas de la autoría en el delito de violación, en especial debido a la forma en cómo se tipificada anteriormente esta ilicitud, pues sólo comprendía el acceso carnal. Esta forma de regular la violación, hacía que la misma fuese concebida como un delito de propia mano, en donde el hombre era el único que podía ser el sujeto activo de esta ilicitud. Sólo él era el que podía llevar a cabo tal conducta, es decir, sólo él podía acceder carnalmente a otra persona al estar comprendida una conducta corporal para ello.

Esta forma tradicional también se encuentra regulada en la legislación nicaragüense, razón por la cual se ha mencionado la doctrina sobre los delitos de propia mano. Se excluye de esta forma la posibilidad de que este ilícito, cuando se está ante el supuesto de acceso carnal, se pueda llevar a cabo a través de otro, es decir, se excluye la posibilidad de que pueda darse una autoría mediata, en donde otra persona (el autor del hecho) es la que mantiene un dominio del ilícito a través de un dominio de la voluntad de las personas que realizan materialmente la acción. Bajo este principio en la violación sólo admite la autoría directa, dado que el sujeto de la acción es el

único que puede realizar el comportamiento corporal que se encuentra previsto en la norma. No se podría violar a una persona utilizando para ello como instrumento a otro sujeto. En la situación de acceso carnal sólo es autor el que accede carnalmente y no el que supuestamente domina la voluntad de otro.

En estos supuestos se debe establecer cuál sería la responsabilidad del sujeto que logra que otro acceda carnalmente a la víctima. Para la doctrina mayoritaria, a esta persona sólo se le podría sancionar por el delito de coacción, ya que somete o compele a otro a realizar o llevar a cabo algo que no estaba obligado a realizar.

No ocurre lo mismo en el caso de la introducción de dedo, objetos o instrumentos en las cavidades dispuestas por el legislador. Si la acción consiste precisamente en insertar algún objeto por vía vaginal o anal, se podría realizar por cualquier persona (hombre o mujer) en la medida que la acción descrita en el tipo penal no requiere de un comportamiento corporal exclusivo del sujeto activo que lo realiza.

Asimismo, si cualquiera puede ser el sujeto activo, en el tanto no se necesita una acción corporal y particular del hombre, queda claro que en estos casos sí resulta admisible tanto la autoría mediata, como también la coautoría.

Siguiendo la citada orientación, en el primer supuesto (autoría mediata), si alguien obliga a otro a introducir objetos a la víctima por la vagina o el ano, no obstante que la acción material referente a la introducción la ejecuta este otro, quien responde penalmente es el que obliga a realizar la acción, es decir, el que tiene que responder es el que tiene el dominio de la voluntad de esa otra persona. A esta última se le aplicaría eventualmente alguna de

las causas de justificación o de exculpación que hayan mediado en su actuar, dependiendo de las circunstancias en las que se produjo el hecho.

En torno a la denominada participación en sentido estricto, la cual corresponde a los inductores, cooperadores necesarios o cómplices, su responsabilidad penal no estará excluida del ilícito.

Si la participación se produce bajo la modalidad del acceso carnal, todo aquel que no realiza esta acción, es decir, no penetra carnalmente a la víctima, estaría excluido como autor del hecho y tendría que ser analizada su situación como un partícipe, ya sea porque determinó la voluntad de otro (inductor), o colaboró con la realización del hecho (cooperador necesario o cómplice).³²

El inductor sería todo aquel que a través de los medios adecuados logra convencer o determinar la voluntad de otro para que cometa el delito, pero sin realizar él –el inductor– la acción delictiva en forma directa.

Ahora bien, si lo que hace el partícipe es colaborar o ayudar a otro para que cometa el hecho, sea para facilitar su proceder, o bien, porque sencillamente así lo quiere, su responsabilidad será la de cooperador necesario o la de cómplice en los supuestos de acceso carnal. Por ejemplo, sostiene o amenaza a la víctima para que otro la acceda carnalmente. En este punto, cabe aclarar que, como se verá más adelante, la concurrencia de dos o más personas en el hecho, aun cuando sólo uno realice la acción (acceso carnal), hace que la ilicitud se recalifica a su forma

32 Ver en contra de este criterio, la obra de Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, segunda edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999, ps. 512 y 513.

agravada y, consecuentemente se le imponga una pena mayor a los que participaron en esta delincuencia.

En la introducción de instrumentos u objetos en las cavidades establecidas, al no requerirse de un acto corporal especial por parte del sujeto activo, la responsabilidad que tiene el partícipe en estos hechos tendrá que ser analizada en el caso concreto, según la contribución que éstos hayan tenido. Para estos efectos, se tiene que analizar con mucho cuidado si este tercero mantiene, junto al que realiza la introducción de objetos, un dominio del hecho, específicamente un dominio funcional de éste. Si en estos supuestos el tercero mantiene el sí y el cómo de la acción delictiva, junto al que la ejecuta en forma material, diríamos que se estaría ante una co-autoría y no una complicidad. Si no se controla el sí y el cómo, se tendría que decir que no domina funcionalmente el delito y por tanto no se puede considerar autor, pero sí partícipe.

6. Problemas relacionados con el concurso de normas

El delito de violación, en la medida que conlleva un quebranto a la libertad, específicamente a la libertad o autodeterminación sexual, así como a la indemnidad sexual, según la persona sobre la que recae la acción, no implica que el sujeto activo comete además un delito contra la libertad en general, es un delito de secuestro simple (Art. 163) o bien un secuestro en su forma agravada (Art. 165). La restricción a la libertad que sufre la persona víctima de una violación, en la medida que esta restricción sea la necesaria para consumir el hecho, en tesis de principio, integrará el delito de violación, dado que con éste se afecta no sólo la libertad o autodeterminación sexual,

sino también la libertad general de la que goza toda persona por el sólo hecho de ser tal.

Se dice que en estos casos el delito a consumir absorbe los delitos menores que son necesarios para que se configure el principal. Cuando se presente esa concurrencia, se estará ante un concurso aparente de leyes. Lo que prevalece en estos supuestos es la aplicación de la norma que absorbe o contiene la figura menor. Así lo resuelve el artículo 11 del Código Penal de Nicaragua, en señalar que los (...) *hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 84 y 85 se sancionaran de acuerdo con las siguientes reglas: c) El precepto complejo o el precepto cuya información implique normalmente la de otra sanción menos grave, absorberá a los que castiguen las infracciones subsumidas en aquél.*

También constituye un concurso aparente de leyes o de tipos, prevaleciendo por tanto la figura de la violación, las lesiones menores que la víctima sufre como consecuencia del uso de la fuerza o de la violencia sobre ella para realizar el hecho. En este sentido, nos señala CARLOS CREUS, que las *lesiones producidas por el acceso mínimo (rotura del himen, escoriaciones anales leves) quedan absorbidas por la violación, tanto como otras lesiones que no lleguen a constituir grave daño a la salud (que es circunstancia agravante, como veremos), producidas en la víctima por el despliegue de violencia sobre ella para lograr vencer su resistencia al acceso.*³³

33 CREUS, op. cit. p. 179. Agregando incluso, conforme ya se indicó, que la *violación también absorbe la momentánea privación de libertad necesaria para conseguir inmediatamente el acceso(...)*, así p. 179.

Es posible sin embargo que –ante otras circunstancias– se amerite calificar el hecho como un concurso real (Art. 84) o como un concurso ideal o medial (Art. 85). Se está ante un concurso real, también llamado por la doctrina como concurso material de delitos, cuando una misma persona comete dos o más acciones delictivas distintas o independientes entre sí. En el caso de la violación, cuando en forma separada en el tiempo una persona viola a otra en reiteradas oportunidades, habrá tantas violaciones como accesos carnales haya cometido el sujeto activo.

Problema interesante se presenta cuando el sujeto, previo a cometer el acceso o la introducción de un objeto o instrumento en los orificios corporales señalados por el legislador, procede a abusar sexualmente de la víctima. Las dos acciones afectan igualmente la libertad o autodeterminación sexual. No obstante, al constituir la violación la forma más grave de afectar la libertad sexual, y al ser necesario la comisión de un abuso sexual previo a la consumación del acceso carnal o introducción de los instrumentos u objetos, se estima que no existe en estos supuestos un concurso real de delito, sino más bien un concurso aparente. Salvo, claro está, que el abuso sexual se realice en oportunidades distintas a la violación, ya que en tal supuesto sí existiría un concurso real (p.ej. se abusa primero de la víctima, dos días después la accede carnalmente, un día después la abusa de nuevo, y a la semana siguiente la vuelve a acceder carnalmente).

Puede presentarse un concurso real entre violación y lesiones, cuando éstas últimas no son consecuencia de las acciones que se llevaron a cabo para realizar la violación, sino como resultado de una acción independiente del sujeto activo sobre la persona ofendida (p.ej. luego

de ultrajar sexualmente a la víctima, el sujeto la golpea fuertemente, generándose en ella lesiones que no derivan de la violación como tal, sino de una conducta distinta a la que ella requería).

Algo distinto se podría suscitar cuando la violencia realizada por el sujeto activo para neutralizar o anular la voluntad de la víctima, resulta excesiva o innecesaria. En estos supuestos se ha dicho que tal violencia, y lo que ello conlleva, no quedan comprendidas o se absorben por la violación, sino que afectan, por el exceso utilizado, un bien jurídico distinto a la libertad o autodeterminación sexual. De manera específica se estima que en tales hipótesis se estaría frente a un concurso ideal de delitos, dada la forma en la que fue prevista la ejecución del plan por parte del sujeto activo. A través de una misma conducta, que responde a un plan de autor, el sujeto logra adecuar la misma a dos tipos penales independientes que no se excluyen entre sí. Se estaría así ante un delito de violación y un delito de lesiones en concurso ideal.

Violación a menores de catorce años

Artículo 168.

“Quien tenga acceso carnal o se haga acceder con o por persona menor de catorce años o quien con fines sexuales le introduzca o la obligue a que se introduzca dedo, objeto o instrumento por vía vaginal, anal o bucal, con o sin su consentimiento, será sancionado con pena de doce a quince años de prisión.”

1. El bien jurídico tutelado

La libertad o autodeterminación sexual de las personas resulta ser el bien jurídico que se pretende tutelar y fortalecer a través de las disposiciones en las que se tipifican como delito las conductas que quebrantan dicha libertad. Se protege tanto cuando la persona está en absoluta capacidad para ejercerla, como también cuando todavía no ha alcanzado la madurez física y psicológica suficiente para que pueda tomar las decisiones con responsabilidad.

Es difícil establecer con certeza el momento en el que una persona puede decidir sobre su sexualidad sin problemas para sí, sea por cuanto fisiológicamente aun se encuentra en un proceso de desarrollo, sea por cuanto a nivel emocional o psicológico la acción puede afectar. Ante esta dificultad, el propio legislador es el que estableció el momento en el que la persona puede tomar libremente esta clase de decisiones y asumir con

responsabilidad las consecuencias del acto. Para estos efectos, dispuso como parámetro una edad determinada por debajo de la cual queda totalmente prohibido mantener cualquier tipo de relación o acto sexual con una persona menor. Se asume que las personas que no han alcanzado la edad referida, independientemente del desarrollo físico o psicológico que presentan, no pueden disponer en forma libre y voluntaria sobre su sexualidad (presunción *iure et de iure*).

En el caso nicaragüense, el legislador señaló que la persona menor de dieciséis años no puede disponer con libertad sobre su sexualidad, cuando se produce mediante un acceso carnal, como ocurre con el delito de estupro; quedando además absolutamente prohibido cuando la persona afectada es menor de catorce años de edad. En estos casos, cuando una persona menor de catorce años es la víctima de un delito de violación, se hace una corrección en cuanto al bien jurídico a tutelar, señalándose que en realidad lo que se quebranta en estos casos es la indemnidad sexual de la que goza toda persona, aun cuando haya brindado su consentimiento en el acto. Por indemnidad sexual de las personas se entiende, según lo que explica EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, como la protección en la que también se abarcan *los supuestos en los que la víctima no goza de libertad sexual, bien sea puntualmente, bien sea en un espacio de tiempo más o menos permanente. La persona adulta que, por cualquier causa se haya privada de sentido, un niño de nueve años o un sujeto que sufre cualquier tipo de trastorno psíquico, ninguno de ellos puede en un momento determinado actualizar su libertad sexual. Y si alguien mantuviese relaciones de esta índole con la persona que se encuentra en esa situación, atacaría su indemnidad sexual. Y se entiende por tal el derecho que*

*todo ser humano tiene a mantener incólume su dignidad humana frente a la consideración de su cuerpo como objeto de deseo sexual. De esta forma, la indemnidad sexual está íntimamente relacionada con la dignidad humana y con el libre desarrollo de la personalidad,*³⁴ desde el ámbito sexual, agregamos nosotros.

La protección a este bien jurídico es la razón por la que se estima necesario un tratamiento punitivo distinto de la violación simple, pues debido precisamente en la edad de la persona, se encuentra más vulnerable frente al ataque o el abordamiento sexual que otros realicen sobre ella, sea porque fisiológicamente su cuerpo no está preparado para iniciar una actividad sexual normal, sea porque no tiene la fuerza física para resistirse de un ataque, sea porque no ha alcanzado el desarrollo psicológico necesario para comprender el alcance de sus actos y las consecuencias que derivan de ellos.

2. Tipo penal objetivo

2.1 La acción de delito

En el ámbito internacional, particularmente a partir de la protección que se les ha brindado a las personas menores de edad ante la explotación sexual de la que pueden ser víctimas, se ha dispuesto la prohibición y sanción de todo comportamiento que contravenga este propósito. En razón de lo anterior, el legislador nicaragüense sanciona a todo aquel que mantenga una relación sexual con acceso carnal con una persona menor de catorce años edad,

34 BORJA JIMÉNEZ, op. cit. p. 93.

pues se asume que no tiene la capacidad para decidir sobre su sexualidad.

Ahora bien, dado que en este delito se utilizan nuevamente los conceptos de acceso carnal –hacerse acceder– o bien la introducción de dedo, objeto o instrumento por vía vaginal, anal o bucal, que son las acciones previstas también para la configuración del delito de violación contemplado en el artículo 167, nos remitidos a lo expuesto en torno a ellas.

Queda claro que el legislador pretendió sancionar en estos casos no sólo la forma tradicional a través de la cual se produce una relación sexual con acceso carnal (o coito), sino también la forma equiparada que se ha admitido en los últimos años como violación y referida a la introducción de dedos, objetos o instrumentos en los orificios establecidos en la norma.

2.2 El sujeto activo y pasivo

Con respecto al sujeto activo, al igual que sucede con la figura general contemplada en el artículo 167 del Código Penal, cuando la relación sexual consiste en un acceso carnal el sujeto activo no puede ser cualquier persona, sino que será solo el hombre, en la medida que es el único que puede acceder o penetrar carnalmente a otra persona.

No sucede lo mismo cuando la relación sexual constitutiva de la violación de una persona menor de catorce años de edad se realiza mediante la introducción de un dedo, objeto o instrumento. En estos supuestos, la penetración que se realiza puede recaer sobre cualquier persona.

En torno al sujeto pasivo, además de que la norma no establece distinción alguna al respecto, queda claro

que, por tratarse de las mismas acciones previstas para la comisión del delito de violación simple, la víctima puede ser tanto un hombre como una mujer. La única condición especial que esta debe presentar es que sea menor de catorce años de edad, o lo que es lo mismo, que aún no haya cumplido los catorce años.

2.3 Elementos accesorios o circunstanciales

Como violación especial, se debe tener presente que mediante esta ilicitud se lesiona la libertad o autodeterminación sexual de las personas, pero no de cualquier persona, sino sólo de aquellas que no han alcanzado los catorce años de edad.

Asimismo, el propio legislador estableció que en cualquier caso que la persona afectada no tenga catorce años, ella no tendrá la capacidad para poder decidir libremente sobre su libertad o autodeterminación sexual. De esta forma, el delito puede cometerse tanto con el consentimiento como contra su consentimiento, ya que éste no tiene ninguna incidencia para la configuración del ilícito.

Lo esencial en este caso es, para efectos de la adecuación de la conducta al tipo, que el sujeto activo mantenga (con conocimiento y voluntad) un acceso carnal con una persona menor de catorce años, o bien, le introduzca ella un dedo, objeto o instrumento en las cavidades contempladas por el legislador.

Por otra parte, además de las distintas formas a través de las que se podría afectar la voluntad de una persona, la norma hace referencia expresa al uso de fuerza, violencia

o intimidación.³⁵ Este aspecto, en nuestro criterio, no era necesario, pues, en cualquier caso, cuando la persona afectada sea menor de catorce años, será violación, sin interesar que en el acto haya mediado o no consentimiento de la víctima, toda vez que queda claro que se prohíbe que el legislador prohibió mantener acceso carnales con una persona menor de catorce años, o introducirle a ella dedos, objetos o instrumentos en los orificios dispuestos por ley.

3. Tipo penal subjetivo

Al igual que en la violación simple, en este caso se requiere que el sujeto conozca y quiera realizar la conducta prevista en el tipo penal. En otras palabras, se necesita que el sujeto conozca y voluntariamente ejecute la acción de acceder carnalmente o bien de introducir un instrumento o un objeto en las cavidades del cuerpo dispuestas por el legislador para ello a una persona que es menor de catorce años.

Aspecto esencial es que el sujeto activo conozca que se trata de una persona menor de catorce años de edad. En este punto se pueden dar errores de su parte que pueden incidir en la calificación jurídica del hecho. Si el sujeto desconoce la edad de la persona, y asume en todo momento que es menor de trece años cuando en realidad ya superó dicho límite, aun cuando su deseo sea el de mantener una relación sexual consentida con una persona menor de catorce años (elemento subjetivo), no

35 Sobre los conceptos de uso de fuerza, violencia o intimidación, se remite al lector a lo expuesto en el delito de violación (elementos accesorios o circunstanciales).

puede configurarse el delito de violación al faltar el elemento objetivo para ello, al no darse una relación sexual precisamente con una persona menor de esa edad. Cosa distinta sucede si el acceso carnal o la introducción de instrumentos u objetos en una persona mayor de catorce años, que el sujeto asume que no los tiene, se da mediante cualquier de las formas a través de las cuales la voluntad se encuentra anulada o limitada. En estos supuestos el hecho siempre se configuraría como un delito de violación, sea manera simple o calificada, dependiendo de cuál es la hipótesis en el que se esté. Pero, ¿por qué es violación? Bueno, porque sencillamente el error en la edad de la víctima no resulta trascendente en este caso, ya que el propósito del sujeto es cometer una violación y, aun cuando se haya equivocado con respecto a la edad de la persona que pretendía violar, su deseo se materializa. Es un típico caso de error en persona. En síntesis, en cualquier supuesto que el sujeto utilice violencia física o psicológica, lo mismo que aproveche cualquier situación en la que la persona está incapacitada para dar libremente su consentimiento, siempre será violación si se da el acceso carnal o la introducción de instrumentos u objetos en la persona afectada, de ahí que se diga en la norma que el hecho se puede producir con o sin su consentimiento. En estos casos el error en la edad lo que excluye es la configuración de la agravante por esa causal, pero se mantiene la violación en su forma simple o calificada, dependiendo los supuestos en los que nos encontremos.

Lo anterior se dice en cuanto a los supuestos que el sujeto desea mantener una relación sexual consentida con una persona menor de edad y falta este último elemento de la edad, sea en los supuestos en los que falta un aspecto o elemento objetivo del tipo penal por error en la persona,

pero se mantiene el elemento subjetivo. No sucede lo mismo cuando objetivamente el sujeto ha mantenido una relación sexual con una persona menor de edad y no sólo no sabía o conocía este elemento, sino que no quería ni había aceptado como posible que ello fuese así. En estos supuestos se dice, en el supuesto que se logre acreditar el error, que la persona no puede ser sancionada por este delito al mediar un error de tipo del delito de violación de una persona menor de edad, ya que se requiere que el sujeto conozca y quiera esta situación. Tampoco se podría sancionar por el delito de estupro, pues en este el sujeto a nivel subjetivo (dolo) tiene que conocer y querer realizar la conducta prevista en el tipo penal, es decir, conocer y querer la realización de una relación sexual consentida una persona mayor de catorce años, pero menor de dieciséis años, lo que no sucede en esta hipótesis en la medida que faltaría este elemento subjetivo del tipo, aun cuando medie una tipicidad objetiva.³⁶

36 Ver en este sentido a LLOBET RODRIGUEZ, Javier y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *Comentarios al Código Penal*, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1989, p. 237. Estos autores además citan a Vicente Remesal, que explica lo siguiente: *La violación es un delito doloso; por lo demás, no parecen imaginables acciones culpables... El dolo consiste en la conciencia y voluntad de tener acceso carnal contra la voluntad de la víctima, esto último como consecuencia del empleo de fuerza o de particulares condiciones del sujeto pasivo o de la situación en que el mismo se encuentra. Si el error recae sobre la edad, tanto si es vencible como invencible, se excluye la violación. Pero si la víctima es menor de 12 años, tampoco puede haber estupro, pues éste requiere que la mujer sea, objetivamente, mayor de 12 años.*

4. El iter criminis, la autoría y participación y el concurso de normas

En este punto, dado que el delito de violación a menores de catorce años comparte las mismas características del delito de violación que se contempla en el numeral 167, se remite a lo que se ha explicado de este delito en relación con el *iter criminis*, la autoría y participación y el concurso de normas.

5. Concursos

Particular mención merece el hecho de que el legislador nicaragüense decidió también incluir dentro del segundo párrafo del artículo 173 que prevé y sanciona el delito de incesto, los accesos carnales que se produzcan con una persona menor de catorce años entre ascendientes, descendientes y colaterales dentro del segundo grado de consanguinidad (no se mencionan a los parientes por afinidad).

En estos supuestos, no obstante que en tesis de principio el artículo 168 sanciona cualquier relación con acceso carnal o introducción de dedos, objetos o instrumentos con una persona menor de catorce años, resulta que si el hecho se produce mediante un acceso carnal (no se incluye la introducción de dedos, objetos o instrumentos) con dicha persona y dentro del vínculo de parentesco señalado en el numeral 174, la figura se desplaza y sancionará con la pena que indica esta última disposición, es decir, con una sanción de catorce a veinte años de prisión.

No obstante lo anterior, a pesar de que la acción y la pena estarían contemplados en el artículo 173 citado, llama la atención que curiosamente el legislador refiere que en este caso la relación sexual incestuosa con una

persona menor de catorce años se considerará como ***violación agravada***, no obstante incluso que en el inciso a) del numeral 169 se incluye como violación agravada la que se suscita dentro de una relación de parentesco.

En otras palabras, ante la existencia de dos figuras que contemplan una misma acción, cual es el acceso con persona menor de catorce años, cuando media entre las partes el vínculo antes citado, no se aplica el numeral 168 del Código Penal, sino lo que dispone el artículo 173 que sanciona las relaciones incestuosas, pero aclarándose que, cuando se trata de una persona menor de catorce años, por decisión del legislador se considerada (se supone que únicamente para efectos de denominación) como violación agravada.

CAPÍTULO IV

Violación agravada

Artículo 169:

“Se impondrá la pena de doce a quince años de prisión cuando:

- a) El autor cometa el delito prevaliéndose de una relación de superioridad, autoridad, parentesco, dependencia o confianza con la víctima, o de compartir permanentemente el hogar familiar con ella;
- b) La violación sea cometida con el concurso de dos o más personas;
- c) Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad o discapacidad física o psíquica para resistir, o se trate de una persona embarazada o mayor de sesenta y cinco años de edad, o,
- d) Resulte un grave daño en la salud de la víctima.

Si concurren dos o más de las circunstancias previstas en este artículo, se impondrá la pena máxima.”

1. Análisis del inciso primero

1.1 Razones de la agravante en virtud de la relación o vínculo entre el sujeto activo y pasivo

Tradicionalmente constituían formas agravadas de la violación la sola relación o el vínculo de naturaleza familiar que una persona tenía con otra (p.ej. ascendientes, descendientes, hermanos, etc.), o bien, el ostentar una determinada condición respecto a la víctima (v.gr. el sacerdote o el encargado de la educación o guarda). Estas

formas han ido dando paso a otras formas o situaciones que, de suscitarse en una violación, se estiman que deben implicar un reproche mayor y que están relacionadas específicamente con la “vulnerabilidad” en la que se puede encontrar la víctima.

Se habla de vulnerabilidad en este punto toda vez que la violación, conforme la hemos entendida, para lo cual se debe estar a lo dispuesto en el artículo 167, se realiza en estos casos por parte del sujeto activo precisamente aprovechándose de la esta situación.

En este sentido, el aprovechamiento implica que el sujeto emplea o utiliza una condición o situación que le es favorable y que le permite o facilita la realización del acto.

Entran aquí algunas relaciones incestuosas,³⁷ las que conllevan una violación al deber de guarda, de educación, de guía espiritual del sujeto pasivo, las que violentan la confianza depositada en el sujeto, o bien, sencillamente todas aquellas situaciones en las que la víctima está sometida en algún grado de poder respecto a su agresor. No en vano se dice que en estos supuestos que la vulnerabilidad es *la situación en que el sujeto pasivo estima que no tiene*

37 Véase que en el párrafo segundo del artículo 173, se señala que la pena será de catorce a veinte años, considerándose una violación agravada, el acceso carnal que se produzca con una persona menor de catorce años por parte de aquella otra que resulta ser ascendiente, descendiente o colateral dentro del segundo grado de consanguinidad. No se incluye, sin embargo, los parientes por afinidad. Así las cosas, la violación agravada cuando media un parentesco no señalado en el 173, hace que debe aplicarse el inciso a) del numeral 169.

