

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA, LEÓN
UNAN – LEÓN
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
PROGRAMA DE MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO PENAL
Y DERECHO PROCESAL PENAL
SEGUNDA EDICIÓN



Trabajo de investigación para optar al grado académico de Magíster en Derecho con énfasis en
Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

ANÁLISIS INTRODUCTORIO DE LA PRISIÓN PERPETUA REVISABLE EN NICARAGUA: PROCESO LEGISLATIVO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Autor: Miguel Ballina Calderón

Tutor Académico: PhD. Augusto César Díaz Pérez

León, noviembre de dos mil veintitrés

A la Libertad por la Universidad

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA, LEÓN
UNAN – LEÓN
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
PROGRAMA DE MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO PENAL
Y DERECHO PROCESAL PENAL
SEGUNDA EDICIÓN



Trabajo de investigación para optar al grado académico de Magíster en Derecho con énfasis en
Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

ANÁLISIS INTRODUCTORIO DE LA PRISIÓN PERPETUA REVISABLE EN NICARAGUA: PROCESO LEGISLATIVO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Autor: Miguel Ballina Calderón

Tutor Académico: PhD. Augusto César Díaz Pérez

León, noviembre de dos mil veintitrés

A la Libertad por la Universidad



UNIVERSIDAD
NACIONAL
AUTÓNOMA DE
NICARAGUA - LEÓN

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Departamento de Derecho Público
Programa de Maestría Profesional en Derecho penal y Derecho
procesal penal
Segunda Edición (Bienio 2021/2023)

CARTA DE AUTORIZACIÓN DEL TUTOR DE LA TESIS DE INVESTIGACIÓN COMO FORMA DE CULMINACIÓN DE ESTUDIOS DE MAESTRÍA

El suscrito Profesor **Augusto César Díaz Pérez**, Tutor del discente **Miguel Ballina Calderón**, informa favorablemente de la investigación titulada **Análisis introductorio de la Prisión Perpetua Revisable en Nicaragua: proceso legislativo y ámbito de aplicación**, realizada durante periodo ordinario de investigación y elaboración de los Trabajos de Fin de Maestría (TFM) de la segunda edición del Programa de Maestría Profesional en Derecho penal y Derecho procesal penal (Bienio 2021/2023) de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, León (UNAN-León), por cumplir con la aptitud, pertinencia y calidad científicas mínimas requeridas y la estructura académica básica como forma de culminación de estudios para optar al **Título de Magister en Derecho con énfasis en Derecho penal y Derecho procesal penal** por la misma Universidad.

Asimismo, hago constar que la tesis de investigación cumple con lo estipulado en los anexos: Área, líneas y temáticas específicas de investigación 2018/2023; Instructivo para la formulación de artículos científicos como Trabajos de Fin de Especialidad y Fin de Maestría y; Modelo de citas de referencia de fuentes de conocimiento para elaboración de Trabajos de Fin de Especialidad y Fin de Maestría, todos del programa de postgrado referido.

Por todo lo anterior y de conformidad con los Artículos 14, 21 y 38 del Reglamento de Estudios de Postgrado de la UNAN-León aprobado en Sesión No. 260 del Consejo Universitario, del día 21 de julio del año 2014 y; del numeral XIV del Programa de Postgrado y Reglamento Interno del Programa de Postgrado: Maestría Profesional en Derecho penal y Derecho procesal penal, en mi calidad de Tutor, expreso mediante este informe mi debida **AUTORIZACIÓN** para la presentación de la aludida tesis de investigación ante la Comisión Académica del Programa de Postgrado para que sea sometida a consideración de dicha instancia la aprobación de su disertación y defesa pública ante Tribunal Examinador especialmente constituido.

Autorizado en la ciudad de **León**, a los **diez** días del mes de agosto del año dos mil veintitrés.

Fdo. _____

César Augusto Díaz Pérez

Tutor

RESUMEN

La presente investigación se dedica a introducir al estudio de la Prisión Perpetua Revisable –en adelante, PPR– en Nicaragua, con vistas en ulteriores profundizaciones en la temática. En su carácter introductorio, centra el análisis en dos aspectos básicos en el estudio de esta pena, estos son, el proceso legislativo de creación y el ámbito de aplicación de esta, proporcionando contexto para la creación de la pena y la elección de los tipos penales a los que se aplica. En sus conclusiones, se ofrecen las consideraciones de esta autoría sobre la idoneidad de la PPR desde el prisma de la teoría de la pena, así como sobre la selección por el legislador nicaragüense de los delitos que serán castigados con esta.

PALABRAS CLAVE

Prisión perpetua revisable, prisión indeterminada, teoría de la pena, femicidio, crimen de odio.

ABSTRACT

This research aims to introduce the study of Reviewable Life Imprisonment (RLI, [PPR]) in Nicaragua, with a view to further study of the subject. In its introductory character, the analysis centers on two basic aspects in the study of this sentence, namely the legislative process of creation and the scope of its application, providing context for the creation of the sentence and the choice of felonies to which it is applied. In its conclusions, the author offers his considerations regarding the suitability of RLI from a theory of punishment perspective, as well as on the selection by the Nicaraguan legislator of the crimes to be punished with it.

KEYWORDS

Reviewable life imprisonment, indeterminate imprisonment, theory of punishment, femicide, hate crime.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN	1
1. EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL NICARAGÜENSE	6
A) CLASES DE PENAS.....	6
B) LA PENA DE PRISIÓN.....	8
C) PRISIÓN ORDINARIA Y PPR: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.....	14
II. PRIMERA APROXIMACIÓN TEÓRICA DESDE LA TEORÍA DE LA PENA.....	15
1. LAS REFORMAS DE 2020/2021	15
2. LA PPR DESDE LAS TEORÍAS CLÁSICAS DE LA PENA.....	17
A) TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA: LA PPR Y LA RETRIBUCIÓN	18
B) TEORÍAS RELATIVAS DE LA PENA: PPR DESDE LA PREVENCIÓN	23
III. ÁMBITO DE APLICACIÓN: DELITOS CASTIGADOS CON PPR	31
1. PARRICIDIO	31
2. ASESINATO AGRAVADO	32
A) ASESINATO AGRAVADO POR MOTIVOS DE ODIO	34
B) ASESINATO MÚLTIPLE.....	44
3. FEMICIDIO	46
A) ORÍGENES Y FUNCIÓN DE LA FIGURA «FEMICIDIO»	46
B) EL FEMICIDIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NICARAGÜENSE	47
CONCLUSIONES	52
I. LA PPR ANTE LAS TEORÍAS CLÁSICAS DE LA PENA	52
II. SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN	54

I. INTRODUCCIÓN

La mañana del 13 de septiembre de 2020 la población nicaragüense conoció de la tragedia sucedida la noche anterior en la comunidad de Lizawe, del Municipio de Mulukukú: la atroz muerte de dos hermanas de diez y doce años a manos de un hombre de treinta y dos años. El doble femicidio actuó como funesto recordatorio del severo problema de violencia de género que aqueja a Nicaragua y las muestras de indignación colmaron rápidamente medios de comunicación y redes sociales, alcanzando prontamente la noticia difusión internacional. En este contexto, y ante el disgusto manifiesto en la ciudadanía, el presidente de la República solicitó a la Corte Suprema de Justicia trabajar en una propuesta para penalizar con cadena perpetua a quienes cometan «crímenes de odio, crueles, aberrantes, inhumanos, humillantes y denigrantes»¹.

Instituir en Nicaragua una pena de prisión que supere el límite de treinta años en su rango máximo suponía reformar la Constitución Política, ya que su Artículo 37 disponía que la pena no podría superar este límite en todos los casos². Así, una iniciativa de reforma constitucional fue presentada por la bancada parlamentaria del Frente Sandinista de Liberación Nacional el 19 de octubre de 2020, la que fue aprobada como Ley N°. 1057, Ley de Reforma al Artículo 37 de la Constitución Política de la República de Nicaragua³ y publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 12, del 19 de enero de 2021.

La reforma creó una nueva pena, a la que se denominó Prisión Perpetua Revisable –en adelante, PPR–. El mismo día en que se publicó la Ley N°. 1057, fue presentada una iniciativa de reforma al Código Penal de Nicaragua –en adelante, CP– y a la Ley No. 779, que terminaría siendo

¹ *El 19 Digital*, 2020. Nacionales. Declaración de la Presidencia de la República sobre Cadena Perpetua para castigar crímenes atroces. [Consulta: 30/08/2023] Disponible en: <https://www.el19digital.com/articulos/ver/titulo:107322-declaracion-de-la-presidencia-de-la-republica-sobre-cadena-perpetua-para-castigar-crimenes-atroces>

² El Artículo 37 de la Constitución establecía: «La pena no trasciende de la persona del condenado. No se impondrá pena o penas que, aisladamente o en conjunto, duren más de treinta años.».

³ Nicaragua. Ley N°. 1057, Ley de reforma al artículo 37 de la Constitución Política de la República de Nicaragua. *La Gaceta, Diario Oficial*, 19 de enero de 2021, núm.12, p. 414. Iniciativa, debate legislativo, informe de consulta y dictamen y publicación oficial disponible en: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/SILEG/Iniciativas.nsf/xpIniciativa.xsp?documentId=85A4C27934B6CF5E0625860A0070AB69> [consulta: 31/10/2023].

publicada en La Gaceta No. 16, del 25 de enero de 2021, como Ley N°. 1058⁴, la que incorporó la PPR al catálogo de penas del CP, estableció sus reglas de aplicación y determinó los tipos penales castigados con esta.

No hace falta adentrarse mucho en el texto legislativo para comprender que la implementación de la PPR en Nicaragua comporta numerosas disyuntivas jurídico-dogmáticas, en tanto la existencia de una pena de encarcelamiento indeterminado contraría, según amplios sectores de la doctrina, múltiples principios fundamentales de ejecución de la pena de prisión, así como la propia justificación de esta.

Asimismo, puede acusarse insuficiencia de la ley de reforma –cuando no antinomia– en su relación con algunas reglas de ejecución de la pena. Sucede así con las normas aplicables a los regímenes penitenciarios progresivos contenidas en la Ley de Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena⁵, que se ven condicionadas por la categórica disposición del Artículo 96 *bis* CP que estatuye un mínimo de «treinta años de efectiva prisión» para la revisión de la pena. Similar situación se da en relación con el beneficio de descuento de la sanción privativa de libertad por trabajo penitenciario, dispuesto en el Artículo 16 de la Ley No. 745⁶, que entra en franca antinomia con las disposiciones del Artículo 96 *bis* CP.

La PPR supone también un cambio cualitativo del sistema de penas a la sazón vigentes en Nicaragua, especialmente de la pena de prisión, que se enfoca en la reinserción social, pues la indeterminación declarada de la duración del encarcelamiento, podría alegarse, deja al reo en una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica. Así, se evidencia el contraste entre la

⁴ Nicaragua. Ley N°. 1058, Ley de reforma y adición al Código Penal de la República de Nicaragua y a la Ley N°. 779, Ley Integral contra la violencia hacia las mujeres y de reformas a la Ley N°. 641, «Código Penal». *La Gaceta, Diario Oficial*, 25 de enero de 2021, núm. 16, p. 514. Iniciativa, debate legislativo y publicación oficial: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/SILEG/Iniciativas.nsf/xpIniciativa.xsp?documentId=1D9117C5EBAC5CE106258662005976FF&action=openDocument> [consulta: 31/10/2023].

⁵ Nicaragua. Ley No. 473, Ley de Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena. *La Gaceta, Diario Oficial*, 21 de noviembre de 2003, núm. 222, p. 5719.

⁶ Nicaragua. Ley No. 745, Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal. *La Gaceta, Diario Oficial*, 26 enero de 2011, núm. 16, p. 486.

prisión ordinaria y la PPR, pues en la segunda se prescinde del «horizonte de libertad» que representa la determinación expresa de la duración de la pena en la prisión ordinaria.

Esta y otras situaciones problemáticas demandan un debate responsable y exhaustivo que se sustente en bases teóricas claramente definidas y en evidencia empírica, que ayude en lo posible a la consecución de los fines que se propuso el Estado de Nicaragua al implementar la pena excepcional de Prisión Perpetua Revisable.

Esta pena fue pregonada por el legislador como excepcional, reservada para los tipos penales más perversos, esos que, precisamente por su naturaleza, causan profunda conmoción en la población nicaragüense; su excepcionalidad, sin embargo, se expresa no solo en los hechos que castiga, también sus reglas de aplicación, cumplimiento y mantenimiento son excepcionales.

Siendo así, resulta evidente que la PPR presenta puntales, características y cualidades específicas apenas estudiadas en el ámbito académico nicaragüense y que, por tanto, requieren de un análisis profundo que arroje luz sobre estas especificidades, así como sus posibles repercusiones en el sistema penal nicaragüense.

Se precisa de un estudio sobre la PPR que contextualice su creación e incorporación y la localice dentro del sistema punitivo vigente en nuestro país. Este análisis exploratorio es un primer acercamiento teórico a la PPR, que pretende sentar bases para ulteriores estudios académicos sobre esta figura punitiva.

A casi tres años de su incorporación al CP, la PPR ha sido apenas estudiada en Nicaragua. HABEL BLANDÓN⁷, en su artículo sobre la pena, restringe el análisis a la ratificación de las posiciones presentadas por el legislador en las exposiciones de motivos, agregando algunas explicaciones de carácter teórico y jurisprudencial, así como un análisis sucinto de la figura en países del ámbito latinoamericano.

⁷ HABEL BLANDÓN, Víctor. La prisión perpetua revisable en Nicaragua. *Revista Humanismo y Cambio Social* [en línea]. 2022, No. 19, año 9, pp. 138–151. ISSN: 2412-2572. Disponible en: <https://doi.org/10.5377/hcs.v19i19.14125> [consulta: 30/08/2023].

No sucede lo mismo cuando se inquiere sobre la PPR a nivel internacional. Autores como CASALS FERNÁNDEZ⁸ e ICUZA SÁNCHEZ⁹ abordan integralmente la pena haciendo uso del derecho comparado. Otros, como ROIG TORRES¹⁰, estudian la PPR desde alguna de sus aristas problemáticas, a saber, la cuestión del pronóstico de reinserción social. Un amplio sector en la doctrina valora –las más veces negativamente– la constitucionalidad de esta, especialmente en modelos constitucionales cuya máxima aspiración al imponer una pena es la reeducación del condenado –como es el caso de Nicaragua–; incluyen este grupo autores como SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO¹¹ para el caso español, o, para el caso colombiano, MONTERO ZENDEJAS, MALDONADO ARCÓN y MANRIQUE MOLINA¹².

La presente investigación es de tipo teórico documental y de carácter jurídico-dogmático, ya que la información se originará, en su totalidad, a partir del análisis de las fuentes escritas obtenidas. El método a utilizar es el de análisis–síntesis, que consiste en la separación de las partes de un todo para ser estudiadas en forma individual, y la reunión racional de elementos dispersos para estudiarlos en su totalidad. Entendiendo análisis como el proceso epistémico mediante el cual un todo es disgregado en partes para su mejor comprensión; mientras que síntesis refiere al método que procede de lo simple a lo compuesto y de las partes al todo, formando el todo por la reunión de sus partes.

Siendo un estudio teórico-documental, los instrumentos para la recolección de información consisten en fichas bibliográficas, fichas de contenido, fichas de resumen, fichas temáticas, fichero

⁸ CASALS FERNÁNDEZ, Ángela. *La prisión permanente revisable* [en línea]. Primera edición. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019. 279 p. ISBN: 978-84-340-2554-7. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DP-2019-109 [consulta: 30/08/2023].

⁹ ICUZA SÁNCHEZ, Izaro. *La prisión permanente revisable: un análisis a la luz de la jurisprudencia del TEDH y del modelo inglés* [en línea]. Tesis doctoral. Universidad del País Vasco, 2019. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10810/35146> [consulta: 27/07/2023].

¹⁰ ROIG TORRES, Margarita. El pronóstico de reinserción social en la prisión permanente revisable. *InDret Revista para el Análisis del Derecho* [en línea]. 2018, Vol. 1. ISSN: 1698-739X. Disponible en: <https://indret.com/?edicion=1.18> [consulta: 30/08/2023].

¹¹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Isabel. *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2017. ISBN: 978-84-9148-040-2.

¹² MONTERO ZENDEJAS, Daniel; MALDONADO ARCÓN, María y MANRIQUE MOLINA, Filiberto. Prisión perpetua revisable: El caso colombiano desde la perspectiva constitucional. *Iustitia* [en línea]. Enero-diciembre 2019, Vol. 1, pp. 57–84 ISSN: 2539-4657. Disponible en: <https://doi.org/10.15332/iust.v0i15.2086> [consulta: 30/08/2023].

de lectura, fichas de citas y fichas de trabajo. Como fuentes primarias se utiliza la Constitución Política y otras leyes de Nicaragua. Las fuentes secundarias serán libros, artículos científicos, revistas, investigaciones documentales, compendios, diccionarios jurídicos, entre otros.

Asimismo, este trabajo se desarrolla en concordancia con las Líneas de Investigación elaboradas por el Comité Facultativo de Investigación y Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNAN – León. La investigación se articula, específicamente, en la línea de «Tendencias y Problemas actuales de las ciencias penales», cuya principal justificación reside en la reciente aplicación de nuevas técnicas en materia Penal y Procesal Penal, que ha desembocado, en primer lugar, en la adopción de nuevos planteamientos criminológicos y de política criminal.

