

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA

UNAN-LEÓN

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DELITO EN EL CÓDIGO
PENAL NICARAGÜENSE.

PREVIO A OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO.

Autores:

- Br. Francisco Leonardo Zapata.
- Br. Cristhiam Gabriel Zapata Garcia.

TUTOR: Dr. BRAULIO ESPINOZA MONDRAGÓN.

LEÓN, JUNIO DEL 2009, NICARAGUA.

DEDICATORIA

Dedico esta monografía y toda mi carrera universitaria a DIOS por ser quien ha estado a mi lado en todo momento dándome las fuerzas necesarias para continuar luchando día tras día y seguir adelante rompiendo todas las barreras que se me presenten.

A MIS PADRES, Julio José Zapata y María Luisa Zapata, por su cariño, guía y apoyo he llegado a realizar uno de mis anhelos más grandes de mi vida, fruto del inmenso apoyo, amor y confianza que en mi se depositó y con los cuales he logrado terminar mis estudios profesionales que constituyen el legado más grande que pudiera recibir. Con cariño y respeto.

A MIS HERMANOS por su apoyo incondicional en todo momento.

A MI ESPOSA, Lic. Marling del Carmen Zárate Martínez, por su amor, cariño y paciencia, por los años de completa alegría y triunfos.

Francisco Leonardo Zapata.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a DIOS creador del universo, que me dió y me seguirá dando fortaleza para seguir adelante todos los días.

A mis padres, hermanos y esposa, por su amor, sacrificio y esfuerzo para lograr las metas que me he planteado.

Al Dr. Braulio Espinoza Mondragón, en nuestra formación profesional y tutor de mi trabajo investigativo, que con sus enseñanzas y experiencias ayudaron a enriquecer el mismo.

A todos mis amigos por brindarme una amistad sincera y compartir muchos momentos valiosos.

A nuestros maestros por haber contribuido a nuestra formación profesional.

A todo el personal administrativo y de biblioteca por su apoyo, facilitador en la realización de mi trabajo monográfico.

Francisco Leonardo Zapata.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo monográfico a:

Dios: fuerza, luz y camino de vida, alegría y fuente de mi existencia.

Jesús y María: amigos inseparables en todo este camino.

Mi Padre y Madre: Tomas Antonio Zapata Ramírez y Eduardo García Rodríguez, por su apoyo incondicional, por sus esfuerzos y sacrificios, por su ejemplo; pero sobre todo por su amor.

Mi Tío: José Cecilio Games, por sus consejos, cariño y apoyo incondicional.

A mi familia: por su presencia vital en mi historia.

Cristhiam Gabriel Zapata García

AGRADECIMIENTO

Agradezco de manera especial en este esfuerzo a:

Dios: por la fortaleza que me ha dado, por su fuente de sabiduría y ciencia, por su amor.

Dr. Rigoberto Sampson: Por su ejemplo y convicción.

Mis maestros: Dr. Ernesto Castellón Barreto, Lic. Boanerge Cantillo y Msc. Luis Hernández, por haberme enseñado algo más que el Derecho.

Mis amigos: Gema, Renee Lucia, Karla Velásquez, Rosa Margarita, Carlos Salgado, Arcadio, Parrales, Leytón, Jorge, Enmanuel y Sydney; por ser esperanza, luz y alegría en mi vida.

Lic. Roberto Sánchez: por su apoyo incondicional.

Al personal de nuestra insigne biblioteca: Doña Luvy, Doña Martha, Don Mariano y Horacio, por facilitarnos los medios para realizar este trabajo.