*alternativa razonable y que debe someterse a la voluntad de sujeto pasivo.*³⁸

La razón por la que se agrava deriva tanto del aprovechamiento de esta situación como de una infracción a los deberes que se suscitan en las relaciones que se presentan entre el sujeto activo con respecto al sujeto pasivo.

1.2 Aspectos objetivos y subjetivos

En cuanto al aspecto objetivo, además de requerirse los elementos que se han analizado en la violación simple, ésta debe producirse cuando medie la relación o el vínculo previsto en este primer supuesto.

Se entiende que la superioridad se presenta cuando una persona tiene a cargo otras personas, como ocurre en los supuestos de superioridad laborales o de educación.

La autoridad se establece cuando un sujeto ejerce una facultad o poder y se prevalece precisamente de esta situación para actuar. Se piensa que hay autoridad en todas aquellas hipótesis en las que se ejerce un poder de gobierno o de mando, sea de hecho o de derecho, como sucede, por ejemplo, con las autoridades educativas, deportivas, policiales, judiciales, penitenciarias, religiosas, etc.. En este sentido, el referido poder o facultad es la posibilidad o *capacidad para hacer que los demás hagan lo que uno desea que hagan, independientemente de sus deseos. Como contrapartida, los que están indefensos y desprotegidos de ese poder terminan siendo sus*

38 CRUZ, Fernando y MONGE, Ivannia. *Explotación sexual comercial. Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las reglas internacionales*, Programa OIT-IPEC, Organización Internacional del Trabajo, San José, Costa Rica, 2004, p.44.

víctimas.³⁹ Las personas que ostentan esta facultad, poder, estado, posición, hacen sufrir a quienes están sometidos de manera natural, institucional, emocional, accidental o compulsivamente a su autoridad, por razones familiares, laborales, deportivas, educativas, recreativas, espirituales, castrenses, policiales, asistenciales, y de otras clases.

Con respecto al parentesco,⁴⁰ se elimina la agravante en la que se comprendía únicamente a los ascendientes o descendientes, o hermanos consanguíneos, y se amplía conforme a este concepto a todo aquel que se encuentra vinculado con la víctima hasta cierto grado, salvo lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 173. De manera específica, y con la excepción de lo que se señala en la norma que regula el delito de incesto, al existir norma expresa sobre los alcances del concepto de parentesco en el numeral 37 del Código Penal, se dice que la agravante incluirá hasta el cuarto grado si es por consanguinidad, o bien hasta el segundo grado si es por afinidad, ya que dicho artículo dispone que están comprendidos dentro

39 RIVERA LLANO, Abelardo, *La victimología ¿Un problema criminológico?*, Ediciones Jurídica Radar, Colombia, 1997, pp. 279-280.

40 Conviene aclarar que el parentesco lo (...) *forma el vínculo consanguíneo que une a varias personas que descienden unas de otras, o de un tronco común. Conforme a esto, se distinguen dos clases de parientes que, para una mayor claridad, se acostumbra distribuir en dos series de grados que componen dos líneas. Línea es por lo mismo, la serie de parientes. Se distinguen dos clases de ellas: "directa" y "colateral". En la directa están los progenitores y sus descendientes; así tenemos: abuelos, padres, hijos, nietos, bisnietos. Y en la colateral, llamada también "transversal", se cuentan los que vienen de un mismo tronco, pero que no descienden unos de otros, como ocurre con los hermanos entre sí; y los tíos con los sobrinos, así: Brenes Córdoba Alberto. **Tratado de las Personas**. San José, Editorial Juricentro, 1984, página 23. Así también, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, op.cit. p. 1682.*

de este concepto, aquellas personas que se encuentren vinculados a la víctima u ofendido como el ***cónyuge o compañero (a) en unión de hecho estable del ofensor, lo mismo que sus parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.***⁴¹

Ahora bien, la configuración del delito en su forma agravada no se suscita sólo a partir de esta relación, sino que debe mediar necesariamente también, al igual que en los otros supuestos, una particular situación que le resulte favorable al sujeto para realizar la acción, aprovechándose de la misma, como lo es la posibilidad de acercarse a la víctima sin temor para ésta, o bien, debido al respeto, obediencia y cariño que ésta le tiene.⁴² Esta situación sin embargo no la prevé el artículo 173 al hablar del incesto

41 Debe tomarse en cuenta además lo dispuesto en el artículo 173 que regula el incesto, pues en esta disposición se incluye, como una forma más de violación agravada (pero prevista y sancionada por dicho numeral), el acceso carnal que se produzca con una persona menor de catorce años y entre ascendientes, descendientes o familiares colaterales dentro del segundo grado de consanguinidad. Como dato curioso, llama la atención el hecho de que se hable de colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o no de parientes por afinidad, lo que lleva a suponer, en aplicación de los principios de legalidad y tipicidad, que no fueron incluidos estos últimos dentro del numeral 173.

42 Explica CREUS, que no quedan comprendidos en estos supuestos los sujetos que no han asumido las funciones de concubino, y mucho menos los que se limitan a mantener relaciones íntimas con la madre, por más establece que sean y aunque contribuya al mantenimiento de ella y de sus hijos, op. cit. p. 183, sin embargo, debe decirse que si bien no quedan comprendidos dentro del concepto de parentesco como consecuencia de una relación de hecho o de convivencia, sí podrían suscitarse la agravante como un supuesto de dependencia o bien de aprovechamiento de su convivencia permanente en el hogar familiar de la víctima, supuestos que se prevén en el inciso que se analiza.

con persona menor de catorce años, ya que para la configuración del delito solo se requiere el acceso carnal.

La dependencia se presenta como la subordinación de una persona a un poder mayor, o bien, la situación de una persona que no puede valerse por sí misma y requiere de otra u otras para hacerlo.⁴³ En estos casos, resulta evidente la vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima respecto al sujeto activo, situación conocida a la vez por este último, quien sabe que a ésta no le quedará más que someterse a su voluntad, sacando en consecuencia provecho de esta situación que le es favorable. Entran en estos casos, algunos de los supuestos contemplados en la forma tradicional por medio de la agravante que se suscitaba con el encargado de la guarda de la víctima, sea de hecho o de derecho. Nos recuerda CREUS que el encargado es la persona que *de modo regular (el simple encargado momentáneo de vigilancia no está comprendido) cuida la persona de aquélla, atendiendo sus necesidades o ciertos aspectos de éstas, aunque no conviva con ella(...)* o en una convención (p.ej. el enfermero contratado para cuidar a un insano), o una situación de hecho que hasta puede tener un arranque ilícito (p.ej. el que ha secuestrado y guardado con él a un menor)(...)⁴⁴ Puede pensarse también en aquellos supuestos en los que la víctima es abandonada por los problemas de salud que presenta y otra persona la recibe o lleva a su casa para cuidarla, aprovechándose luego de esta situación para ultrajarla sexualmente.

La confianza se presenta como la esperanza firme o la seguridad que se tiene respecto a otra persona, a quien se

43 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo I, op.cit. p. 748.

44 CREUS, op. cit. p. 183.

le deposita o se encuentra depositada la víctima, sin más seguridad que la buena fe o la opinión que de él se tiene.⁴⁵ Se piensa en casos en la forma tradicional de la guarda de la víctima, a saber, por ejemplo, el acompañante de un menor en un prolongado viaje, incluso en una salida a una actividad social, o bien, el cuidado o guarda momentáneo que un amigo o vecino realiza de una persona menor de edad o con problemas de salud, tiempo en el que realiza la acción aprovechando la confianza que en él se depositó para protegerla.

El compartir permanentemente el hogar familiar se usa aquí como sinónimo de convivir,⁴⁶ es decir, el vivir en compañía de otros que conforman una familia,⁴⁷ integrándose como parte de este grupo. Se presentan los supuestos de las personas que, sin estar ligados con algún grado de parentesco con el grupo, ingresan al mismo y realizan su vida como partes de éste. Se les asume con un integrante más de dicho núcleo, en la mayoría de las veces incluso con los mismos derechos y deberes que los otros.

Como se aprecia, son muchos los supuestos que se contemplan como agravantes en este inciso, los cuales pueden confundirse en algunos casos unos con otros. Lo importante, no obstante lo anterior, es poder determinar que la víctima se encuentra sometida respecto a su agresor y éste se aprovecha de esta situación, o bien, el sujeto activo se encuentra en una situación favorable que le permite,

45 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo I, op.cit. p. 620.

46 La palabra compartir presenta dos usos, según el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, que con el repartir, dividir o distribuir algo en partes, o bien, el participar en algo, Tomo I, op. cit. p. 603.

47 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo I, op.cit. p. 648.

a partir del aprovechamiento de dicha circunstancia, la realización del ilícito con mayor facilidad.

En cuanto al aspecto subjetivo, dentro del análisis que hemos propuesto del tipo penal complejo, el sujeto activo debe tener conciencia y la voluntad de que la acción que realiza es la que se encuentra prevista dentro de los supuestos descritos en el artículo 169 del Código Penal. Si el sujeto pretende consumar una violación, pero sin aprovecharse de su condición, vínculo o relación que lo liga con la persona afectada, la agravante no concurriría en este caso, debiendo calificarse su conducta conforme la forma simple de violación contemplada en el numeral 167 analizado. En este supuesto se presenta una tipicidad objetiva de la forma agravada, pero sin mediar la circunstancia que califica y penaliza la violación con una sanción mayor, motivo por el que se debe aplicar la figura básica en el tanto siempre se comete un ultraje sexual en el que se afecta la libertad o autodeterminación sexual.

De manera semejante en cuanto a las consecuencias represivas, si el sujeto activo asume que está cometiendo una violación dentro de las agravantes que califican el hecho, en tanto que así lo quiere -o al menos- así se lo representa y acepta, pero objetivamente no se está ante las circunstancias que hacen posible la agravante, como sucede, por ejemplo, cuando el sujeto cree que existe relación de confianza y ésta no se da, como tampoco ninguno de los otros supuestos que hacen posible la configuración del delito de violación calificada conforme lo regula el inciso 1º del artículo 169 del Código Penal, el tipo penal a aplicar sería el simple.

2. Análisis del inciso segundo

2.1 Razón de la agravante

En primer término, es importante señalar que la razón por la que se agrava la violación cuando concurren dos o más personas para la comisión del hecho se debe precisamente a que esa cantidad permite asegurar mayores posibilidades de éxito en la acción delictiva, dado que la cantidad de sujetos disminuye o reduce considerablemente la capacidad de resistencia que puede ejercer la víctima para defenderse y así evitar el ultraje.⁴⁸

2.2 Aspectos objetivos y subjetivos

En cuanto al aspecto objetivo, la violación se agrava siempre que concurren en el hecho al menos dos personas, es decir, siempre que la comisión del delito se produzca con la presencia o intervención en el hecho de dos o más personas. La intervención de estos sujetos no requiere, conforme se desprende de la descripción contenida en el tipo penal, que todos lo hagan a título de autor o coautor en el hecho, ya que perfectamente puede ser que sólo uno ostente tal carácter, en tanto los otros sean tan sólo partícipes en el hecho (cooperadores o cómplices). Como lo señala CREUS, esta delincuencia necesariamente *tiene que ser **cometida por la pluralidad**, con lo cual el tipo agravado requiere la intervención de quienes la componen, en la ejecución del hecho, aunque no todos ellos alcancen la calidad de coautores(...)* Quedan fuera de la agravante las formas de complicidad que no implican, de algún modo, tomar parte en la ejecución (p.ej.

48 CREUS, op. cit. p. 183.

*el auxiliador **subsequens**; quien facilita los instrumentos para penetrar al lugar donde se encuentra la víctima sin estar presente en el hecho).*⁴⁹

El problema que se presenta con la concurrencia de dos o más personas en la violación como agravante es que tiene consecuencias diversas si se trata de un acceso carnal o de la introducción de instrumentos u objetos en las cavidades dispuestas por el legislador para ello.

En cuanto al acceso carnal, ya se indicó que en estos casos se está ante un delito de mano propia y como tal sólo lo puede realizar quien tenga la capacidad de acceder carnalmente a otra persona, es decir, de penetrarlo con su pene en la vagina, ano o boca. No puede haber ni coautoría ni autoría mediata, sino sólo autoría directa. A la vez esta circunstancia lleva a que todo aquel que concurre o intervenga con el autor en la realización del hecho tendrá el carácter de partícipe (inductor, cooperador o cómplice). La única forma que sea autor, es que también, luego de haber sido accedida carnalmente la víctima por otro, el partícipe también lo haga. En estos supuestos, quien accede primero es autor (A) de la violación, en tanto los otros (B y C) que intervienen son partícipes de esta violación, mas cuando alguno de los otros (B, por ejemplo) procede a acceder carnalmente a la víctima, este será autor del delito y los otros que intervienen (A y C) serán partícipes de esta segunda violación, finalmente si el último sujeto (C) accede carnalmente, mientras lo otros (A y B) concurren en el hecho, ese sujeto (C) sería autor de la tercera violación y los otros (A y B) partícipes de la misma. Esto significa que en estos supuestos, cada

49 CREUS, op. cit. p. 183.

uno sería autor responsable directo de una violación y de dos complicidades de violación, que serían aquellas en las que no accedieron carnalmente, sino que tan sólo ayudaron con su realización.

Cabe señalar además que cuando la violación se comete mediante acceso carnal, no se requiere que todos los intervinientes sean, de acuerdo con la teoría del delito, culpables, pues basta con que alguno lo sea para que responda por este hecho y se agrave la figura.⁵⁰

Cosa distinta sucede cuando el acto se realiza mediante la introducción de instrumentos u objetos, ya que en este supuesto no se está ante un delito de mano propia, el mismo lo puede realizar cualquiera persona. En tales supuestos, cuando el hecho se comete con la concurrencia de varios sujetos, se tendrá que analizar con el debido cuidado la participación de cada uno de ellos en el hecho, a fin de establecer si al momento de introducir los instrumentos u objetos en la cavidades señaladas, tal acción se realizó mediante una distribución de tareas, es decir, con un dominio funcional del hecho (todos tienen el sí y el cómo de la acción), o lo que se presentó en realidad con estos otros fue tan sólo una cooperación o colaboración de quien sí tenía el dominio del hecho.

A nivel subjetivo, quien o quienes cometen en el hecho, según se trate de un acceso carnal o una introducción de instrumentos u objetos, deben conocer y querer realizar la acción prevista en el tipo penal de esta agravante (dolo). Al igual que lo señalamos en los otros supuestos que se han analizado, también se admite el dolo eventual, cuando quien cometa la acción se lo representa posible

50 CREUS, op. cit. p. 184.

de esta forma, y aun así lo quiere y acepta al ejecutar la conducta.

3. Análisis del inciso tercero

3.1 Aprovechamiento de la incapacidad física o psíquica de la víctima

Resulta interesante la forma en la que se regula esta agravante en el Código Penal nicaragüense, pues a diferencia que lo hace la doctrina tradicional y se lo plantea buena parte de la legislación penal de otras latitudes, el aprovechamiento de la incapacidad física o psíquica de la víctima es parte de la forma básica o simple de violación, toda vez que en los supuestos de incapacidad física o psíquica, al igual que sucede en los supuestos del artículo 167, no media voluntad de las víctimas en el acto, es decir, se quebranta la libertad o autodeterminación sexual de éstas. No obstante, como se explicó en los supuestos de la víctima privada de razón, por ejemplo, el sujeto activo debe producir dicho estado, en tanto en esta hipótesis el sujeto lo que hace es aprovecharse de la condición de la víctima, mas no genera o produce tal situación.

En estos supuestos, se señala que la víctima no tiene la capacidad suficiente para resistir u oponerse al hecho, sea porque no tiene la capacidad física para evitar el acto, o bien sea que no tiene la capacidad para comprender con claridad lo que se realiza, aun cuando haya –en apariencia– consentido en él, dado que en estas hipótesis no existe una voluntad libre para hacerlo.

Lo que motiva la agravante, en consecuencia, es que el sujeto sabe de la condición de la víctima y que ello le facilitaría la realización del hecho, incluso es posible

que asuma que tal circunstancia lo puede generar impunidad, ante la posibilidad de que no se encuentren claras o directas evidencias de su ultraje, lo mismo que la posibilidad de que la víctima no pueda manifestar con alguna precisión lo sucedido, o bien, de hacerlo, corra el riesgo de que no se le crea.

3.2 Aspectos objetivos y subjetivos

Para el análisis de esta hipótesis se debe estar, al igual que en los supuestos anteriores, ante la explicación dada en el delito de violación simple, con la diferencia de que el quebranto a la libertad o autodeterminación sexual de la víctima se produce mediante el aprovechamiento de la condición en la que, de forma previa, se encuentra ésta.

Como aspecto esencial en cuanto al tipo penal objetivo, véase que en estos casos el sujeto activo lo que hace es beneficiarse de la condición o estado en el que se encuentra la víctima previamente. Dicho estado puede ser permanente, por ejemplo, los casos de personas con parálisis total o parcial o con problemas mentales serios, o bien, transitorio o temporal, como lo serían, a modo de ejemplo, aquellas personas que se encuentran momentáneamente inconscientes, o bien, que en razón de la enfermedad que padecen o por el tratamiento médico aplicado (medicamentos en general), no tienen la fuerza física para impedir que sean ultrajadas.

Importante en este caso es que el sujeto se aproveche de la situación, saque beneficio del estado en el que se encuentra la víctima, para efectos de cometer el ilícito con alguna ventaja o facilidad.

Existe incapacidad física, en los supuestos en donde la víctima es incapaz de resistir o de oponerse materialmente al ultraje sexual del que es objeto por parte del agente.

Se requiere, dice la doctrina, que *la víctima (...) se halle en cualquier situación en que carezca en absoluto de la posibilidad de llevar a cabo movimientos de resistencia (...)*,⁵¹ aun cuando no se encuentre privada de comprender lo que está sucediendo.

Los supuestos de incapacidad psíquica se acercan en mucho a las hipótesis de las personas privadas de razón o de sentido que se han analizado. Su diferencia estriba respecto a estos supuestos en que la condición de la víctima es previa y el sujeto activo no la ha provocado.

Son los casos, en las hipótesis de las personas privadas de razón, en los que la víctima no puede dar un juicio práctico de su acto, toda vez que no comprende con claridad lo que éste significa o las consecuencias que conlleva. Esta condición tiene que incidir en la posibilidad de que la persona pueda dar en forma libre y voluntaria su consentimiento para ejecutar o tolerar la conducta que se realiza. De ahí que se diga que *no cualquier trastorno mental puede considerarse típicamente relevante, sino el que sea capaz de influir sobre el juicio concerniente al acto, así como también que el consentimiento prestado por la víctima en un intervalo lúcido deja también el hecho al margen de la punibilidad.*⁵² Esto último es importante, pues no es que se le niegue a la persona con incapacidad psíquica el tener una vida sexual plena, sino que lo que se busca es que su condición no sea aprovechada por otro con el propósito de ultrajarla sexualmente, con las eventuales consecuencias que esto puede suscitar para ella.

51 CREUS, op. cit. p. 173.

52 CREUS, op. cit. p. 172.

De igual forma, en los casos de la persona privada de sentido, se piensa en las hipótesis de los estados de inconciencia, que le impiden a la persona estructurar o expresar válidamente su voluntad, sea que esta condición sea permanente o transitoria. En estos casos la persona puede mantener las facultades mentales incólumes, sin embargo, ante la situación que se presenta, las mismas se ven afectadas. Este estado de inconciencia puede además ser total o parcial, presentándose, dice CREUS, bajo la forma de una gran perturbación de conciencia en el que la persona “aunque acciona, no obra”.⁵³

En torno al elemento subjetivo o tipicidad subjetiva ya dijimos que estos delitos son dolosos. Esto significa que el sujeto activo debe conocer y querer realizar la violación conforme a las formas agravadas que se encuentran previstas en este inciso del artículo 169 del Código Penal. Se aplica aquí todo lo que se señaló en relación con el delito de violación simple, a lo cual se remite.

4. Análisis del inciso cuarto

4.1 Agravante por el resultado

En la actualidad, se discute en la doctrina sobre la necesidad o no de mantener la existencia de este tipo de agravantes, pues algunos que se oponen, estiman que la forma adecuada para tratar estos supuestos es a través del

53 CREUS, op. cit. p. 172., quien además nos advierte que: *La inconciencia puede proceder de un estafo fisiológico no provocado (sueño, desmayo, sopor febril, etc.) o de uno suscitado por la propia acción de la víctima o provocado por la de terceros por cualquier medio que no importe violencia o medios equiparados a ella (hipnosis y narcóticos) (...), pp. 172-173.*

concurso de delitos. Como manifestación incluso de esta situación, el legislador nicaragüense sólo ha admitido la agravante cuando se produce un grave daño en la salud, y no cuando lo que se genera es la muerte de la persona afectada, como ocurre en otras legislaciones que mantienen estas formas de aumentar el reproche al sujeto activo.

Partiendo de lo que establece la norma respecto a esta agravante, debe indicarse que se suscita por un resultado que el sujeto activo no se representó como posible, y aun cuando se lo hubiese representado como posible, nunca la quiso y aceptó en caso de producirse.

Dicho lo anterior, debe señalarse qué se entiende por ***grave daño en la salud de la víctima***. Algunos han señalado que la gravedad que se prevé en estos casos hace referencia a lo que se indica en el delito de lesiones, específicamente al delito de lesiones graves o gravísimas, sin embargo ello parece haber ido perdiendo fuerza y se estima que no se requiere que el resultado o grave daño en la salud de la víctima se adecue a lo dispuesto en dichas ilicitudes.

En la legislación nicaragüense se presenta un problema adicional, pues, a efectos de diferenciar las lesiones leves de las graves, como sucede en otras latitudes, no se utiliza el sistema del período o tiempo de incapacidad de la víctima, sino que lo que determina una lesión leve es el tratamiento médico posterior a la primera atención o asistencia facultativa, o la intervención quirúrgica (ver artículos 151, 152 y 153 del Código Penal). El problema que deriva de esto es que perfectamente la víctima podría recibir un tratamiento posterior a la primera asistencia como consecuencia de un pequeño resfriado derivado de la violación o bien como consecuencia de una infección

pulmonar (sin implicar éste un debilitamiento permanente en la salud de la persona afectada). En otras palabras, el grave daño en la salud no lo determina el que se califique como lesión leve, grave o gravísima, sino que dicha afectación se determina a partir de lo que el sujeto ha sufrido como consecuencia de la violación, independientemente de la calificación que dicha afectación podría tener como lesión. Como lo explica CREUS, *la gravedad del daño es un criterio relativo que atañe al desequilibrio fisiológico causado por el hecho de la violación (no lo es, p.ej. el resfrío a raíz de la exposición al rocío nocturno a que fue sometida la víctima durante la consumación del hecho, pero sí puede serlo una infección pulmonar; puede no serlo la leve infección de los órganos genitales a consecuencia de la penetración en condiciones poco higiénicas, pero lo es el contagio de una enfermedad venérea que sufría el actor sin saberlo)(...) únicamente quedan excluidos de la agravante y absorbidas por el tipo básico de violación los daños estructurales que carezcan de toda influencia fisiológica, aunque sea temporal, o los que la tienen de escasa importancia (...)*⁵⁴

Debe mediar necesariamente un nexo o relación causal entre la violación y el resultado producido, el grave daño a la salud de la víctima. Este daño debe ser consecuencia del acceso carnal mismo o de la introducción de instrumentos o u objetos, o bien, como resultado de la violencia ejercida por el autor en el acto de consumación. No quedan comprendidos dentro de la agravante, conforme lo explica la doctrina, sino que concurren en forma real con la violación, los daños o lesiones que se producen en la víctima durante el *iter criminis* que alcanzó a los

54 CREUS, op. cit. pp. 184-185.

*actos ejecutivos anteriores al momento consumativo (p.ej. golpes dados a la víctima para doblegar su voluntad) y, por supuesto, los posteriores a ese momento consumativo aunque estén relacionados con el hecho de la violación (p.ej. golpes para hacer callar a la víctima).*⁵⁵

Por otra parte, se dice también que quedan excluidos los que se produce la propia víctima como consecuencia de la situación en que fue colocada, como lo son las heridas que se derivan o sufre al intentar huir o rechazar el ataque. En estos supuestos se admite que concurren en forma real, como delitos independientes, a la figura simple de violación. No obstante se acepta como comprendidos en la agravante los que se generan por el propio esfuerzo de la víctima al impedir ser accedida carnalmente o penetrada con instrumentos u objetos, tal y como ocurre con la hernia que deviene de esta acción.⁵⁶

Se excluye de igual forma de la agravante los daños a la salud que reciba un tercero durante la realización del hecho (v.gr. lesiones que sufren aquellos que intentan evitar la violación), pues así lo dispone el tipo penal. En estos casos, las lesiones recibidas por los terceros concurren real o materialmente con el delito de violación cometido.

5. Regla para la aplicación de la pena

Finalmente, viene una regla de aplicación de la pena cuando se suscitan o presentan en un mismo supuesto, varias de las agravantes que se contemplan en el artículo

55 CREUS, op. cit. p. 185.

56 CREUS, op. cit. p. 185

169. Se dispone que si concurren dos o más circunstancias, la pena que se impondrá será la pena máxima, que en este caso es de quince años de prisión. Cabe mencionar que esta técnica no resulta acorde con lo que estima la mayoría de la doctrina, en cuanto establece la necesidad de fijar siempre mínimos y máximos sancionatorios, a fin de que el juzgador pueda valorar, conforme al juicio de reproche realizado, cuál es la pena que, dentro de dichos parámetros, estima proporcional a la gravedad del hecho y a la participación y responsabilidad del sujeto activo en el caso.

CAPÍTULO V

Estupro

Artículo 170:

“Quien tenga acceso carnal con una persona de entre las edades de catorce a dieciséis años, sin que medie violencia o intimidación, tendrá una pena de dos a cuatro años de prisión.