El documento antes mencionado señala que el estudio de estas nuevas tendencias es necesario «porque la tutela de nuevas realidades, también ha supuesto que Derecho Penal y Procesal Penal nicaragüense presente una nueva realidad jurídica, caracterizada, entre otras, por la interdisciplinariedad, el adelantamiento de las barreras punitivas, la relativización, cuando no la vulneración, de principios y garantías penales».

Además, este trabajo investigativo se enmarca en el Objetivo 16: Paz, Justicia e Instituciones Sólidas, de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible contenidos en la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas. Se muestra especialmente concordante con la meta 16.3 del Objetivo 16, que pretende «Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos».

Atendiendo a su carácter exploratorio, este trabajo circunscribirá el análisis a tres cuestiones introductorias –correspondientes a tres apartados– en el estudio de la PPR: la descripción del sistema de penas en el que se inserta la pena, el análisis crítico del proceso legislativo de creación de esta y, para finalizar este análisis/prolegómeno, se estudiarán los tipos penales que fueron seleccionados por el legislador para ser castigados con PPR.

El primer apartado, incluido por preambular como subtema de la Introducción, describe las generalidades del sistema punitivo en el que se inserta la nueva pena; en este sentido, hará un

recorrido exploratorio por el sistema de penas, haciendo énfasis en la pena de prisión ordinaria, con el fin de comprender la diferencia, el cambio de paradigma o salto cualitativo¹³ que implica la PPR en relación con las demás penas.

El segundo apartado ofrece una valoración crítica de la PPR, retomando algunas de las principales críticas contra las penas de prisión indeterminada, a fin de contrastarlas con los motivos o justificaciones que llevaron al legislador a incluir esta pena en el CP. Se recurrirá a las exposiciones de motivos para la incorporación de la PPR con el fin de valorar las razones presentadas por el legislador desde el prisma del fin de la pena vigente en la Constitución y la ley penal.

El último apartado inquiriere los tipos penales –o modalidades de estos– a los que se asignó PPR como pena obligatoria. En tanto la Ley No. 1058 añadió dos modalidades más al tipo de injusto de asesinato agravado, se dedicará un análisis más minucioso a estas nuevas figuras. También, y en tanto que a varias de sus modalidades se les asignó PPR como pena obligatoria, este apartado incluye un breve análisis del tipo penal de femicidio.

1. EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL NICARAGÜENSE

A) CLASES DE PENAS

El sistema de penas vigente se encuentra regulado en el Título III del Libro I del Código Penal, que se divide a su vez en tres capítulos: las clases de penas y sus efectos¹⁴, las reglas de aplicación de las penas¹⁵ y las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad¹⁶.

El CP brinda varias clasificaciones de las penas, siendo una de estas la clasificación bipartita de las penas según su carácter, a saber, penas principales y penas accesorias¹⁷. Entre las primeras se encuentran la PPR, la prisión, la privación de otros derechos, los días multa y la multa. Las

¹³ ICUZA SÁNCHEZ, Izaro. La prisión permanente revisable... *Op. cit.* p. 11.

¹⁴ Artículos 46–70 CP.

¹⁵ Artículos 71–86 CP.

¹⁶ Artículos 87–97 CP.

¹⁷ Artículo 47 CP.

penas accesorias –penas que van unidas a otras penas por disposición legal– son la privación de otros derechos, los días multa y la multa.

Asimismo, el Artículo 49 CP introduce una clasificación tripartita de las penas en función a su gravedad, siendo estas penas graves, menos graves y leves. Entre las penas graves encontramos la PPR y la prisión e inhabilitación que estén sancionadas en su límite máximo con pena de cinco o más años de prisión. Las penas menos graves son la prisión e inhabilitación de seis meses hasta cinco años, la privación del derecho –por más de un año– a conducir vehículos motorizados, el derecho a tenencia y portación de armas, así como la de residir en determinado lugar, la multa proporcional, la multa superior a noventa días y el trabajo en beneficio de la comunidad superior a treinta jornadas. Dentro de las penas leves encontramos la privación del derecho a conducir vehículos, el derecho a portar armas y el derecho a residir en un determinado lugar de hasta un año, la multa de hasta noventa días y el trabajo en beneficio de la comunidad de hasta treinta jornadas.

El Artículo 46 CP, por su parte, categoriza las penas atendiendo a su naturaleza. Una primera categoría la integran las penas privativas de libertad¹⁸, que suponen la privación del derecho de libertad ambulatoria, entendida esta como la facultad de trasladarse sin restricciones dentro del territorio nacional. La segunda categoría la componen las penas privativas de otros derechos¹⁹; estas suponen una limitación de derechos políticos, civiles o profesionales y pueden ser aplicadas como pena principal o como accesoria²⁰.

Una tercera categoría la conforma la multa, consistente en una sanción pecuniaria que menoscaba el patrimonio del condenado. En esta se distinguen dos sistemas: la multa proporcional y los días multa. La primera se establece en función del daño causado como consecuencia del delito, así como su objeto y los beneficios reportados; mientras que los días multa se calcularán

¹⁸ Dispone el Artículo 51 CP que son: la PPR, la prisión –ordinaria– y la privación de libertad en caso de incumplimiento del trabajo en beneficio de la comunidad o falta de pago de multa.

¹⁹ El Artículo 54 CP las enumera: a) Inhabilitación absoluta; b) inhabilitación especial; c) privación del derecho a conducir vehículos automotores; d) privación del derecho a la tenencia y portación de armas; e) privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos y f) trabajo en beneficio de la comunidad.

²⁰ Por ejemplo, la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena que lleva consigo la pena de prisión igual o superior a diez años, por disposición del Artículo 66 CP.

atendiendo a la gravedad del hecho, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, así como las características propias del autor que estén directamente relacionados con la conducta delictiva.

En el primer sistema, el pago de la suma de dinero se fijará en días multa²¹, dentro de los límites señalados para cada delito, oscilando entre diez y mil días, teniendo en cuenta que el límite máximo no se observará cuando la multa se imponga como sustitutiva de otra pena. La cuantía de dinero correspondiente a cada día se fija según la situación económica del imputado, tomando en cuenta sus ingresos diarios y los gastos razonables para atender sus necesidades y las de su familia; un día multa se calcula sobre la base de una tercera parte del ingreso diario del condenado. La pena de multa proporcional solo se ordena para algunos tipos de la Parte Especial²², y consistente en una multa determinada con arreglo a múltiplos, divisores o tantos por ciento que se aplican sobre una magnitud concreta²³.

B) LA PENA DE PRISIÓN

a) ORIGEN Y TENDENCIAS ACTUALES DE LA PENA DE PRISIÓN

La privación de libertad como pena en sí misma es relativamente reciente. En épocas anteriores, las penas corporales, la pena de muerte, el destierro, la confiscación de bienes y los trabajos forzados constituían el grueso de la represión punitiva, quedando la prisión relegada a mera medida de aseguramiento mientras alguna de aquellas se acordaba. El fin de la pena era manifiestamente intimidatorio y en consecuencia esta se ejecutaba, generalmente, a la vista de la población, maximizando en lo posible la impresión amenazadora²⁴.

²¹ El sistema de días multa es también conocido como «sistema escandinavo» por tener su origen en el ordenamiento finlandés de principios del siglo XX.

²² Como sucede, por ejemplo, con el tipo penal del Artículo 348 CP.

²³ ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC. *Manual de Derecho Penal. Parte General (Conforme al Proyecto de Código Penal de la República de Nicaragua de 2003)* [en línea]. Proyecto de Reforma y Modernización Normativa CAJ/FIU-USAID. 2004, p. 151. Disponible en: <https://caj.fiu.edu/espanol/proyectos/nicaragua/manual-de-derecho-penal-nicaragua.pdf> [consulta: 27/07/2023].

²⁴ El suplicio público era la máxima expresión de este sistema de castigos.

Señala FOUCAULT que alrededor del último cuarto del siglo XVIII –y estrechamente relacionado con las transformaciones sociales de la época– se registra un cambio en el sistema de castigos que lleva al declive de «la sombría fiesta punitiva» de los suplicios del Antiguo Régimen y a la «humanización» de la justicia penal. Esta justicia penal humanizada despliega sistemas de punición que, en contraste con sus antecesores, eran «la parte más oculta del proceso penal», abandonando el «dominio de la percepción casi cotidiana, para entrar en la conciencia abstracta»²⁵.

Para los albores del siglo XIX la pena privativa de libertad adquirió preeminencia por sus ventajas: carácter igualitario, casi perfecta adaptación a la gravedad de los hechos, por ser ejemplar y correccional, a la vez que, por la influencia de la Ilustración, su aplicación se fue dulcificando²⁶, hasta transformarse en el más importante mecanismo de control social que intenta proteger la pacífica convivencia de los ciudadanos y que se legitima en su «amarga necesidad»^{27/28}.

Sin embargo, las expectativas sobre la pena de prisión se han visto frustradas al punto que hoy se cuestiona su oportunidad, eficacia, coste, y se valora sus efectos relacionados al contagio de hábitos criminales o al deterioro y desintegración de la personalidad del penado, etc. Aun así, esta pena sigue ocupando un lugar destacado en todos los ordenamientos jurídicos, siendo una de las instituciones de mayor proyección social y actuando como baluarte máximo de la reacción del Estado frente a las conductas delictivas, sobre todo en países como Nicaragua, en los que no tiene espacio la pena de muerte.

²⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Vigésima edición. Madrid: Siglo XXI editores, 1992, pp. 15-17. ISBN: 84-323-0332-1. Explica el autor que, del nuevo sistema penal más que fatalidad se esperaba eficacia; «es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen». Por otro lado, esta justicia «no toma sobre sí públicamente la parte de violencia vinculada a su ejercicio. Si mata, ella también, o si hiere, no es ya la glorificación de su fuerza, es un elemento de sí misma al que no tiene más remedio que tolerar, pero del que le es difícil valerse.»

²⁶ ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC. *Op. cit.* p. 145.

²⁷ MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (director) *et al.* *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2016, p. 3. ISBN: 978-84-9148-238-3.

²⁸ El término «amarga necesidad» alude a una frase de Hans Schultz: «La pena no es un fenómeno metafísico ni una realización moral, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos».

b) LA PRISIÓN ORDINARIA EN EL DERECHO PUNITIVO NICARAGÜENSE

En relación con su gravedad, el Artículo 49 CP clasifica las penas de prisión según su duración, siendo estas graves y menos graves: la PPR y la prisión superior a cinco años como graves, y la prisión de seis meses hasta cinco años como menos graves. Con exclusión de la PPR, la pena de prisión en Nicaragua tiene una duración mínima de seis meses y máxima de treinta años²⁹.

El Artículo 39 de la Constitución Política estatuye el carácter reeducativo de la pena y la reintegración del interno como objetivo fundamental del sistema penitenciario, utilizando para alcanzar este fin el sistema progresivo de prisión. De igual manera, el Artículo 3 de la Ley No. 473: «Ley del Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena»³⁰, supedita todas las actuaciones del sistema penitenciario nacional a este fin primordial de reeducación y reinserción del privado de libertad. En esta misma línea, el Artículo 6 de la Ley No. 745: «Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal»³¹ dispone que «la sanción penal en su fase de ejecución tendrá la finalidad primordial de procurar la transformación de la persona condenada mediante el sistema progresivo» que emplea ciertos beneficios, derechos e incentivos para estimular su incorporación a un plan de reeducación y de reinserción paulatina.

i. EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN: EL SISTEMA PROGRESIVO

Influenciados por las ideas liberales de diversos autores, la escuela positivista italiana³², así como por los esfuerzos de especialistas latinoamericanos, la mayoría de los países de la región

²⁹ Disposición contenida en el Artículo 52 CP, en concordancia con el límite establecido en el Artículo 34 de la Constitución Política de la República de Nicaragua.

³⁰ Nicaragua. Ley No. 473... *Op. cit.* p. 5719.

³¹ Nicaragua. Ley No. 745... *Op. cit.* p. 486.

³² La denominada Escuela Positivista Italiana es una línea de pensamiento en relación con el derecho penal que se originó en el siglo XIX, entre sus máximos representantes encontramos a Cesare Lombroso (1836-1909), Enrico Ferri (1856-1929) y Raffaele Garofalo (1851-1934). Se presenta como negación radical de la Escuela Clásica – término algunas veces equívoco, acuñado por mismos positivistas, que agrupaba, entre otros, a los ilustrados – pues pretende cambiar el criterio represivo, suprimiendo su fundamentación objetiva tomando en consideración la personalidad del delincuente, asimismo, acusa a los clásicos de descuidar a la figura del delincuente por realizar solo una conceptualización dogmática y lógica, puramente basada en el derecho. Para el pensador positivista, el infractor es un animal salvaje y peligroso, inmerso en su propia herencia patológica –determinismo biológico– o receptor de

han adoptado en sus prisiones el sistema progresivo³³ de tres fases: observación y clasificación, tratamiento y libertad bajo prueba³⁴.

La fase de observación tiene la finalidad de establecer el régimen penitenciario que se aplicará al privado de libertad, en función de su personalidad y de sus posibilidades de readaptación social. El período de tratamiento, que inicia con la incorporación del condenado al establecimiento aconsejado por un equipo interdisciplinario, se fracciona en diversas fases, las cuales significan para el interno la atenuación paulatina de las restricciones inherentes a la pena privativa de libertad; forman parte integrante de dicho tratamiento las actividades recreativas, educativas, religiosas, laborales y culturales.

La última fase del sistema progresivo se centra en el retorno del individuo a la sociedad y comprende, según el caso, la asignación del interno a un establecimiento abierto o semiabierto, así como la posibilidad de obtener salidas transitorias y la concesión del régimen familiar. Estas fases no son estáticas, pues el interno puede progresar, pero también regresar a grados anteriores, atendiendo su nivel de avance o retroceso en la readaptación³⁵.

En las fases segunda y tercera se aplica, según determine el equipo interdisciplinario³⁶, alguno de los regímenes penitenciarios establecidos por la ley, a saber: régimen de adaptación, régimen laboral o primario, régimen semiabierto, régimen abierto y régimen de convivencia familiar³⁷.

procesos causales ajenos a sí mismo –determinismo social–. Esta nueva visión provocó un cambio de método en el estudio del delincuente, el medio, el delito y de las soluciones que podían aportar los avances científicos.

³³ La Ley No. 473 establece, en su Artículo 54, que la pena de prisión se ejecutará siguiendo el sistema progresivo, «el cual constituye un medio y un instrumento para brindar el tratamiento penitenciario.»

³⁴ CENTENO MAYORGA, Darvyn. *Manual de Derecho Penitenciario Nicaragüense* [en línea]. Primera edición. Managua: INEJ, 2019, p.101. ISBN: 978-99924-21-27-7. Disponible en: <https://www.inej.net/publicaciones/sistema-penitenciario-2019.pdf> [consulta: 28/07/2023].

³⁵ *Ibid.* p. 101-102.

³⁶ Este equipo, según dispone el Artículo 53 de la Ley No. 473, se integra por: El Director del Centro Penitenciario, el jefe de reeducación, psicólogos, trabajadores sociales, sociólogos y médicos.

³⁷ Nicaragua. Ley No. 473, Ley de Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena. *Op. cit.* Artículos 56-60. Asimismo, Nicaragua. Decreto No. 16-2004, Reglamento de la Ley No. 473, Ley del Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena. *La Gaceta, Diario Oficial*, 17 de marzo de 2004, núm. 54, p. 1361. Arts. 111-114.

En el régimen de adaptación se ubicarán los privados de libertad que ingresen recién condenados por medio de sentencia firme, quienes procedan de prisión preventiva que hayan sido condenados y que, durante su permanencia en prisión preventiva, hayan demostrado mal comportamiento, así como a quienes hayan sido regresados de régimen. Los recapturados, los implicados en fugas, motines y cualquier hecho de violencia también serán ubicados en régimen de adaptación. En este régimen los internos permanecen dentro de las celdas bajo estricto control y vigilancia, con limitada participación en actividades artísticas y recreativas; los internos deberán ser evaluados por el equipo interdisciplinario de cada centro penitenciario, en un período máximo de seis meses, pudiendo adelantarse dicha evaluación –Artículo 56 de la Ley No. 473 y Artículo 110 de su Reglamento–.

En régimen laboral permanecen quienes habiendo aceptado voluntariamente el tratamiento penitenciario, soliciten la integración en las distintas actividades del penal³⁸. Los reclusos se ubicarán en galerías y celdas sin candado desde las ocho horas de la mañana hasta las nueve horas de la noche, según las condiciones físicas del centro penitenciario. También se sitúa en este régimen a los que son regresados del régimen semiabierto, así como los que estando en prisión preventiva son condenados y hayan demostrado buen comportamiento –Artículo 57 de la Ley No. 473 y Artículo 111 de su Reglamento–.

Los internos que progresan del régimen laboral, los que regresan del régimen abierto, así como los condenados por la comisión de delitos menos graves que reúnan los requisitos establecidos en el Artículo 62 de la Ley No. 473³⁹, se ubicarán en el régimen semiabierto. Este régimen podrá cumplirse en establecimientos con mínima vigilancia, dentro o fuera de los centros penitenciarios –Artículo 58 de la Ley No. 473 y Artículo 112 de su Reglamento–⁴⁰.

³⁸ A estas actividades hace referencia el Artículo 17, inciso a) de la Ley No. 745: «Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal», que versa sobre el descuento de la pena privativa de libertad por trabajo en las distintas áreas que ofrezca el centro penitenciario.

³⁹ Estos requisitos, que se exigen para el progreso de régimen después cumplido el plazo mínimo de permanencia en cada uno, son: a) Valoración de los antecedentes penitenciarios; b) observable buena conducta; c) participación en las actividades que propicien su reinserción social, así como una valoración general sobre actitudes, comportamiento y acciones en el centro penitenciario y d) no tener otras causas pendientes por hechos delictivos en los centros penitenciarios.

⁴⁰ Una excepción a esta regla se establece en el Artículo 121 del Reglamento, para los internos que cometieron delitos menos graves y que pueden ser ubicados de inicio en el régimen semiabierto.

En el régimen abierto se ubican los internos que progresen del régimen semiabierto y los que regresen del régimen de convivencia familiar. Su principal característica es la ausencia de vigilancia y control rígido, así como la autorregulación de la disciplina por parte de los internos. En la medida de lo posible, se ubicará fuera del área perimetral del centro penitenciario, según la planificación de programas de actividades laborales externas, trabajos eventuales en el exterior del centro, así como cualquier otra actividad cultural o educativa que propicie la reinserción del interno –Artículo 59 de la Ley No. 473 y Artículo 113 de su Reglamento–.

El régimen de convivencia familiar es el último período previo a la libertad definitiva, y su objetivo primordial es fortalecer las relaciones del privado de libertad con su núcleo familiar, preparándolo de la mejor forma posible para su reintegración plena a la sociedad. Los internos conviven junto a su familia de origen o adquirida, integrándose al núcleo familiar, desarrollando actividades comunes de todo ciudadano, pero manteniéndose bajo control del Sistema Penitenciario hasta el cumplimiento de su condena o hasta obtener un beneficio legal de autoridad judicial competente, indulto o amnistía. Corresponde al Juez de Ejecución y Vigilancia Penitenciaria otorgar el beneficio de régimen de convivencia familiar, cumpliendo con el procedimiento establecido en el Artículo 39 de la Ley No. 745: «Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal»⁴¹.

A este régimen no pueden acceder internos con antecedentes penitenciarios multireincidentes, no obstante, el Artículo 119 del Reglamento establece una modalidad extraordinaria para gozar de este régimen cuando no existan recursos necesarios para poder atender en los períodos pre y postnatal a las privadas de libertad en estado de gravedad. Otra excepción se establece en el Artículo 120 del Reglamento, referido a los internos mayores de setenta años o que padezcan de enfermedades crónicas o en fase terminal valoradas por médico forense –Artículo 50 de la Ley No. 473 y Artículos 114-117 y 118-120 de su Reglamento–.

La ruta del sistema progresivo se inicia a partir del régimen laboral, y la permanencia o progresión de los internos en uno u otro régimen está determinado por el estudio y caracterización que de forma individualizada realiza el equipo interdisciplinario, el cumplimiento del plazo previsto

⁴¹ Nicaragua. Ley No. 745... *Op. cit.* p. 490.

en la norma, así como los requisitos establecidos en el Artículo 62 de la Ley No. 473, a los que se le suman los del Artículo 123 de su Reglamento⁴². Cuando se prorogue el progreso en régimen penitenciario se establecerá un período de tres a seis meses, durante los cuales el interno debe ser valorado nuevamente por el equipo interdisciplinario. Cumplido este período se podrá solicitar nuevamente la progresión al director del centro penitenciario respectivo.

C) PRISIÓN ORDINARIA Y PPR: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El CP define la PPR como «la privación de libertad por tiempo indeterminado, que será impuesta en los casos que determine la ley» –Artículo 52 *bis* CP–. A primera vista se advierte que la principal diferencia entre la PPR y la prisión ordinaria estriba en que, en el caso de la primera, no existe un límite máximo de cumplimiento, pues la sentencia condenatoria no marca ningún plazo concreto que deba ejecutarse, en contraste con las penas de prisión ordinaria, en las que siempre se marca una fecha límite a partir de la cual es obligatorio poner en libertad a la persona privada de libertad, haya o no disfrutado del beneficio de libertad condicional.

Las penas de prisión ordinaria tienen una duración determinada y el sujeto condenado conoce, desde el inicio de su cumplimiento, la fecha en la que la pena se entenderá cumplida. Siendo distinto el caso para la PPR que, aunque como su nombre indica, puede ser revisada a los treinta años, deja abierta la posibilidad de extender el encarcelamiento de manera indefinida pudiendo llegar a significar materialmente no otra cosa que una cadena perpetua. El proceso de revisión de la PPR abre la posibilidad a que se decida por el otorgamiento de la libertad condicional⁴³ a la persona que cumple la pena y, tras un período de prueba, la finalización completa de la pena.

⁴² Estas son: 1. No haber sido objeto de medidas correctivas o sanciones disciplinarias severas o muy severas en los últimos seis meses; y 2. Cumplir con el porcentaje de tiempo establecido en el régimen donde se encuentra.

⁴³ En este sentido, el Artículo 96 *bis* CP, al igual que el Artículo 28 de la Ley No. 745, condicionan el otorgamiento de la libertad condicional a, entre otras cosas, la existencia un pronóstico individualizado –y favorable– de reinserción social emitido por las autoridades penitenciarias. Se percibe una marcada diferencia cualitativa, aunque no manifiesta, entre ambos pronósticos requisitorios ya que, en el caso de la prisión ordinaria, de no ser favorable el pronóstico, el resultado es no más que en un aplazo de la puesta en libertad, mientras que, para el condenado a PPR, un pronóstico desfavorable significa el alargamiento –de por lo menos un año– de una pena en la que ya se han cumplido 30 años de prisión efectiva y que amenaza con extenderse indefinidamente.

II. PRIMERA APROXIMACIÓN TEÓRICA DESDE LA TEORÍA DE LA PENA

Como primer acercamiento al modelo positivo tal y como se introdujo en el CP, conviene iniciar el análisis con los argumentos empleados durante el proceso legislativo de creación e incorporación de la pena. En este sentido, se examinará la PPR a la luz de las distintas finalidades que justifican la pena en el ordenamiento jurídico nicaragüense.

1. LAS REFORMAS DE 2020/2021

La PPR fue incorporada al sistema punitivo nicaragüense mediante dos reformas: primero a la Constitución Política y posteriormente al CP y a la Ley No. 779: «Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reformas a la Ley No. 641, “Código Penal”». Siendo así, la expresión de motivos para la reforma penal se encuentra diseminada en ambas iniciativas de ley, mostrándose más teóricamente rigurosa la exposición de motivos correspondiente a la reforma del CP.

En ambas iniciativas reiteradamente se hace alusión a la protección de personas y sectores más vulnerables de nuestro país como principal fundamentación para la PPR. Se afirma en la Exposición de Motivos para la Ley No. 1057 que «en estos momentos, la nación se encuentra preocupada y consternada por el incremento de crímenes crueles, inhumanos y degradantes...». Se justifica la nueva pena por la «...conmoción, rechazo, indignación y hastío entre los nicaragüenses que claman por la aplicación de una pena excepcional para los responsables que comenten dichos crímenes ya que son fenómenos o acciones extrañas a nuestra cultura.»⁴⁴.

La Exposición de Motivos para la Ley de Reforma al CP y la Ley No. 779, siempre aludiendo al «clamor» de los nicaragüenses, expresa que «se necesitan leyes más eficaces que den respuesta a la sociedad nicaragüense con un medio de protección contra la delincuencia de extrema gravedad y peligrosidad, con sanciones ejemplares proporcionales al delito cometido y que el agresor sepa las consecuencias que conlleva efectuar este tipo de delito.».

⁴⁴ Es, cuando menos, debatible la afirmación de que los crímenes violentos son «fenómenos o acciones extrañas a nuestra cultura». Tomando el caso de Lizawe como referencia, no se necesita explorar mucho en el pasado para encontrar en los registros atrocidades de similar naturaleza, similares circunstancias y contra víctimas de los mismos grupos de vulnerabilidad.

Para demostrar que la nueva pena no transgrede los postulados de la Constitución Política – específicamente el Artículo 39–, continúa la Exposición de Motivos expresando que:

«...conforme al artículo 39 de la Constitución Política las penas tienen un carácter reeducativo, por tanto su finalidad es la reeducación final del sujeto y su reinserción social. En consecuencia, para que sea compatible con este mandato constitucional, se propone la pena de prisión perpetua revisable dentro de un plazo de 30 años, y anualmente después de haber sido denegada ante delitos de excepcional gravedad, en la que se justifica la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada, sujeta a un régimen de revisión en la que se puedan valorar el grado de reeducación del preso para que pueda optar a una libertad condicional.

Así pues, la mera posibilidad de reversión del encarcelamiento transforma la pena de prisión en respetuosa de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, pues no afectaría los fines de reeducación penal y reinserción social, si en determinado plazo se pudiese valorar la situación del preso y, en caso de estar en condiciones para vivir en libertad, otorgarle la libertad condicional.».

[...]

«No existe ningún tipo de contradicción a la política criminal penal y penitenciaria implementada en nuestro país, ya que se mantiene la orientación de la pena hacia la reeducación y reinserción social de la persona que ha delinquido.».

Arguye también el legislador –mencionando una larga lista de países tanto de Latinoamérica como de Europa– que la prisión perpetua revisable está incorporada, con matices, en otros ordenamientos jurídicos, así como en el mismo Estatuto de Roma⁴⁵. Finaliza la Exposición de Motivos de la Ley No. 1057 con una justificación conclusiva, manifestando que:

«La reforma constitucional nos permite regular para casos muy especiales una pena excepcional prevista para los tipos de conductas delictivas extremadamente graves que son

⁴⁵ El Estatuto de Roma es el instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional. Se aprobó en la ciudad de Roma, Italia, el 17 de julio de 1998, durante la «Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional». Su Artículo 77 prevé la «reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personas del condenado». Disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

rechazadas por la sociedad por ser inhumanas y crueles, cometidas por individuos peligrosos que no demuestran el más mínimo respeto de las reglas de convivencia, sino que se oponen diametralmente a ellas, vulnerando los derechos de las demás personas. En virtud de lo anterior, la pena de prisión permanente revisable es necesaria, porque ante delitos de excepcional gravedad, está justificada una respuesta extraordinaria.».

2. LA PPR DESDE LAS TEORÍAS CLÁSICAS DE LA PENA

Otro aspecto central en el debate sobre la legitimidad de la PPR es su justificación a través de las teorías clásicas de la pena. Aunque este no es el lugar adecuado para profundizar en estas teorías, se explicará someramente en qué consisten y los principales problemas que plantean en relación con la pena de prisión indeterminada.

En correspondencia con la función o finalidad de las penas de privación de libertad, destaca la elucidación del legislador en la Exposición de Motivos para la Ley No. 1058, cuando expresa:

«La pena de prisión tiene funciones y finalidades distintas, antes de la comisión del delito su finalidad es de prevención general dirigida a la colectividad para que los ciudadanos se abstengan de realizar conductas delictivas previstas en la ley, respetando las normas penales y reafirmando la confianza en los valores que contiene la norma. Cometido el delito, la aplicación de la pena es la consecuencia jurídica de tal acción, por tanto su finalidad es retributiva, finalmente durante la ejecución de la pena impuesta, su finalidad es de prevención especial, dirigida a la persona que cometió el delito para que no vuelva a delinquir.».

La anterior dilucidación teórica pretende mostrar que la PPR es socialmente útil, es decir, necesaria, así como axiológicamente justa. En cuanto a teoría de la pena, la doctrina, casi de manera unánime, ha seguido la clasificación⁴⁶ propuesta en 1801 por C.S. ZACHARIÄ, a saber:

- Teorías absolutas de la pena: Integradas por las teorías de la retribución, se suele incluir en esta categoría aquellas posiciones que plantean una justificación de la pena basada

⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Las teorías clásicas de la pena, *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Vol. 11, San Isidro-Lima, Sociedad Estado y Pena Fondo Editorial S.A.C., 2012, p. 339.

en la idea de justicia. Estas teorías buscan el fundamento de la pena en el pasado: se le impone una pena a la persona porque ha delinquido –*punitur, quia peccatum est*: castigar, porque es un pecado–. No se interesan en los efectos de las penas, al punto que, si una pena resulta útil, pero se le considera injusta, se le entiende como carente de legitimidad. Así, la pena encuentra su justificación en la mera comisión de un delito, aunque resulte socialmente innecesaria.

- Teorías relativas de la pena: Conforman este grupo las teorías de la prevención general y las teorías de la prevención especial. Estas teorías otorgan a la pena una función o finalidad específica, acorde con las necesidades de una determinada comunidad. La pena defiende a la sociedad contra el delito y los delincuentes. Buscan generalmente su legitimidad en el futuro: se impone una pena para prevenir delitos –*punitur, ne peccetur*: penar, para que no pequen–.

Esta clasificación, que opone diametralmente las posturas clásicas, resulta en muchos casos artificial, pues existe literatura especializada sobre las teorías intermedias, también llamadas teorías mixtas, unificadoras o de la unión, que ven en la pena la realización de la justicia que resulta a la vez socialmente útil. Sin embargo, siempre se decanta hacia uno de dos fines tradicionales: prima la retribución o prima la prevención⁴⁷.

A) TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA: LA PPR Y LA RETRIBUCIÓN

Las teorías de la retribución se caracterizan porque justifican la pena sin tomar en consideración sus efectos en la sociedad o en el individuo al que se le impone. Estas teorías se han sostenido en proposiciones religiosas y filosóficas, pero, dejando de lado las primeras por no ser propias

⁴⁷ El sistema de penas de Nicaragua parece perfilarse en el mismo sentido que las teorías unificadoras de la pena. Por un lado, la disposición constitucional del Artículo 39 estatuye un sistema penitenciario humanitario, cuyo principal objetivo es la reeducación y reintegro del condenado a la sociedad –prevención especial–. Por otro lado, encontramos que la duración de la pena –o de los rangos penales abstractos– siempre va a ser proporcional a la gravedad de la ofensa, la retribución tiene que ser proporcionalmente equivalente al daño causado y este límite no puede ser superado bajo ninguna consideración preventiva. De esta lógica se excluye, evidentemente, a la PPR, en la que, como se explicará más adelante, tiene preeminencia la finalidad preventiva.

de un debate racional⁴⁸, las aportaciones filosóficas más influyentes provienen del idealismo alemán, específicamente de Immanuel KANT y Georg Wilhelm Friedrich HEGEL.

a) Kant⁴⁹

Se puede considerar a la concepción absoluta kantiana como la clásica. KANT considera necesario que la pena se le imponga al infractor de la norma solo por una razón: porque ha delinquido y por ello merece la pena. La fundamentación de la pena es puramente subjetiva: hay que penar a quien merece la pena por la comisión de un delito. Para KANT la ley penal es un imperativo categórico⁵⁰, que debe aplicarse sin más consideración que la idea misma de justicia.

La teoría kantiana de la pena, desarrollada en el seno de la moralidad, forma una proposición lógica solo inteligible si se tiene en cuenta el imperativo categórico «actúa solo conforme a aquella máxima que puedas querer que se convierta en una ley general». Asumiendo este imperativo moral, quien mata admite como ley válida que le maten, quien despoja a otro de su propiedad asume que le puedan despojar de la suya. Un ser racional no puede establecer una máxima de comportamiento distinta para sí mismo que para los demás, y cuando alguien se rige por una máxima de comportamiento es porque la considera válida para todos, incluyéndose él mismo. Por ello, el *ius talionis* es también un imperativo categórico: la retribución es el fundamento de la pena y la medida de esta retribución se calcula con la Ley del Talión.

KANT razona que la pena no puede ser entendida como un medio para promover otro bien, por ejemplo, la prevención general o especial. Si el ser humano es manipulado como simple medio para otros fines, se le estaría tratando como una cosa, y el ser humano es un fin en sí mismo que no puede ser utilizado para otros fines, esto es lo que diferencia a las personas de las cosas. En

⁴⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Op. cit.* Las teorías clásicas de la pena... p. 340.

⁴⁹ *Ídem.*

⁵⁰ El imperativo categórico intenta ser un mandamiento autónomo –no dependiente de ninguna religión o ideología– y autosuficiente, capaz de regir el comportamiento humano en todas sus formas. Es el acto o proposición que se lleva a cabo por el hecho de ser considerada necesaria, sin que existan más motivos distintos a dicha consideración. Son esas construcciones que se realizan como un «debo», sin estar condicionados por ninguna otra consideración, y son universales y de aplicación en cualquier momento o situación. El imperativo categórico es un fin en sí mismo y no un medio para lograr un resultado determinado.

ese sentido, resalta su crítica contra el abolicionismo de BECCARIA⁵¹, arguyendo que no existe motivo alguno que excuse el establecimiento de la justicia y que renunciar a imponer una pena al transgresor es renunciar a la justicia.

b) Hegel⁵²

El pensamiento hegeliano sobre la pena se expone en el libro *Grundlinien der Philosophie des Rechts* –Principios de la Filosofía del Derecho–. Contrastando con KANT, establece una relación menos simple entre delito y pena, considerando que la pena debe tener un valor simbólico equivalente al delito, aunque coincide con este en que la pena solo tiene sentido si responde a una acción anterior, con independencia de cualquier finalidad político-criminal que se le pretenda otorgar, sin embargo, contempla otras dimensiones de la pena distintas a la puramente subjetiva: la dimensión objetiva y la dimensión social.

En cuanto a la dimensión objetiva de la pena, para HEGEL lo importante no es que esta sea externamente semejante al delito –como en el *ius talionis*– sino que su contenido sea simbólicamente equivalente, es decir, que debe existir una equivalencia valorativa entre delito y pena, acorde con los intereses o fines de determinada organización social. La pena es, entonces, un ejemplo contra el ejemplo del delito y, concorde a esto, no tiene que ser de la misma clase y cantidad que el delito, sino que debe suponer una respuesta suficiente contra el hecho delictivo.