Se impondrá la pena máxima cuando el autor del delito fuere mayor de veintiún años, casado o en unión de hecho estable.”

1. El bien jurídico tutelado

Al igual que en el delito de violación de personas menores de catorce años, en el estupro lo que se protege no es la libertad o autodeterminación sexual, sino la indemnidad sexual de las personas menores de edad, específicamente la indemnidad sexual de las personas que han superado los catorce años de edad pero que aun no cumplen los dieciséis. Se entiende por indemnidad sexual, el derecho que tiene todo ser humano que se encuentre comprendido en este grupo de mantener incólume su dignidad frente a la consideración de su cuerpo como objeto de deseo sexual de otros. La indemnidad se encuentra directamente relacionada también con el libre y normal desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual.⁵⁷

57 BORJA JIMÉNEZ, op. cit. p. 93.

En estos caso, a diferencia de la violación, esta ilicitud se establece no por la ausencia de consentimiento válido de la víctima, sino con motivo a un consentimiento insuficiente para ello, ya que el legislador ha asumido que, aun cuando ésta acepte la realización del acto, específicamente el acceso carnal, no tiene la capacidad suficiente para poder hacerlo libre y responsablemente.

Algunos sin embargo, lo cual no compartimos, señalan que en estos supuestos el interés protegido es la honestidad en el aspecto de la normalidad temporal del trato sexual, en la medida que se sanciona un acceso carnal cuya ilicitud se fundamenta en la temprana edad y la inexperiencia de la víctima.⁵⁸ No se comparte esta posición, pues los conceptos de honestidad son criterios moralistas que lejos de reconocer derechos a las personas menores de edad, están protegiendo a la sociedad.⁵⁹

Por otra parte, debe reconocerse que la protección que recibe la indemnidad sexual de la persona menor de edad en el delito de estupro no es suficiente, pues únicamente se tipificó el problema del acceso carnal, olvidándose que igual se ultraja o lesiona este bien cuando a la víctima de la introducen instrumentos u objetos en su vagina o ano. Basta con que se realice un acceso carnal con una persona mayor de catorce años y menor de dieciséis, mediando claro está el consentimiento de ésta, para que se configure el delito. No puede mediar violencia física o psíquica, ya que de existir se estaría ante otros ilícitos.

58 CREUS, op. cit. p. 187.

59 Ver op.cit. de Donna, E.A., en ps. 105 y ss.

Lo que se pretende evitar con su sanción es el aprovechamiento indebido de la edad de la víctima, independientemente incluso que medio engaño o no.

2. Tipo penal objetivo

2.1 La acción

Llama la atención, como explicamos en el punto anterior, que el legislador nicaragüense sólo admite como acción o núcleo fundamental del tipo penal el verbo acceder, y en este caso, carnalmente. Esto significa que sólo comete estupro el que pueda penetrar carnalmente a otra persona, lo cual implica una reducción o limitación de los supuestos que se pueden sancionar.

Quedan excluidos, a diferencia de lo que sucede con la violación, la introducción de instrumentos u objetos vía anal, vaginal o bucal en la víctima. No resultarían típicos de este delito los supuestos en los que, mediante consentimiento de la víctima menor de edad entre los catorce años y los dieciséis años no cumplidos, se le introduzcan objetos o cosas distintas al pene. Lo mismo sucede, en tesis de principio, con el hacerse acceder carnalmente, toda vez que sólo se castiga al que acceda carnalmente o penetre a otro.

Finalmente, en cuanto al acceso carnal se debe recordar que no interesa si el sujeto activo logra una penetración total o parcial de su pene, o bien, una eyaculación, ya que en cualquier caso la víctima es accedida carnalmente. Esto conlleva a la vez la exclusión de los supuestos en los que se introduce instrumentos u objetos en las cavidades referidas, toda vez que no se encuentran previstos en la

norma, siendo expreso el legislador al hablar únicamente de acceso carnal.

No obstante esta situación, como se explicó en el delito de violación, surge duda en este punto en cuanto a sí el acceso carnal debe ser entendido en su forma tradicional como penetración anal o vaginal, o bien, si debe también comprender la bucal, ya que el tipo penal no es claro en este punto. Para estos efectos, debemos recordar que está prohibida la aplicación analógica o la interpretación extensiva de los tipos penales. Bajo esta tesitura, se estima consecuentemente que la interpretación y aplicación debe ser la que favorezca al imputado, de tal suerte que al hablarse de acceso carnal debe asumirse que en este caso el legislador sólo se refirió a la forma tradicional de acceso carnal, es decir, a la vía anal o vaginal, no a la bucal. Así las cosas, la introducción del pene en la boca de la víctima no constituiría el delito de estupro, aunque el sujeto asuma que está cometiendo estupro cuando introduce su miembro viril en dicha cavidad.

2.2 El sujeto activo

Dado que la acción consiste en tener un acceso carnal, esto nos remite de inmediato a lo expuesto en las hipótesis de la violación mediante esta conducta, toda vez que el único sujeto que puede acceder carnalmente a otra persona lo sería el hombre, no así la mujer.

En otras palabras, el hombre es el único sujeto activo de este delito.

De igual forma, cabe mencionar que el legislador ha propuesto una agravante para determinados sujetos que realizan el hecho. Específicamente ha dispuesto que se aplicará la pena máxima prevista para esta ilicitud (cuatro años de prisión) en los supuestos en que el autor del he-

cho sea mayor de veintiún años, casado o en unión libre. Esta regulación resulta criticable, pues no se comprende cuál podría ser la razón por la que se deba agravar la pena cuando el autor es mayor de veintiún años, casado o unión libre. Asimismo, de acuerdo con una interpretación restrictiva de la norma, se entendería que la “o” en este caso es disyuntiva, es decir, separa cada uno de los supuestos que en ella prevé. Consecuentemente, puede ser mayor de veintiún años, puede ser una persona casada (mientras no se haya disuelto el vínculo matrimonial), o bien, vivir en unión de hecho.

En otras palabras, si bien, conforme a la figura básica, se tiene que el hecho lo podría cometer cualquier hombre, la agravante sólo se aplica cuando el sujeto activo reúna alguna de las condiciones citadas (sea: mayor de veintiún años, casado o en unión libre).

2.3 El sujeto sobre el cual recae la acción

En este punto, el legislador nicaragüense atinó al señalar que la víctima sería la persona mayor de catorce años, pero menor de dieciséis, pues al no establecer diferencias de género en este punto, hace que puedan ser objeto de protección tanto las mujeres como los hombres que se encuentran comprendidos en estas edades.

Por otra parte, no se requiere que la víctima ostente alguna otra condición, como sucedía con la normativa anterior al establecer que requería ser también una mujer honesta, con las dificultades conlleva definir y aplicar dicho concepto en un caso concreto pues se trata de un elemento normativo de orden cultural, además de las críticas que se pueden formular al constituir un criterio moralista que deja de lado la protección de la persona

menor de edad como titular de derechos y da paso a la protección del Estado y de la sociedad en general.

3. Elementos circunstancias o accesorios

Como elemento esencial para su configuración se requiere que, además del acceso carnal que se menciona, el mismo debe realizarse con el consentimiento de la persona menor de edad.

Es necesario que la víctima haya aceptado realizar la acción, es decir, el ser accedida carnalmente. Este consentimiento puede ser expreso, con lo cual no existiría duda alguna de que la persona menor de edad lo ha querido así, o bien tácito, lo que sucede cuando, sin manifestar expresamente que así lo quiere, permite que el sujeto activo realice todos los actos que hacen posible la consumación del hecho, sin manifestar o expresar su oposición a dicho proceder.

Para finalizar, es indispensable que el consentimiento se presente en todo momento durante el acceso carnal, pues si previo a éste o bien cuando éste se produce la víctima no desea continuar con el acto, es decir, no acepta su realización, siendo clara su manifestación o deseo en tal sentido, y no obstante dicha circunstancia el sujeto continúa conociendo que aquella no consiente, el acceso carnal se convierte en violación. Tendríamos en este caso la concurrencia material o real eventualmente de dos ilícitos, un estupro mientras el acceso carnal fue consentido y, a partir de la ausencia de este último, una violación simple.

4. Tipo penal subjetivo

4.1 *Dolo*

El delito es doloso. El sujeto activo debe actuar con el conocimiento y la voluntad de realizar un acceso carnal con una persona que se encuentra comprendida entre los catorce años cumplidos y los dieciséis años no cumplidos. Ese conocimiento y voluntad debe abarcar todos los elementos que permiten la configuración del delito y que se encuentran descritos en el tipo penal, en especial la edad de la víctima.

Al igual que en la violación, se admite en estos casos el dolo eventual. Si el agente se representa o asume la posibilidad de que la víctima que consiente, por ejemplo, no tiene la edad para brindar válidamente dicho consentimiento y aun así continúa con su acción, aceptando las consecuencias de su proceder, deberá responder como autor del delito de estupro cometido con dolo eventual. Debe recordarse aquí que la duda en estos caso no equivale o conlleva error en el actuar del sujeto.

En cuanto a los errores se aplican en este ilícito la explicación que se ofreció en el delito de violación, con las salvedades que resultan obvias debido a la diferencia entre estas dos figuras. De esta forma, si el sujeto activo accede a una persona menor de edad, asumiendo en todo momento que no era menor de edad entre los catorce y los dieciséis años no cumplidos (es decir, asume que era mayor de dieciséis, cuando en realidad no lo era), y que por tanto era válido su consentimiento, faltaría el elemento subjetivo propio que debe concurrir en todo ilícito, es decir, se estaría ante un error de tipo, aun cuando objetivamente su conducta se logra adecuar al tipo penal. Si por el contrario el sujeto desea realizar esta clase de acción y

crea que la persona con la que mantiene el acceso carnal consentido se encuentra comprendida entre las edades previstas en la norma, pero en realidad es mayor de dieciséis años, no habría delito alguno que perseguir, pues faltaría el elemento objetivo que se encuentra previsto en el tipo penal, esto es lo que se conoce como error de tipo al revés, cuya consecuencia es la ausencia de tipicidad de la conducta al faltar el elemento objetivo requerido para ello.

5. El iter criminis

En la medida que la acción dispuesta por el legislador es la de acceder carnalmente, debe también remitirse a lo expuesto en el delito de violación sobre este concepto. Los actos preparatorios resultan impunes de este delito, es decir, no podría sancionarse al sujeto activo cuando realiza esta clase de acciones, siempre que las mismas no constituyan por sí mismas una acción delictiva totalmente independiente del estupro, como lo sería, por ejemplo, el secuestro simple previo de la víctima.

En cuanto a los actos de ejecución, conforme lo establece el numeral 28 del Código Penal, se admite en este ilícito la tentativa, dado que perfectamente es posible que no obstante que el sujeto ha iniciado de manera clara la conducta dirigida al lograr el acceso carnal de la víctima, el acto no continúa en razón de un factor externo que permite proseguir con el mismo, como sucedería, por ejemplo, cuando los padres de la persona menor de edad llegan al lugar en donde están el sujeto activo y la víctima e impiden que el acceso se produzca.

Distinto sucede si el agente es el que decide no continuar con su conducta durante la fase de ejecución, es

decir, antes de acceder carnalmente a la víctima. La acción en este caso resulta totalmente impune del delito de estupro o de cualquier otro ilícito de naturaleza sexual, ya que si la víctima había alcanzado los catorce años y acepta, previo al acceso carnal, las caricias del sujeto activo, el abuso sexual, mientras no sea contra la voluntad de la víctima, no se sanciona si se suscita después de esa edad. Esta impunidad lo es con respecto a los delitos de naturaleza sexual, pues existiría la posibilidad de que la conducta del agente se haya adecuado a otras figuras delictivas distintas, como lo sería, según se dijo, el secuestro simple.

6. Autoría y participación

Lo dicho sobre la autoría y la participación con respecto a la violación cuando la misma se realiza mediante un acceso carnal, debe aplicarse también en el estupro. En este caso, se debe recordar que al constituir el acceso carnal un acto que es exclusivo del hombre (delito de mano propia), no puede existir en estos casos una autoría mediata ni una coautoría, pues sólo el hombre cuando realiza tal conducta es el que puede considerarse como autor del hecho.

Si se admite en estos casos la participación de otros como determinadores, colaboradores o cómplices. En estos supuestos se aplican las reglas generales de la participación, como en cualquier clase de delitos.

CAPÍTULO VI

Estupro agravado

Artículo 171:

“Cuando el estupro sea cometido por quien esté encargado de la educación u orientación espiritual, guarda o custodia de la víctima o por persona que mantenga con ella relación de autoridad, dependencia o familiaridad o comparta permanentemente el hogar familiar con ella, se impondrá la pena de prisión de cuatro a seis años.”

1. Razones de la agravante

1.1 Relación o vínculo entre el sujeto activo y pasivo y bien jurídico tutelado

Tal y como se explicó en la agravante que en forma similar se encuentra prevista para el delito de violación, el legislador ha estimado necesario realizar un reproche mayor en aquellos casos en los que el estupro se produce cuando media entre la víctima y el sujeto activo alguna de las situaciones que se señalan. Esto en razón no sólo de la mayor vulnerabilidad en la que se encuentra la persona afectada, sino de las ventajas que esta condición le ofrece al sujeto activo para perpetrar el hecho.

En estos supuestos el agente se aprovecha de su condición o situación respecto a la víctima, quien en muchos casos está en una posición de inferioridad. Se afecta de esta forma no sólo la indemnidad sexual de las víctimas, sino también los deberes que deben observarse

con motivo a las relaciones que existen entre el sujeto activo y el pasivo.

1.2 Aspectos objetivos y subjetivos

Para efectos del análisis de esta figura delictiva se debe partir de los aspectos generales expuestos para el estupro simple y que se refieren en concreto a la acción o núcleo fundamental y edad de la víctima. A estos se les une las situaciones o supuestos que se mencionan como agravantes en el tipo penal, los cuales se sustentan en la existencia en alguna de las relaciones o vínculos previstos por el legislador.

No obstante que el fundamento en última instancia parece ser el mismo que se presenta con respecto a la agravante en el delito de violación, el legislador curiosamente modificó los supuestos que justifican este tratamiento diferenciado de aquella figura, pues ya no se considera la superioridad o la confianza dentro de estos supuestos, y se habla ahora de familiaridad y ya no de parentesco.

Ahora bien, en cuanto a las agravantes de esta ilicitud, se debe recordar que el encargado de la educación de la víctima es aquel al que le corresponde la instrucción o enseñanza de esta persona en forma regular, sea en razón de una función o tarea (maestros o profesores de escuela y colegio), o bien, se como consecuencia de una convención o acuerdo (institutrices, profesores que imparten enseñanza particular, etc.). No interesa la materia que dicho encargado ofrezca o enseñe. Se excluyen los encuentros o enseñanzas ocasionales, como los son las conferencias, los cursillos, y otros semejantes.⁶⁰

60 CREUS, op. cit. p. 182.

Con respecto al encargado de la guía espiritual de la víctima se presentan inconvenientes en la forma que se establece, dado que el concepto es muy amplio, es un elemento normativo de orden cultural que debe ser precisado por el juzgador. El mismo concepto de espíritu ya lleva consigo diferentes vocablos, desde los trascendentes hasta los inmanentes al ser humano. La idea sin embargo pareciera circunscribirse a los guías religiosos. En otras legislaciones se habla del sacerdote o pastor, grupo en el que se incluyen a todos los ministros de alguna religión, resultando fácil determinar o precisar de quién se trata dicha persona. No sucede lo mismo cuando se habla de guía espiritual, ya que se perfectamente se podría incluir a cualquier de los dirigentes o líderes de un grupo religioso, que no asumen la función de sacerdote, pastor o ministro, pero que colaboran, de alguna manera, en orientar espiritualmente a los seguidores.

El encargado de la guarda o custodia de la víctima es todo aquel que también con regularidad cuida de aquélla, sea supliendo o atendiendo las necesidades de ésta u otros aspectos importantes para su vida, o bien, brindándole protección ante la existencia de peligros o situaciones semejantes (p. ej. el padrastro, la niñera, etc.). No obstante lo anterior, no se requiere que conviva con la persona afectada, o bien, que la regularidad a la que se hace referencia no sea tan continua, sino momentánea o temporal, como ocurre con el chofer del autobús de estudiantes durante el viaje a la escuela o viceversa. Según lo explica CREUS, la persona encargada de la guarda o custodia de otra se puede originar *en la función (p.ej. el director de un hospital de enfermos mentales) o de una convención (p.ej. el enfermero contratado para cuidar a un insano), o en una situación de hecho que hasta puede*

*tener un arranque ilícito (p.ej. el que ha secuestrado y guardado con él a un menor).*⁶¹

Unido a lo anterior, se agrega también como agravante el acceso carnal que se produce entre el sujeto que mantiene con la víctima una relación de autoridad, entendida esta, según se explicó en la violación, como la facultad o poder que ejerce sobre otra persona, y la víctima. Sobre este particular se remite a lo analizado en torno a la condición o concepto de autoridad que se explicó en el delito de violación agravada, en donde se señala que es un concepto amplio, en el que incluso podría abarcarse a los encargados de la educación o la guarda y custodia de la víctima, así como los encargados de orientar espiritualmente a una persona

Con respecto a la relación de dependencia, lo mismo que a los que comparten permanente el hogar con la víctima, se está a lo dicho también en torno a la agravante en la violación que se suscita cuando el sujeto activo mantiene una posición favorable respecto a la víctima que se encuentra subordinada a él (dependencia), o bien, respecto a la que media cierta confianza o vínculo afectivo (compartir el hogar con la víctima), aspectos ambos que facilitan la comisión del delito.

A diferencia de la violación agravada, en el estupro agravado no se habla de parentesco, concepto debidamente definido por la propia normativa penal en el artículo 37 del Código Penal, sino que se habla de familiaridad. Ahora bien, dado que el concepto que señala el Diccionario de la Lengua Española es muy amplio, disponiendo,

61 CREUS, op. cit. p. 182.

por ejemplo, el simple *contacto habitual*,⁶² se estima que su aplicación lo es únicamente con respecto a los que son familia de la víctima y , conforme al principio de aplicación analógica en beneficio del acusado, no se aplica a cualquier familiar, sino sólo a aquellos que se encuentran previstos en el artículo 37 referido, es decir, a los cónyuges o convivientes de hecho (p.ej. concubinos), así como a los familiares consanguíneos hasta el cuarto grado, y hasta el segundo grado cuando se trata de familiares por afinidad.⁶³

En cuanto al aspecto subjetivo, de acuerdo con el examen que se realiza a partir de la teoría del tipo penal complejo, el agente debe tener conciencia y la voluntad de que la acción que realiza es la que se encuentra prevista dentro de lo dispuesto en el artículo 170 del Código Penal. Si el sujeto desea realizar el hecho, pero sin aprovecharse de la condición, vínculo o relación que lo liga con la persona afectada, la agravante no se presenta en estos casos, debiéndose estarse ante la figura simple de estupro, en donde no se exige una condición o relación del sujeto pasivo con respecto al activo.

62 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo I. op. cit. pp. 1037 y 1038.

63 Explica CREUS, que no quedan comprendido en estos supuestos los sujetos que no han asumido las funciones de concubino, y mucho menos los que se limitan a mantener relaciones íntimas con la madre, por más establece que sean y aunque contribuya al mantenimiento de ella y de sus hijos, op. cit. p. 183, sin embargo, debe decirse que si bien no quedan comprendidos dentro del concepto de parentesco como consecuencia de una relación de hecho o de convivencia, sí podrían suscitarse la agravante como un supuesto de dependencia o bien de aprovechamiento de su convivencia permanente en el hogar familiar de la víctima, supuestos que se prevén en el inciso que se analiza.

Al igual que se explicó con la violación en cuanto a las consecuencias penales, si el sujeto activo asume que está cometiendo un estupro dentro de las agravantes que califican el hecho, en tanto que así lo quiere -o al menos así se lo representa y acepta (esa es su voluntad), pero objetivamente no se está ante las circunstancias que hacen posible la agravante, como sucede, por ejemplo, cuando el sujeto cree que existe relación de familiaridad y ésta no se da, como tampoco ninguno de los otros supuestos que hacen posible la configuración de la forma agravada, no se comete el delito en esta forma agravada, en la medida que la conducta no se logra adecuar a la descripción establecido en el tipo penal.

CAPÍTULO VII

Abuso sexual

Artículo 172:

“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.

Cuando en la comisión del delito se dé alguna de las circunstancias de la violación agravada, la pena será de siete a doce años de prisión. Si concurren dos o más de dichas circunstancias, se impondrá la pena máxima.

No se reconoce en ningún de los supuestos valor al consentimiento de la víctima, cuando esta sea menor de catorce años de edad o persona con discapacidad o enfermedad mental.”

1. El bien jurídico tutelado

La libertad o autodeterminación sexual en el caso de las personas mayores de edad, o la indemnidad sexual de la persona menor de catorce años, como lo veremos más adelante, es lo que se pretende proteger en esta ilicitud. Esta libertad sexual se tutela en la medida que el sujeto ostente la capacidad suficiente para autodeterminarse según la madurez no sólo fisiológica, sino también psicológica y emocional que ostenta.

En este sentido, se parte de que la persona es la que debe establecer con quien desea mantener contactos o acercamientos de naturaleza sexual, por lo que esta posibilidad no puede, bajo ninguna circunstancia, limitarse, anularse, o bien imponerse en contra de su voluntad, es decir, en contra del derecho que tiene de decidir con quien quiere relacionarse sexualmente. Se parte así de que se *protege la libertad que constituye la esfera de reserva del sujeto pasivo en lo sexual, que el autor viola atacando su pudor individual.*⁶⁴

Como ya se ha dicho, la libertad o autodeterminación sexual aparece como un valor y un derecho esencial y superior del ser humano. Por la libertad sexual recordemos *se entiende autodeterminación en el marco de las relaciones sexuales de una persona, como una faceta más de la capacidad de obrar. La libertad sexual significa que el titular de la misma determina su comportamiento sexual conforme a motivos propios en el sentido de que es él quien decide sobre su sexualidad, sobre cómo y con quién mantiene relaciones sexuales.*⁶⁵

Un aspecto esencial en la tipificación de esta ilicitud, es que se sigue los lineamientos que la doctrina y la normativa internacional han propuesto en torno a la denominación de esta figura, ya que no se utiliza el concepto de abuso deshonesto, sino que se hace énfasis en la libertad de las personas, al hablarse de abuso sexual.

Se dejan de lado así los aspectos puramente moralistas, éticos o religiosos que giraban en torno a esta regulación, en donde lo que se protegía no era tanto la dignidad

64 CREUS, op. cit. p. 209.

65 BORJA JIMÉNEZ, op. cit. pp. 92 y 93.

y libertad de las personas afectadas, sino la moral, la ética y la concepción religiosa que profesaba la sociedad

2. Tipo penal objetivo

2.1 *La acción*

El legislador nicaragüense parte, como primera posibilidad, de que el sujeto activo ejecuta o realiza una determinada actividad de naturaleza sexual. Esta actividad, dada la forma en la que se encuentra descrita la conducta al decirse **en otra persona** (mayor o menor de edad), implica que necesariamente en este supuesto debe mediar un acercamiento o contacto de naturaleza física o corporal entre los dos sujetos, es decir, entre la víctima y el victimario. La mera contemplación del cuerpo del sujeto pasivo por parte del activo, cuando la víctima es sorprendida desnuda, por ejemplo, no constituye el delito de abuso sexual, aun cuando podría configurar otra clase de ilicitud. Lo mismo sucede si el sujeto activo realiza actos de tocamiento sobre su cuerpo, pues en estos no se produce el acercamiento o contacto corporal que resulta necesario para la configuración de esta ilicitud, aun cuando sí podría configurar otra ilicitud, como lo sería aquella que afecta el normal desarrollo de la sexualidad de la persona menor de edad.

Estos actos de acercamiento o de contacto corporal no pueden implicar acceso carnal o introducción de instrumentos u objetos en las cavidades establecidas por el legislador, pues de suscitarse tales conductas conllevarían una variación en la calificación jurídica, convirtiéndolas en una violación. No forma parte del acceso carnal el denominado **coito inter femora**, toda vez que en este caso

no existe penetración o acceso carnal, según se explicó en relación con la violación. Llama la atención de igual forma el hecho de que al no contemplarse en la violación o el estupro la introducción de dedos u otras partes del cuerpo del sujeto activo en la víctima, de producirse este hecho, se estaría tan sólo ante un abuso sexual.

La otra acción que se prevé como configurativa del delito de abuso sexual lo es cuando, sin mediar un acercamiento o contacto corporal, el sujeto activo obliga a otra persona a que realice los actos sobre ella misma, sobre su cuerpo.

Ahora bien, los actos lascivos o los lúbricos tocamientos ya conllevan una carga subjetiva importante que los distingue de otros actos que implican acercamiento o contactos corporales, como lo podrían ser los saludos, las muestras de afecto y cariño, o bien, de apoyo que suelen darse entre las personas.

Por actos lascivos se entienden todos aquellos actos en los que existe propensión a los deleites carnales,⁶⁶ en tanto por tocamientos lúbricos se establece que son los actos en los que existe propensión al vicio, particularmente a la lujuria, o bien son actos libidinosos.⁶⁷ En ambos casos, lo que los caracteriza es su contenido sexual, como lo refieren LLOBET y RIVERO: son *actos de aproximación corporal sobre el cuerpo de otra persona, provistos de significación sexual*.⁶⁸

66 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, p. 1351.

67 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, p. 1400.

68 LLOBET RODRIGUEZ, Javier y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *Comentarios al Código Penal*, Editorial Juricentro, San José-Costa Rica, 1989, op. cit. p. 252.

Al hablarse de aproximación o de contacto, no se requiere necesariamente que el agente sea el que realice activamente el contacto o tocamiento sexual sobre la víctima, pues dicha aproximación o contacto puede darse cuando el autor del hecho obliga a la víctima a que sea ella la que tenga el tocamiento físico o corporal con él (p.ej. que lo masturbe, acaricie o bese).

Quedan excluidos como delito los actos de acercamiento o contacto que el médico debe realizar necesariamente sobre el cuerpo de la víctima en virtud de su función o labor (p.ej. el ginecólogo o el urólogo que revisa los genitales de sus pacientes a fin de determinar la existencia o no de enfermedades o de otros problemas). No se excluyen sin embargo como delito, los actos en los que el fin exclusivo y único del médico sea la realización de aquellos con contenido sexual, como sucede, por ejemplo, con el *traumatólogo que debiendo enyesar el dedo meñique de la paciente la anestesia totalmente, sometiéndola a tocamientos impúdicos, mientras está privada de sentido*.⁶⁹

Es importante mencionar que el carácter sexual del acto no lo determina la parte del cuerpo sobre la que se da el acercamiento o contacto físico, sino que ello depende del significado sexual con el que éste se realice (p.ej. la caricia sensual del brazo o del cabello de la víctima, o bien el beso en la mano o la mejilla de ésta).

No obstante lo anterior, se ha admitido también como acto configurador de esta ilicitud las aproximaciones en la que no se suscita un contacto corporal directo o físico, pero que tienen el mismo contenido sexual que éste res-

69 CREUS, op. cit. p. 212.

pecto a los otros sentidos del agente que no son el tacto, como lo sería la vista. Se menciona así, el supuesto en el que el sujeto obliga a que la víctima se desnude para verla (no es la mera contemplación que se produce cuando ya la víctima está desnuda y es sorprendida por el sujeto activo, que antes se mencionó), o bien, la hipótesis en los que el sujeto le levanta la falda o el vestido a la víctima para verla.

2.2 El sujeto activo y pasivo

El tipo penal no establece ninguna condición o característica específica para ser autor de este delito, por lo que cualquier persona podría ser su autor. Lo mismo sucede con respecto a la persona afectada, ya que no requiere de ninguna condición o característica especial, de ahí que puede ser un hombre o una mujer, una persona adulta o bien una persona menor de edad.

Al respecto, debe recordarse que no se podría pensar en una protección a la libertad o autodeterminación sexual sino se establece a la vez un tratamiento igualitario entre el hombre y la mujer en un campo tan sensible como lo es precisamente el ámbito sexual de todo ser humano. La igualdad aparece consecuentemente también como un valor esencial en las formas que se suscitan la convivencia y el intercambio social, de ahí que no se hagan diferencias en cuanto a quién puede ser el sujeto activo, o bien quién el sujeto pasivo del hecho.

2.3 Elementos accesorios o circunstanciales

Al tratarse de un delito contra la libertad o autodeterminación sexual, lo mismo que contra la indemnidad sexual, resulta claro que el acto configurador debe implicar una negación, limitación o anulación de este de-

recho, sea porque se realiza sin la voluntad o en contra de la voluntad de la persona afectada. Bajo esta tesis, la ausencia de consentimiento sea expresa o presunta, o bien legal (en el caso de las personas menores de catorce años de edad) es determinante o básica para que se pueda estar ante este delito.

Unido a lo anterior, es indispensable a la vez que el acto se realice mediante el uso de fuerza, intimidación o cualquier otro medio que prive a la víctima de voluntad, razón o sentido, o bien, que implique un aprovechamiento del estado de incapacidad para resistir en el que se encuentra. Sobre estos conceptos, en el tanto ya se han examinado cuando se analizó la violación, se debe estar a lo que se expuso en torno a ellos, con las salvedades correspondientes en cuanto a que en el delito de abuso sexual no media acceso carnal. Se debe recordar en este punto que estas formas dispuestas por el legislador para llevar a cabo el abuso sexual, constituyen el medio para su comisión. Es decir, debe existir necesariamente una relación de medio a fin, para que se realice el delito. El sujeto activo debe haber utilizado alguna de estos medios.

Si bien cuando se analizó la violación agravada, se examinó el problema de la incapacidad física o psíquica de la víctima para resistir como un supuesto en el que se debía aumentar el reproche penal, al regular el legislador el abuso sexual, dispuso que esta ilicitud, en su forma simple, también se podría cometer mediante el aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para resistir, sin establecer diferencia alguna en cuanto a la causa o motivo de la misma. Bajo esta tesis, a efectos de interpretar y aplicar lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 172 del Código Penal, en cuanto a esta incapacidad para resistir, debe entenderse que la misma puede ser tanto

por razones de orden físico, como de orden psicológico, debiendo estarse a lo que se explicó sobre los alcances de estos conceptos al analizarse el delito de violación agravada.

Esencial en este examen es que el legislador estableció la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de acercamiento o contacto físico de naturaleza sexual con las personas menores de catorce años de edad, aun cuando estas consientan en realizar el hecho. En estos supuestos se presenta una presunción jurídica de que la persona que no ha alcanzado esa edad no tiene aun la capacidad suficiente para poder decidir sobre su sexualidad (presunción *iure et de iure*), de ahí que si el sujeto activo lo hace, aun cuando no medie violencia física, intimidación, privación de razón, sentido o voluntad, o incapacidad para resistir, siempre habrá delito. En este aspecto, se dice que el *abuso sexual de los niños es la situación por la que un adulto pretende satisfacer sus deseos sexuales explotando el poder que tiene sobre un menor que aun comprendiendo, o no, lo que está pasando o lo que le están haciendo, se encuentra imposibilitado para dar un consentimiento válido o de oponerse a los actos practicados sobre su cuerpo.*⁷⁰

La misma situación se presenta en lo que dispone el párrafo tercero del artículo 172 del Código Penal, pues el legislador estableció que en caso de que la víctima fuera una persona discapacitada o enferma mentalmente, “no se reconocerá en ningún supuesto valor a su consentimiento”. Esta disposición sin embargo debe analizarse y aplicarse con cuidado, pues no puede olvidarse que los problemas de discapacidad o enfermedad mental no hace

70 RIVERA LLANO, Abelardo, *La victimología ¿Un problema criminológico?*, Ediciones Jurídica Radar, Colombia, 1997, p. 280.

perder su condición de “persona” a quienes las sufren, pues se estima que –como seres humanos– gozan de los mismos derechos y obligaciones que los demás, es decir, también tienen el derecho de disfrutar, independientemente de su estado mental, de una vida sexual plena.

3. Tipo penal subjetivo

El delito de abuso sexual es un delito doloso, y como tal el sujeto activo no sólo debe conocer que realiza un acto con un contenido sexual, sino que también tiene la voluntad o el deseo de realizarlo.

No se establece la existencia de elementos subjetivos distintos del conocimiento y la voluntad de que se está realizando un acto de contenido sexual. Incluso, no se requiere que el sujeto activo busque una satisfacción sexual a través de este acto.

Cabe agregar además, conforme lo ha establecido la doctrina, que la concurrencia de otros fines o móviles, como lo podrían ser la injuria o la venganza, no excluyen la existencia del delito, en la medida que estos no son parte del tipo penal, basta con que el sujeto activo conozca y quiera el acto que se encuentra descrito como constitutivo de esta ilicitud.⁷¹

Se admite el dolo eventual en estos supuestos. Por ejemplo, éste puede darse cuando el agente no sabe con claridad si la víctima ha expresado su voluntad para realizar el acto, y aun así, sin saber si ésta consintió el acercamiento o contacto, prosigue con la ejecución de

71 LLOBET y RIVERO, op. cit. p. 253, cf. también CREUS, op. cit. p. 211.

su conducta sin importarle tal aspecto y aceptando los resultados que de este proceder derivan. De igual forma, puede mediar un dolo eventual en aquellas hipótesis en las que no se tiene claro si la persona cuenta con la capacidad suficiente para consentir el hecho, es decir, si puede actuar libremente con respecto a su sexualidad. Si el agente no sabe con claridad la condición de la afectada para dar su consentimiento, y aun así continúa con su actuar aceptando el hecho, acreditándose luego de que en efecto no estaba obrando libremente o no tenía la capacidad para hacerlo, se estaría configurando el delito de abuso sexual.

En problema que se puede presentar está referido a la existencia de algún error, como lo sería, por ejemplo, el error de tipo. Debemos recordar que éste se suscita cuando existe adecuación de la conducta al tipo penal objetivo, pero se encuentra ausente la tipicidad subjetiva. En otras palabras, si bien el sujeto realiza un acto que se adecua al tipo penal objetivo, no sucede lo mismo con el aspecto subjetivo, pues el conocimiento y la voluntad de su conducta no es la que exige el tipo penal. Esto puede darse en el caso que el sujeto activo asumió que mantuvo un contacto sexual con una persona mayor de catorce años, pero en realidad ésta tenía doce años, o bien, creyendo que tenía la capacidad para dar su consentimiento, en realidad no ostentaba dicha capacidad.

Cosa distinta ocurre cuando el error no es en cuanto al aspecto subjetivo, sino en cuanto al aspecto objetivo. En esta hipótesis el sujeto activo realiza una acción consciente y voluntaria como lo requiere el abuso sobre una persona menor de catorce años, pero en la realidad ésta tiene dieciséis años y ha consentido el hecho.

4. Consumación y tentativa

El delito de abuso sexual es un delito de actividad en el que no se requiere la producción de un resultado material o la modificación del mundo exterior. Basta con que el sujeto despliegue la acción o conducta prevista en el tipo penal, es decir, los actos lascivos o los lúbricos tocamientos, sin el consentimiento de la víctima y en la forma dispuesta por el legislador, para que se configure o consuma el hecho.

Se discute en razón de la naturaleza del delito, la posibilidad de que se de la tentativa en estos casos. La doctrina ha aceptado la posibilidad de que existe una tentativa en este delito, lo cual sucedería, por ejemplo, cuando el sujeto ha utilizado violencia o intimidación para neutralizar la resistencia de la víctima, y es detenido en el acto antes de que concrete el acercamiento o contacto sexual, o bien, la propia víctima o un tercero le impiden continuar con su plan. Lo mismo sucedería cuando utiliza mecanismos dirigidos a privar de voluntad, razón o sentido a la víctima, para luego consumir el hecho y, por un factor externo a su voluntad, como lo sería la intervención de un tercero, por ejemplo, no logra dicho cometido.

Por otra parte, si se admite la tentativa, resulta también admisible la posibilidad del desistimiento voluntario por parte del sujeto activo durante el proceso de ejecución. Las consecuencias de este desistimiento serían, en tesis de principio, la inexistencia del delito de abusos sexuales, mas si con su actuar se han violentado otros bienes jurídicos distintos al de la libertad sexual, como los serían la libertad en general, o bien, la integridad física de las personas, deberá responder por estos hechos, conforme lo prevé el artículo 29 del Código Penal.

5. Concurso de normas

El delito de abuso sexual puede concurrir real o materialmente con otros abusos o agresiones sexuales, tanto con respecto a una misma víctima, como a víctimas diferentes, pues la libertad o autodeterminación sexual de las personas es el bien jurídico que se tutela y el delito se configura cada vez que se lesione este bien. Puede también concurrir realmente con otros delitos, como lo sería el secuestro simple, cuando se ha limitado previamente por algún tiempo la libertad a la víctima, para luego consumir el abuso; o bien, puede concurrir con el delito de lesiones cuando se lesiona a un tercero que trata de evitar el hecho.

El mayor problema que se presenta en este tema lo es en torno a otros delitos de naturaleza sexual. Ya se ha dicho que si el propósito del sujeto es violar a la víctima y para ello, antes de consumir el hecho, realiza actos lascivos o tocamientos lúbricos, estos quedan absorbidos por la violación al ser parte de los actos por medios de los cuales se pretende su realización, claro está siempre que sean inmediatos a esta ilicitud, pues si se demuestra que el sujeto, con un importante espacio temporal, abusó también sexualmente de la víctima y después tiene acceso carnal con ésta, podría estarse ante un concurso real o material entre ambas delincuencias.

Puede ocurrir a la vez que el abuso sexual sea el delito a través del cual se pretenden alcanzar otros ilícitos, o bien porque a la vez necesariamente se está adecuando la conducta a otra ilicitud, como lo sería la corrupción de la persona menor de edad cuando se abusa de ella y a la vez se trastoca o lesiona el normal desarrollo de su sexualidad debido a lo excesivo o prematuro de los actos sexuales que se realizan sobre o frente a ella. En

estos casos, se habla de un concurso medial o ideal,⁷² dependiendo de que el abuso sexual sea el medio para alcanzar el otro propósito o bien, de que necesariamente se sabe que por su medio también se estaría ajustando la conducta a otra delincuencia, tal y como lo regula el artículo 84 del Código Penal.

6. Concurrencia de agravantes

El legislador nicaragüense ha decidido imponer una pena mayor cuando en el abuso se presente alguna de las circunstancias de la violación agravada, es decir, algunos de los supuestos contenidos en el artículo 169 del Código Penal. Sobre la concurrencia de estas circunstancias y la razón por la que se agrava la pena puede verse lo que se expuso al respecto sobre dicho tema.

No obstante lo anterior, sí se considera necesario señalar que los supuestos de los puntos a, b y d del inciso a) del numeral 169 se mantienen incólumes y resulta aplicable lo que se indicó sobre ellos, con las salvedades respectivas en torno a la violación, es decir, partiendo de que en el abuso lo que se realiza son actos lascivos o lúbricos tocamientos y no un acceso carnal. Sin embargo lo dispuesto en el inciso c de ese inciso requiere una aclaración en cuanto al abuso sexual, como ya se había indicado, pues dentro de los circunstancias que se describen para la configuración de este último, conforme lo dispone el primer párrafo del artículo 172 del Código Penal, se habla del aprovechamiento de la incapacidad para resistir de la víctima. Esta situación genera un problema a

72 En contra del concurso ideal en estos supuestos, ver CREUS, op. cit. p. 213.

efectos de aplicar la agravante, pues no se establece cuál es el motivo o la causa de dicha incapacidad, en tanto en la agravante del delito de violación se menciona tanto la incapacidad física como la psíquica de la víctima para resistir. Ahora bien, como no hace distinción alguna a la causa de la incapacidad del artículo 172, mal se haría en hacer distinciones cuando el legislador no las hizo, de ahí que, conforme a los principios que rigen la interpretación y aplicación de la norma penal sustantiva, tendría que concluirse, según lo que se explicó, que la referida agravante del inciso c) del artículo 169 no podría aplicarse al abuso sexual, toda vez que es una de las circunstancias por las que se puede configurar el abuso sexual en su forma simple. En otras palabras, se debe señalar que cuando el abuso sexual se realice mediante un aprovechamiento de la incapacidad física o psíquica de la víctima para resistir, se estaría ante la figura simple, con una pena de uno a tres años de prisión, y no a su forma agravada con una pena de dos a cuatro años.

Cuando concurren dos o más circunstancias agravantes, excluida como tal el aprovechamiento de la incapacidad física o psíquica de la víctima para resistir, la pena será la pena máxima, es decir, doce años de prisión.

Se introduce también como agravante la edad de la víctima, en la medida que se dice que se impondrá la pena máxima cuando la persona afectada de esta ilicitud es un niño, niña o adolescente.

Incesto

Artículo 173:

“Se impondrá prisión de uno a tres años a quien, conociendo las relaciones consanguíneas que lo vinculan y mediante consentimiento, tenga acceso carnal con un ascendiente, descendiente o colateral dentro del segundo grado de consanguinidad mayor de dieciocho años de edad. Lo anterior, sin perjuicio de la pena que se pueda imponer por la comisión de otros delitos.

Se esta relación es con personas menores de catorce años, la pena será de catorce a veinte años de prisión, considerándose una violación agravada.”

1. El bien jurídico tutelado

No obstante que en la actualidad existe una tendencia a su eliminación como delito independiente, el legislador nicaragüense decidió mantener el incesto.

La doctrina señala que en estos casos el bien jurídico a tutelar no es la libertad o autodeterminación sexual. Algunos afirman que la idea de penalizar esta clase de relaciones sexuales es evitar el peligro que surge de la concepción entre parientes cercanos consanguíneos, aun cuando no exista posibilidad de que alguno de ellos pueda concebir. Para otros, aun cuando el origen histórico de esta figura puede encontrarse en el peligro que genera esta clase de relaciones sexuales entre parientes (consanguíneos), dada la forma en la que se encuentra regulado en la actualidad, en la cual incluso se habla del **colateral**

dentro del segundo grado de consanguinidad o bien se habla en forma genérica de ***un ascendiente o descendiente***, la razón de la ilicitud se orienta a salvaguardar la normalidad de las relaciones familiares.⁷³

En nuestro criterio, esta última observación resulta esencial en la legislación penal nicaragüense, toda vez que se incluye, como posible “afectado” de un acceso carnal incestuoso al hermano o tío consanguíneo, con lo cual el peligro de una concepción entre parientes cercanos consanguíneos desaparece y se fortalece la idea de mantener protegida la normalidad de las relaciones familiares, que es, según parece derivarse del tipo, el bien jurídico a proteger.

2. Tipo penal objetivo

2.1 La acción

La acción concreta en este ilícito consiste en mantener un acceso carnal con alguno de los parientes que en el tipo penal se mencionan.

73 LLOBET y RIVERO, op. cit. p. 288. Se debe recordar que, conforme se indicó en la violación agravada, el parentesco lo (...) *forma el vínculo consanguíneo que une a varias personas que descienden unas de otras, o de un tronco común. Conforme a esto, se distinguen dos clases de parientes que, para una mayor claridad, se acostumbra distribuir en dos series de grados que componen dos líneas. Línea es por lo mismo, la serie de parientes. Se distinguen dos clases de ellas: “directa” y “colateral”. En la directa están los progenitores y sus descendientes; así tenemos: abuelos, padres, hijos, nietos, bisnietos. Y en la colateral, llamada también “transversal”, se cuentan los que vienen de un mismo tronco, pero que no descienden unos de otros, como ocurre con los hermanos entre sí; y los tíos con los sobrinos, así: Brenes Córdoba Alberto. Tratado de las Personas. San José, Editorial Juricentro, 1984, página 23.*

El acceso carnal, conforme a la explicación tradicional que del mismo se hace, consiste en la penetración que el sujeto activo realiza a otra persona a través de su pene vía vaginal o anal. A efectos de establecer el acceso carnal, no interesa que el agente logre una penetración total, en la medida que ya la penetración parcial constituye la introducción del mismo en el cuerpo de otro. Tampoco interesa aquí si el sujeto activo logró una eyaculación, pues, en primer término lo que se protege es la normalidad de las relaciones sexuales entre parientes consanguíneos, y no el peligro de la concepción entre éstos, y al hablarse de acceso carnal, es decir, de penetración, no se exige ninguna otra condición, como lo sería la eyaculación al interior del cuerpo de la otra persona.

Se estima que al no establecerse ninguna cavidad a través de la cual se realiza el acceso, a diferencia de lo que sucede con la violación, en donde sí se indican las cavidades u orificios por los cuales se puede realizar el acceso carnal, se debe seguir el concepto tradicional de acceso carnal como coito, es decir, sólo por las vías anal y vaginal, quedando excluidas los demás orificios o cavidades que tienen las personas.

De igual forma, se excluyen de este delito las acciones que no constituyan acceso carnal en sentido tradicional, como lo serían la introducción de dedos o la lengua en las cavidades referidas, lo mismo que la introducción de instrumentos u objetos, o bien, del denominado ***coito inter femora***.

2.2 El sujeto activo

En razón de la forma en que se encuentra regulada esta ilicitud y al concepto que tradicionalmente se establece en la doctrina con respecto al acceso carnal, esta acción

sólo la puede realizar el hombre, quien es el único que puede acceder a otra persona, lo que sucede vía anal o vaginal.

Esta situación nos lleva a señalar que el delito de incesto es un delito de mano propia en el cual, como se dijo, sólo el hombre lo puede cometer, dado que es el único que tiene la capacidad para acceder o penetrar carnalmente a otro.⁷⁴

2.3 *El sujeto pasivo*

El legislador señala que la víctima en estos casos no es cualquiera, sino que además de resultar un pariente cercano consanguíneo del sujeto activo, debe encontrarse dentro de los parámetros que en el tipo penal se disponen.

Al hablarse además de ***un ascendiente o descendiente***, lo mismo que de ***colateral dentro del segundo grado de consanguinidad***, queda claro que el sujeto pasivo también puede ser un hombre o una mujer, siempre que se encuentren dentro de los parámetros parentales establecidos en la norma.⁷⁵

Ahora bien, los parientes que se citan deben ser necesariamente consanguíneos, lo que significa que los parientes por afinidad o por adopción quedan excluidos como sujetos pasivos de esta delincuencia. Los ascendientes son todos aquellos antepasados en línea directa, como lo son los padres, abuelos, bisabuelos o tatarabuelos (queden fuera, por ejemplo, el suegro o la suegra). Los descendientes son los parientes de las generaciones sucesivas por línea directa, a saber, los hijos, nietos, bisnietos o

74 LLOBET y RIVERO, op. cit. p. 288.

75 LLOBET y RIVERO, op. cit. p. 288.

tataranietos (no se incluye al hijastro, al yerno, la nuera, el sobrino(a), el adoptado(a), etc.). Los parientes colaterales dentro del segundo grado de consanguinidad, partiendo de que el vínculo en este caso se establece a partir de un tronco familiar, pero sin que se desciendan entre sí unos con otros, serían los hermanos consanguíneos entre sí y los tíos respecto a los sobrinos.

Resulta necesaria indicar que el legislador estableció expresamente que, en el caso de los descendientes, lo mismo que entre los parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad, todo acceso carnal consentido con una persona menor de catorce años constituye un delito de violación agravada. La pena en este caso sin embargo no es la prevista en los numerales 168 o 169, sino la que se dispone en el segundo párrafo del artículo 173, que se analiza, esto es, de catorce a veinte años de prisión. Por otra parte, no puede olvidarse que el acceso carnal consentido con una persona menor de edad entre los catorce y dieciséis años configuraría el ilícito de estupro agravado (al menos hasta el cuarto grado).

2.4 Elementos accesorios o circunstanciales

Como único elemento accesorio contemplado en el tipo penal se establece el consentimiento con el que debe producirse el acceso carnal entre los parientes referidos.

El consentimiento en estos casos puede ser expreso o al menos tácito por parte del sujeto pasivo. Si no media consentimiento, la figura del incesto queda desplazada por el delito de violación, ya que se estaría afectando la libertad o autodeterminación sexual de la persona accedida carnalmente.

3. Tipo penal subjetivo

Este ilícito, como todos los delitos contra la libertad sexual, es doloso. El sujeto activo debe tener no sólo la voluntad de querer mantener una relación sexual con uno de los parientes citados, sino que además debe saber, como lo exige el propio tipo penal, que se encuentra vinculado en forma consanguínea con la persona que accede carnalmente.

Entran aquí los errores en los que puede incurrir el sujeto. El error de tipo se produciría si el sujeto desconoce que la persona que accede carnalmente es uno de los parientes consanguíneos que se mencionan en la norma (p.ej. lo sucedido con la tragedia de Edipo Rey, quien mantuvo relaciones sexuales con su madre, sin conocer de esta situación). En este caso existe tipicidad objetiva, pero falta la tipicidad subjetiva. Lo mismo sucede con el error de tipo al revés, en donde el agente desea mantener relaciones con la persona que se supone es su hermana y lo hace, pero luego se descubre que no lo era debido a que fue adoptada, o bien, porque no era hija de ninguno de sus progenitores.

4. El iter criminis

El incesto es un delito que se configura, al igual que la violación o el estupro, con el acceso carnal. En el momento en que el sujeto logra penetrar carnalmente al pariente cercano dentro de los parámetros previstos en el tipo penal, con independencia de si se trata de una penetración total o parcial, el delito queda consumado.

Se admite la tentativa, en la medida que pueden darse una serie de actos que implican el inicio de la ejecución dirigida a la consumación, pero por un factor externo,

antes de que el acceso carnal se realice, la acción es impedida o evitada (p.ej. la intervención de un tercero).

De igual forma, así como se admite la tentativa, también es posible que en el caso medie el desistimiento voluntario del sujeto pasivo, lo cual ocurre precisamente cuando éste decide no continuar con los actos de ejecución antes de que se hubiese producido el acceso carnal. En este supuesto, como la penetración se produce bajo el consentimiento de la persona afectada, los actos previos al acceso resultarían impunes, pues los actos lascivos o los lúbricos tocamientos, que son los que se podrían haber producido, sólo resultan sancionados cuando no ha existido consentimiento de la persona que los recibe, lo cual no ocurre en esta delincuencia.

Acoso sexual

Artículo 174:

Quien de forma reiterada o valiéndose de su posición de poder, autoridad o superioridad demande, solicite para sí o para un tercero cualquier acto sexual a cambio de promesas, explícitas o implícitas, de un trato preferencial, o de amenazas relativas a la actual o futura situación de la víctima, cometerá el delito de acoso sexual y será penado, con prisión de uno a tres años.

Cuando la víctima sea una persona menor de dieciocho años de edad, la pena será de tres a cinco años de prisión.

1. El bien jurídico tutelado

La libertad o autodeterminación sexual, o bien, la indemnidad sexual para las personas menores de edad, es el bien jurídico que se tutela en esta disposición.

Es una figura novedosa, que surge como consecuencia de las luchas que se han ido presentando en las últimas décadas y frente a una realidad que viven principalmente las mujeres frente a ciertas personas con ventajas de poder sobre ellas.

Durante mucho tiempo, no obstante la afectación a la libertad o autodeterminación sexual que se producía, en la medida que las víctimas perdían toda seguridad al ser objeto constante de estos ataques, nunca se sancionó penalmente esta práctica. A lo sumo, en ciertas legislaciones fue receptada por la legislación laboral, y luego por el

derecho administrativo, en donde se concibió como una simple falta laboral o disciplinaria.