La pena restablece el Derecho como tal –con validez general– manifestando la nulidad del delito, siendo que el delito es, a su vez, la negación del Derecho⁵³. Esta teoría es conocida también como teoría de la desautorización de la norma pues, para HEGEL, el delito no es una mera lesión de derechos ajenos, sino una lesión del derecho como orden de validez general.

⁵¹ Desde posiciones utilitaristas, BECCARIA consideraba que la pena de muerte debía ser abolida, argumentando que el condenado podía prestar todavía servicios útiles a la sociedad –forzado, evidentemente– a cambio de evitar la pena de muerte.

⁵² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Las teorías clásicas de la pena... *Op. cit.* p. 343.

⁵³ La pena es entonces la *negación de la negación*.

El *ius talionis*, según HEGEL, no puede servir como principio válido para la determinación de la pena: el autor tuerto no sufre un mal equivalente si se le priva de su único ojo. Concluye así que, como la pena depende del sentido de la acción delictiva, ante un mismo hecho objetivo se puede responder de diversas formas. Su propuesta supera a la kantiana, pues explica satisfactoriamente la relación valorativa entre el delito y la respuesta del ordenamiento jurídico; establece una proporción entre la gravedad del hecho –no del resultado– y la gravedad de la pena. Ejemplo de esta concepción en nuestro sistema penal es la diferencia entre la reacción punitiva ante el homicidio doloso y el homicidio imprudente, o entre la tentativa y la imprudencia homicida.

Sobre la dimensión objetiva de la pena, HEGEL afirma que con la pena se honra al delincuente como ser racional. Con la imposición de la pena se trata al delincuente como alguien susceptible de culpabilidad; se le reconoce su dignidad, capacidad y competencia. Precisamente porque se le reconoce como persona es que se entiende que sus acciones expresan mensajes de validez general y, de ser estas una negación del derecho –un delito–, es preciso imponerle una pena: el derecho reconoce la capacidad de la persona para configurar el mundo e influir con sus acciones en el comportamiento de los demás ciudadanos. Similar al retribucionismo kantiano, expresa que al delincuente se le aplican sus propias máximas de conducta, aunque en este caso el mal administrado no es materialmente idéntico al que causó, sino valorativamente idéntico.

Para HEGEL, la dimensión social de la pena es primordial, pues lo decisivo a la hora de determinar la pena –su forma y duración– es la peligrosidad de la acción para la sociedad civil y para la validez de la norma, pero de una sociedad con todas sus especificidades históricas, políticas y culturales. Siempre se debe responder al delito con una pena, pero la gravedad de esta depende de las necesidades de una sociedad⁵⁴. Esa cualidad y cantidad variable según la situación social se ejemplifica arguyendo que la pena varía según las circunstancias sociales durante la comisión del delito: puede que en ciertas circunstancias sea adecuado castigar el hurto de una pequeña suma de dinero con pena de muerte y, en otro momento, que un hurto cuantioso se pueda saldar con una pena benigna.

⁵⁴ Por eso, HEGEL es considerado por muchos el precursor de las teorías de la prevención general, especialmente en su vertiente positiva. La teoría hegeliana de la desautorización del derecho –delito– que comporta una reacción del ordenamiento jurídico –pena– se puede ver formulada en términos actuales como mantenimiento de expectativas normativas o de la vigencia de la norma.

c) LA PPR DESDE LA RETRIBUCIÓN (TOMA DE POSTURA)

A favor de las teorías absolutas de la pena se puede alegar que funcionan como límite al poder punitivo del ordenamiento jurídico: la pena debe ajustarse a la responsabilidad del infractor, con independencia de las necesidades preventivas; esta *proporcionalidad* es una garantía para el ciudadano que comete un crimen.

El problema consiste en que no se sabe con certeza cómo determinarla. El juicio de proporcionalidad entre delito y pena implica una valoración subjetiva, por eso siempre habrá quien justifique la pena de muerte para los delitos de asesinato –como KANT–. Por otro lado, cuando la proporcionalidad se establece basándose en la importancia social del hecho –en su «peligrosidad social»–, la teoría retributiva hace depender la pena de específicas circunstancias histórico-políticas de cada sociedad; estas circunstancias crean un derecho penal que, en el fondo, no es más que convenciones y valoraciones sedimentadas a través del tiempo, de acuerdo con modelos económicos, culturales e ideológicos variables⁵⁵.

Fue precisamente falta de proporcionalidad entre el delito y la pena lo que se alegó en la Exposición de Motivos de la Ley No. 1057 para justificar la introducción de una pena como la PPR, señalando a la ciudadanía como la demandante de ese cambio:

«Por ello, merece especial atención y consideración instaurar una política criminal rigurosa, para ciertos *hechos delictivos de gravedad excepcionales*, que se requiere de la intensificación de la pena, como respuesta inmediata por parte del Estado para prevenir, sancionar y erradicar los crímenes [...] no obstante, aunque si bien es cierto, el derecho penal constituye un instrumento de protección a los bienes jurídicos como [...] si se atenta contra ellos constituyen delito, y se le impone una pena, *algunas veces la pena no corresponde con la caracterización de los crímenes crueles, inhumanos, degradantes y de odio acaecidos últimamente*, sin el menoscabo de las víctimas que en su mayoría pertenecen a los grupos de personas que se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad.»⁵⁶.

⁵⁵ ICUZA SÁNCHEZ, Izaro. *Op. cit.* p. 62.

⁵⁶ *Vid.* nota al pie 3 de este documento. Las cursivas son propias.

El legislador entiende que los delitos a los que se aplica la PPR no estarían suficientemente castigados bajo las reglas anteriores y, por ello, se exige un mayor castigo que sea proporcional a la gravedad «extrema»⁵⁷ de esos delitos. La respuesta del parlamentario no ha sido, como cabría esperar teniendo en cuenta los antecedentes legislativos, la aplicación de una pena más larga –pero temporalmente determinada– que las existentes y que se ajustase a la gravedad del delito, sino la articulación de una pena indeterminada, cuya finalización ya no responde a la gravedad del hecho y las circunstancias de este –cuestión a la que sí responde la imposición de la pena–, sino que depende de un pronóstico de peligrosidad que adolece siempre de falta de verificabilidad; este pronóstico es, al fin y al cabo, una presunción. En este escenario, la PPR es acusada por muchos en la doctrina de ser una pena desproporcionada⁵⁸.

B) TEORÍAS RELATIVAS DE LA PENA: PPR DESDE LA PREVENCIÓN

Las teorías relativas conceden a la pena una función específica coherente con las necesidades de determinada sociedad: la pena es una defensa de esta contra el delito. La doctrina identifica dos grupos de teorías relativas, a su vez divididos en dos vertientes: teorías de la prevención general –positiva y negativa– y teorías de la prevención especial –positiva y negativa–.

a) TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL

La prevención general apunta hacia la prevención frente a la colectividad. El esfuerzo se centra en influir sobre la comunidad a fin de que sus miembros más tendientes a cometer delitos se sientan disuadidos a no hacerlo⁵⁹. La versión clásica de las teorías de prevención general lo

⁵⁷ Cabe cuestionarse si estas conductas son mucho más graves que las del asesinato básico, por ejemplo.

⁵⁸ Entre otros, el trabajo de LASCURAÍN SÁNCHEZ insiste en la desproporcionalidad de la PPR por distintas razones, entre ellas, la incapacidad de adaptarla a la gravedad y circunstancias del hecho delictivo. *Vid.*, entre otros, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, PÉREZ MANZANO, Mercedes y otros. *Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, PÉREZ MANZANO, Mercedes (Edit.); RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (Coord.): *Contra la cadena perpetua* [en línea]. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, 188 p. ISBN 978-84-9044-220-3. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10578/9671> [consulta: 18/08/2023].

⁵⁹ ICUZA SÁNCHEZ, Izaro. *Op. cit.* p. 40.

constituye su vertiente negativa –por mucho tiempo la única–, pero actualmente se señala que no es la única vía de prevención general, prestándose atención a su variable positiva.

i. PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA

La finalidad de este modelo es evitar que se cometan delitos intimidando o coaccionando psicológicamente a los potenciales infractores y esta consecuencia justifica utilitariamente la pena. Común a todas las teorías de prevención general negativa es la función intimidatoria –de ahí que se le conozca también como prevención general intimidatoria– que se consigue a través de la amenaza abstracta del castigo expresada en las normas penales.

Aunque desde los filósofos griegos se hace referencia a la intimidación general, es preciso estudiar modelos preventivos desarrollados metodológicamente dentro de la ciencia del Derecho penal, es decir, de teorías desarrolladas por penalistas que no pretenden brindar un concepto universal de pena, sino otorgarle a esta un sentido que permita racionalizar los fines político-criminales del Derecho penal. Destaca aquí la teoría de la coacción psicológica de Paul Johann Anselm von FEUERBACH⁶⁰. Su teoría es compleja y suficientemente completa, al punto que sigue siendo objeto de referencia hoy en día.

Según FEUERBACH, el sentido de la pena reside en la necesidad de preservar la libertad recíproca, o la convivencia en la sociedad civil, bloqueando los impulsos o inclinaciones antijurídicas. Considera que la razón por la que alguien comete una acción antijurídica reside en la satisfacción o placer que produce dicha acción o, en sentido contrario, por frustración nacida de la necesidad insatisfecha que se ambicionaba satisfacer.

Aclara que el hombre ansía una determinada satisfacción porque en general ansía el placer, pero también rehúye de un determinado dolor, porque en general huye de la insatisfacción: la insatisfacción que sufre alguien cuando no logra satisfacer sus necesidades lo impulsa a satisfacer

⁶⁰ Planteó los fundamentos de su teoría de la pena en el libro *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* –Revisión de los principios y conceptos básicos del derecho penal positivo– de 1799. Pero es en su Tratado de Derecho penal donde desarrolla por completo la teoría de la coacción psicológica, teniendo en cuenta que la coacción física es insuficiente para prevenir la comisión de delitos.

esa necesidad, sin embargo, un dolor más grande que aparezca ligado a ese comportamiento – como las penas de los tipos penales– puede cambiar el sentido de sus impulsos, superando las inclinaciones iniciales y disuadiéndole de realizar la conducta que puede ocasionar ese mayor sufrimiento. El delito puede ser evitado si los ciudadanos saben que cometerlo puede causar un mal mayor a la insatisfacción de sus necesidades: las mismas razones que pueden determinar la comisión de un delito pueden servir para determinar su evitación⁶¹.

Para evitar que la persona sea utilizada como cosa, FEUERBACH retorna a KANT, designando como fundamento de la pena el delito cometido. Por eso, vincula la función intimidatoria a la amenaza con pena previa a la comisión del delito, y no a la imposición de esta: «La ejecución de la pena debe intimidar solo de forma mediata, en la medida que convierte la amenaza legal en una amenaza real o factible. La finalidad de la pena es en definitiva prevención, pero nunca a través de la ejecución, sino a través de la amenaza.»⁶².

ii. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

Conocida también como prevención general estabilizadora o integradora, pretende lograr la confianza de las personas en el derecho al verificar que la amenaza de la ley penal se cumple; la pena refuerza la vigencia de la ley y la confianza en ella. Esta tiene, entonces, una función comunicativa muy similar a la que expresaba HEGEL: el delito es la expresión del delincuente y la pena es la respuesta de la sociedad que desautoriza esa conducta y ratifica la norma vigente.

Se entiende que la pena sirve de apoyo para la conciencia normativa social mediante la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales, fomentando simultáneamente lazos de integración social frente a los infractores, al mismo tiempo que consolida la confianza en las instituciones del Estado. Transmite también una formación sociopedagógica basada en los valores hegemónicos de la sociedad: el legislador se comunica con el ciudadano a través de la norma

⁶¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Las teorías clásicas de la pena... *Op. cit.* p. 374.

⁶² *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, pp. 47 s, 49 y 61. Cita extraída de: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Las teorías clásicas de la pena... *Op. cit.* p. 374.

penal, informándole del orden de valores de la sociedad. Esta función moralizante solo puede tener un efecto relevante cuando concurren la desaprobación legal y la desaprobación social⁶³.

iii. LA PPR DESDE LA PREVENCIÓN GENERAL (TOMA DE POSTURA)

En relación con la prevención general negativa, debe analizarse si la PPR cumple con la función intimidatoria que pretende otorgarle el legislador, reflexionando sobre la eficacia de las penas de larga duración y tomando en cuenta las consideraciones criminológicas que atiendan al tema.

Una de motivaciones principales del legislador durante la creación de la PPR fue la idea de que sería eficaz previniendo la comisión de delitos de «extrema gravedad» por su capacidad de atemorizar y disuadir a los potenciales delincuentes: «robustecer el carácter de prevención ante el riesgo de la pena exhaustiva a quienes atentan contra: la vida, la libertad e indemnidad sexual y la seguridad de las personas.»⁶⁴. Debe analizarse si, para lograr este fin, la PPR es una medida idónea, si es necesaria.

Por objetable que sea recurrir a estudios de otros países y otros contextos para analizar la realidad local específica, se muestra necesario acudir a estos, en tanto, por lo menos a nivel nacional, el estudio empírico de la prevención intimidatoria de la pena ha sido escasamente desarrollado. En este orden, señala FEIJOO que no existe una relación demostrada entre la dureza de la pena y sus efectos preventivos. A su vez, numerosos estudios empíricos demuestran que el endurecimiento de la pena no tiene efectos significativos en la disminución de la delincuencia⁶⁵, al menos en delitos que ya contemplaban penas graves.

Afirma MAPELLI, citado por ICUZA SÁNCHEZ, que «ni siquiera estamos en condiciones de afirmar tesis tan sencillas como la de que un incremento de la pena conlleva a una reducción de la

⁶³ ICUZA SÁNCHEZ, Izaro. *Op. cit.* p. 41.

⁶⁴ *Vid.* nota al pie 3 y nota al pie 4.

⁶⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*. Reimpresión. Montevideo, Buenos Aires: B de f, 2017, pp. 107-108. ISBN: 978-9974-708-39-6.

criminalidad»⁶⁶, sin mencionar que, en la mayoría de los casos, la persona que comete un delito no sabe si la ley penal se ha modificado previendo una pena más grave para el delito específico.

Siendo así, la intimidación que la PPR pueda proyectar sobre el conjunto social muestra un valor muy reducido. Por un lado, la agravación de la pena carece de efectos empíricamente verificables –no se puede verificar si los potenciales infractores de la norma se disuaden por las nuevas penas–, sugiriendo la experiencia precisamente lo contrario: las cifras de delincuencia no se ven afectadas por las agravaciones punitivas. En el caso de la PPR, tampoco existe evidencia empírica que pruebe su supuesta mayor eficacia preventiva intimidatoria en relación con las otras penas; hay que recordar que los delitos que ahora son sancionados con PPR tenían asignada una pena de por sí rigurosa previo a la reforma⁶⁷.

Aunque la prevención intimidatoria no es un concepto observable, sino un concepto teórico, los estudios empíricos demuestran cómo el endurecimiento de las penas no afecta las cifras de delincuencia, las que son mayormente determinadas por otras variables, principalmente la eficacia o ineficacia de los sistemas policiales de detección y persecución del delito⁶⁸, lo que depende de la eficacia de la policía y el sistema judicial⁶⁹. Por lo tanto, en el hipotético cálculo que realiza el delincuente pesa más factores como la eficacia de los cuerpos policiales y las posibilidades de ser descubiertos y condenados, que la propia pena abstracta contemplada en la ley.

Como indica FEIJOO⁷⁰, la mayoría de delitos, especialmente los que preocupan por su violencia, son consecuencia más de una incapacidad para controlar los impulsos en un momento dado que el resultado de una decisión consciente. Destaca también que la mayoría de estos delitos se cometen en circunstancias de embriaguez, toxicomanía, arrebatos pasionales, enfrentamientos

⁶⁶ ICUZA SÁNCHEZ, Izaro. *Op. cit.* p. 45.

⁶⁷ Piénsese aquí en las subsecuentes agravaciones de las penas el delito de asesinato, la creación del tipo de injusto de asesinato agravado y la agravación de las penas en delitos de violencia contra la mujer.

⁶⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Las teorías clásicas de la pena... *Op. cit.* p. 382.

⁶⁹ Un informe realizado por el Consejo de Europa –*European Committee on Crime Problems, Council for Penological Co-operation, Final Report*, del 20 de dic. de 2010– afirma que, aunque la prevención general se puede lograr con la aplicación de ciertas penas durante algún tiempo, en algunos tipos de delitos, algunos tipos de delincuentes y en algunas situaciones, lo que resulta más eficaz es una alta probabilidad de descubrimiento y condena.

⁷⁰ FEIJOO, *La pena como institución jurídica...* *Op. cit.* p. 96-97.

personales, entre otros, que no son propias de una ponderación racional, aunque por ello no quepa excluir la culpabilidad del autor.

En lo que a prevención general positiva atañe, la Exposición de Motivos hace alusión al «fortalecimiento del orden, bienestar, equilibrio y desarrollo social» y al «cambio que necesita la sociedad nicaragüense para que instrumentos internacionales de derechos humanos mejoren su eficacia en la protección de derechos de las personas...», mediante «leyes más eficaces». Bajo esta lógica, la PPR vendría a reforzar la vigencia de las leyes penales internas e internacionales cuando se impone al infractor y, por otro lado, expresa el rechazo rotundo de los nicaragüenses hacia los actos que castiga.

b) TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL

Contrastando con la prevención general, la prevención especial pretende que la persona a quien se aplica una pena no vuelva a delinquir, es decir, prevenir la reincidencia. Este conjunto de teorías contempla al delincuente no como un ser objetiva o subjetivamente racional, sino como un foco de peligro para bienes jurídicos a los que el derecho debe proteger. El fin de la pena pasa a ser la lucha contra este carácter peligroso⁷¹.