Es luego de una importante lucha por el reconocimiento a la libertad o la autodeterminación sexual de toda persona como derecho, y al rechazo de concepciones patriarcales, o bien, incluso moralistas o religiosas, que se introduce el acoso sexual, entendido éste como el perseguir, sin dar tregua alguna ni reposo, a una persona, es decir, el perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos⁷⁶ de naturaleza sexual.

Como lo explica BORJA JIMÉNEZ: *Se crearon nuevas formas delictivas para tajar viejas formas de agresión que comenzaban ahora a denunciarse. Tal era el caso de los acosos sexuales que sufrían muchas mujeres en el ámbito laboral, de la administración pública u otros como el docente. Este tipo de comportamientos sólo había sido posible castigarlos, en el mejor de los casos, a través del delito de amenazas condicionales. Pero se quería perseguir este ilícito entre aquellos que atentaban a la libertad sexual, sobre todo en los supuestos más graves, en los que la petición de favores de naturaleza sexual se realizaba de tal forma que colocaban a la víctima en una grave situación de hostilidad, de humillación o incluso de intimidación. Se quería, de igual forma, simbolizar la lucha del Derecho Penal a favor de la igualdad y de la dignidad de la mujer, rechazándose así su consideración como mero objeto sexual y afirmándose la necesidad del reconocimiento de su capacidad y competencia laboral o profesional.*⁷⁷

76 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo I, p. 35.

77 BORJA JIMÉNEZ, op. cit. p. 94.

La idea además es sancionar esta clase de delincuencia toda vez que es una *invasión a la esencia última del ser humano, por cuanto no llega a capas periféricas de la psique, sino que destruye el sentimiento de seguridad, como lo enseña la experiencia clínica acumulada en estas materias, violando derechos humanos, como el de la dignidad de la persona.*⁷⁸

2. Tipo penal objetivo

2.1 La acción

La acción concreta en esta delincuencia es la de solicitar o bien demandar algún acto sexual. Es la petición, requerimiento o exigencia que el agente activo la señala a la víctima respecto a la realización de determinados actos sexuales para sí o para un tercero.

No en vano a esta modalidad abusiva se le ha definido como *la acción de perseguir con insistencia y fatiga, abusando de su investidura y con fines sexuales, a otra*

78 RIVERA LLANO, Abelardo, *La victimología ¿Un problema criminológico?*, Ediciones Jurídica Radar, Colombia, 1997, p. 266. Incluso este autor, retomando un estudio de la investigadora Colombiana Melba Arias Londoño (“*Cinco formas de violencia contra la mujer*”), señala que esta clase de abuso, en una sociedad capitalista, no es más que una continuación del “*derecho de pernada*” mediaval, en donde el señor feudal tenía derecho a la virginidad de las mujeres vasallas antes de que éstas llegaran al matrimonio. Afirma que hoy ese *derecho se traduce en una relación de poder que no está escrita en parte alguna, pero que se alberga con facilidad en el subconsciente masculino: el poder “patronal” de este modo, proyecta al jefe sobre la imagen del señor feudal, que tiene derechos sexuales sobre un súbdito, en este caso la mujer que llega a su empresa con una posición jerárquica inferior(...)*, pp. 266-267.

*persona que se encuentra en estado de inferioridad dada su posición laboral y social.*⁷⁹

Un aspecto esencial en esta solicitud o demanda es que la misma podría producirse a través de dos modalidades: una de ellas es la forma reiterada de la petición o demanda, y la otra, valiéndose el agente de su posición de poder.

En el primer caso, cuando no media posición de poder, la demanda consecuentemente no puede ser aislada o bien de naturaleza ocasional, sino que debe ser reiterada, es decir, debe presentarse con insistencia o constancia en el tiempo, lo cual va socavando la libertad o autodeterminación sexual de la víctima, y con ello la seguridad que debería gozar en cuanto a la forma de llevar su vida, sus estudios, el trabajo, etc..

En el segundo supuesto, y tal como lo dispuso el legislador, sería suficiente para la configuración del delito que la demanda o petición se realice en una sola ocasión, pues la libertad o autodeterminación sexual de la víctima se afecta directamente al estar en una posición de inferioridad respecto a su agresor, en el tanto la posición de poder que éste ostenta le da ventaja, al punto que ello eventualmente le podría permitir alcanzar con mayor facilidad su objetivo.

La solicitud o demanda puede hacerse a través de cualquier medio idóneo para dar a conocer cuál es el deseo o la pretensión del sujeto activo. Puede ser de manera verbal, escrita, utilizando medios electrónicos o incluso el lenguaje corporal (gestos de contenido bien definido). Podría también utilizarse la existencia de intermediarios,

79 RIVERA LLANO, op. cit. p. 266.

en la medida que el mensaje (solicitud o demanda) quede claro para la persona afectada.

2.2 *El sujeto activo*

En principio, conforme lo dispone el tipo penal, cualquier persona podría ser el sujeto activo de esta figura, incluso no se requiere necesariamente que el sujeto se encuentre en una situación de autoridad, superioridad o poder respecto a la víctima.

Ahora bien, cualquier persona que en forma reiterada demanda a otra un acto sexual, independientemente de que exista o un vínculo entre ambos, sería responsable de esta ilicitud.

El acoso sexual, consecuentemente, por ejemplo, se podría presentar entre compañeros de trabajo o estudio, o entre personas que se encuentren en una posición semejante con la víctima (sus vecinos).

El poder o facultad es la posibilidad o *capacidad para hacer que los demás hagan lo que uno desea que hagan, independientemente de sus deseos. Como contrapartida, los que están indefensos y desprotegidos de ese poder terminan siendo sus víctimas.*⁸⁰

Por otra parte, existe posición de superioridad cuando una persona tiene a cargo otras, quienes están subordinadas a las órdenes o guía de aquella, como ocurre en los supuestos de superioridad laboral o de educación.

Por autoridad se entiende la facultad que alguien tiene sobre otros y se prevalece precisamente de esta situación para actuar en contra de ellos. Se admiten como supuestos de autoridad todas aquellas hipótesis en las

80 RIVERA LLANO, op. cit., pp. 279-280.

que se ejerce un poder de gobierno o de mando, sea de hecho o de derecho, según ocurre con las autoridades educativas, deportivas, policiales, judiciales, penitenciarias, religiosas, etc..

Las personas que ostentan esta facultad, poder, superioridad, autoridad, estado o posición, hacen sufrir a los que están sometidos de manera natural, institucional, emocional, accidental o compulsivamente a ellos, por razones familiares, laborales, deportivas, educativas, recreativas, espirituales, castrenses, policiales, asistenciales, y de otras clases.

2.3 El sujeto pasivo

La víctima podría ser cualquier persona, independientemente del sexo, edad o posición que ostente en la sociedad. No requiere estar sometida en una relación de inferioridad o subordinación del sujeto activo, que haga susceptible o vulnerable a recibir ataques contra su libertad sexual y dignidad.

2.4 Elementos accesorios o circunstanciales

En primer término, la acción en la primera modalidad señalada requiere que sea **reiterada**, lo que significa que la demanda de actos sexuales se debe realizar en varias oportunidades. Se dice así que se persigue, sin dar tregua alguna ni reposo, a una persona. Es el perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos constantes dirigidos a socavar su voluntad (humillarla, intimidarla, hostigarla).

Respecto a la segunda posibilidad de ejecución, se tiene que el sujeto activo lo que hace es aprovecharse de la condición o estado de subordinación en la que se encuentra la persona afectada, con el propósito de que

el fin buscado (acto sexual) se materialice. Incluso, sabe que su posición facilita sin duda esta acción y de ahí que proceda a realizarla. La exigencia del acto en este supuesto no requiere de una acción reiterada o constante, bastaría con una sola oportunidad para que el hecho se configure.

Se debe demostrar que el sujeto activo se **aprovecha** de esta situación. Es necesario establecer también que como consecuencia de ese vínculo o relación, el sujeto se encuentra en una situación favorable, la cual es utilizada para sus propósitos. Estos propósitos pueden ser la obtención de una satisfacción sexual inmediata y personal para él, o bien, estar dirigida a satisfacer o complacer los deseos sexuales de otro.

Conforme a lo anterior, la configuración del delito no se presenta tan sólo a partir de la relación de subordinación, obediencia o de inferioridad en la que se encuentra la víctima, o en virtud de que el sujeto activo ostenta un poder sobre ella o en una situación de superioridad o de autoridad, ya que podría devenir de un acto constante de cualquier persona.

En otras palabras, además de los supuestos en los que media una relación o vínculo entre las partes, el sujeto activo podría no estar esta posición de ventaja.

Lo importante, en cualquier caso, es la posibilidad de acercarse a la víctima e indicarle a ésta cuál es la solicitud o demanda que pretende de ella. El acosador (o acosadora) conoce que el acto que busca no le representa eventualmente mayor dificultad debido al menoscabo de la autodeterminación de la víctima logrado mediante actos reiterados, o por el temor que ésta tiene respecto a la ventaja o posición de poder, autoridad o superioridad que él detenta.

En estos casos, resulta evidente la vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima frente al sujeto activo, conocida a la vez por este último, quien sabe que a ésta probablemente no le quedará más que someterse a su voluntad, sacando en consecuencia provecho de esta situación.

Otro elemento esencial es el fin o el objetivo que se busca: los **actos sexuales**. Estos se entienden como cualquier clase de actos de naturaleza sexual, que pueden ir de las simples caricias, actos de contemplación o posiciones sexuales, a las formas más groseras de afectar la libertad o autodeterminación sexual de la persona, como lo sería el acceso carnal o la introducción de dedos, instrumentos u objetos en los orificios donde resulta posible su ingreso. No se requiere una efectiva concreción de tales actos, pues lo esencial es que el sujeto activo realice su acción con motivo de este propósito, o sea, a estos actos de naturaleza sexual. En el caso de que además logre tal finalidad, la figura del acoso se desplazaría, y se configuraría el ilícito que conlleva el acto sexual cometido, como lo sería una violación, un estupro o un abuso sexual, algunos incluso agravados cuando son cometidos mediante el aprovechamiento de la autoridad, superioridad o poder que ostenta el sujeto activo, incluso a través de la intimidación que éste ejerce.

Como lo señala el tipo penal, no se requiere que el beneficio o acto sexual que se busca sea **para sí**, también es posible que lo sea **para un tercero**, el cual podría saber o no del acoso sexual que sufre o ha sufrido la víctima. De saber el tercero que el acto sexual que realiza la víctima, es consecuencia de la acción del sujeto activo del acoso, dado que él no participó en la acción de éste, su responsabilidad se limitaría por el acto que en concreto realiza,

el cual sabe -en algunos casos ante la subordinación o intimidación en la que se encuentra la víctima- se realiza sin su consentimiento, es decir, podría ser responsable como participe de una violación, estupro o abuso sexual cometido en razón de la ausencia de una voluntad libre de parte de la persona afectada. De acreditarse que desconocía el acoso sexual que sufrió la víctima, así como que desconocía que ésta actuaba con una voluntad viciada o disminuida o limitada, no tendría responsabilidad alguna, pues si bien el hecho podría adecuarse al tipo penal objetivo, no lograría una adecuación subjetiva al faltar el conocimiento y la voluntad requeridos para la configuración de dichos ilícitos.

La búsqueda de los actos sexuales puede ser a ***cam-
bio de promesas de un trato preferencial***, explícitas o implícitas, dice el tipo penal, o bien, a través de formas intimidatorios, ya que se habla también de ***amenazas***. En cuanto a las promesas de un trato preferencial, resulta evidente que el legislador no las limitó a las ventajas económicas, sino que las pensó a cualquier situación favorable en las condiciones que se encuentra la víctima, desde una modificación al horario de trabajo o estudio, o la obtención de ciertas licencias o permisos de los que no gozan los demás, hasta reconocimientos o ascensos inesperados, o pagos o beneficios de cualquier tipo (p.ej. recibir una mejor nota en el examen, asegurarle el gane del curso, no cumplir con la realización de ciertos trabajos o informes, vacaciones pagadas en determinados centros turísticos, oficina o sitio con mejores condiciones laborales, etc.).

Respecto a las amenazas, éstas consisten en la intimidación que el sujeto activo realiza mediante el anuncio de un mal futuro a la víctima, sabiendo que ésta conoce

que el aviso de esta situación resulta posible, sobre todo cuando se está en una posición de poder, autoridad o superioridad. Entran en estas amenazas la posibilidad de perder el examen o curso, modificar el horario o el tipo del trabajo, perder las ventajas recibidas, perder el trabajo o las condiciones en las que suele desenvolverse en su vida, etc.

En todas estas situaciones, el acoso sexual es el medio a través del cual el sujeto pretende obtener un acto sexual, es decir, a través de la solicitud o demanda reiterada, utilizando para ello amenazas u ofreciendo promesas, el sujeto activo pretende obtener la realización de un acto sexual para sí o para un tercero. Hay una relación de medio a fin, aun cuando no es requisito del tipo penal la materialización de dicho fin.

3. Tipo penal subjetivo

Al igual que las otras figuras delictivas de naturaleza sexual, el acoso sexual es un delito doloso, en donde se requiere necesariamente que el sujeto activo actúe con conocimiento y voluntad respecto a la acción y demás elementos que se encuentran descritos en el tipo penal. Por la forma en la que se encuentra descrita la acción, no parece posible la existencia de un dolo eventual, toda vez que la conducta desplegada por el sujeto activo, utilizando incluso para ello mecanismos específicos a través de los cuales pretende afectar la libertad o autodeterminación sexual de la víctima, sólo admitiría la concurrencia de un dolo especial o directo en tal proceder.

4. El iter criminis

Al ser un delito de mera actividad, unida a la forma en la que lo dispuso el legislador, resulta difícil pensar en la existencia de una tentativa en este caso, pues dado que en la primera modalidad el hecho requiere de una reiteración de la solicitud o de la demanda en el tiempo, es hasta que se haya producido esta reiteración de lo requerido que podría hablarse de acoso sexual. La primera o primeras peticiones, constituirían actos preparatorios de esta delincuencia, y como tales, impunes, en la medida que no se puede establecer con certeza si la acción que se ejecuta es la que se encuentra prevista en el tipo penal, o bien, está dirigida a la comisión de otros hechos. Incluso, se desconoce si será parte de una acción delictiva del sujeto activo, quien al verse atraído por la víctima, pero, sin pretender aprovecharse de su posición, intenta convencer a ésta de mantener algún tipo de relación con él.

En tanto que respecto a la segunda posibilidad, es decir cuando el sujeto se encuentra en una posición de poder, autoridad o superioridad, bastará que el hecho se produzca en una sola vez, una sola demanda o petición, para que el delito se consuma.

5. Autoría y participación

Si el autor es el que tiene el dominio del hecho, el que tiene el sí y el cómo de la acción, el que puede disponer del curso causal del ilícito, al punto que si no quiere continuar, la acción delictiva cesa, el autor del delito de acoso sexual es el que realiza la acción descrita en el tipo penal, sin que sea necesario que se encuentre en alguna de las circunstancias favorables que le permiten conducirse en la forma que se señala con respecto a lo hemos

llamado como segunda modalidad de esta ilicitud. Es decir, siempre que ostente un poder, autoridad o superioridad sobre la víctima.

Es posible la coautoría cuando en efecto los que ejercen el acto así lo hayan dispuesto realizar.

6. Concurso de normas

Como se indicó, el acoso sexual no requiere que el sujeto activo logre que los actos sexuales se materialicen, basta con que ejecute de manera persistente su requerimiento a la víctima para que se consuma. Si dichos actos se concretan para sí, se estima que el acoso sexual se podría eventualmente ver desplazado por el acto sexual que se alcanza, siempre que éste sea el resultado de una anulación o limitación de la voluntad, es decir, siempre que sea un acto que se realiza en contra de la voluntad de la víctima al quebrantar su libertad o autodeterminación sexual. Recuérdese que la violación, el estupro o el abuso sexual, en su forma agravada, pueden ser cometidos mediante el aprovechamiento del poder, la autoridad o la superioridad que el sujeto activo tiene frente a la víctima. Si el acto sexual se realiza a través de este medio, se configuran dichas ilicitudes. Así las cosas, podría estimarse que la petición o requerimiento insistente que el sujeto activo realiza aprovechándose de su posición, si el acto sexual se materializa, sería parte de los actos preparatorios para la comisión de la delincuencia respectiva.

Distinto sucede si el acto sexual obtenido lo fue a favor de un tercero en contra de la voluntad de la víctima, pues en este caso el sujeto activo del acoso sexual responderá únicamente por esta delincuencia. No siendo posible que se le estime partícipe del acto que la víctima realiza con

un tercero, en el tanto, la acción del acoso consistente precisamente en favorecer a un tercero para que la víctima realice al acto sexual. El tercero como se indicó atrás, si conoce de la contribución de autor del delito de acoso sexual en el acto que la víctima realiza con él, en contra de la voluntad, responderá por dicho aprovechamiento conforme a lo que obtenga de aquella, como lo sería, por ejemplo, una violación, un estupro o un abuso sexual.

No ocurre lo mismo cuando la víctima, ante las promesas o ventajas que se le ofrecen, decide realizar el acto motivándose en ellas, pues aun cuando el acto surge de un ofrecimiento indebido, su voluntad libre de realizarlo se mantiene, salvo en el estupro. Bajo esta tesitura, el sujeto activo del acoso sexual sólo comete esta última ilicitud. En caso de que la víctima sea menor de edad, entre los catorce y dieciséis años, si la misma consiente como consecuencia de un engaño del sujeto activo, el cual también se aprovecha de su situación o posición de poder, autoridad o superioridad respecto a aquella, para accederla carnalmente, el delito de estupro se configura en su forma agravada, y queda desplazada la figura del acoso sexual. Si la acción de este sujeto estaba dirigida a que la víctima consintiera ser accedida por otro, lo cual se genera a través del engaño realizado por él, el sólo responde del acoso, no así del estupro.

Explotación sexual, pornografía y actos sexual con adolescentes mediante pago

Artículo 175:

Quien induzca, facilite, promueva o utilice con fines sexuales o eróticos a persona menor de dieciséis años o discapacitado haciéndola presenciar o participar en un comportamiento o espectáculo público o privado, aunque la víctima consienta en presenciar ese comportamiento o participar en él, será penado con prisión de cinco a siete años y se impondrá de cuatro a seis años de prisión, cuando la víctima sea mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad

Quien promueva, financie, fabrique, reproduzca, publique, comercialice, importe, exporte, difunda, distribuya material para fines de explotación sexual, por cualquier medio sea directo, mecánico, digital, audio visual o con soporte informático, electrónico o de otro tipo, la imagen o la voz de persona menor de dieciocho años en actividad sexual o eróticas, reales o simuladas, explícitas o implícitas o la representación de sus genitales con fines sexuales. La pena para este delito será de cinco a siete años de prisión y de ciento cincuenta a quinientos días de multas.

Quien, con fines de explotación sexual, posea material pornográfico o erótico en los términos expresados en el párrafo anterior, será castigado con la pena de uno a dos años de prisión.

Quien ejecute acto sexual o erótico, con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad de cualquier sexo, pagando o prometiéndole pagar o darle a cambio una ventaja económica o de cualquier naturaleza, será sancionado con pena de prisión de cinco a siete años.

1. El bien jurídico tutelado

Se considera vital para el desarrollo de la convivencia humana, que las personas menores de edad, o bien, las que tienen problemas en cuanto a su capacidad para conocer, comprender y decidir sin dificultad sobre sus actos, es decir, los incapaces, mantengan un desarrollo natural o normal de su sexualidad de acuerdo con la edad o la condición que ostentan. Lo esencial en estos casos es que se les respete como seres humanos, con los mismos derechos que todos los demás miembros de la sociedad tienen. No debe afectarse su indemnidad o su libertad sexual bajo ninguna circunstancia; no puede convertirse a estas personas en un objeto de placer de otros, es decir, no pueden sencillamente cosificarse.⁸¹

Como lo explica BORJA JIMÉNEZ, debe protegerse *el derecho que todo ser humano tiene a mantener incólume su dignidad humana frente a la consideración de su cuerpo como mero objeto de deseo sexual. De esta forma, la indemnidad sexual está íntimamente relacionada con la dignidad humana y con el libre desarrollo de personalidad. La dignidad humana se refleja en la aureola de respeto que todo ser humano merece por el mero hecho de haber nacido, y que impide que sea considerado como un objeto,*

81 CRUZ y MONGE, op. c.t. p. 10.

como una cosa, en este caso, como un mero instrumento de los instintos sexuales de otro. El libre desarrollo de la personalidad supone que el sujeto vaya desarrollando su vida social y espiritual en condiciones de normalidad, para ir conformando su propio Yo en la creación progresiva y permanente de su propia identidad. Una actividad sexual consentida, pero a una corta edad o bajo determinados presupuestos de anormalidad psíquica, puede influir negativamente en la educación y formación espiritual de la persona afectada, lo cual dificulta y obstaculiza el libre desarrollo de su personalidad. Por ello, indemnidad sexual se identifica con dignidad humana y con libre desarrollo de la personalidad en ese ámbito del ser humano.⁸²

El bien jurídico a tutelar en este ilícito, conforme a lo dicho, es el libre desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad en el ámbito sexual de los sujetos a quienes se pretende proteger, es decir a los menores de edad o a los incapaces. Se busca que este desarrollo o estado de la personalidad de las personas menores de edad o discapacitados no se vean afectados en razón de la vulnerabilidad en la que se encuentran, a fin de que no se conviertan en un objeto por parte de otros.

En otras palabras, con la protección que se introduce con esta disposición se trata de salvaguardar a las personas menores de edad, lo mismo que a los incapaces, de ser explotados sexualmente, entendido aquí explotación sexual como la utilización de estas personas en actividades de naturaleza sexual, cualquiera que éstas sean, sin que se requiera necesariamente la existencia de un pago o promesa de pago o de otra índole para ello.

82 BORJA JIMÉNEZ, op.cit. p. 93.

2. Tipo penal objetivo

2.1 *La acción*

El legislador ha propuesto, en atención a los lineamientos que la normativa internacional establece, tres supuestos básicos a través de los cuales se intenta proteger el bien jurídico que se tutela en este delito, que son los que de inmediato se analizan.

2.1.1 Explotación sexual en general

La acción de esta ilicitud se orienta a inducir, facilitar, promover o utilizar a personas menores de edad o discapacitados para que presencien o participen en comportamientos o espectáculos -públicos o privados- de naturaleza sexual, toda vez que se habla de actos con ***fines sexuales o eróticos***. Si bien el legislador no lo menciona expresamente en el párrafo primero, se parte de que, en razón del título otorgado a este numeral, que las acciones que en él se contemplan, están dirigidas a la explotación sexual de las personas afectadas, es decir, con el fin de utilizarlas en actos de naturaleza sexual.

En nuestro criterio esta explotación sexual conllevaría, sin duda alguna y aun cuando no lo señala así el legislador, una alteración o transformación de la forma en cómo aquéllas conciben o deberían concebir su sexualidad o la sexualidad en general. Las dos modalidades incluso que se mencionan, esto es la presencia o participación en actos sexuales, se acercan a forma en la que se comete la corrupción⁸³. En este sentido, nos recuerda la doctrina

83 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo I, op. cit, pp. 667-668.

que la corrupción es un estado de las personas en el que los modos de la conducta sexual se han “depravado”⁸⁴, o bien, es el estado en el que *se ha deformado el sentido naturalmente sano de la sexualidad (con respecto a la edad de la víctima), sea porque el sujeto pasivo llega a aceptar como normal -para su propia conducta- la depravación de la actividad sexual.*⁸⁵

En cuanto a la acción de inducir, ésta se entiende como la conducta a través de la cual se instiga, persuade o mueve a alguien, en este caso a la persona menor de edad o incapaz, hacia su explotación sexual. Se intenta o busca que presencie o participe en actos de contenido sexual (p.ej. se determina a la víctima de cinco años para que observe cuando dos personas mantienen una relación sexual vía anal y bucal).

Se facilita cuando se hace fácil o se posibilita la ejecución o consecución de algo,⁸⁶ en este caso la presencia o participación de la víctima en los actos ya mencionados. Se facilita, por ejemplo, cuando se suministran los medios para lograr que se materialice la explotación sexual del sujeto pasivo, o bien, no impidiendo que esta actividad se desarrolle, a pesar que debía evitarlo y pudiéndolo hacer.⁸⁷ Según esta idea, el que facilita puede contribuir tanto mediante acciones (p.ej. hacer que la víctima lo observe cuando se masturba), o bien, a través de omisiones (p.ej. no evita que la hija de seis años lo sorprenda o descubra manteniendo una relación sexual).

84 LLOBET y RIVERO, op. cit. p. 266.

85 CREUS, op. cit. p. 195.

86 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo I, op. cit. p. 1031.

87 CREUS, op. cit. p. 196.

Se promueve cuando se inicia o impulsa una cosa o un proceso, procurando su logro,⁸⁸ o bien, manteniendo este último. En el caso, se promueve la posibilidad de que personas menores de edad o discapacitados presencien o participen en comportamientos o espectáculos (privados o públicos) de naturaleza sexual.

Finalmente, se utiliza cuando se aprovecha una cosa o persona, es decir, cuando se le instrumentaliza para un fin u objetivo específico. Consecuentemente, se utiliza, según lo previsto en el tipo penal, cuando se aprovecha o instrumentaliza a una persona menor de edad o discapacitado para que presencie o participe en los actos sexuales que se pretenden evitar.

En estos supuestos, no se requiere la reiteración de la conducta tendiente a inducir, facilitar, promover o utilizar a la persona afectada, basta con que el hecho se produzca en una sola ocasión para que se configure.