Para alcanzar esta finalidad, el Estado puede seguir estrategias de influencia más positivas –la denominada prevención especial positiva, de la rehabilitación, reeducación y reinserción– o negativas –llamada prevención especial negativa, de la intimidación e *inocuización*⁷²–, esta última rechazada por la doctrina mayoritaria. Lo crucial en el análisis de las teorías de la prevención especial es verificar si estos fines –si acaso son verificables– realmente legitiman la existencia de una pena como la PPR.

⁷¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Las teorías clásicas de la pena... *Op. cit.* p. 393.

⁷² El término *inocuización*, que proviene del adjetivo inocuo/cua, hace referencia a la neutralización de la actividad delincuencial futura pronosticada –por tanto, presuntiva y no verificable– por el simple hecho de mantener sometido a encarcelamiento al considerado peligroso. Este fin de la pena es raramente admitido en los ordenamientos jurídicos, precisamente por ser el que se muestra más agravante de los derechos fundamentales del recluso y por la dificultad que implica justificar la pena de encarcelamiento desde esta perspectiva.

En lo que respecta a su vertiente positiva, la prevención especial tiene como finalidad la resocialización o reinserción social del infractor de la norma penal. Se pretende, mediante un tratamiento individualizado, hacer del autor una persona con la intención y capacidad de convivir pacíficamente respetando las normas penales, así como de sufragar sus necesidades. Por otro lado, la vertiente negativa tiene una función admonitoria o intimidatoria, dándole a la pena una función de advertencia para que el delincuente se abstenga de volver a delinquir; dentro de esta vertiente se encuentra también la función inocuidadora.

Es crucial siempre tener en cuenta que, en términos puramente teóricos, el contenido de la pena, así como su duración, depende, acorde con estas teorías, de la peligrosidad del sujeto y no de la gravedad del hecho. La PPR opera precisamente desde esta lógica.

i. LA PPR DESDE LA PREVENCIÓN ESPECIAL (TOMA DE POSTURA)

La PPR comporta una relativización del derecho penal del hecho –de penas determinadas– y un acercamiento al derecho penal de autor, ya que el criterio que se tomará en cuenta para la extensión de la prisión será la peligrosidad del recluso y no la gravedad del delito cometido. La pena fue presentada por el legislador como necesaria para combatir la futura peligrosidad criminal del condenado, sin embargo, para su imposición no es necesario acreditar peligrosidad alguna, sino que el legislador presume al autor como peligroso –después de treinta años de prisión– independientemente de que lo sea o no, lo que se asemeja a un modelo de derecho penal de autor. Si se considera que el recluso es peligroso, el Estado estará legitimado para prolongar su privación de libertad, pudiendo resultar de facto en una cadena perpetua.

Del texto de la Exposición de Motivos podemos colegir que la evocación a la prevención general positiva –manifestada en el mandato constitucional del Artículo 39– se hace, más que como un fin a conseguir, como mera justificación o evidencia del respeto de los fines constitucionales por la PPR: «Así pues, la mera posibilidad de revisión del encarcelamiento, transforma la pena

[...] en respetuosa de los derechos fundamentales y de los derechos Humanos, pues no afectaría los fines de reeducación penal y reinserción social...»⁷³.

Haciendo las mismas advertencias sobre la necesidad de utilizar estudios de otras realidades sociales y jurídicas, en cuanto a la eficacia preventivo especial de las penas de prisión para reducir la reincidencia, CID concluye que el hecho de castigar a una persona con una pena de prisión en lugar de suspenderla aumenta significativamente la probabilidad de que esta persona reincida en el futuro⁷⁴. Los demás efectos negativos de las penas de prisión de larga duración, como la prisionización⁷⁵ o la completa desocialización del condenado, son elementos que deben ser tomados en cuenta si se pretende mantener la preeminencia del fin reeducador de la pena. Si se toman en cuenta sus efectos, podría afirmarse que la PPR no reeduca –en esto se explayará posteriormente–.

Por otro lado, la PPR parte de la premisa desatinada de que los penados por delitos graves presentan un riesgo elevado de reincidencia, cuando numerosos estudios sugieren precisamente lo

⁷³ Cabe destacar que uno de los pilares fundamentales de este modelo de reeducación, el sistema progresivo de regímenes penitenciarios, se ve comprometido por la disposición terminante del Artículo 96 *bis*, que establece como requisito imprescindible para solicitar la libertad condicional el cumplimiento efectivo de treinta años de prisión. Se entiende, entonces, que figuras como el beneficio de descuento de la sanción privativa de libertad son incompatibles con la PPR, así como ciertos regímenes penitenciarios de semilibertad que son presentados como esenciales para la reeducación del interno.

⁷⁴ CID MOLINÉ, José. ¿Es la prisión criminógena? (Un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena). *Revista de Derecho Penal y Criminología* [en línea]. 2007, No. 19, pp. 427–456. ISSN: 2255-3533. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24947> [consulta: 26/07/2022].

⁷⁵ Término acuñado originalmente en el inglés por Donald Clemmer, refiere al proceso mediante el cual el reo se adapta a la vida en prisión, esto es, la asimilación e internalización tanto de las normas institucionales –de la cárcel como institución–, así como, y principalmente, la subcultura carcelaria –reglas y jerarquías entre los internos–. El concepto de *prisonization* deriva del término *socialization* usado en las ciencias sociales para denominar el proceso de interacción social mediante el cual las personas aprenden las normas, costumbres, valores y tradiciones de su ambiente social; la prisionización, como la socialización, es un proceso de aprendizaje de la cultura carcelaria mediante la interacción social. En correspondencia con el grado de aceptación o rechazo de la cultura carcelaria, Romero Miranda establece una taxonomía del sujeto encerrado en la que distingue tres categorías: a) Preso: quien se visualiza desde fuera, viviendo el encierro desde la realidad extramuros –*veteris modus vivendi*–; b) Presidiario: quien se visualiza desde dentro del recinto y acepta la cárcel como su hábitat –*novum modus vivendi*–; c) Prisionizado: La cárcel dentro del sujeto, el *novum modus vivendi* reemplaza el *veteris modus vivendi*, proyectando la realidad intramuros en el exterior. *Vid.* ROMERO MIRANDA, Luis Alejandro. Prisionización: estructura y dinámica del fenómeno en cárceles estatales del sistema penal chileno. *URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad* [en línea]. 2019, No. 24 (junio-noviembre), pp. 42–58. ISSN: 1390-4299. Disponible en: <https://doi.org/10.17141/urvio.24.2019.3791> [consulta: 06/08/2023].

contrario: son los responsables de delitos menos graves los que más reinciden. Un estudio realizado en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid confirma la baja reincidencia de los penados por delitos graves contra las personas. De 150 casos analizados, solo 18 personas reincidieron –12%–: los condenados por asesinato presentaron la menor tasa de reincidencia –4.3%–; de los condenados por homicidio solo reincidieron 12.9%, todos estos reincidieron cometiendo delitos patrimoniales⁷⁶.

De lo anterior se puede deducir que la PPR no se centra en una prevención especial positiva, de reeducación y reinserción, sino que se decanta por un modelo –aunque nunca admitido– de neutralización o inocuización, en el que se abandona la dimensión resocializadora de la pena, a favor de la seguridad, dando paso al defensismo que se ha convertido en la corriente político-criminal dominante a nivel regional e internacional. Como señala FEIJOO, la experiencia ha demostrado que la PPR resulta demasiado costosa en términos de libertad individual en relación con los resultados resocializadores que proporciona⁷⁷.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN: DELITOS CASTIGADOS CON PPR

Conviene un análisis sumario de los tipos penales a los que se les asignó pena de PPR. Entre estos, la Ley No. 1058 configuró dos modalidades nuevas al tipo penal de asesinato agravado, sobre las que se explayará a continuación. Se incluye también un análisis sucinto del tipo de injusto femicidio, en tanto la PPR se instituyó como medida inmediata de protección contra sectores reconocidos como vulnerables por el ordenamiento jurídico nicaragüense, entre los que figuran las mujeres.

1. PARRICIDIO

Tipificado en el Artículo 139 CP, consiste en la privación de la vida de una persona en el ámbito de las relaciones familiares. El precepto, después de la Ley No. 1058, dispone literalmente:

⁷⁶ Este informe, dirigido por la psicóloga forense de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en Madrid, Rocío Gómez Hermoso, se encuentra disponible en: <https://infocoponline.es/pdf/INFORMEFORENSES.pdf>. Cita extraída de: ICUZA SÁNCHEZ. *Op. cit.* p. 59.

⁷⁷ FEIJOO, *La pena como institución jurídica...* *Op. cit.* p. 140.

«Artículo 139 Parricidio

Quien a sabiendas del vínculo que lo une, prive de la vida a un ascendiente, descendiente, hermano, cónyuge o conviviente en unión de hecho estable, será sancionado con una pena de quince a veinte años.

Cuando concorra alguna de las circunstancias constitutivas del delito de asesinato, la pena será de veinte a treinta años. Cuando concurren las circunstancias del asesinato agravado la pena será prisión perpetua revisable.»

Este tipo penal ha sido sujeto de reforma en dos ocasiones desde la promulgación del CP actual, y en ambas se modificó el texto del párrafo *in fine*, que originariamente asignaba pena de prisión que oscilaba entre veinte y veinticinco años, para posteriormente ser modificado por la Ley No. 952⁷⁸ en su límite superior, aumentándose el techo punitivo a treinta años de prisión cuando concurriesen «las circunstancias constitutivas y agravantes previstas en el delito de asesinato».

Casi cinco años después de la reforma de la Ley No. 952, se modificaría nuevamente la pena asignada a este delito, agregando la pena agravada de PPR cuando concorra alguna circunstancia del asesinato agravado. Así, en el vigente Artículo 139 CP se prevén dos penas agravadas que se corresponden con la concurrencia de las circunstancias del asesinato o el asesinato agravado, castigándose con PPR cuando concurren las segundas.

2. ASESINATO AGRAVADO

Tipificado en el Artículo 140 *bis* CP, fue creado y adicionado al CP por la Ley No. 952⁷⁹. Originalmente se castigaba con prisión de entre veinticinco a treinta años, hasta que la Ley No.

⁷⁸ Nicaragua. Ley, N° 952, Ley de reforma a la Ley No. 641, Código Penal de la República de Nicaragua, a la Ley N°. 779, Ley Integral contra la violencia hacia las mujeres y de reformas a la Ley N°. 641, Código Penal y a la Ley No. 406, Código Procesal Penal de la República de Nicaragua. *La Gaceta, Diario Oficial*, 5 de julio de 2017, núm.126, p. 5054.

⁷⁹ De la Ley No. 952 puede acusarse marcadas similitudes con las leyes creadoras de la PPR: por un lado, son precisamente –casi todos– los delitos a los que la Ley No. 952 agravó la pena –así como el delito creado por estos– que vino a castigar con PPR la Ley No.1058. Por otro lado, encontramos en la exposición de motivos para la Iniciativa de la Ley No. 952 argumentos similares a los presentados por el legislador en la creación de la PPR.

1058 reformó sus disposiciones para castigar con pena de PPR cuando concurra cualquiera de sus circunstancias constitutivas. El tenor literal del Artículo 140 *bis* CP orienta:

«Artículo 140 *bis* Asesinato agravado

Se impondrá la pena de prisión perpetua revisable cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

- 1) Cuando concurren dos o más de las circunstancias señaladas en el artículo anterior;
- 2) Asfixia, incendio, explosión o veneno;
- 3) Flagelación, mutilación o descuartizamiento en el cadáver de la víctima;
- 4) En presencia de niño, niña o adolescente;
- 5) Cuando la víctima sea niño, niña o adolescente;
- 6) Cuando la persona sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad o discapacidad física o psíquica para resistir, o se trate de una mujer embarazada o persona mayor de 65 años de edad;
- 7) El hecho sea cometido por miembros de grupo delictivo organizado o banda organizada nacional o internacional, salvo que concurra el delito de crimen organizado, o asociación para delinquir;
- 8) Que el hecho sea cometido como resultado de ritos grupales creencias o fanatismo religioso o deportivo;⁸⁰
- 9) Que el hecho se ha cometido después de una violación;
- 10) Que el hecho sea cometido por odio, motivado por intolerancia y discriminación, referidos a la orientación sexual, y/o identidad sexual, expresión de género, origen

⁸⁰ Especialmente peculiar es lo sucedido con esta circunstancia constitutiva del asesinato agravado. Tipificada una circunstancia similar en el delito de femicidio por la Ley No. 779, es eliminada de este tipo penal por la Ley No. 952, que crea el delito de asesinato agravado –Artículo 140 *bis*– y traslada esta circunstancia al nuevo delito. En el original Artículo 140 *bis* se contemplaba esta circunstancia de manera idéntica a la contemplada en la Ley No. 1058: «Que el hecho sea cometido como resultado de ritos grupales, creencias o fanatismo religioso o deportivo.» Se mostró evidente la influencia que la opinión pública ejerce sobre el legislador, especialmente cuando se toma en consideración el estado de conmoción que a la sazón de la reforma penal se vivía en nuestro país por un caso puntual –y claramente relacionado a la mencionada circunstancia–: el caso de Vilma Trujillo, quien fue brutalmente quemada viva en un rito religioso el 22/02/2017. Solo dos días después de la publicación de la Ley No. 952, se publicó en La Gaceta, Diario Oficial No. 128 una fe de errata que suprimía el numeral ocho del Artículo 140 *bis*, atribuyendo a este «error» ser «involuntario» –es decir, se expresa que la mencionada circunstancia fue creada, incluida en el tipo penal y numerada en este, todo por un error involuntario–. Con posterioridad, la Ley No. 1058 incluyó nuevamente la circunstancia del numeral ocho, con la minúscula diferencia de hacer falta la coma entre las palabras «grupales» y «creencias», lo que parece atender más –esta vez sí– a un error involuntario en la redacción del texto publicado en La Gaceta, Diario Oficial.

étnico, condición social y económica, nacionalidad, religión, ideología, color de piel, discapacidad o profesión de la víctima.

Se entiende que la agravante del numeral anterior concurre, cuando el que cometió el delito ha expresado de manera personal, en redes sociales o por algún medio de difusión el desprecio o intolerancia contra una persona o grupos de personas a las que previamente amenazó y acosó por algunas de las circunstancias previamente mencionadas.»

11) Asesinato múltiple.»

A) ASESINATO AGRAVADO POR MOTIVOS DE ODIO

Quizá la más novedosa adición de la Ley No. 1058 es la modalidad del asesinato agravado por motivos de odio. Por vez primera en Nicaragua se tipifica un delito contra la vida –anteriormente sólo el Artículo 315 CP contemplaba un delito con estas características– cuyas motivaciones sean la «intolerancia y discriminación, referidos a la orientación sexual, y/o identidad sexual, expresión de género, origen étnico, condición social y económica, nacionalidad, religión, ideología, color de piel, discapacidad o profesión de la víctima.»⁸¹. Esta modalidad del asesinato agravado es un *crimen de odio*, o *crimen por prejuicio*.

En este apartado se examinará la categoría crimen de odio, iniciando con las generalidades y cuestiones comunes entre sus manifestaciones, seguido del génesis de la categoría, la historia de su institución en la región latinoamericana, para desembocar finalmente en el contexto histórico de la violencia por discriminación en Nicaragua, la aplicación en su legislación del concepto y el análisis de esta nueva modalidad del asesinato agravado.

⁸¹ Cabe matizar que en el Artículo 36 del Código Penal se ha previsto, desde su promulgación, que: «Son circunstancias agravantes: 5. Discriminación. Cuando se comete el delito por motivos raciales, u otra clase de discriminación referida a la ideología u opinión política, religión o creencias de la víctima; etnia, raza o nación a la que pertenezca; sexo u orientación sexual; o enfermedad o discapacidad que padezca.» Se percibe la transformación que desde 2008 hasta la actualidad ha mostrado el entendimiento del legislador sobre la discriminación contra las llamadas «disidencias sexuales» cuando se compara la redacción del precepto antes citado con el acápite 8 del Artículo 140 *bis* CP; así, términos más precisos y de relevancia sociológica como «orientación sexual», «identidad sexual» o «expresión de género» dotan a este precepto de rigor científico.

a) GENERALIDADES SOBRE LOS CRÍMENES DE ODIO

El génesis de la idea de crímenes incitados por el odio puede ubicarse en las décadas posteriores al final de la Segunda Guerra Mundial. En el escenario de la posguerra, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 dispuso, en su artículo 20.2, que «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.»⁸².

Sin embargo, el término crimen de odio proviene del inglés «*hate crime*», que se implementó primeramente en Estados Unidos de América en la década de los ochenta del siglo pasado⁸³, cuando, a raíz de conflictos étnico-raciales, las minorías reclamaron una nueva legislación que sistematizase las estadísticas sobre los crímenes de carácter religioso o étnico-racial. Con el tiempo, fue incluyéndose en esta categoría la violencia ejercida contras las minorías sexuales, lo que derivó en el término a como se conoce actualmente en el ámbito internacional.

Aunque en la actualidad muchos ordenamientos jurídicos tipifican delitos motivados por el odio, la discriminación o la intolerancia, debe decirse que el establecimiento de esta categoría no responde a conceptos unívocos. Así, encontramos distintas formas en las que se instituye la figura del crimen de odio: en legislaciones como la estadounidense, por ejemplo, se brinda una definición genérica para crimen de odio mientras que, en legislaciones como la nicaragüense, se establece esta modalidad delictiva como circunstancia agravante –y posteriormente también como delito autónomo– sin brindar una definición a la que pueda atenderse cuando se pretende apreciar la motivación por odio.