De igual forma, no es indispensable que el acto sexual sea presenciado por la persona menor de edad o incapaz, o bien, que que participe en él. Lo que se requiere es que la acción esté dirigida a alcanzarlo.⁸⁹

Por otra parte, cuando se habla de hacerla presenciar, significa que la víctima se encuentra presente o asiste a

88 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, op.cit. p. 1844.

89 En doctrina se cuestiona sobre la naturaleza de la acción que presencia, si la misma debe ser material o si también podría serlo intelectual (p.ej. explicar las “supuestas bondades” de una actividad sexual actividad a muy corta edad, ocho o nueve años de edad o el enseñarle pornografía). Algunos rechazan esta posición que asume que sólo resulta posible cuando es de orden material, otros admiten las dos, CREUS, op. cit. p. 195, o LLOBET-RIVERO, op. cit. pp. 267-268.

un hecho o acontecimiento.⁹⁰ Esto implica que la víctima debe estar en el lugar y en el momento en que el comportamiento o acto sexual ocurre. En estos supuestos, como se trata de asistir y observar solamente, la víctima asume un papel pasivo, limitándose a contemplar u observar un comportamiento o acto sexual que puede ser realizado por el sujeto activo (p.ej. verlo masturbarse, o bien, mostrarle material pornográfico), o bien, por otras personas (v.gr. se lleva a la víctima menor de edad para que presencie un espectáculo erótico o con escenas con un contenido sexual explícito).

El participar en un comportamiento de naturaleza sexual es tomar parte en el acto sexual que se realiza, es decir, participar directamente en la ejecución o producción del acto sexual, sea en forma individual, sea de manera conjunto con otras. En cuanto al acontecimiento individual, la acción del sujeto activo implicaría colocar a la víctima ante una circunstancia en la que ella misma realiza el acto con contenido sexual, como lo sería, por ejemplo, el bailar eróticamente o desnudarse mientras baila, o el poner a la víctima a acariciarse ella misma de manera sensual. Puede suceder también que la ejecución de comportamiento o acto sexual se lleve a cabo en conjunto con otras personas. Por ejemplo, el sujeto activo hace que la víctima lo acaricie, a la vez que él la acaricia a ella, o a que mantenga lúbricos tocamientos con otras personas, o bien, una relación sexual con acceso carnal con él o con otra persona, incluso también menores de edad.

90 Según el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, la presencia es la asistencia personal o el estado de la persona que se halle delante de otra u otras, o en el mismo sitio que ellas, op. cit. tomo II, p. 1826.

2.1.2 Pornografía infantil

Uno de los graves problemas a los que se enfrenta la sociedad actual lo constituye la cosificación del ser humano, es decir, aquella manifestación en la que se la persona se convierte en un mero objeto o instrumento para satisfacer los deseos de otro.

En este punto la pornografía se manifiesta como el medio a través del cual la cosificación humana alcanza límites inimaginables, generando incluso una industria sin precedentes.

Dicho lo anterior, no cabe duda alguna que el párrafo segundo de esta norma al sancionar la explotación sexual relacionada con el material que se obtiene de la imagen o voz de una persona menor de edad en actividades sexuales o eróticas, lo mismo que el material en el que consta la representación de sus genitales, hace referencia directa a la pornografía infantil.

Lo que se viene a proteger consecuentemente es la indemnidad de las personas menores de edad. En este caso no se incluye a los discapacitados. Se busca evitar que aquellos sean objeto de explotación sexual, sean usados –o lo sea su imagen o su voz– en la producción de pornografía. Se tutela la dignidad de la víctima menor de edad, lo mismo que el derecho que tienen a un desarrollo o desenvolvimiento sano de su personalidad.

De igual forma, se protege un bien jurídico individual que corresponde a la víctima del acto. El bien jurídico se lesiona desde el momento mismo en que se involucra a las personas menores de edad en la producción del material (verbigracia, posando en fotografías), o bien, en el empleo de su imagen o voz, conllevando un grave menosprecio

a su dignidad y autoestima, y con ello, al derecho de que gozan sobre su personalidad.

Este quebranto en la actualidad cobra grandes y graves dimensiones debido al avance de la tecnología y de los medios de comunicación, en especial, a la existencia de la red mundial, de la INTERNET, pues al poder estar en contacto simultáneamente con otras personas en otro sitio del planeta, hace posible que las imágenes o representaciones de naturaleza pornográfica sean conocidas o distribuidas de inmediato, unido esto a la existencia de otras lesiones que hacen irreparable la violación a los derechos de aquellas. Situación que además se agudiza desde el punto de vista procesal, dado el problema investigativo que de esto deriva y de la impunidad que se genera respecto de aquellos que se encuentran fuera del territorio nacional.

Como lo advierte BORJA JIMÉNEZ: *Quizás el problema político-criminal más grave reside en el marco de la difusión de material pornográfico por vía de Internet en el que aparecen menores de edad. Ahí se encuentra la fuente de los crímenes más graves que atentan a los más necesitados de protección en la sociedad, los niños. Secuestro, tráfico de niños, coacciones, depravación sexual, torturas e incluso muertes son algunas de las consecuencias que determinan la fuerte demanda de este tipo de material pornográfico a través de las redes informáticas. Esta demanda es causante de una de las formas de criminalidad más graves y perniciosas que afectan ahora a la humanidad. Y aunque la respuesta legal en los textos punitivos es la adecuada, el obstáculo se encuentra en las dificultades que ofrece el mismo anonimato que proporciona Internet, que impide que sean conocidos, investigados, procesados o condenados a los autores responsables de esa cadena, es-*

*labonad por la depravación sexual, de horribles atentados a la dignidad, a la libertad y a la vida de los menores.*⁹¹

2.1.2.1. Acciones típicas

En primer término, desde el punto de vista objetivo, se estima necesario clarificar qué debe entenderse por pornografía. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, el concepto de pornografía hace referencia al *Carácter obsceno de obras literarias o artísticas*.⁹² Por su parte el artículo 2º del “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”, define como pornografía infantil *toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicándose a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de los órganos sexuales de un niño, con fines principalmente sexuales*. Bajo esta tesis, se podría decir que lo pornográfico hace referencia a la naturaleza obscena de una obra, entendida así como la representación de las personas en actividades sexuales o de sus órganos sexuales con fines sexuales, cualquiera que sea el medio o el soporte en que sé de esa representación, en tanto exista alguno.⁹³

Se castiga así al que *promueva*, es decir, al que inicia, trata de conseguir o impulsa una cosa, un hecho o un proceso, procurando su logro,⁹⁴ es decir, a quien impulsa o procura la producción –o el producto mismo– de pornografía infantil para fines de explotación sexual. Asimismo,

91 BORJA JIMÉNEZ, op. cit. p. 95.

92 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, op. cit. p. 1804.

93 CRUZ y MONGE, op. cit. pp. 24-25.

94 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, op.cit. p. 1844.

se sanciona también al que *financia*, que es el que aporta el dinero o los recursos económicos necesarios para esta actividad. Al que *fabrica*, o sea, al que elabora, hace o produce el material pornográfico infantil con fines de explotación sexual. Al que *reproduzca*, cuando vuelve a presentar lo que ya se hizo o dijo, o bien, el que saca una copia de lo ya existente (por ejemplo, proyectar ante varias personas una película de pornográfica infantil). También al que *publica*, lo cual sucede cuando alguien divulga, hace patente, manifiesta públicamente, revela o difunde pornografía infantil. Al que *comercia*, es decir, al que negocia, vende o permuta material pornográfico. Al que *importa*, esto es, de manera concreta, al que introduzca al país el material pornográfico citado. Lo mismo que al que *exporta*, manda o remite al exterior este tipo de material. Al que *difunda*, lo que significa que se castiga al que divulgue, propague o extienda pornografía infantil. Y finalmente, también se sanciona al que *distribuya*, lo que ocurre cuando se entrega a otras personas (vendedores, por ejemplo) el referido material.

La misma norma establece que no interesa la forma en la que se encuentra o el medio en el que está contenido el material que se obtiene de la imagen o la voz de una persona menor de edad en actividades sexuales (sin importar cuáles sean estas), o la reproducción de sus genitales con fines sexuales (no así con fines educativos o de salud), pues lo importante es evitar por medio de este ilícito que estas personas sean explotadas sexualmente por medio de la pornografía infantil. Véase que se habla de cualquier medio sea directo, mecánico, digital, audio visual o con soporte informático, electrónico o de otro tipo. Así las cosas, no hay duda que se está haciendo referencia a fotografías, negativos fotográficos, rollos de

película fotográfica conteniendo las imágenes, diapositivas, revistas, libros, dibujos, cintas de video, discos DVD, discos de computadora, correos electrónicos u otros archivos semejantes. Lo esencial es que las imágenes o voz, al igual que la representación de sus genitales, puedan insertarse en alguno de los soportes en los que se pueda almacenar, guardar, enviar o transmitir, pues el tipo penal no exige una forma en particular para la elaboración de material pornográfico, lo que significa que puede darse de innumerables maneras. Como lo explica BORJA JIMÉNEZ, el avance de las tecnologías ha superado sobradamente la era de la escritura y la imprenta y en ese tanto, la producción de pornografía infantil ha adquirido matices insospechados, motivo por el que resulta obligatorio intentar evitar por todos los medios esta situación.

2.1.3 Posesión de pornografía infantil

En el párrafo tercero del artículo 175, se viene a sancionar, dentro del marco de las exigencias que impone la normativa internacional, la mera posesión o tenencia de material pornográfico o erótico con fines de explotación sexual que se menciona en esta disposición.

Se dice que cada vez que se vea o se reproduzca la pornografía infantil, por parte de quien la adquiera y posea conscientemente (con conocimiento y voluntad), se lesiona la imagen, la dignidad, la libertad y la indemnidad de las personas menores de edad. De ahí que se pretenda sancionar, pues este hecho *contribuye al desarrollo y prosperidad de una actividad económica degradante,*

*que supone la realización de graves delitos sexuales en perjuicio de niñas, niños y adolescentes.*⁹⁵

2.1.4 Acto sexual con adolescente mediante pago

En primer término, por acto sexual o erótico se va a entender como toda actividad de naturaleza sexual o con un contenido sexual, cualquiera que sea el acto que se pretenda. Para los efectos de lo que establece el párrafo cuarto de esta disposición, la actividad sexual remunerada o con adolescente mediante pago podría ser cualquiera y no sólo la que implica un coito,⁹⁶ por ejemplo, el sexo oral o los tocamientos sexuales.

Se estima que la tutela de la integridad física y emocional de las personas menores de edad, así como la protección de su dignidad y formación obligan a sancionar cualquier acto sexual que estas realicen a cambio de un pago o de la promesa de éste o de alguna otra ventaja económica o de otra naturaleza.

En cuanto al pago, se estima que comprendería desde dinero u otros valores considerados económicamente, hasta cualquier tipo de ventaja de otra naturaleza. La ventaja de otra naturaleza es un concepto amplio que comprende cualquier beneficio para la persona menor de edad, aun cuando no se traduzca directamente en una valoración económica, como lo sería alimento, vestido, drogas, gane del curso, etc..

La acción de ejecutar se refiere a la realización –llevar a cabo– un acto sexual o erótico con una persona menor de edad, mayor de catorce y menor de dieciséis años, a

95 CRUZ y MONGE, op. cit. p. 26.

96 CRUZ y MONGE, op. cit. p. 19.

cambio de pago (antes o simultáneo al acto) o de promesa de pago (posterior al acto) de orden económico o de cualquier otra naturaleza.

Se supone que el acto sexual realizado por la víctima menor de edad es un acto voluntario, en el tanto no media coacción, amenaza o violencia alguna sobre ella. No obstante lo anterior, se estima que dicha acción no es absolutamente libre y voluntaria, pues el sujeto activo, aun cuando la norma no lo diga, se aprovecha de la vulnerabilidad en la que se encuentra la persona por su edad o por la situación o necesidad en la que se halla, aspectos que distorsionan la posibilidad de decidir con claridad y responsabilidad.

2.2 El sujeto activo y pasivo del hecho

El sujeto activo de estas ilicitudes puede ser cualquier persona. No se establece ninguna condición especial para ejecutarlo, puede ser un hombre o una mujer.

En cuanto al sujeto pasivo, la normativa sí establece algunas diferencias.

Con respecto al párrafo primero, si bien la víctima puede ser un hombre o una mujer, se requiere que no haya alcanzado la mayoría de edad, o bien, de haberse alcanzado la mayoría de edad, se debe tratar de una persona incapaz, es decir, de alguien que no tiene la capacidad para conocer o comprender el acto que realiza o bien realizan sobre ella.

Se debe tomar en cuenta también que el legislador previo una sanción diferente cuando la persona afectada se encuentra entre los dieciséis y dieciocho años, pues en este caso la pena va de cuatro a seis años de prisión, y no, como sucede con las personas menores de dieciséis

años o incapaces en donde la pena prevista es de cinco a siete años de prisión.

Con respecto a los párrafos segundo, tercero y cuarto la norma señala que la persona afectada o sujeto pasivo podría ser únicamente las personas menores de edad, no así la persona menor edad, en la medida que no la contempla en dichos supuestos.

3. Tipo penal subjetivo

Para la configuración de las ilicitudes comprendidas en los párrafos primero, segundo y tercero, se requiere además del dolo común, de una finalidad o ánimo especial al momento de llevar a cabo el acto. Se habla así de *finés sexuales o eróticos* en el párrafo primero; *con fines de explotación sexual* o *con fines sexuales* en el párrafo segundo; y *con fines de explotación sexual* nuevamente en el párrafo tercero.

En el párrafo cuarto no se dispone de ninguna finalidad o elemento subjetivo especial, lo que significa que se comete a través de un dolo común, es decir, el sujeto únicamente tiene que conocer (elemento cognoscitivo) y querer (elemento volitivo) la realización de las acciones que se contemplan en esta norma.

Ahora bien, al igual que sucede con los delitos dolosos, los errores que pueden sobrevenir sobre alguno de los elementos objetivos del tipo, como lo sería la edad de la víctima o su capacidad, excluirían la tipicidad de la conducta.⁹⁷ En este sentido, si el sujeto desconoce cuál es la edad de la persona, asumiendo que tiene más de dieciocho

97 CREUS, op. cit. p. 203.

años y no les tiene, lo mismo que cuando cree que tiene la capacidad suficiente para conocer y comprender sin dificultad los actos que se realizan, cuando en realidad no la tiene, haría que su proceder resulte típico desde el punto de vista objetivo, pero no desde ámbito subjetivo, al no mediar el conocimiento de todos los elementos que el legislador dispuso para ello.

Lo mismo sucede cuando el sujeto pretende realizar esta ilícita actividad con una persona menor de edad o bien incapaz, y se determina luego que era mayor o capaz. En tal supuesto existe una adecuación subjetiva al tipo penal, pero falta la adecuación objetiva de la conducta al tipo penal en la medida que la víctima no es la que se pretende proteger en esta ilicitud.

4. El iter criminis

El delito se consuma, en el primer párrafo, en el momento que la persona afectada presencie o participe en los actos sexuales.

En el párrafo segundo, el ilícito alcanza su consumación en el momento que se capta la imagen o la voz de la persona menor de edad en actos sexuales o eróticos, o bien, logra obtener una representación de sus genitales con fines sexuales.

En el tercer párrafo la ilicitud se consuma en el instante en que se entra en posesión del material pornográfico de personas menores de edad.

Por último, la acción descrita en el párrafo cuarto se presenta en el momento que se paga (antes o simultáneamente al acto), o bien, se promete pagar o dar una ventaja económica o de otra naturaleza (después del hecho) a la persona menor de edad.

Es posible aceptar la tentativa en estos casos, lo cual ocurriría, en el primer caso, cuando el sujeto despliega los actos necesarios con la finalidad de explotación sexual, pero antes de que la persona menor de edad o incapaz los logre presenciar o antes de que participe en ellos, intervienen terceros e impiden que esto ocurra (p.ej. inicia de la proyección de un película pornográfica, pero antes de que aparezcan las escenas de naturaleza sexual, aparecen los padres de la víctima e impiden que ésta las observe).⁹⁸

Lo mismo sucedería con el párrafo segundo, tercero y cuarto, en los que, antes de que el sujeto logre su cometido, obtener el material pornográfico, entrar en posesión de él, o bien, realizar un acto sexual remunerado con persona menor de edad, sobreviene un facto o causa ajena a la voluntad del agente que impide que el hecho prosiga y, con ello, la consumación.

En razón de lo anterior, también se podría pensar en el desistimiento, cuando habiendo realizado los actos objetivamente idóneos para lograr la corrupción de la víctima, no continúa con los mismos, siempre que, por ejemplo, la víctima no haya presenciado o participado en determinados actos sexuales, no haya sido captada su imagen, voz o genitales con fines sexuales, se entre en posesión de pornografía, o bien, antes de que se realice el acto sexual remunerado que se le propuso a la víctima.

5. Autoría y participación

El delito puede ser realizado por cualquier persona en forma directa (autor inmediato), a través de varios sujetos,

98 CREUS, op. cit. p. 203.

cuando todos estos tienen el dominio funcional del hecho (coautoría, por ejemplo, varios sujetos mantienen relaciones sexuales frente a la víctima para que ésta los observe), o bien, incluso por medio de otro (autoría mediata). Esto último ocurre cuando se obliga a alguien (quien actúa bajo un estado de necesidad, por ejemplo) a que le muestre a la víctima material pornográfico, o bien, le obliga que haga a la víctima presenciar o participar en actos sexuales concretos. El sujeto obligado actuaría bajo una causa de justificación en torno a este delito, en el tanto el sujeto que obliga a éste, es decir, que tiene un dominio de la voluntad de este último, sería autor mediato de esta ilicitud.

Los que han determinado la voluntad del sujeto activo a cometer este acto, o bien, han colaborado con su realización, en la medida que no ejecuten o tomen parte de la actividad delictiva, responderán por su participación en el hecho como inductores, cooperadores necesarios o cómplices dependiendo de cuál haya sido su contribución, recibiendo en tal carácter la pena que les corresponde, es decir, a los inductores y cooperadores se les aplicará la pena del autor, en tanto al cómplice una pena disminuida o atenuada a criterio del juzgador (ver artículos 43, 44, 72 y 74 del Código Penal).

6. Concurso de normas

Como las acciones a través de las cuales se puede cometer este delito implican a la vez, en muchas ocasiones, la realización de determinados actos sexuales, podrían perfectamente concurrir con otros ilícitos.

Específicamente en los supuestos en los que la víctima participa en los actos sexuales, se piensa que concurren

tanto la explotación sexual como las ilicitudes que puedan estar comprendidas en esos actos, a saber, los abusos sexuales, el estupro (en la víctima incapaz mayor de catorce y menor de dieciséis años), la violación o el incesto, en la medida que tales actos conllevan una adecuación a dicha ilicitudes que no se excluyen. En estos supuestos cuando el acto sexual es el medio por el que se pretende explotar sexualmente a otro y se realiza simultáneamente con dicho fin, se estaría ante un concurso medial o ideal de delitos entre explotación sexual y cualquier de los delitos que el acto conlleve con su realización, conforme lo dispone el numeral 84 del Código Penal.

En forma semejante, cuando los actos en los que la captación de la imagen o la voz, lo mismo que la representación de los genitales de una persona menor de edad, impliquen a la vez una de las acciones contempladas en alguno de los delitos sexuales (por ejemplo, violación, estupro, abuso sexual, etc.), se estaría en un concurso ideal entre dichas figuras.

No sucede lo mismo con la posesión de pornografía o la realización de un acto sexual remunerado, pues por la misma forma en la que se encuentran contemplados, resulta difícil un concurso ideal con otras ilicitudes de orden sexual. No obstante, si sería posible la existencia de un concurso material, cuando resulte claro distinguir la posesión de pornografía o la realización de un acto sexual remunerado con cualquier otro sucedido en otro momento y espacio y estas no se excluyan entre sí.

Agravantes específicas en caso de explotación sexual pornográfica y acto sexual con adolescentes mediante pago

Artículo 176:

“La pena será de seis a ocho años de prisión cuando:

- a) El hecho sea ejecutado con propósitos de lucro;
- b) El autor o autores sean parte de un grupo organizado para cometer delitos de naturaleza sexual;
- c) Medie engaño, violencia, abuso de autoridad o cualquier medio de intimidación o coerción, o,
- d) El autor cometa el delito prevaliéndose de una relación de superioridad, autoridad, parentesco, dependencia o confianza con la víctima o de compartir permanentemente el hogar familiar con ella.

Si concurren dos o más de las circunstancias previstas, la pena que se impondrá será de siete a nueve años. Se impondrá la pena máxima cuando la víctima sea persona con discapacidad o menor de catorce años de edad.”

1. Análisis del inciso primero (a)

1.1 Razones de la agravante en virtud del fin de lucro

El legislador reconoce que las acciones contempladas en esta ilicitud constituyen hechos inadmisibles y por tan-

to merecedores de pena, pero al mediar además una finalidad lucrativa también estima que el reproche dispuesto para la figura básica no resulta ser suficiente y lo aumenta. Quien actúa movido por este interés de que la víctima presencie o participe en un acto sexual, sino que también busca convertirla en una cosa, en el tanto se le tiene como un mero objeto mediante el cual se pretende la obtención indebida de beneficios económicos. Esta situación además contraviene las consideraciones que en el ámbito internacional se han referido sobre la necesidad de proteger a las personas menores de edad, o bien, en general, a las personas vulnerables, de la explotación sexual que ha ido introduciéndose en todo el orbe.

1.2 Aspectos objetivos y subjetivos

Además de requerirse que el acto se realice conforme la figura básica prevista en el artículo 175 antes analizado, el legislador establece un elemento subjetivo distinto del dolo, cual es propósito o fin lucrativo. Por éste se entiende cualquier ventaja de naturaleza económica o que sea valorada de manera económica para el sujeto activo.⁹⁹ No es necesario que el sujeto logre obtener la misma, basta que su acción al realizarse sea motivada con esta expectativa, pues como lo dice la doctrina, al referirse sobre la ilicitud que en el fondo se encuentra contemplada en esta ilicitud, se sanciona *el propósito, la expectativa de obtener el lucro, pero es irrelevante, para efectos de que se agrave la corrupción, la efectiva obtención de la ventaja económica.*¹⁰⁰

99 CREUS, op. cit. p. 199.

100 LLOBET y RIVERO, op. cit. p. 274.

La finalidad de lucro que pretende alcanzarse es lo que motiva directamente al sujeto activo, toda vez que así lo dispuso el legislador al establecer que el acto del agente debe ser motivado con este propósito. Si el lucro se piensa para otra persona, no es posible aceptar la aplicación de la agravante.¹⁰¹

El sujeto activo debe dirigir su actuar a través de los comportamientos previstos por el tipo básico buscando alcanzar un beneficio o fin lucrativo. La acción debe abarcar tanto los aspectos objetivos, como todos los aspectos subjetivos de esta figura, para poder establecer su adecuación a la agravante.

2. Análisis del inciso segundo (b)

2.1. Razones de la agravante: delincuencia organizada

En los últimos tiempos, una de las formas más comunes a través de las que se suscita esta delincuencia lo es a través de grupos organizados, que es lo que se conoce como delincuencia organizada. Son bandas o grupos, como lo dice su nombre, organizados de manera permanente, con una estructura interna básica en cuanto a los niveles de responsabilidad y que pueden actuar en el ámbito nacional o internacional, todo lo cual facilita la comisión de los delitos que se persiguen.

Los que participan como parte de estos grupos, en donde lo que se produce internamente es una distribución

101 LLOBET y RIVERO, op. cit. p. 274; cf. también CREUS, op. cit. p. 199.

funcional de tareas, actúan normalmente en calidad de co-autores.

La capacidad organizativa y los medios con los que cuentan para actuar hacen que su influencia penetre muchas veces –sin mayor dificultad– el ámbito administrativo o estatal, logrando la colaboración o participación de funcionarios públicos, generando a la vez con ello un crecimiento de la corrupción en el ámbito precisamente de la función pública.

Consecuentemente, la agravante que se prevé en este inciso b) del numeral 176, se suscita cuando se acredita que en efecto las personas que han intervenido como autoras o co-autoras de un delito de explotación sexual, pornografía o acto sexual con adolescentes mediante pago (y no de otra clase en razón del principio de tipicidad), son parte también de un grupo organizado que se ha constituido para perpetrar estos ilícitos.

3. Análisis de los incisos tercero y cuarto (c y d)

3.1 Agravantes en razón de la forma en la que se realiza la acción o del vínculo que une al autor con la víctima

El tipo penal establece también como agravante una serie de situaciones en las que se prevé un reproche mayor en razón, en primer término, de **la forma o el medio** que se emplea para realizar la acción, a saber, el engaño, la violencia, el abuso de autoridad, o bien, cualquier medio de intimidación o coerción; y en segundo lugar, **del vínculo o la relación** que el sujeto activo mantiene con la víctima, como lo son la superioridad, autoridad, parentesco, dependencia, o confianza con ésta, lo mis-

mo que por el hecho de compartir permanentemente el hogar con ella.

Dado que tales términos ya han sido analizados al abordarse los delitos de violación, estupro, abusos sexuales o acoso sexual, se remite a lo expuesto al respecto en tales ilícitos, con las diferencias o adaptaciones que deben hacerse en razón de que tales circunstancias están en este caso dirigidas a cometer los supuestos que se contemplan como explotación sexual, pornografía y acto sexual con adolescente mediante pago.

Promoción del turismo con fines de explotación sexual

Artículo 177:

“Los que dentro o fuera del territorio nacional, en forma individual o a través de operadores turísticos, campañas publicitarias, reproducción de textos e imágenes, promuevan al país como un atractivo o destino turístico sexual, utilizando personas menores de dieciocho años, serán castigados con la pena de cinco a siete años de prisión y de ciento cincuenta a quinientos días multa.

1. El bien jurídico tutelado

Si bien el turismo para nuestros países ha resultado ser una fuerte importante de ingresos, no se puede olvidar que no todo ingreso que se genere por la actividad turística debe tolerarse. El respeto a la institucionalidad del país, a sus leyes y a la Constitución Política; así como el respeto a la libertad en general y sexual en especial, a la integridad y dignidad de las personas, cualquiera que estas sean, particularmente, para los efectos de este artículo, de las personas menores de edad (indemnidad sexual). Su sola condición obliga a que el Estado debe les brinde protección en todos los casos, pues como persona que son, gozan de los mismos derechos y garantías que los adultos.

Precisamente en razón de su consideración de persona, incluso en desarrollo, no es dable permitir que su cuerpo o su existencia se conviertan en una simple mercancía para otro. No es posible aceptar, bajo ninguna

circunstancia, que se cosifique por otros, y en especial, por intereses económicos.

2. El tipo penal objetivo

2.1 *La acción*

Se busca que las personas menores de edad no sean explotadas sexualmente bajo ninguna forma y bajo ninguna justificación, de ahí que se castigue a quien lo promueva. Se sanciona a quien promueva al país como un atractivo o destino turístico sexual, utilizando precisamente para ello a personas menores de edad.

La acción consiste así en promover, concepto que, según se ha explicado en otras oportunidades, se refiere al acto por medio del cual se inicia, impulsa o se trata de conseguir una cosa, un hecho o un proceso, procurando su logro,¹⁰² en este caso el ingreso a territorio nicaragüense utilizando para ello como atractivo o destino turístico la explotación sexual infantil. Por ejemplo, promueven la explotación sexual de las personas menores de edad en páginas en INTERNET en donde se advierte de la posibilidad de encontrar placer sexual con jóvenes nicaragüenses, incluso bajo una supuesta impunidad.

No es necesario que el acto de explotación sexual que se ofrece en efecto se llegue a materializar, en la medida que la acción es tan solo la de promover, entendida como iniciar, impulsar o tratar de conseguir.

Por último, resulta interesante indicar que el legislador establece una regla de extraterritorialidad en la

102 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, op.cit. p. 1844.

aplicación de esta norma al indicar que el acto mediante el cual se promueve se puede realizar dentro o fuera del territorio nacional. Lo que significa que no se requiere que la persona se encuentre en el país.

2.2 El sujeto activo y pasivo

En este ilícito el sujeto activo puede ser cualquier persona, hombre o mujer, en el tanto no se requiere para ejecutar la acción de ninguna condición especial.

El sujeto pasivo o víctima que se ve afectada con esta ilicitud puede ser también cualquier hombre o mujer, con la salvedad que dicha persona sea menor de dieciocho años de edad. Esto significa que si la promoción que lleva a cabo el sujeto de Nicaragua como destino turístico sexual, utilizando para ello personas mayores de dieciocho años, el delito no se configuraría, independientemente si el hecho para la mayoría resulte molesto, inmoral o indebido.

2.3 Elementos accesorios o circunstanciales

El tipo penal prevé varios elementos accesorios o circunstanciales. En primer término establece que la acción podría cometerse dentro o fuera del territorio nacional. Asimismo, refiere que la acción puede ser ejecutada mediante una modalidad individual, lo que no excluye sin embargo la forma grupal. También hace mención a la posibilidad que se utiliza diferentes medios, entre los que destaca operadores turísticos, campañas publicitarias o la reproducción de textos e imágenes, lo cual podría hacerse a través de las vías o canales que existan al respecto, como lo serían la radio, la televisión, los periódicos, las revistas o el INTERNET.

3. El tipo penal subjetivo

Resulta claro que se trata de un hecho doloso, pues así se desprende claramente de la descripción de la conducta dispuesta en la norma. No se requiere, en el tanto no se prevé, de ninguna finalidad o elemento especial para su configuración.

Basta con el conocimiento y la voluntad de realizar la conducta en la forma en que está prevista en la ley para indicar que el sujeto actúa con dolo.

4. El iter criminis

En esto supuesto, la acción delictiva se logra consumar con la realización del acto promocional. Con solo un acto se afecta o pone en peligro la libertad, integridad, dignidad e indemnidad sexual de las personas menores de edad. No se requiere que los turistas ingresen o lleguen al país, o bien, que una vez en el país procedan a concretar una persona menor de edad para su explotación sexual. En otras palabras, no es indispensable un resultado material.

Como delito de mera actividad y de peligro que es, basta con que se realice la acción de promover para que se configure el delito, sin que sea posible la existencia de una tentativa.

5. Autoría y participación

Como el delito puede ser llevado a cabo por cualquier persona, el mismo se puede realizar en forma directa (autor inmediato), conjuntamente con otros (coautoría), o bien, a través o por medio de otro (autoría mediata).

De acuerdo a lo que ya se ha dicho, los casos de autoría mediata se pueden suscitar cuando el agente instrumentaliza a otro, por ejemplo, actuando bajo una causal de justificación o de exculpación.

Por otra parte, quienes únicamente determinan la voluntad del sujeto activo para cometer este delito, o bien, se limitan a colaborar para que el mismo se realice, debido a que no ejecutan o toman parte de la actividad principal, sólo responden por su participación en el hecho como inductores, cooperadores necesarios o cómplices, dependiendo de cuál haya sido su contribución, recibiendo en tal carácter la pena que les corresponde, es decir, a los inductores y cooperadores se les aplicará la pena del autor, en tanto al cómplice una pena disminuida o atenuada a criterio del juzgador (ver artículos 43, 44, 72 y 74 del Código Penal), salvo lo que se dispone en el numeral 183 del Código Penal, en donde se disponen algunas reglas al respecto.

Proxenetismo

Artículo 178:

Quien induzca, promueva, facilite o favorezca la explotación sexual, pornografía y acto sexual remunerado de persona de cualquier sexo, las mantenga en ella o las reclute con ese propósito, será penado con prisión de cuatro a seis años y multa de cien a trescientos días.

1. El bien jurídico tutelado

Históricamente, el proxenetismo ha sido una figura delictiva ligada directamente a la prostitución, entendida ésta, según lo señala el Diccionario de la Lengua Española, como la actividad a la que se dedica una persona que mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero.¹⁰³ En otras palabras, comprende toda actividad sexual en la que se exige un contacto físico entre el agente y su cliente a cambio de dinero, o bien de cualquier otra ventaja o ventajas. Quedan excluidas las *prestaciones de contenido sexual a cambio de dinero en las que no existe contacto físico entre trabajador y cliente, como los supuestos de strip tease, supuestos de baile erótico con prohibición de tocamientos por parte del cliente, espectáculos en cabinas eróticas, teléfono erótico y ofertas similares.*¹⁰⁴

103 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, op. cit. p. 1848.

104 BORJA JIMÉNEZ, op. cit. p. 95.

No obstante lo anterior, y como ya se adelantó, el legislador nicaragüense propone en el artículo 178 del Código Penal un concepto diverso del proxenetismo en el que no sólo se admitiría la forma tradicional de los actos relacionados con el intercambio de actos sexuales por dinero, sino que se incluyen otros supuestos diversos a éste, como son todos los supuestos de explotación sexual, la pornografía o los actos sexuales con adolescentes a cambio de pago, sin necesidad de que se produzca contacto físico.

Además de pretender castigar la explotación sexual, la pornografía o los actos sexuales con adolescentes a cambio de pago, se ha pretendido también sancionar a aquellas otras personas que, sin tomar parte en tales actividades, hacen posible que la misma se lleve a cabo de una forma más efectiva y sencilla. Se busca castigar a todo aquel que induce, promueve, favorece o facilita estas actividades, pues si bien, y con base en la libertad o autodeterminación sexual, las personas podrían disponer de su sexualidad, sobre todo si se trata de personas mayores de edad, no se admite que otros se aprovechen de la situación personal en la que se encuentren (por ejemplo, minoridad o problemas económicos) para explotarlas sexualmente.

El derecho que tiene toda persona a no ser explotada sexualmente, el derecho a que se le respete como persona, su dignidad, lo mismo que la libertad o autodeterminación sexual, son los bienes jurídicos que se pretender proteger con este delito.¹⁰⁵

La forma en la que se aborda este problema por parte del ordenamiento jurídico nicaragüense resulta acertada,

105 LLOBET y RIVERO, op. cit. p. 279.

pues no sólo se sanciona a la persona que, por ejemplo, paga por el servicio o actividad sexual que recibe de una persona menor de edad, al contemplar tal hecho en el artículo 175 como delito independiente, sino también al que induce, promueve, favorece o facilita la materialización de estos hechos. Como ya se explicó, esta situación se ha convertido en uno de los mayores problemas que enfrentan nuestras sociedades, en donde incluso, a través del INTERNET, se presentan a nuestros países como paraísos del turismo sexual, en donde el mantener relaciones sexuales con personas menores de edad resulta impune, incluso sin importar cuáles son las verdaderas motivaciones de la persona ofendida al realizar tales actos que, lejos de dar un consentimiento totalmente voluntario y libre, muchas veces el mismo deriva de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra (v.gr. desintegración familiar, abandono, adicción a las drogas, necesidades de abrigo y alimento, etc.), que la hace presa fácil no sólo de los proxenetas, sino también de aquellos otros que pagan para por su cuerpo y que son los que permiten que la explotación sexual de ellas continúe.

2. Tipo penal objetivo

2.1 La acción

La acción de inducir consiste en instigar, persuadir, determinar o mover a alguien para que sea explotada sexual, se le utilice a nivel pornográfico o realice actos sexuales remunerados. Conforme lo dispone el legislador, lo que se busca es lograr determinar la voluntad de la persona a que se dedique a estas actividades, modificando el estado en el que se encuentra (p.ej. se busca a personas con necesidades importantes y se les informa y señala que el

pago remunerado por actos sexuales es la forma de salir de estos problemas, se contacta a jóvenes estudiantes a quienes se les señala que si se dedican a estas actividades probablemente logran conocer a algún extranjero y casarse con él). No es necesario en este caso que la persona sobre la que se actúa en efecto realice alguna de estas acciones o modifique su estado para que las ejecute, basta con que se intente determinarla para que lo haga. En este caso la instigación requiere de la realización de comportamientos positivos, es decir, acciones. No se estima posible que a través de una omisión se pueda determinar la voluntad de otro para que se dedique o bien se mantenga realizando estas acciones.

Por otra parte, promover significa iniciar o impulsar una cosa, un hecho o un proceso, procurando su logro,¹⁰⁶ es decir, cualquier de los comportamientos que se señalan en la norma, o bien, de estarse en dicho estado, manteniéndole en él. Se dice que promueve el que, con su iniciativa, trata de conseguir que la víctima realice alguna de las acciones señaladas o asuma un estado en el que resulte normal hacerlas, o bien, estando en dicho estado, lo mantenga o intensifique.¹⁰⁷ Por ejemplo, promueven la explotación sexual de las personas por INTERNET señalándoles la posibilidad de ingresar y disfrutar de determinados centros turísticos, a cambio de que vendan su cuerpo o imagen o mantengan relaciones sexuales con los huéspedes o visitantes del lugar, en especial con los extranjeros; lo mismo que el taxista, quien en el aero-

106 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, op.cit. p. 1844.

107 CREUS, op. cit. p. 198. En sentido semejante, LLOBET y RIVERO, op, cit. p. 279.

puerto promociona este hecho a un grupo de personas que él conoce.

Las acciones de facilitar y favorecer son muy semejantes. Se dice que se facilita cuando se hace fácil o se posibilita la ejecución o consecución de algo,¹⁰⁸ y este algo sería cualquiera de las acciones que la norma cita. Se señala que se facilita cuando se suministran los medios o las oportunidades (locales, clientes, etc.) para que el sujeto pasivo al que quiere explotarse o utilizarse lo haga, o quien ya se encuentra en dicho estado de explotación o utilización desarrolle las actividades propias de esa condición. En tanto que se favorece cuando se ayuda o ampara esta práctica, es decir, cuando se apoya el intento de realizarla, o bien, se fortalece la misma.

Mantiene el que conserva el estado en el que se encuentra una persona para su explotación o utilización sexual, es decir, para que prosiga en dicha actividad, estado o condición, o incrementándolos, o bien, el que no se lo impida debiendo y pudiendo hacerlo¹⁰⁹ (p.ej. los padres que pueden evitar que sus hijos lo hagan, debiendo y pudiendo hacerlo, no lo hacen).

Recluta el que convoca, enlista o reúne personas para un propósito específico,¹¹⁰ es decir, para que sean explotadas o utilizadas sexualmente por otros, sea directamente su cuerpo, o su imagen y voz. No interesa si la persona ya se encuentre en dicho estado o condición de explotación

108 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo I, op. cit. p. 1031.

109 CREUS, op. cit. pp. 198-199. Ver LLOBET y RIVERO, op. cit. p. 279

110 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, op. cit. p. 1914.

o utilización, lo importante es que por su medio tales estados o condiciones permanecen.

En ninguna de estas acciones es indispensable que la acción se repita o sea reiterativa tendiente a inducir, promover, facilitar, favorecer, mantener o reclutar la explotación sexual, la utilización de la persona para efectos pornográficos o bien para que se le remunere por los actos sexuales que realiza con otro. Es suficiente que la conducta se produzca una sola oportunidad, siempre que se establezca que el sujeto activo pretendía a través de su acción algunos de los actos que la norma prohíbe.

En este mismo orden de ideas, no resulta necesario que el objetivo del sujeto activo se materialice, basta con que la acción se dirija hacia ello. No es esencial que la víctima sea explotada o utilizada o asuma esa condición, ni que dicho estado, de existir, se mantenga, continúe o se intensifique. Lo que se requiere es que la acción esté dirigida a alcanzarlo o a que la persona realice alguno de los comportamientos prohibidos y respecto a los cuales se le quiere proteger de otros.¹¹¹

La inducción, promoción, facilitación, favorecimiento, mantenimiento o reclutamiento no requiere que para la configuración básica o simple del delito, que se utilicen medios o formas específicas. Cualquier acción que resulte ser idónea para alcanzar el resultado, podría ser suficiente para que se configure la existencia de este delito.

2.2 El sujeto activo y pasivo

El tipo penal en su forma básica no requiere que el sujeto activo o agente posea de alguna condición o carac-

111 CREUS, op. cit. p. 203.

terística especial. Cualquier persona puede llevar a cabo las acciones a través de las cuales se puede inducir, promover, favorecer, facilitar, mantener o reclutar. El sujeto consecuentemente puede ser cualquier persona, sin distinción del sexo.

Lo mismo sucede en cuanto al sujeto pasivo o víctima. De acuerdo con lo dispuesto en la norma, puede ser tanto una persona menor de edad, como una persona adulta, lo mismo que una mujer que un hombre.

Respecto al sujeto pasivo, se sigue la posición doctrinal que señala que no interesa cuál es la capacidad que ostenta, pues lo esencial, según el bien jurídico tutelado, es proteger a la víctima de no ser utilizada o explotada sexualmente.¹¹²

3. Tipo penal subjetivo

Dada la forma en la que está redactado el tipo penal, la acción realizada por el sujeto activo debe ser dolosa. Debe conocer y querer en efecto, a través de su conducta, la acción que se encuentra prevista en la norma. No se requiere además de ningún elemento subjetivo distinto o motivación especial que lo complemente, basta –en tesis de principio– con que conozca y quiera la acción para que se configure el delito.

4. El iter criminis

En estos casos, la acción delictiva se logra consumir con la realización de los comportamientos o actos que puedan lograr que una persona en efecto pueda verse influencia-

112 CREUS, op. cit, p. 202.

da para que realice alguna de las conductas que se pretenden evitar, o bien, en el caso de que ya ésta se encuentre en un estado en las que las ejecute, que tengan la capacidad para mantenerse en él y agravarlo, claro está, siempre que el sujeto tenga el propósito de hacerlo así, según los elementos que el tipo penal exige.¹¹³

Algunos admiten la existencia de una tentativa en estos delitos,¹¹⁴ sin embargo, dada la forma en la que está descrito el tipo penal, resulta claro que se trata de un delito de mera actividad, en el que su realización coincide con el acto mismo, sin que sea necesario la producción de un resultado. La acción conlleva en sí un disvalor y no se requiere de ningún resultado posterior.

5. Autoría y participación

Como el delito puede ser llevado a cabo por cualquier persona, el mismo se puede realizar en forma directa (autor inmediato), conjuntamente con otros (coautoría), o bien, a través o por medio de otro (autoría mediata).

Los casos de autoría mediata se pueden suscitar cuando el agente instrumentaliza a otro, quien, por ejemplo, actuando bajo una causal de justificación o de exculpación, procede a inducir, promover, facilitar, mantener o reclutar (p.ej. el profesor de un colegio a quien se le amenaza con la muerte de su familia, en el caso de que no persuada a sus estudiantes a ofrecer favores sexuales a cambio de dinero).

113 CREUS, op. cit. p. 203.

114 DONNA, OP.CIT. 468. Ver también, CREUS, op. cit, p. 203 y LLOBET y RIVERO, op. cit. P.

Por otra parte, quienes únicamente determinan la voluntad del sujeto activo para cometer este delito, o bien, se limitan a colaborar para que el mismo se realice (p.ej. le prestan un vehículo), debido a que no ejecutan o toman parte de la actividad principal, sólo responden por su participación en el hecho como inductores, cooperadores necesarios o cómplices, dependiendo de cuál haya sido su contribución, recibiendo en tal carácter la pena que les corresponde, es decir, a los inductores y cooperadores se les aplicará la pena del autor, en tanto al cómplice una pena disminuida o atenuada a criterio del juzgador (ver artículos 43, 44, 72 y 74 del Código Penal), salvo lo que se dispone en el numeral 183 del Código Penal, en donde se disponen algunas reglas al respecto.

Proxenetismo agravado

Artículo 179:

La pena será de seis a ocho años de prisión y multa de trescientos a seiscientos días cuando:

- ***a) La víctima sea menor de dieciocho años o con discapacidad;***
 - ***b) Exista ánimo de lucro;***
 - ***c) Medie engaño, violencia, abuso de autoridad o cualquier medio de intimidación o coerción;***
- d) El autor cometa el delito prevaliéndose de una relación de superioridad, autoridad, parentesco, dependencia o confianza con la víctima, o de compartir permanentemente el hogar familiar con ella.

1. Agravante en virtud de la edad de la víctima o de su condición

Las reformas que en el ámbito internacional han motivado las reformas o modificaciones de las legislaciones jurídico-penales en el ámbito sexual, se orientan, conforme lo hemos dicho, a proteger a las personas más vulnerables de la sociedad, como lo son las personas menores de edad o los incapaces.

En lo esencial, se estima que la indemnidad sexual de estas personas, y no tanto su libertad o autodeterminación sexual, debe protegerse con mayor rigurosidad en el supuesto de que las personas sean menores de edad o incapaces. Son personas menores de edad, según lo establece la normativa nicaragüense, aquella que no ha

alcanzado aún los dieciocho años; en tanto el incapaz es la persona que no tiene la capacidad suficiente para actuar y decidir libremente sobre su vida, en especial sobre su sexualidad.

De acuerdo con lo anterior, la agravante sobreviene en razón de que la persona aún no ha adquirido la madurez o el desarrollo necesarios para actuar libremente, o bien, independientemente de cuál sea el origen, no puede decidir con libertad y claridad en razón de que no tiene la capacidad para hacerlo.

Para efectos de que la agravante se aplique, es indispensable que el sujeto activo realice la acción delictiva con conocimiento y voluntad, no sólo de los aspectos básicos de la figura, sino también de que está realizando la acción con respecto a una persona menor de edad o un incapaz.

2. Agravante en razón de la finalidad de lucro que se busca

Si bien no se requiere de ningún elemento subjetivo distinto del dolo para que se configure el delito en su forma simple, en este supuesto agravado la situación varía, pues el sujeto activo debe actuar motivado con el elemento subjetivo o la finalidad especial, cual es la de obtener un beneficio de naturaleza económica. Como lo explica la doctrina, el **ánimo de lucro** se refiere *“a la ganancia o provecho económico que el agente espera obtener para sí (...) provenga el lucro directamente de la actual o posterior actividad de la víctima o trate de un provecho que se espera en virtud del mismo estado en que aquélla se cons-*

tituye (p.ej. la exclusión del corrompido de una herencia en beneficio del agente).”¹¹⁵

No es indispensable que el sujeto activo en efecto logre alcanzar este propósito, sino que el delito en su forma agravada se configura en la medida que su actuar se ve motivado por este objetivo, independientemente de que obtenga o no el beneficio que se espera recibir. Asimismo, el beneficio económico lo debe ser para el sujeto activo, no así para otras personas, o bien, para la propia víctima.

Si no media el elemento intencional o subjetivo especial que lo determina el ánimo de lucro, ello no significa que el delito no existe, pues como se dijo, este elemento subjetivo especial lo es únicamente para la configuración de la agravante. En otras palabras, de no mediar una finalidad de lucro por parte del agente al inducir, favorecer, facilitar, mantener o reclutar algunas de las acciones o situaciones señaladas, dicho proceder siempre se castigará mediante su forma simple.

3. Agravante en razón de la modalidad de la acción o del vínculo de la víctima e imputado

Finalmente, en los incisos b y c de este numeral, el legislador establece como agravantes una serie de situaciones en las que se prevé un reproche mayor en razón, en primer término, de la **forma** o del **medio** empleado para realizar la acción, a saber, el engaño, la violencia, el abuso de autoridad, o bien, de cualquier medio de intimidación o coerción; y en segundo lugar, dado el **vínculo** o la **rela-**

115 CREUS, op. cit. p. 199.

ción que el sujeto activo mantiene con la víctima, como lo son la superioridad, autoridad, parentesco, dependencia, o confianza con ésta, lo mismo que por el hecho de compartir permanentemente el hogar con ella, circunstancias estas últimas que las utiliza el sujeto activo, prevaleciéndose sobre las mismas, para cometer el delito.

Dado que tales términos ya han sido analizados al abordarse el delito de violación, estupro, abusos sexuales o acoso sexual, se remite a lo expuesto sobre dichos temas en tales ilícitos, con las diferencias o adaptaciones que deben hacerse en razón de que tales circunstancias agravantes están en este caso dirigidas a cometer el delito de proxenetismo.

Rufianería

Artículo 180:

Quien por medio de amenazas o coacciones, se haga mantener económicamente, aún de manera parcial, por una persona que realice acto sexual mediante pago, será penado con prisión de tres a cinco años y multa de sesenta a doscientos días.

Si la víctima fuere menor de dieciocho años o con discapacidad, la sanción será de cinco a siete años de prisión y de doscientos a cuatrocientos días de multa.

1. El bien jurídico tutelado

Como se ha dicho, la forma en la que aborda el legislador algunos de los delitos cambia respecto a la forma tradicional de su tratamiento en la doctrina y en la legislación. La rufianería cambia al dejar de utilizar el concepto de prostitución como uno de los elementos integrantes del tipo, e incluye una frase menos estigmatizante como lo es realizar actos sexuales mediante pago. Con esto se pretende superar la idea que la prostitución era un acto absolutamente libre y voluntario de las personas, independientemente de su edad, todo con el propósito de excluir del derecho penal los actos sexuales remunerados que se realizaban con personas menores de edad.

La realización de actos sexuales remunerados como tal no se prohíbe cuando las personas involucradas son mayores de edad y en pleno ejercicio de su capacidad para actuar. Incluso, la persona mayor de edad que de

manera libre y voluntaria se dedica a este tipo de actividades no recibe sanción alguna por parte del sistema penal nicaragüense.

No obstante lo anterior, el legislador sí estimó necesario, siguiendo la doctrina y las tendencias actuales, castigar a la persona que de manera abusiva o ilegal se hace mantener por aquella que se dedica a realizar actos sexuales mediante pago, es decir, se hace mantener de lo que esta actividad genera para la persona que la realiza.

Se pretende proteger de esta forma la dignidad de la persona, su autoestima y el derecho que tiene de decidir a la vez sobre su libertad o autodeterminación sexual. Si la persona los realiza, ella sabrá cuándo, cómo y con quién está dispuesta a mantener una relación sexual a cambio de dinero o de otras ventajas económicas, y no porque otra persona le impone hacerlo para que la mantenga.

No es el patrimonio como lo estimó alguna doctrina lo que se protege en estos casos,¹¹⁶ el comportamiento repudiable de quien se hace mantener o bien la honestidad pura y simple. Lo que se pretende tutelar a través de esta ilicitud es la libertad o la autodeterminación sexual de las personas, lo mismo que su integridad sexual, su dignidad y el derecho que todos tienen a no ser explotados sexualmente por otros.

116 SOLER, op. cit. p. 321.

2. Tipo penal objetivo

2.1 La acción

El núcleo fundamental de este delito consiste en hacerse mantener por otro que se dedica a realizar actos sexuales mediante pago. En lo esencial, la acción consiste en explotar sexualmente a otra persona que realiza este tipo de actos. Cuando se dice hacerse mantener el comportamiento ilícito implica alguna continuidad o permanencia de esta exigencia de una persona hacia otra. El hacerse mantener es, en consecuencia, *vivir de la actividad que ejerce la víctima del delito, en todo en parte, implica pues, la creación de un estado de dependencia económica total o parcial de carácter permanente*.¹¹⁷

No es necesario que el sujeto activo se haga mantener totalmente de la víctima, pues el propio tipo penal establece la posibilidad que ello sea en forma parcial. Por ejemplo, el sujeto obliga a la víctima a que le de parte de las ganancias para realizar ciertas compras que requiere constantemente, dado que tiene otros ingresos que le permiten completar el dinero que requiere para suplir las demás necesidades.