Común a todas las definiciones que sobre crimen de odio puedan brindarse son tres elementos indispensables para considerar determinado delito como crimen de odio. En primer lugar, debe darse una agresión o conjunto de agresiones dirigidas a lesionar los derechos de una o varias

⁸² BALMACEDA QUIRÓS, Justo. Crímenes de odio: comentarios al D. Leg. No. 1323 que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género. *Gaceta Penal y Procesal Penal* [en línea]. 2017, Vol. 93, p. 38. ISSN: 2075-6305. Disponible en: <https://repositorio.usil.edu.pe/handle/usil/2611> [consulta: 04/08/2023].

⁸³ La expresión fue acuñada en la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América por los representantes John Conyers, Barbara Kennelly y Mario Biaggi, cuando propusieron el *Hate Crime Statistics Act* en 1985.

personas. El segundo elemento es la pertenencia de estas personas a las que se les vulnera sus derechos a grupos o conjuntos sociales en situación de vulnerabilidad. Los grupos poblacionales que con más frecuencia se incluyen en las legislaciones son: grupos raciales, étnicos, etarios, de género, orientación sexual y/o identidad de género.

El tercer elemento que caracteriza a los crímenes de odio es la motivación que impulsa a la persona o grupos de personas a actuar contra los derechos de otra; por lo general, tal motivación se fundamenta en el odio, el prejuicio, la intolerancia, el rechazo, el desprecio, o la discriminación hacia un miembro –real o percibido–, de algunos de los grupos identificados en la legislación o definición doctrinaria en cuestión⁸⁴.

b) LOS HATE CRIMES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

El debate sobre la violencia racial en Estados Unidos se organizó en torno al establecimiento de un sistema estadístico propicio para cuantificar, conocer a fondo y tratar el problema de la violencia por prejuicios, especialmente los raciales. Producto de estos esfuerzos surgió una legislación específica, la ley federal *Hate Crime Statistics Act*, aprobada en 1990. Los crímenes de odio son definidos en esta ley como «*crimes that manifest evidence of prejudice based on race, religion, sexual orientation, or ethnicity, including where appropriate the crimes of murder [...], [...] intimidation.*»⁸⁵

La expresión, sin embargo, se introdujo en la legislación estadounidense con dos variaciones en su terminología: por un lado, se utiliza «*hate crime*», o crimen de odio, por lo general, en leyes federales; por otro lado, se emplea el término «*bias crime*», o crimen por prejuicio, por lo general, en jurisprudencia estatal. La generalización del uso del término *hate crime* frente a *bias*

⁸⁴ Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL. *Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género en Costa Rica, Honduras y Nicaragua* [en línea]. San José, Costa Rica, mayo de 2013, p. 21. ISBN: 978-9968-9623-6-0. Disponible en: <https://cejil.org/publicaciones/diagnostico-sobre-los-crimenes-de-odio-motivados-por-la-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-costa-rica-honduras-y-nicaragua/> [consulta: 05/08/2023].

⁸⁵ «Crímenes que manifiestan evidencias de prejuicio basado en la raza, religión, orientación sexual, o etnicidad, incluyéndose donde se pueda los delitos de asesinato [...], [...] intimidación.»

crime fue concretada por los medios de comunicación, por esa razón es que en casi toda la literatura y legislación internacional se suele utilizar más la primera expresión⁸⁶.

María Mercedes GÓMEZ⁸⁷ distingue, con fines analíticos, dos nociones que aparecen «mezcladas» en la literatura legal y académica sobre discriminación y crímenes de odio en los Estados Unidos de América, a saber: *discriminación* y *exclusión*. Ambas nociones corresponden a sendas formas en las que se presenta la violencia o se hace uso de esta, aunque por lo general, expresa, estas prácticas se despliegan en un continuo.

Brinda ejemplos que permiten afirmar que, en ciertos momentos de la historia, ciertos grupos movilizan una lógica que predomina sobre la otra: la noción de discriminación ha estado representada paradigmáticamente –aunque no exclusivamente– por las relaciones raciales, particularmente por las relaciones entre blancos y afroamericanos, mientras que la noción de exclusión ha sido representada de forma paradigmática –aunque tampoco exclusivamente– por las relaciones con las disidencias sexuales.

Señala GÓMEZ que todas las violencias por prejuicio tienen, en general, una función ejemplarizante, pues advierten y aterrorizan no al individuo objeto del ataque sino al grupo total al que este pertenece o parece pertenecer. Pero el uso *jerarquizante* de la violencia propio de la lógica de la discriminación es distinto, desde un punto de vista analítico, al uso *excluyente* de la violencia, mismo que desea liquidar la diferencia más que preservar la subordinación.

GÓMEZ identifica la discriminación, en primera instancia, como un aspecto jerárquico o de inferiorización entre elementos de una sociedad. Las prácticas discriminatorias estarían orientadas primordialmente a jerarquizar como inferior una cosa o persona en un determinado orden y, en consecuencia, se despliegan en tensiones por el reconocimiento de derechos que deberían distribuirse y garantizarse para todos. Lo anterior contrasta con las prácticas excluyentes que se dan entre visiones del mundo que se perciben como incompatibles.

⁸⁶ Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL. *Diagnóstico sobre los crímenes... Op. cit.* p. 16.

⁸⁷ GÓMEZ, María Mercedes. Crímenes de odio en Estados Unidos. La distinción analítica entre excluir y discriminar. *Debate feminista* [en línea], 2004, Vol. 29, pp. 158-186. ISSN: 2594-066X. Disponible en: <https://debatefeminista.cieg.unam.mx/volumen-29.php> [consulta: 05/08/2023].

En ambas circunstancias históricas mencionadas anteriormente –correspondientes a la lógica de la discriminación y la exclusión– se evidencia que la violencia por prejuicio se ha visto respaldada –cuando no introducida– por patrones institucionalizados, por ejemplo, en las leyes y políticas públicas. Cuando se identifican estos patrones, nace la pregunta sobre su conexión con el uso de la violencia por prejuicio por parte de actores no estatales. GÓMEZ explica: «Mi argumento es que la violencia por prejuicio opera performativamente, es decir, el gesto violento individual se torna ejemplarizante si y solo si está precedido por el contexto jurídico y cultural que le otorga significación.»⁸⁸

c) CRÍMENES DE ODIOS EN AMÉRICA LATINA

Contrastando con Estados Unidos y los países europeos, en los que la discusión suele centrarse en la violencia racista, en Latinoamérica la noción de crimen de odio se adoptó principalmente para describir a los homicidios anti-LGBTI. La denominación «crímenes de odio por homofobia», o «crimen por orientación sexual», aparece a mediados de la primera década del Siglo XXI. En Argentina, por ejemplo, la Comunidad Homosexual Argentina, que documentaba violaciones a los derechos humanos contra las personas LGBTI, empieza a usar el término en el año 2005. Similar es el caso de Perú, con el Movimiento Homosexual de Lima, que adoptó la voz «odio», en 2003, para describir este tipo de crímenes⁸⁹.

La institucionalización del término fue estimulada y propiciada por la acción de organismos internacionales como Amnistía Internacional e ILGA –*International Lesbian and Gay Association*–. Así, fueron modificándose las legislaciones en muchos países latinoamericanos: en Uruguay, en el año 2003, se incluyó un artículo en el Código Penal que castiga con hasta dieciocho meses de cárcel la «incitación al odio, desprecio o violencia» contra las minorías sexuales; en

⁸⁸ GÓMEZ, María Mercedes. Crímenes de odio en Estados Unidos... *Op. cit.* p. 74.

⁸⁹ BOIVIN RENAUD, René. El concepto del crimen de odio por homofobia en América Latina. Datos y discursos sobre los homicidios contra las minorías sexuales: el ejemplo de México. *Revista Latino-americana de Geografía e Género* [en línea]. 2015, Vol. 6, No. 2, p. 150. ISSN: 2177-2886 Disponible en: <https://www.revistas.uepg.br/index.php/rlagg/article/view/7004> [consulta: 05/08/2023]

Colombia, el odio homofóbico es una agravante desde 2007; en el Distrito Federal de México, la asamblea local modificó el Código Penal para incluir el odio como agravante⁹⁰.

Todos los informes, recopilaciones y registros creados por las organizaciones antes mencionadas, fomentaron la generalización del concepto en el vocabulario de los promotores de Derechos Humanos de las minorías sexuales, lo que llevó a no identificar en muchos casos la motivación del autor como criterio fundamental para la existencia de un crimen de odio. Esta noción, que surgió en Estados Unidos con el objetivo de precisar y tipificar en el sistema judicial los homicidios motivados por el prejuicio, se generalizó a todo asesinato perpetrado en contra de una persona LGBTI. Efecto de esto es que, a menudo, en países como Brasil, México o Perú, la orientación sexual de la víctima es el criterio único en el que se basan para incluir un homicidio en las listas de crímenes de odio⁹¹.

Es decir que, en el concepto de crimen de odio –que se implementó para insistir en la aguda violencia que se ejerce sobre los cuerpos y existencias de las minorías sexuales–, no se explicitan con rigor los criterios que permitan distinguir, por ejemplo, entre un homicidio motivado por el prejuicio homofóbico, y un homicidio derivado de una riña, de un robo, o de conflictos interpersonales. De esta carencia puede acusarse a la inexistencia de un debate científico alrededor del término y de sus usos: la noción de crimen de odio fue desdibujándose debido a una metodología imprecisa que confunde criterios de selección con características. Hace falta una construcción metodológica mejor, de mayor precisión empírica, de forma tal que las afirmaciones sobre los casos identificados como crímenes de odio se sustenten en una base más sólida⁹².

d) VIOLENCIA MOTIVADA POR EL ODIO CONTRA LAS MINORÍAS SEXUALES EN NICARAGUA: HISTORIA Y CONTEXTO ACTUAL

Al presentarse muchas veces como moralmente correcto –o por lo menos aceptable– ante la sociedad nicaragüense, se dificulta cuantificar los actos violentos motivados por el odio hacia

⁹⁰ *Ibid.* p. 151.

⁹¹ *Ídem.*

⁹² Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL. *Diagnóstico sobre los crímenes... Op. cit.* p. 33.

las minorías sexuales. Por la misma inexistencia en el pasado de una categoría delictual que encuentre en el odio hacia cierto grupo su principal motivación, entendemos que una mirada retrospectiva hacia el asunto de la violencia criminal contra las minorías sexuales encuentra obstáculos las más veces insalvables. Aun así, se tienen registros que, por un lado, muestran la actitud aversa de la mayor parte de la sociedad nicaragüense –así como de nuestras élites gobernantes– hacia las minorías sexuales y, por otro lado, la vulnerabilidad de estas ante la violencia que muchas veces es promovida desde las cúpulas y centros de poder estatal.

Siguiendo razonamiento de GÓMEZ expuesto anteriormente, de que la violencia por prejuicio opera performativamente y que el gesto violento individual se torna ejemplarizante porque está precedido por un contexto jurídico y cultural que le otorga significación, se entiende que los crímenes de odio en Nicaragua, especialmente la violencia ejercida contra las minorías sexuales, son precedidos por un desprecio social que se tradujo, hasta hace quince años atrás, en legislación penal discriminatoria. Este desprecio, elevado a categoría de ley, brinda significación a los actos de violencia que se perpetran contra la vida e integridad física de las minorías sexuales.

La primera muerte por prejuicio de la que se tiene registro en Nicaragua ocurrió en León Viejo, en el año 1536, antes de la Inquisición en Centroamérica. Por orden del alcalde Diego de Tapia, Andrés Caballero fue quemado vivo por ser homosexual. La víctima fue «amigo íntimo de Francisco de Castañeda –heredero del poder de Pedrarias– en cuya casa, contiguo a la de Caballero, había un postilo y puerta de comunicación.»

Según el historiador nicaragüense Jorge Eduardo Arellano, durante la Inquisición en Centroamérica los casos de «sodomitas» fueron pocos. Sin embargo, existen registros de que, en el año 1786, dos personas, Joseph Manuel Virto y Joseph Gregorio Ibarra –«Los Chepes»– fueron procesados en Rivas «por estar maculados por el pecado nefando contra natura»⁹³.

⁹³ ARELLANO, J. E. (26 de junio de 2010). Etapas de la Inquisición en Centroamérica (1569-1620). *El Nuevo Diario*. Cita extraída de: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL. *Diagnóstico sobre los crímenes... Op. cit.* p. 166.

Destaca también –más acá en el tiempo– el caso de Efraín Loáisiga, conocido como «La Payina», quien, en junio de 1965, fue brutalmente asesinado y su cuerpo fue encontrado en el cuarto que alquilaba en los alrededores del Mercado Oriental. Destacaba el «Semanao el Mercurio» que:

«La saña con la que fue cometido el asesinato denotaba un profundo odio o un súbito arrebato de rabia cuyo origen era lo que la policía debía averiguar. La ropa de la víctima y su mercadería estaban intactas y en orden [,] lo que denotaba que no fue robo el motivo del crimen. Dadas las costumbres de la víctima [,] la policía suponía que pudiera ser un amigo íntimo de la víctima que frecuentaba la casa, aunque los móviles de su acción eran un profundo misterio.»⁹⁴

En 1974, casi diez años después del asesinato de Efraín Loáisiga, la Asamblea Nacional Constituyente aprobó el decreto-ley No. 297, Código Penal. Este cuerpo normativo significó una regresión en cuanto a los derechos de las minorías sexuales respecta. Por vez primera en Nicaragua un Código Penal castigaba expresamente, con pena de prisión, las relaciones entre personas del mismo sexo. En su Artículo 205, el CP del 1974 ordenaba:

«El concúbito entre personas de un mismo sexo o contra natura constituye sodomía y los que la practiquen en forma escandalosa o ultrajando el pudor o la moralidad públicos, sufrirán la pena de prisión de uno a tres años; pero si uno de los que la practican, aun en privado, tuviere sobre el otro poder disciplinario o de mando, como ascendiente, guardador, maestro, jefe, guardián o en cualquier otro concepto que implique influencia de autoridad o de dirección moral, la prisión serán para él, de dos a cuatro años, lo mismo que cuando la practique con un menor de quince años o se valga de fuerza o de intimidación.»⁹⁵

La sodomía formaba parte del Título I, Libro II, Capítulo IX del Código Penal, titulado «Corrupción y Ultrajes al Pudor y a la Moralidad Públicas» y en el que se tipificaban conductas equivalentes a los actuales delitos de proxenetismo o rufianería, contra menores y adultos, así

⁹⁴ El «Semanao el Mercurio» del 26 de julio de 2008, citando como fuente el libro «Grandes crímenes del siglo XX en Nicaragua», escrito por el periodista nicaragüense Anuar Hassan. Cita extraída de: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL. *Diagnóstico sobre los crímenes... Op. cit.* p. 169.

⁹⁵ La cursiva es propia.

como el actual abuso sexual. La ubicación sistemática de este tipo penal nos ayuda a esbozarnos una idea de la percepción que sobre las relaciones entre personas del mismo sexo tenía el legislador de la época, quizá coincidiendo con el pensamiento de la mayor parte de los nicaragüenses.

Posterior a la década de la Revolución Sandinista, en 1992, se reformó el Código Penal de 1974, con la aprobación de la Ley No. 150⁹⁶ que, entre otras, reafirmaba la penalización de las relaciones entre personas del mismo sexo. Esta ley reformó, por una parte, el nombre del Capítulo IX, que pasó a llamarse «Corrupción, Prostitución, Proxenetismo o Rufianería, Trata de personas y Sodomía». Asimismo, se modificaron las disposiciones del delito de sodomía –ubicado por esta reforma en el Artículo 204– para que el tipo penal abarcara, además de la «práctica» del concubinato entre personas del mismo sexo, la promoción o la propaganda «en forma escandalosa» de las relaciones homosexuales.

Desde la aprobación en 2008 del Código Penal actual se eliminó en Nicaragua la punición de las relaciones entre personas del mismo sexo. Asimismo, se creó una circunstancia agravante para todos los delitos que sean motivados por la discriminación. Pero es a partir de 2021 que el término específico «odio» aparece como elemento subjetivo esencial del delito contenido en el inciso ocho del Artículo 140 *bis* CP.

e) LAS DEFICIENCIAS DEL PÁRRAFO *IN FINE* DEL INCISO 8, ARTÍCULO 140 *BIS* CP

Retornando al estudio de la PPR, en la figura del asesinato por motivos de odio sobresale la redacción del párrafo segundo del inciso 8, Artículo 140 *bis* CP, pues dispone que solo concurrirá esta agravante –motivado por el odio– cuando quien cometió el delito de asesinato haya «expresado de manera personal, en redes sociales o por algún medio de difusión el desprecio o intolerancia contra una persona o grupos de personas a las que previamente amenazó y acosó por algunas de las circunstancias previamente mencionadas.» Esto quiere decir que, para que se considere motivada por odio, la muerte debe ser precedida de una manifestación personal o

⁹⁶ Nicaragua. Ley No. 150, Ley de Reformas al Código Penal. *La Gaceta, Diario Oficial*, 9 de septiembre de 1992, núm. 174, p. 1837.

pública –oral o escrita–, por parte del sujeto activo, del desprecio e intolerancia contra el grupo al que pertenece la víctima en cuestión, así como de actos de amenaza o acoso.