En razón de ello, no constituye la acción prevista en la norma consistente en hacerse mantener, cuando lo que se recibe de la persona que ejecute dichos actos son obsequios ocasionales o contribuciones esporádicas, pues no sólo no implican permanencia, sino tampoco constituyen una forma de obtener una subsistencia indebida.

Quedan excluidas de este ilícito, por ejemplo, los casos en los que la persona es mantenida a través de lo

117 LLOBET y RIVERO, op. cit. op. 284.

que genera esta actividad, cuando son los padres los que reciben la única ayuda del hijo o la hija que a ello se dedica, cuando además no media ninguna coacción para que así ocurra, y esta ayuda o subsistencia es la única que el hijo o la hija les puede ofrecer. Se dice al respecto, que no existe rufianería cuando existe el deber legal de subsistencia de una persona a otra.¹¹⁸

El rufián por otra parte no induce, promueve, favorece, facilita, mantiene o recluta a una persona para que se dedique a esta actividad, sino que tan sólo explota las ganancias que de ella derivan. Incluso se ha dicho que no es rufián, la persona que se hace mantener de otra que es proxeneta, dado que ésta no se dedica a realizar actos sexuales a cambio de dinero.¹¹⁹

2.2 El sujeto activo y pasivo

El sujeto activo puede ser cualquier persona en la medida que el tipo penal no requiere de ninguna condición o característica especial para ello.

En cuanto al sujeto pasivo sucede lo mismo, éste puede ser cualquier persona. No interesa el sexo de la víctima. Lo único que se requiere es que la misma se dedique o realice actos sexuales a cambio de dinero y de que ello deriva ganancias que hacen posible que otra persona la explote.

2.3 Agravantes

Resulta importante un tratamiento diferenciado en cuanto a la pena a imponer si la persona es menor de edad o con

118 SOLER, op. cit. p. 321.

119 LLOBET y RIVERO, op. cit. pp. 284-285.

discapacidad, o bien, si el autor del ilícito es la persona con la que está ligado en matrimonio o unión de hecho, pues precisamente por esa condición las mismas resultan ser más vulnerables que las demás personas.

Respecto al vínculo matrimonial o de unión de hecho debe tenerse en cuenta que la persona no sólo sería más vulnerable respecto a su compañero o compañera, sino también que por este medio se estarían quebrantando los derechos y las obligaciones que las personas tienen con las que se relacionan, es decir que se generen con este vínculo, y de ahí que el reproche deba ser mayor que en aquellos casos en los que existen tales vínculos.

2.4 Elementos accesorios o circunstancias

No basta que la persona se haga mantener de otra, sino que se requiere además que el sujeto activo lo realice por medio de amenazas o bien coacción. En otras palabras, se requiere de la existencia de una vis compulsiva de parte del sujeto activo sobre la víctima, en la que se anule, limite o restrinja la voluntad, y en consecuencia, la libertad o autodeterminación de esta última.

Si de forma libre y voluntaria la persona que se dedica a esta actividad decide mantener a su esposo o concubino, y éste sencillamente se aprovecha de esta situación, no existiría la rufianería. Lo mismo sucede cuando el sujeto lo que hace es dejarse mantener a través de un engaño, lo que sucedería, por ejemplo, cuando el sujeto se dice enfermo y sin posibilidad de trabajar, para que la persona le de la subsistencia necesaria.

3. Tipo penal subjetivo

Está claro que la acción prevista en este ilícito debe ser dolosa, toda vez que al utilizarse amenazas o coacción para lograr que la persona se haga mantener por otra, no existe duda que en dicho proceder debe mediar necesariamente conocimiento y voluntad de realizar dicha ilicitud bajo esta forma.

No es indispensable que el sujeto activo en efecto logre alcanzar este propósito, ya que es admisible la tentativa, en el tanto el sujeto intente mediante la coacción o la amenaza hacerse mantener y ello es evitado por la propia víctima o por la acción de un tercero.

Limitaciones procesales

Artículo 181:

Cuando el delito sexual sea cometido contra niños, niñas y adolescentes, no habrá lugar al trámite de la mediación, ni cualquier beneficio de suspensión de pena.

La inclusión de esta norma en el Código Penal no resulta se adecuada, pues si bien el lugar en donde se encuentra prevista una disposición no determina la naturaleza jurídica de la misma, es decir, si es procesal o sustantiva, sí se estima conveniente que, según sea su naturaleza, las normas se ubiquen en el cuerpo legal que ellas corresponda.

Queda claro que con esta norma se establece una prohibición expresa para que no se aplique la mediación, que es una salida al proceso, o cualquier beneficio de suspensión de la pena (una vez dictado el fallo y adquirido firmeza).

Se intenta proteger en todo momento a la persona menor de edad en razón del interés superior que exige salvaguardar los derechos y las garantías de las que gozan como infantes o personas en desarrollo.

Respecto a la mediación se estima que dicha salida procesal no constituye una efectiva solución al conflicto surgido, pues al mediar se supone que las personas tratan de transar o llegar a un acuerdo, acercamiento que se produce en paridad de condiciones. Esta paridad sin embargo no es posible cuando el delito es cometido en perjuicio de personas menores de edad, toda vez que se

está ante un adulto imputado y un niño, niña o adolescente ofendido.

Por ejemplo, en torno a la aplicación de la conciliación en delitos sexuales con personas menores de edad, cuyo efecto, el igual que la mediación, es la finalización del proceso y el conflicto, se ha dicho lo siguiente: *Los graves problemas de asimetría entre víctima y victimario pueden ser muy serios en cualquier conciliación, pero se agravan aún más cuando la víctima es una persona menor de edad que ha sufrido un grave vejamen; la agresión que sufren las personas menores de edad en los hechos vinculados a la Explotación Sexual Comercial, no se manifiesta sólo en el hecho criminal, sino que es un proceso acumulativo de origen estructural. No podemos asumir una visión ingenua sobre las relaciones de dominación que se producen entre las personas, sin necesidad de que intervenga un poder estatal formal. ¿Tendrá libertad la persona menor de edad de escoger la solución más conveniente? La asimetría entre la víctima y el victimario se puede agravar en un escenario procesal, cuyas formalidades no captan las relaciones de poder que generaron los graves abusos contra la dignidad y libertad de las víctimas.*¹²⁰

Se agrega además que en estos casos las salidas como la conciliación, que es semejante a la mediación en cuanto al fin que se busca, no resultan aplicables a esta clase de ilícitos. *En infracciones tan graves, no se justifica una privatización del conflicto, que es lo que al fin y al cabo representa la conciliación. La especial protección que merecen las personas menores de edad frente a infracción que lesionan su integridad y su dignidad, no justificaría*

120 CRUZ y MONGE, op. cit. p. 57.

*propiciar soluciones alternativas del proceso que pongan a la víctima y al victimario en la búsqueda de un pacto que nunca solventará los efectos, individuales y sociales, que tales ilícitos han ocasionado.*¹²¹

Tampoco se admite la posibilidad de que la persona reciba cualquier beneficio de la suspensión de la pena, en la medida que se considera que los delitos vinculados con la explotación sexual de las personas menores de edad constituyen un atentado muy grave a la dignidad e indemnidad sexual de personas que requieren una tutela judicial efectiva. No obstante lo anterior, también se podría pensar que dicha limitación en este caso constituye un quebranto indebido al principio de igualdad de las personas, en el tanto las razones que se dan en torno a la gravedad del hecho podrían no justificar un trato diferenciado para otros en materia de delitos sexuales. Este aspecto tendrá que resolverlo el órgano o tribunal constitucional de Nicaragua que se le presente la respectiva acción o recurso.

121 CRUZ y MONGE, op. cit. p.. 57.

Trata de personas con fines de esclavitud o explotación sexual

Artículo 182:

Quien en ejercicio de poder o valiéndose de amenazas, ofrecimientos, engaños, promueva, facilite, induzca o ejecute la captación, reclutamiento, contratación, transporte, traslado, retención, acogida o recepción de personas con fines de esclavitud o explotación sexual, para que la misma sea ejercida dentro o fuera del territorio nacional, aun con el consentimiento de la víctima, será sancionado con pena de prisión de siete a diez años.

Si la víctima es una persona menor de dieciocho años, o persona con discapacidad, o el hecho fuere cometido por los familiares, tutor o encargado de la educación, guarda, o custodia, guía espiritual o comparta permanentemente el hogar familiar de la víctima, o medie una relación de confianza, la pena será de diez a doce años de prisión.

Quien venda, ofrezca, entregue, transfiera o acepte a una niña, niño o adolescente en la que medie o no pago o recompensa con fines de explotación sexual, será sancionado con pena de ocho a doce años de prisión. Igual pena se aplicará a quien oferte, posea, adquiera o acepte la venta de una niña, niño o adolescente con fines de adopción ilegítima.

1. El bien jurídico tutelado

La explotación sexual de las personas en los últimos tiempos, según lo hemos indicado, ha alcanzado límites insospechados. El avance de la tecnología y las nuevas formas de lograr la comunicación, han permitido que las relaciones entre las personas no sólo sean más rápidas y efectivas, sino que también que en algunos casos se cometan los atropellos más atroces que se puedan pensar, desde de contratar a personas para que acaben con la vida de otro, ofrecer y comprar órganos, tejidos o fluidos humanos, hasta realizar una serie de transacciones o de actos que conllevan una explotación sexual.

Dentro de los diferentes quebrantos a los derechos de las personas, la trata o comercialización de personas ha sido una de las formas graves a través de las cuales dichos ataques o violaciones se agudizan.

Lo que se busca con el delito de trata o tráfico de personas con fines de esclavitud o explotación sexual es precisamente evitar que estos ataques o violaciones se sigan perpetrando. Lo que se pretende proteger, en consecuencia, es la dignidad, la libertad en general, la indemnidad sexual, la integridad sexual, la libertad o autodeterminación sexual y el derecho de que tiene toda persona a no ser explotada física, emocional o sexualmente.

2. Tipo penal objetivo

2.1 La acción

Atendiendo a lo dispuesto en la normativa internacional y en la doctrina más autorizada se castigan todos los actos que hagan posible que una persona se convierta en esclava o sea explotada sexualmente dentro o fuera del

territorio nacional. Para estos efectos el legislador nicaragüense castiga a quienes promuevan, faciliten, induzcan o ejecuten a personas con este fin, utilizando para ello su reclutamiento, contratación, retención, acogida, recepción o traslado, independientemente de que la acción se ejecute dentro o fuera del territorio nacional.

Con respecto a esta última situación, la forma en cómo el legislador nicaragüense prevé esta ilicitud, podría pensarse que resulta ser diferente a la manera en la que tradicionalmente se ha regulado, pues dice que la esclavitud o explotación sexual podría ser ***ejercida dentro o fuera del territorio nacional***. Sin embargo se estima que, de acuerdo con la naturaleza misma de esta ilicitud y de acuerdo con lo que la normativa internacional busca, lo que se pretende sancionar es el tráfico de personas mediante su ingreso o salida del país para que sean utilizadas o explotadas indebidamente. Lo que se busca, consecuentemente es evitar la entrada o salida del país de personas para que se convirtieran en esclavas o sean explotadas sexualmente.¹²² Se estima que el numeral 182 se debe analizar en armonía con las demás disposiciones que contiene el Código Penal. En este sentido, se debe recordar que el propio legislador estableció sanción expresa para la explotación sexual de las personas menores de edad (Art. 175). Por otra parte, si bien no se sanciona a las personas mayores de edad que mantengan relaciones sexuales remuneradas, sí constituyen delito aquellas acciones en las que, de forma irregular, se pretenda inducir, promover, facilitar o favorecer la explotación sexual de cualquier

122 CREUS refiere que la que se promueve o facilita es la entrada o salida del territorio nacional, op. cit. pp. 214-215. Así también, LLOBET y RIVERO, op, cit. p. 285.

persona (proxenetismo), o bien, los supuestos en los que el sujeto activo se hace mantener de las ganancias que se derivan de un acto sexual remunerado realizado por otro (rufianería). En este mismo orden de ideas, el legislador también previó una figura especial para sancionar la esclavitud, denominada **discriminación, servidumbre, explotación**, prevista y sancionada en el inciso c) del numeral 315 del Código Penal. En esta disposición se establece que se impondrá una pena de tres a seis años a quien someta, reduzca o mantenga a otra en esclavitud, servidumbre o cualquier otra situación contraria a la dignidad humana en la actividad laboral. Como se aprecia de lo anterior, las acciones que se pretenden realizar con el delito de trata de personas, ya estarían sancionados cuando se realicen en el territorio interno de Nicaragua.

Ahora bien, en cuanto a las acciones propiamente que se sancionan con el delito denominado trata de personas con fines de esclavitud o explotación sexual, se debe tener presente que, en cuanto al verbo promover, conforme a lo que ya hemos indicado en otros momentos, significa iniciar o impulsar una cosa, un hecho o un proceso, procurando su logro,¹²³ en este caso, la esclavitud o explotación de las personas mediante su reclutamiento, contratación, retención, acogida, recepción o traslado dentro o fuera del territorio nacional.¹²⁴

Por su parte, se comete la ilicitud mediante la acción de facilitar cuando se hace fácil o se posibilita la realización o consecución de algo,¹²⁵ y este algo sería, según lo

123 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, op.cit. p. 1844.

124 CREUS, op. cit. p. 198. En sentido semejante, LLOBET y RIVERO, op. cit. p. 279.

125 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo I, op. cit. p. 1031.

estableció el legislador, la esclavitud o explotación sexual de personas. Específicamente, se dice que se facilita cuando se suministran los medios o las oportunidades (locales, horarios, clientes, transporte, medios, etc.) para lograr que el sujeto pasivo se convierta en esclavo o sea explotado sexualmente

Induce quien instiga, persuade, determina o mueve a alguien para su reclutamiento, contratación, retención, acogida, recepción o traslado dentro o fuera del territorio nacional, a fin de que sea esclava o explotada sexualmente. Conforme lo dispone el legislador, lo que se busca es lograr determinar la voluntad de la persona para ello mediante amenazas, ofrecimientos o engaños, o bien ejerciendo el poder que ostenta sobre la misma.

Finalmente, ejecuta el que lleva a cabo o realiza cualquier de las acciones de reclutamiento, contratación, retención, acogida, recepción o traslado dentro o fueron del territorio nacional, a fin de que una persona sea esclava o explotada sexualmente. Así, **recluta** quien reúne gente para un propósito determinado;¹²⁶ **contrata** quien pacta o conviene con otro para alguna actividad, o bien, quien obliga o ajusta a alguien mediante convenio para que realice un servicio;¹²⁷ **transporta** o **traslada** quien lleva a alguien de un lugar a otro;¹²⁸ **retiene** el que impide, detiene o conserva a otro en un lugar;¹²⁹ **acoge** quien admite

126 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, op. cit, p. 1914.

127 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo I, op. cit. p. 644.

128 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, op. cit, p. 2217.

129 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, op. cit. p.1963.

o da refugio a otro en su casa u otro sitio;¹³⁰ y **recepta** la persona que recibe o acoge a otro, lo mismo que quien lo oculta o encubre.¹³¹ Todas estas acciones se ejecutan con el propósito de que la persona que se recluta, contrata, transporta, traslada, retiene, acoge, retiene o recepta sea convertida en esclavo o se explote sexualmente.

No es necesario en ninguno de estos casos que el sujeto activo logre que la persona sobre la que se actúa en efecto realice alguna de estas acciones que pretende o modifique su estado, basta con que su proceder tenga este propósito.

En el último párrafo se prevén dos situaciones más como delitos, la primera se refiere a la de vender, ofrecer, entregar, transferir o aceptar a una niña, niño o adolescente en la que medie o no pago o recompensa con fines de explotación sexual. En segundo lugar se sanciona a quien oferte, posea, adquiera o acepte la venta de una niña, niño o adolescente con fines de adopción ilegítima. En estos supuesto no interesa si el fin que se busca se alcanza o no, lo que resulta importante es que por estos ilícitos se hace al niña, niño o adolescente un objeto o mercancía más que puede ser transada y ello no se puede admitir.

2.2 El sujeto activo y pasivo del delito

El legislador no señaló condición alguna para el sujeto que realiza la acción, de tal suerte que cualquier persona, hombre o mujer, pueden ser los autores de este hecho. Consecuentemente, si cualquier persona puede ser

130 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo I, op. cit. p. 31.

131 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, op. cit. p. 1963.

el autor de este hecho, la ilicitud puede ser cometida en forma directa (autoría directa o inmediata), conjuntamente con otros (co-autoría), o bien, a través de otros que actúan como instrumentos del verdadero responsable del hecho (autoría mediata o indirecta).

El legislador tampoco establece condición alguna para el sujeto pasivo o víctima de esta ilicitud. Puede ser un hombre o una mujer la persona afectada por esta ilicitud. Se deja de lado, de esta forma, las viejas concepciones que imponían condiciones específicas en torno a la víctima, como lo era el ser mujer o tener su piel blanca, de ahí incluso que en algún momento de la historia se le denominara a esta delincuencia como “*trata de blancas*”, para diferenciarlas de la esclavitud de las personas con piel negra.

De igual forma, todo aquel que contribuya de alguna manera a la realización de este delito, pero sin ejecutar alguna de las acciones que se prevén como constitutivas del mismo, es decir, aquellos que participan en el ilícito sin tener dominio del hecho (el sí y el cómo del delito), responderán como partícipes del mismo.

Por último, si bien el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, el legislador estableció en el párrafo segundo del numeral 183 una agravante cuando la víctima es menor de dieciocho años de edad o persona discapacitada, pues se estima, conforme se ha indicado, que dado que aun no ha alcanzado la mayoría de edad, o por el estado en el que se encuentra, no sólo no tiene la capacidad suficiente para decidir libremente sobre este tipo de actividad, sino también porque, precisamente por esta razón, resulta ser más vulnerable.

También se agrava cuando fuere cometido por los familiares, tutor o encargado de la educación, guarda, o

custodia, guía espiritual o comparta permanentemente el hogar familiar de la víctima, o medie una relación de confianza, conceptos a los que ya se ha hecho referencia cuando se trató la violación agravada, el estupro, los abusos sexuales, por ejemplo, a los cuales se remite para su interpretación y aplicación.

2.4 Elementos accesorios o circunstanciales

No interesa, a efectos de cometer el delito, si medió o no voluntad o consentimiento de parte de las personas afectadas, pues independientemente de ello se castiga a quien realiza alguna de las acciones previstas en el tipo penal, dado que puede ser con el consentimiento de éstas, o bien sin su consentimiento.

Hay consentimiento cuando de manera libre y voluntaria, teniendo la capacidad para poder decidir, la persona acepta el que se le reclute, contrate, traslade, retenga, acoja o reciba, pues lo que se pretende es evitar que sea convertida en esclava o sea explotada sexualmente.

En cuanto al ejercicio de poder o a las amenazas, es decir, a través de cualquier forma compulsiva, se debe estar a lo que ya se ha explicado con respecto a las amenazas, intimidaciones o violencias psicológicas, con la salvedad que dichos mecanismos están dirigidos en estos casos a permitir la conversión de una persona en esclava o para que sea explotada sexualmente.

Cuando se habla de ofrecimiento se piensa en las promesas, recompensas o ventajas que se recibirán por algo o por alguna acción. Los engaños por su parte están referidos a los mecanismos de fraudulentos que se utilizan para generar en otro una falsa representación de una situación y así convencerlo para que ejecute o realice algún comportamiento. En cualquier de los dos

supuestos, lo que busca es lograr que la persona afectada de su consentimiento, incluso -respecto a los mecanismos engañosos- aún en forma viciada. Se produce así una relación de medio a fin, en donde si bien no hay una vis compulsiva, si se utilizan diferentes formas a través de las cuales se generan expectativas (ofrecimientos) o falsas representaciones (engaño) en las víctimas, como lo sería la obtención de ventajas o beneficios, a fin de que la misma acepte su reclutamiento, contratación, transporte, traslado, retención, acogida o recepción para su esclavitud o explotación sexual, sin saber muchas veces -por ejemplo en los supuestos de engaño- cuál es la verdadera intención del sujeto activo.

3. Tipo penal subjetivo

La acción, al igual que en todos los delitos contra la libertad en general o contra la libertad o autodeterminación sexual, es de naturaleza dolosa, por lo que el sujeto activo no sólo debe conocer, sino que también debe querer la realización de la conducta descrita en el tipo penal.

Este dolo además resulta ser especial, pues el legislador además requiere de un elemento subjetivo o intencional, cual es el que la acción sea con un propósito concreto, cual es el de convertir a la persona ofendida en esclava o bien con el propósito de que sea explotada sexualmente.

4. El iter criminis

El delito se consuma en el preciso momento que el sujeto activo realiza cualquier de las acciones establecidas. No

interesa para estos efectos el que el sujeto activo logre el fin o el propósito que busca.

5. Autoría y participación

Según lo que se indicó en cuanto al sujeto activo, al no establecerse condición especial alguna para realizar este delito, es decir, al ser posible su realización por cualquier persona, resulta posible que el mismo se pueda llevar a cabo en forma directa (autor inmediato), conjuntamente con otros (co-autoría), o bien, a través o por medio de otro (autoría mediata).

Una de las formas más comunes a través de las que se suscita esta delincuencia, lo es la co-autoría. Son bandas o grupos organizados a nivel internacional los que precisamente se dedican a realizar este tipo de ilícitos, incluso con la participación de funcionarios públicos que, quienes aprovechado las tareas que realizan o los puestos que ocupan, hacen posible muchas veces que la ejecución de esta ilicitud se facilite. En estos casos, dependiendo de cuál sea la intervención de estas personas, las mismas pueden ser co-autoras del hecho (lo que ocurre cuando existe un dominio funcional), o bien, partícipes de éste (no tienen dominio del hecho, no realizan la acción descrita en el tipo penal).

Disposiciones comunes

Artículo 183:

“Cuando el autor de violación agravada, estupro agravado, abuso sexual, explotación sexual, actos sexuales con adolescentes mediante el pago y pornografía, promoción de turismo con fines de explotación sexual, proxenetismo agravado, rufianería o trata de personas con fines de esclavitud o explotación sexual sea el padre, madre o responsable legal del cuidado de la víctima, se impondrá además la pena de inhabilitación especial por el plazo señalado para la pena de prisión de los derechos derivados de la relación madre, padre e hijos, tutela o guarda.

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos de explotación sexual, actos sexuales con adolescentes mediante pago y pornografía, rufianería o trata de personas con fines de esclavitud o explotación sexual, previstos en los capítulos anteriores, serán castigados con una pena atenuada cuyo límite máximo será el límite inferior de la pena prevista en la ley para el delito de que se trate y cuyo límite mínimo será la mitad de aquél.”

1. Análisis del inciso primero

En este caso, el legislador lo que ha decidido imponer, además de la pena principal que se encuentra prevista en el tipo penal respectivo, una sanción accesoria para ciertos sujetos especiales cuando cometen los delitos de violación agravada, estupro agravado, abuso sexual, explo-

tación sexual, actos sexuales con adolescentes mediante el pago y pornografía, promoción del turismo con fines de explotación sexual, proxenetismo agravado, rufianería o trata de personas con fines de esclavitud o explotación sexual. Sólo con respecto a estos ilícitos el legislador estimó importante imponer la pena accesoria, la cual consiste en inhabilitar por un tiempo igual al de la pena de prisión a los padres, tutores o guardadores de las personas menores de edad o incapaces de los derechos o facultades que dicha posición les otorga.

2. Análisis del inciso segundo

El legislador decidió imponer una pena menor para todos aquellos que actúan provocando, conspirando o proponiendo la comisión de los delitos de explotación sexual, actos sexuales con adolescentes mediante el pago y pornografía, promoción del turismo con fines de explotación sexual, proxenetismo, rufianería o trata de personas con fines de esclavitud o explotación sexual.

Llama la atención la limitación de esta medida sancionatoria, pues no existe ninguna razón para que no se aplique también en los demás delitos que atentan contra la libertad o la autodeterminación sexual de las personas.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- BREGLIA ARIAS**, Omar y **GAUNA**, Omar. *Código Penal y leyes complementarias*, Astrea, Buenos Aires, 1.994.
- BRENES CÓRDOBA**, Alberto. *Tratado de las Personas*, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1984.
- CREUS**, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1.993.
- CRUZ**, Fernando y **MONGE**, Ivannia. *Explotación sexual comercial. Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales*, OIT/IPEC, Oficina Internacional del Trabajo, San José Costa Rica, 2004.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA**, Tomo I y II, Real Academia de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid-España, 2001
- DONNA**, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo I*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999
- DONNA**, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Integridad Sexual*. Segunda edición actualizada. Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, 2005.
- FERNÁNDEZ**, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. B de F litda. Buenos Aires-Montevideo, 2004.
- GÓMEZ MORA**, Lilliam. *Temas de importancia en la investigación de los delitos sexuales contra personas menores de edad*, Imprenta Judicial, San José, 2.000.
- OIT-IPEC**. *Documento básico de información sobre la problemática de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*. Centroamérica, Panamá y República

Dominicana, Oficina Internacional del Trabajo, OIT/ IPEC, Costa Rica, 2004.

LLOBET RODRIGUEZ, Javier y **RIVERO SÁNCHEZ**, Juan Marcos, *Comentarios al Código Penal*, Editorial Juricentro, San José-Costa Rica, 1989.

PERRONE, Reynaldo y **NANNINI**, Martine. *Violencia y abusos sexuales en la familia. Un abordaje sistémico y comunicacional*, Paidós Terapia Familiar, Buenos Aires, Argentina, 1998.

RIVERA LLANO, Abelardo. *La victiminología. ¿Un problema criminológico?*, Librería Jurídica Radar Ediciones, Colombia, 1997.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Tipográfica Editora Argentina (TEA), Buenos Aires-Argentina, 1976.

VIGARELLO, Georges. *Historia de la violación. Siglos XVI-XX*, Ediciones Cátedra, Madrid, España, 1998.