Podría entenderse *prima facie* que la disposición citada responde a cuestiones probatorias surgidas en relación con la necesaria concurrencia del elemento subjetivo de odio; es decir que, el odio, como elemento subjetivo de esta modalidad de asesinato, solo puede ser probado mediante las manifestaciones públicas o privadas del sujeto activo, previas a la comisión del asesinato. Se establece así una condición objetiva de procedibilidad que atiende a un elemento subjetivo distinto del dolo, pero que debe ser abarcado por este.

Esta disposición se muestra claramente deficiente, pues hace depender por completo, para entender que se asesinó por odio, de la expresión de este desprecio o intolerancia, desatendiendo otras formas de evidenciar esta motivación. Tal es el caso del ensañamiento, los tratos humillantes y las formas extremadamente violentas en las que este tipo de asesinatos suelen ejecutarse⁹⁷ y que, con ayuda de otras evidencias entre las que se podría incluir la previa expresión del desprecio, pueden arrojar luz sobre las intenciones del perpetrador del asesinato.

Por otro lado, se requiere también la concurrencia actos positivos previos de acoso o amenazas, lo que vacía el contenido teleológico de esta modalidad delictual⁹⁸. Así, para que un asesinato pueda considerarse motivado por odio, el legislador exige que el sujeto activo haya acosado o amenazado a algún/algunos miembro/s del grupo social en cuestión y, habiendo realizado esto, manifieste este desprecio por algún medio de difusión. Bajo esta consideración, puede sugerirse que esta modalidad de asesinato es más simbólica que efectiva.

⁹⁷ CRUZ SIERRA, Salvador. La homofobia en los crímenes de odio y el homicidio masculino: expresión de poder, de la sexualidad y de género. *Revista de Estudios de Antropología Sexual* [en línea]. 2011, Vol. 1 (No. 3), p. 46. Disponible en: <https://www.revistas.inah.gob.mx/index.php/antropologiasexual/article/view/572> [consulta: 02/08/2023]

⁹⁸ ¿Podría imaginarse, por ejemplo, que al tipo penal femicidio se le añada una condición de procedibilidad análoga? Si así fuera, en toda muerte atroz de una mujer por motivos de género que no esté precedida por el acoso o las amenazas –hacia las mujeres, en general– debería desestimarse la calificación de femicidio, y tratarla como una muerte en la que el género –y toda su significación social– no intervino. Si parece desacertada una condición de este tipo para el femicidio, debería parecer desatinada también en el asesinato por odio.

Precisamente esta deficiencia se manifestó en el primer caso en que se condenó a PPR. El asesinato de Josué Manuel «Kendra» Contreras, una joven mujer transgénero conocida como «Lala», sucedió en la comarca El Guasaule, del Municipio de Somotillo, Departamento de Chihuahua. Las circunstancias que rodean su muerte presentan varias de las manifestaciones de odio antes mencionadas –y que la ley no prevé–: antes de fallecer, ambos perpetradores aumentaron innecesariamente el sufrimiento infligido contra Kendra, arrastrándola aproximadamente cuatrocientos metros en el suelo, amarrando su cuerpo a la albarda del caballo de uno de los asesinos; asimismo, dejaron caer repetidamente rocas de gran tamaño sobre su cráneo y le propinaron patadas cuando aún seguía viva.

Aún con los indicios antes mencionados, no se pudo constatar –y se imposibilitaría en muchos otros supuestos similares– la concurrencia del inciso 8 del Artículo 140 *bis* CP, ya que los perpetradores no expresaron con anterioridad su desprecio o intolerancia por el grupo al que pertenecía Kendra, es decir, la comunidad LGBTI; menos aún llegó a acreditarse que los acusados hayan previamente amenazado y acosado a un miembro de este colectivo.

En la sentencia condenatoria de este caso, en el que los acusados admitieron los hechos por los que se les acusaba, la jueza entendió que concurría una de las circunstancias constitutivas del asesinato agravado distinta a la del inciso 8 del Artículo 140 *bis* CP, esta es, la del inciso 1 del mismo artículo, la concurrencia de dos o más circunstancias del delito de asesinato, considerando que estas eran: la alevosía con la que se privó de la vida a Kendra, el ensañamiento previo a la causación de la muerte y la comisión de estos actos en horas de noche –el asesinato se dio entre las tres y las cuatro de la madrugada–.

B) ASESINATO MÚLTIPLE

Esta modalidad del asesinato agravado fue añadida por la Ley No. 1058. Su redacción escueta suscita al menos dos interrogantes: la primera está en determinar si se pretende incluir en esta categoría a quien mata reiteradamente a una persona en cada ocasión separadamente, con un período de «enfriamiento» entre las muertes, los llamados «asesinos en serie» y se le acusa por

las diferentes muertes. La segunda cuestión consiste en determinar si cada una de las muertes han de ser calificadas todas como asesinato, o si basta que lo sea una de ellas.

Estas cuestiones parecen resolverse fácilmente si se atiende a la historia legislativa nicaragüense. El asesinato atroz, contenido en el artículo 135 del Código Penal de 1974, contemplaba una circunstancia similar al 140 *bis* inciso 11):

«Arto. 135.- Es reo de asesinato atroz el que con motivo de cometer el delito de asesinato contemplado en el artículo anterior lo agrava con alguno de los actos siguientes:
3) Asesinato múltiple en dos o más personas a la vez, o sucesivamente si los asesinatos obedecen a un mismo plan criminal.»

Esta construcción resulta más satisfactoria en relación con las incógnitas antes planteadas. Especifica que el asesinato será «en dos o más personas a la vez» lo que sugiere que ambas conductas habrán de ser constitutivas del «delito de asesinato contemplado en el artículo anterior». Por otro lado, se prevé también como asesinato múltiple la muerte sucesiva –entiéndase en el mismo sentido que reiterada– que obedezca a un mismo plan criminal, como sucede en el caso de los asesinos seriales.

Aunque la interpretación de disposiciones legales tomando como base legislación derogada es objetable, debe advertirse que, en el caso del asesinato múltiple, se vuelve necesario hacerlo en tanto la construcción vigente de esta modalidad de asesinato es exclusivamente nominativa, dejando por fuera cualquier explicación sobre los elementos objetivos y subjetivos de esta. Asimismo, debe señalarse que, en el devenir del Código Penal actual se han operado una serie de reformas, específicamente en el tipo de injusto asesinato, que parecen evidenciar un acercamiento de este tipo penal con su(s) equivalente(s) en el Código antecesor⁹⁹.

⁹⁹ Así, tipos penales como el Asesinato del 140 CP retomaron, a partir de la reforma por la Ley No. 952, la circunstancia de ser ejecutado en lugar poblado o despoblado o en caminos. Sucede igual con la causal 2) del delito de asesinato agravado, que en el CP de 1974 era causal del delito de asesinato; o la causal 3) del Art. 140 *bis* del CP vigente, que en el CP de 1974 era causal del asesinato atroz.

3. FEMICIDIO

La relación entre la PPR y el femicidio es incuestionable. Debe recordarse que fue precisamente el femicidio –calificado, bajo las normas reformadas del CP, como asesinato agravado– contra dos niñas el aliciente para iniciar el proceso legislativo que culminó con la incorporación de la PPR en el catálogo de penas del derecho punitivo nicaragüense; por otro lado, cuando se estudia el proceso legislativo, se conoce que uno de los sectores vulnerables a los que aluden las exposiciones de motivos son las mujeres nicaragüenses.

Teniendo en cuenta lo anterior, y con el fin de arrojar luz sobre el contenido y relevancia de la figura femicidio, en este apartado analizaremos este tipo penal, ofreciendo primero contexto histórico-social general sobre la figura femicidio, para posteriormente analizar su devenir legislativo en Nicaragua.

A) ORÍGENES Y FUNCIÓN DE LA FIGURA «FEMICIDIO»

El término femicidio proviene del inglés *femicide*, voz introducida en el debate político por la socióloga feminista Diana Russel, en 1976^{100/101}. La terminología pretendía dar visibilidad a un problema extendido por el mundo: «el asesinato de mujeres a manos de hombres debido a que son mujeres» o, como lo definió años después, «el asesinato misógino de mujeres por hombres». Señala LAURENZO COPELLO que esta vinculación del femicidio con la misoginia pretende «poner de manifiesto que muchas muertes violentas de mujeres están motivadas por el odio, el desprecio o el sentimiento de posesión que hacia ellas experimentan los hombres en el contexto de la sociedad patriarcal.»¹⁰².

¹⁰⁰ Término acuñado originalmente con ocasión del Tribunal Internacional de Crímenes Contra la Mujer, pero concretado en años después en el libro *Femicide: The Politics of Woman Killing*, de 1992.

¹⁰¹ RUSSEL, Diana. *Femicide: The power of a name*. Disponible en: https://www.dianarussell.com/femicide_the_power_of_a_name.html

¹⁰² LAURENZO COPELLO, Patricia. Apuntes sobre el feminicidio. *Revista de Derecho Penal y Criminología* [en línea]. 2012, 3ª Época, No. 8, p. 120. ISSN: 2255-3533. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24589> [consulta: 06/08/2023].

A pesar de las opiniones contrarias, parece haber algún consenso sobre la utilidad de la categoría de femicidio para dar nombre a un problema de dimensiones aún desconocidas, con el fin de que la sociedad reconozca su existencia. Se pretende, entonces, «resignificar la muerte violenta de muchas mujeres desde una perspectiva de género para poner de manifiesto que no son hechos aislados atribuibles a factores puramente individuales sino que responden a causas estructurales» para romper con la tendencia a justificar de forma velada ciertas muertes violentas de mujeres mediante su vinculación con los «crímenes pasionales» o con «causas de honor», tendencia que todavía persiste en algunos sectores de nuestras sociedades¹⁰³.

Esta categoría permite evidenciar que muchos casos de muerte no natural de mujeres no son hechos neutros en los que resulte indiferente el sexo del sujeto pasivo, sino que les ocurre a las mujeres precisamente por ser mujeres, como consecuencia de la posición de discriminación estructural que una sociedad patriarcal atribuye a los roles femeninos. De lo último se extrae que el concepto de femicidio puede integrar, más allá de los asesinatos por motivos misóginos, otras muertes de mujeres que encuentran su causa –junto a factores como la pobreza– en la subordinación social que todavía experimentan las mujeres en muchas comunidades. Se llega así a un concepto amplio de femicidio en el que se incluyen todas las muertes evitables de mujeres –con o sin violencia– derivadas de la discriminación por razón de género¹⁰⁴.

B) EL FEMICIDIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NICARAGÜENSE

El delito de femicidio fue introducido al catálogo de penas del Código Penal por el Artículo 9 de la Ley No. 779, Ley Integral Contra la Violencia Hacia las Mujeres y de Reformas a la Ley No. 641 “Código Penal”¹⁰⁵. Desde la entrada en vigor de la Ley 779, este tipo penal ha sido sujeto a dos reformas, una de estas modificó sustancialmente la figura delictiva, cuestión en la que explayaremos más adelante en este apartado.

¹⁰³ *Ibid.* p. 121.

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 122.

¹⁰⁵ Nicaragua. Ley No. 779, Ley Integral Contra la Violencia Hacia las Mujeres y de Reformas a la Ley No. 641, “Código Penal”. *La Gaceta, Diario Oficial*, 22 de febrero de 2012, núm. 35, p. 1362. Iniciativa, debate legislativo y publicación oficial disponible en: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/SILEG/Iniciativas.nsf/xpIniciativa.xsp?documentId=8F45BAC34395458C062578320075BDE4&action=openDocument>

La configuración inicial del delito de femicidio rezaba:

«Art. 9 Femicidio

Comete el delito de femicidio el hombre que, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer ya sea en el ámbito público o privado, en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima;
- b) Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima, relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo, relación laboral, educativa o tutela;
- c) Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima;
- d) Como resultado de ritos grupales, de pandillas, usando o no armas de cualquier tipo;
- e) Por el menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o la comisión de actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación;
- f) Por misoginia;
- g) Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima;
- h) Cuando concurra cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el delito de asesinato en el Código Penal.

Cuando el hecho se diera en el ámbito público la pena será de quince a veinte años de prisión. Si ocurre en el ámbito privado la pena será de veinte a veinticinco años de prisión. En ambos casos si concurriera dos o más de las circunstancias mencionadas en los incisos anteriores se aplicará la pena máxima.

Las penas establecidas en el numeral anterior serán aumentadas en un tercio cuando concurra cualquiera de las circunstancias del asesinato, hasta un máximo de treinta años de prisión.»

Puede apreciarse que el delito de femicidio, como originalmente lo concibió el legislador, era un tipo penal marcadamente distinto a la figura vigente, especialmente porque se entendía que el femicidio es un flagelo no relegado a la vida privada de pareja –a las «relaciones interpersonales de pareja»–, incluyéndose en su ámbito las muertes violentas de mujeres causadas por hombres que intenten establecer una relación afectiva, amigos, compañeros de trabajo, etc.

Cinco años después de su creación, el delito de femicidio fue reformado sustancialmente¹⁰⁶ por la Ley No. 952. La nueva configuración del tipo penal excluía del concepto jurídico de femicidio el ejecutado en cualquier otro ámbito distinto al de las relaciones de pareja¹⁰⁷. Así, posterior a esta reforma, la muerte violenta de una mujer perpetrada por un hombre con quien no estuviese o haya estado relacionada íntima, sexual o afectivamente, no sería considerada femicidio, considerándose, según el caso, la comisión de un homicidio o asesinato¹⁰⁸. El delito de femicidio de la Ley No. 952 establecía:

¹⁰⁶ Debe recordarse que, aunque se diga que la Ley No. 952 modificó radicalmente el delito de femicidio, esta reforma en realidad vino a dar la impronta formal de una situación que de facto ya había sido modificada. Y es que, la Ley No. 846 *Ley de Modificación al Artículo 46 y de Adición a los Artículos 30, 31 y 32 de la Ley No. 779, Ley Integral Contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reformas a La Ley No. 641, “Código Penal”*, publicada en La Gaceta, Diario Oficial del primero de noviembre del dos mil trece, adicionó el artículo 62 *bis* que ordena la creación de un reglamento para la Ley No. 779. El Decreto No. 42-2014 *Reglamento a la Ley 779, Ley Integral Contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reformas a La Ley No. 641, “Código Penal”*, publicado en La Gaceta, Diario Oficial del treinta y uno de julio del dos mil catorce, reformó—tres años antes que la Ley No. 952— el tipo penal, especificando que «para la calificación del delito de femicidio, éste debe cometerse por un hombre en contra de una mujer en el marco de las relaciones interpersonales de pareja y que como resultado diere muerte a la mujer...».

¹⁰⁷ Esto en evidente contradicción con las propias disposiciones de la Ley No. 779, como es el caso del ámbito de aplicación de la Ley del Artículo 2, que entiende que la violencia contra las mujeres se ejerce tanto en el ámbito público como en el ámbito privado. Es inconcebible que para el femicidio, máxima expresión jurídico penal del reconocimiento estatal de la violencia ejercida contra la mujer y de su compromiso para erradicarla, se decida obviar por completo la posibilidad de que este se ejecute —con todas sus características de violencia estructural— por una persona que no esté sentimental o físicamente involucrada con la víctima. Las razones para tan profundo cambio de paradigma no son presentadas en la Exposición de Motivos de la Ley No. 952. Por otro lado, es notable que, desde la primera construcción de este tipo penal, el legislador nicaragüense ha considerado que el femicidio íntimo supone un mayor desvalor de acto, y castigaba con menor pena el ejecutado en el ámbito público.

¹⁰⁸ El Mecanismo de Seguimiento de la Convención *Belém do Pará* (MESECVI), con ocasión de la Decimoséptima Reunión del Comité de Expertas, en el Informe para Nicaragua de Implementación de las Recomendaciones del CEVI (Comité de Expertas) expresó: «El Comité observa con preocupación que la modificación del tipo penal de femicidio, contenida en la Ley No. 952 del 2017, reduce la aplicación exclusivamente al ámbito privado al contemplar como único posible autor del crimen a la pareja o expareja sentimental que asesinara a una mujer. La anterior redacción, establecida en la Ley No. 779 del 2012, definía explícitamente que el femicidio podía darse tanto en el ámbito público como privado, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, en armonía con lo establecido en la Convención de Belém do Pará.»

«Artículo 9. Femicidio

El hombre que *en el marco de las relaciones interpersonales de pareja*, diere muerte a una mujer en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Haber pretendido infructuosamente mantener o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima;
- b) Mantener en la época en la que se perpetre el hecho o haber mantenido con la víctima relaciones conyugales, de convivencia de intimidad o de noviazgo;
- c) Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima;
- d) Por el menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o la comisión de actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación, *en una relación de pareja*;
- e) Por misoginia;
- f) Cuando el hecho se cometa en presencia de los hijos e hijas o ante niño, niña o adolescentes.

Será sancionado con pena de veinte a veinticinco años de prisión. Si concurren dos o más de las circunstancias mencionadas en los literales anteriores se aplicará la pena máxima.

Cuando concurren las circunstancias constitutivas y agravantes previstas en el delito de asesinato¹⁰⁹ la pena será de veinte a treinta años.

Se entenderá por relación interpersonal aquella que nace de las relaciones de pareja, de convivencia entre un hombre y una mujer, entiéndase, relaciones afectivas con el cónyuge, excónyuge, conviviente, exconviviente, novio o exnovio.»¹¹⁰.

La más reciente modificación al delito de femicidio se hizo mediante la Ley No. 1058. La reforma se limitó a castigarlo con mayor severidad –con PPR–, cuando en la ejecución haya

¹⁰⁹ Cabe cuestionarse si estas «circunstancias constitutivas y agravantes» del delito de asesinato son las del Artículo 140 *bis* –asesinato agravado–, las del Artículo 140 –el tipo básico de asesinato– o si refiere a las circunstancias de ambos tipos penales.

¹¹⁰ Las cursivas son propias.

concurrido alguna de las circunstancias de los incisos d), e) y f) del Artículo 9. Asimismo, se castiga con PPR cuando en la ejecución del femicidio concorra alguna de las circunstancias constitutivas y agravantes del delito de asesinato¹¹¹. Los párrafos del artículo 9 reformados por la Ley No. 1058 –párrafos penúltimo y antepenúltimo– disponen:

«[...] Será sancionado de veinte a veinticinco años de prisión. Sin concurren dos o más de las circunstancias mencionadas en los literales a), b) y c) se aplicará la pena máxima.¹¹²

Cuando concurren cualquiera de las circunstancias de los literales d) e) y f) y cualquiera de las circunstancias constitutivas y agravantes previstas en el delito de asesinato en los que les fuera aplicables¹¹³, se aplicará la pena de prisión perpetua revisable.»

En el marco de la Ley No. 779, el femicida condenado a PPR deberá recibir¹¹⁴, como parte de su tratamiento penitenciario, servicios reeducativos integrales, con el fin de erradicar las conductas violentas, mediante «una educación que elimine los estereotipos de supremacía masculina y los patrones machistas que generaron su violencia.»

¹¹¹ Además de las sustanciales modificaciones, esta ley también modificó –quizá por error– algunas partes del texto del artículo 9 específicamente en el inciso f), sustituyendo la palabra «adolescentes» por «adolescente», y en el párrafo *in fine* del artículo, agregando una coma entre «relaciones afectivas» y «con el cónyuge». La segunda modificación yerra en el uso correcto de la coma.

¹¹² Era preciso modificar esta parte del texto también, en tanto que la pena de prisión ordinaria de treinta años dejó de ser la pena máxima del ordenamiento jurídico nicaragüense.

¹¹³ Esta referencia a la aplicabilidad de las circunstancias constitutivas –y agravantes– del delito de asesinato nos recuerda que, para que la muerte violenta de una mujer a manos de un hombre sea calificada como femicidio, entre víctima y perpetrador tuvo que existir una relación interpersonal de pareja.

¹¹⁴ Dispone el Art. 50 de la Ley No. 779: «Quienes resulten culpables de delitos de violencia en contra de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, deberán participar obligatoriamente en programas de orientación, atención y prevención dirigidos a modificar sus conductas violentas y evitar la reincidencia. La sentencia condenatoria establecerá la modalidad y duración, conforme los límites de la pena impuesta...».

CONCLUSIONES

I. LA PPR ANTE LAS TEORÍAS CLÁSICAS DE LA PENA

La PPR se incorporó al sistema de penas del derecho punitivo nicaragüense como «respuesta inmediata por parte del Estado para prevenir, sancionar y erradicar» la criminalidad de extrema violencia que conmociona reiteradamente a los nicaragüenses.

Por su rigurosidad e indeterminación, el legislador asume que los pretendidos fines de la pena de prisión ordinaria se verán incrementados con la PPR. Espera que con la amenaza que la nueva pena ejerza sobre la colectividad, más personas se abstendrán a cometer delitos de graves –prevención general negativa–. Se expresa también que es una pena justa, pues se condena «en conexidad con la proporcionalidad de los delitos cometidos» –retribución–.

Se intenta también compatibilizar la nueva pena con el fin reeducador del sistema penitenciario nicaragüense asegurando que «... la mera posibilidad de revisión del encarcelamiento transformar la pena en respetuosa de los derechos fundamentales [...] pues no afectaría los fines de reeducación penal y reinserción social...» –prevención especial positiva–.

La incorporación de la PPR se expresa, además, como la reafirmación de una sociedad que rechaza los delitos de «gravedad excepcionales» por ser «fenómenos o acciones extrañas a nuestra cultura», así como la confirmación y protección de los derechos y garantías fundamentales consagrados en nuestra Constitución y reconocidos en tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Nicaragua –prevención general positiva–. Todas estas expectativas parecen estar basadas menos en estudios empíricos o criminológicos y más en suposiciones o consideraciones teóricas que son, como mínimo, controvertibles.

En cuanto a retribución atañe, se encuentra la primera dificultad al momento de determinar cuán larga debería ser una pena de prisión para considerarla proporcional al delito cometido, especialmente teniendo en cuenta que la extensión más allá de los treinta años en la PPR ya no responde a la gravedad del acto cometido, sino a la presunta peligrosidad del condenado; ¿son

acaso los treinta años de prisión efectiva la pena proporcional, pero su ampliación se desvincula de esta proporcionalidad?, la ley no resuelve esta disyuntiva.

Por otra parte, el juicio de proporcionalidad entre delito y pena es muchas veces una valoración subjetiva y, bajo el ideal de retribución, puede regresarse a teorías que justifiquen penas excesivas, de las que la tradición jurídica nicaragüense se ha alejado hace muchos años. Cabe recordar que esta proporcionalidad también se establece acorde a específicas circunstancias histórico-políticas, mutables bajo influjos económicos, culturales o ideológicos que podrían derivar en la utilización de la PPR con fines distintos a los planteados originalmente por el legislador.

Desde la óptica de la prevención general negativa las objeciones son numerosas. La crítica capital de la PPR como prevención intimidatoria estriba en que su dureza no necesariamente se conjuga en un decrecimiento en la comisión de delitos graves contra las personas. Otro aspecto problemático de la expectativa de prevención por intimidación es la suposición de que la persona que delinque realiza siempre una valoración racional previa a la comisión, lo que se aleja diametralmente de lo que sucede en la realidad, en la que factores como los impulsos, la embriaguez, la toxicomanía o los arrebatos pasionales, influyen con mayor ímpetu que cualquier consideración racional que sopesa las consecuencias aflictivas de los actos a cometerse. Más aún, debe tenerse siempre en cuenta que, más que la conminación legal, disuaden al potencial delincuente otros factores como la eficacia –socialmente percibida– de los cuerpos policiales, así como la seguridad –socialmente percibida– de la condena por la comisión de un delito.

En otro orden, es marcada la disociación entre la PPR y el fin resocializador de la pena de prisión plasmado Artículo 39 Cn, y las aseveraciones del legislador de una completa compatibilidad entre ambas se muestran francamente insuficientes. Destaca aquí la exclusión de los condenados a PPR de la posibilidad de descontar tiempo a su condena privativa de libertad por trabajo, así como la posibilidad a acceder a regímenes que preparan a los condenados para la vida en libertad, como el régimen semiabierto o abierto. Es también controvertible la suposición tácita de que quienes cometen crímenes de extrema violencia presentan siempre el riesgo de reincidencia –peligrosidad–, ya que los datos empíricos sugieren que son precisamente los delitos de esta naturaleza los que presentan menor porcentaje de reincidencia.

Ante las consideraciones anteriores se puede colegir que, lejos de crearse basándose en contemplaciones criminalísticas verificables, la PPR se instauró como respuesta al descontento de sectores de la sociedad nicaragüense que exigen al Estado acciones concretas contra la violencia que cada vez se muestra más cercana a nosotros por la influencia de las redes sociales y los medios de difusión masiva propias de nuestros tiempos¹¹⁵.

II. SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Exposición de Motivos para la Ley No. 1057 identifica algunos «sectores que se encuentran en condición de vulnerabilidad» y que, por tanto, requieren de una protección reforzada. Entre estos, señala expresamente a los niños y niñas –así como los adolescentes–, a las personas con discapacidad, a los adultos mayores, a las mujeres y a los pueblos originarios y afrodescendientes del Caribe nicaragüense. El primer criterio para seleccionar los tipos penales a castigar con PPR fue, entonces, la pertenencia de la víctima a uno de estos grupos, en una suerte de «especialidad» del tipo penal correspondiente más al sujeto pasivo que al sujeto activo.

Los tipos penales elegidos por el legislador –así como las modalidades creadas simultáneamente con la pena– para ser castigados con PPR corresponden, en su mayoría, con la identificación de los sectores considerados vulnerables. El tipo penal de Asesinato agravado, por ejemplo, recoge por lo menos tres de los grupos antes señalados, incluyendo a otros no mencionados en las exposiciones de motivos, como las disidencias sexuales o las minorías religiosas.

Otro criterio formulado en las exposiciones de motivos es la gravedad del hecho o hechos delictivos. Siendo así, se escogieron exclusivamente tipos penales en los que la consumación implique la muerte intencional de una o varias personas. Por otro lado, repetidamente alude el legislador a la extrema gravedad de ciertos crímenes que acaecen en el país, manifestándose este criterio especialmente en la modalidad de asesinato múltiple del Artículo 140 *bis* CP, que atiende más a la gravedad de los actos y sus resultados que a la condición o situación de las víctimas. Sin perjuicio de lo anterior, se deduce que la gravedad se manifiesta, además de en el resultado,

¹¹⁵ Ciertamente flagelos como la violencia contra la mujer o la violencia intrafamiliar no son recientes en nuestra realidad, como tampoco los crímenes de extrema violencia lo son.

en los medios de comisión –como los del inciso 2 del Artículo 140 *bis*–, en circunstancias externas al sujeto activo –como el femicidio ejecutado en presencia de hijos de la víctima–, en la calidad del sujeto pasivo –como el inciso 7 del Artículo 140 *bis*–, entre otros.

Un último criterio que, aunque no aparece suficientemente expreso en las exposiciones de motivos, fue decisivo en la selección hecha por el legislador, es la conmoción o impacto que cause en el público nicaragüense el hecho delictivo. Si se considera este criterio, se entiende por qué no a todas las modalidades del tipo penal femicidio se les asignó PPR como pena¹¹⁶, reservando esta a circunstancias que más fácilmente pueden generar conmoción social, como sería la mutilación de la víctima o la comisión del femicidio en presencia de los hijos de la mujer¹¹⁷.

¹¹⁶ Esta configuración, cabe señalar, antecede a la creación de la PPR. Las agravaciones del femicidio que se expresan en el Artículo 9 reformado por la Ley No. 1058, corresponden respectivamente a las propiciadas por el Artículo 9 creado por la Ley No. 952.

¹¹⁷ Aquí cabe preguntarse si un femicidio en el que concurren las primeras tres circunstancias del tipo penal es menos grave que el femicidio en el que concurre solo una de las circunstancias d), e) y f) del Artículo 9 de la Ley No. 779. Solo si se atiende a la conmoción social que puede causar un femicidio en el que concurre alguna de las últimas tres circunstancias puede entenderse esta distinción hecha por el legislador.

FUENTES DE CONOCIMIENTO

LEYES/DECRETOS

- Nicaragua. Ley No. 150, Ley de Reformas al Código Penal. *La Gaceta, Diario Oficial*, 9 de septiembre de 1992, núm. 174, p. 1837.
- Nicaragua. Ley No. 473, Ley de Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena. *La Gaceta, Diario Oficial*, 21 de noviembre de 2003, núm. 222, p. 5718.
- Nicaragua. Decreto No. 16-2004, Reglamento de la Ley No. 473, Ley del Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena. *La Gaceta, Diario Oficial*, 17 de marzo de 2004, núm. 54, p. 1361.
- Nicaragua. Ley No. 641, Código Penal. *La Gaceta, Diario Oficial*, 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo de 2008, núm. 83, 84, 85, 86 y 87. p. 2700, 2736, 2768, 2804, 2836.
- Nicaragua. Ley No. 745, Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal. *La Gaceta, Diario Oficial*, 26 enero de 2011, núm. 16, p. 486.
- Nicaragua. Ley No. 779, Ley Integral Contra la Violencia Hacia las Mujeres y de Reformas a la Ley No. 641, “Código Penal”. *La Gaceta, Diario Oficial*, 22 de febrero de 2012, núm. 35, p. 1362.
- Nicaragua. Ley, N° 952, Ley de reforma a la Ley No. 641, Código Penal de la República de Nicaragua, a la Ley N°. 779, Ley Integral contra la violencia hacia las mujeres y de reformas a la Ley N°. 641, Código Penal y a la Ley No. 406, Código Procesal Penal de la República de Nicaragua. *La Gaceta, Diario Oficial*, 5 de julio de 2017, núm.126, p. 5054.
- Nicaragua. Ley N°. 1057, Ley de reforma al artículo 37 de la Constitución Política de la República de Nicaragua. *La Gaceta, Diario Oficial*, 19 de enero de 2021, núm.12, p. 414.

- Nicaragua. Ley, N°. 1058, Ley de reforma y adición al Código Penal de la República de Nicaragua y a la Ley N°. 779, Ley Integral contra la violencia hacia las mujeres y de reformas a la Ley N°. 641, «Código Penal». *La Gaceta, Diario Oficial*, 25 de enero de 2021, núm.16, p. 514.

LIBROS

- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Vigésima edición. Madrid: Siglo XXI editores, 1992. ISBN: 84-323-0332-1.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*. Reimpresión. Montevideo, Buenos Aires: B de f, 2017, 370 p. ISBN: 978-9974-708-39-6.
- MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (director), et al. *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2016. ISBN: 978-84-9148-238-3.

LIBROS DIGITALES

- CENTENO MAYORGA, Darvyn. *Manual de Derecho Penitenciario Nicaragüense* [en línea]. Primera edición. Managua: INEJ, 2019. ISBN: 978-99924-21-27-7. Disponible en: <https://www.inej.net/publicaciones/sistema-penitenciario-2019.pdf> [consulta: 28/07/2023].
- ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC. *Manual de Derecho Penal. Parte General (Conforme al Proyecto de Código Penal de la República de Nicaragua de 2003)* [en línea]. Proyecto de Reforma y Modernización Normativa CAJ/FIU-USAID. 2004, 208 p. Disponible en: <https://caj.fiu.edu/espanol/proyectos/nicaragua/manual-de-derecho-penal-nicaragua.pdf> [consulta: 27/07/2023].

ARTÍCULOS DE REVISTAS

- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Las teorías clásicas de la pena. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Vol. 11, San Isidro-Lima, Sociedad Estado y Pena Fondo Editorial S.A.C., 2012, pp. 331 – 455.

ARTÍCULOS DE REVISTAS DIGITALES

- BALMACEDA QUIRÓS, Justo. Crímenes de odio: comentarios al D. Leg. No. 1323 que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género. *Gaceta Penal y Procesal Penal* [en línea]. 2017, Vol. 93, pp. 38–54. ISSN: 2075-6305. Disponible en: <https://repositorio.usil.edu.pe/handle/usil/2611> [consulta: 04/08/2023].
- BOIVIN RENAUD, René. El concepto del crimen de odio por homofobia en América Latina. Datos y discursos sobre los homicidios contra las minorías sexuales: el ejemplo de México. *Revista Latino-americana de Geografía e Género* [en línea]. 2015, Vol. 6, No. 2, pp. 147–152. ISSN: 2177-2886 Disponible en: <https://www.revistas.uepg.br/index.php/rlagg/article/view/7004> [consulta: 05/08/2023].
- CID MOLINÉ, José. ¿Es la prisión criminógena? (Un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena). *Revista de Derecho Penal y Criminología* [en línea]. 2007, No. 19, pp. 427–456. ISSN: 2255-3533. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24947> [consulta: 02/08/2023].
- CRUZ SIERRA, Salvador. La homofobia en los crímenes de odio y el homicidio masculino: expresión de poder, de la sexualidad y de género. *Revista de Estudios de Antropología Sexual* [en línea]. 2011, Vol. 1 (No. 3), pp. 38–59. Disponible en: <https://www.revistas.inah.gob.mx/index.php/antropologiasexual/article/view/572> [consulta: 02/08/2023]
- GÓMEZ, María Mercedes. Crímenes de odio en Estados Unidos. La distinción analítica entre excluir y discriminar. *Debate feminista* [en línea]. 2004, Vol. 29, pp. 158–186. ISSN: 2594-

066X. Disponible en: <https://debatefeminista.cieg.unam.mx/volumen-29.php> [consulta: 05/08/2023].

- LAURENZO COPELLO, Patricia. Apuntes sobre el feminicidio. *Revista de Derecho Penal y Criminología* [en línea]. 2012, 3ª Época, No. 8, pp. 119–143. ISSN: 2255-3533. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24589> [consulta: 06/08/2023].
- ROMERO MIRANDA, Luis Alejandro. Prisionización: estructura y dinámica del fenómeno en cárceles estatales del sistema penal chileno. *URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad* [en línea]. 2019, No. 24 (junio-noviembre), pp. 42–58. ISSN: 1390-4299. Disponible en: <https://doi.org/10.17141/urvio.24.2019.3791> [consulta: 06/08/2023].

TESIS DE FIN DE CURSO

- ICUZA SÁNCHEZ, Izaro. *La prisión permanente revisable: un análisis a la luz de la jurisprudencia del TEDH y del modelo inglés* [en línea]. Tesis doctoral. Universidad del País Vasco, 2019. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10810/35146> [consulta: 27/07/2023].

ARTÍCULOS Y DOCUMENTOS CREADOS POR ORGANIZACIONES

- CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL, CEJIL. *Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género en Costa Rica, Honduras y Nicaragua* [en línea]. San José, Costa Rica, mayo de 2013, 231 p. ISBN: 978-9968-9623-6-0. Disponible en: <https://cejil.org/publicaciones/diagnostico-sobre-los-crime-nes-de-odio-motivados-por-la-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-costa-rica-honduras-y-nicaragua/> [consulta: 05/08/2023].

SITIOS WEB

- RUSSEL, Diana. *Femicide: The power of a name*. Disponible en: https://www.dianarus-sell.com/femicide_the_power_of_a_name.html