Cristhiam Gabriel Zapata García

INDICE

PÁGINAS

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL MODERNO NICARAGÜENSE.....	3
1. Evolución Historia del Derecho Penal en Nicaragua.....	3
1.1 La Legislación Penal de la Colonia.....	6
1.2 Código Penal de 1837.....	8
1.3 Código Penal de 1879.....	12
1.4 Código Penal de 1891.....	14
1.5 Código Penal de 1974.....	17
2. Principios Rectores del Código Penal del 2008.....	33
2.1 Principios de Legalidad.....	33
2.2 Principios de Lesividad.....	40
2.3 Principios de Proporcionalidad.....	42
2.4 Principios de Dignidad Humana.....	45
2.5 Principios de Culpabilidad.....	49
2.6 La Inocencia o No Culpabilidad.....	52
CAPÍTULO II: TEORÍA GENERAL DEL DELITO.....	54
1. Concepto.....	54
2. El Comportamiento Humano como Base de la Teoría del Delito.....	54
3. Evolución Histórica de la Teoría del Delito.....	57
3.1 El Denominado Concepto Clásico del Delito. El Causalismo.....	58

3.2 El Concepto Neoclásico del Delito.....	59
3.3 Los Aportes del Finalismo. Estructura Compleja del Tipo.....	62
3.4 Panorama Actual Sobre el Derecho Penal y la Teoría del Delito.....	63
3.5 Causalidad e imputación Objetiva.....	65
3.6 Criterio de Adecuación.....	66
3.7 El Fin de Protección de la Norma y Realización del Peligro Inherente a la acción.....	67
3.8 Creación de un Riesgo “Jurídicamente Desaprobado” o no Permitido.....	67
3.9 El Incremento y Disminución del Riesgo.....	67
3.10 El Tratamiento de la Culpabilidad.....	68
4. La Culpabilidad Como Concepto Normativa.....	70
4.1 Tratamiento del Error.....	71
5. Estructura y Elementos del Delito.....	71
6. Clasificación del Delito.....	74
7. Factores Criminológicos.....	77
7.1 Delito.....	77
7.2 Sujetos del Delito.....	79
7.3 Objeto Jurídico del Delito.....	80
7.4 El Delicente.....	81
7.5 La Víctima.....	83
7.6 El Control Social.....	86

CAPÍTULO III: TEORIA DE LA PENA.....	89
1. Evolución Histórica de la Pena.....	89
2. Concepto de Pena.....	96
2.1 Definición.....	96
2.2 Elementos de la Pena.....	96
2.3 Características de la Pena.....	98
3. Clasificación de las Penas	102
4. Fundamento y Finalidad de la Pena.....	103
4.1 Sanciones que no Tiene Carácter de Pena.....	103
4.2 La Doble Sanción del Principio “Non bis in idem”.....	104
5. Las Formas Imperfectas de Ejecución.....	105
5.1 La Cosumación como Forma “Perfecta” de Ejecución.....	106
5.2 Penalidad por Frustración.....	109
5.3 Penalidad por Tentativa.....	111
5.4 El Desistimiento.....	116
6. Autoría y Participación.....	120
7. Unidad y Pluralidad del Delito.....	120
7.1 Concurso Real.....	122
7.2 Concurso Ideal.....	124
7.3 Concurso Medial.....	126
7.4 Delito Continuado.....	127
7.5 El Concurso de Leyes.....	130

7.6 Naturaleza y Comunicabilidad de las Circunstancias.....	131
8. Determinación de la Pena en el Código Penal de Nicaragua.....	132
8.1 Consideraciones Generales.....	132
8.2 Sistemas y Fases de Determinación de la Pena.....	135
8.3 Individualización y Fines de la Pena.....	137
8.4 Aplicación y Duración de la Pena en el Código Penal Nicaragüenses.....	139
8.5 Determinación de la Pena en el Código Penal de Nicaragua.....	141
9. Error de Tipo.....	147
10. Error de Prohibición.....	151
11. Conspiración y Proposición en el Código Penal Nicaragüenses.....	154
11.1 La Conspiración.....	154
11.2 La Proposición.....	155
12. Provocación, Apología e Inducción.....	156
12.1 La Provocación.....	156
12.2 La Apología.....	157
12.3 La Inducción.....	158
12.4 La Cooperación Necesaria.....	159
12.5 Derecho Penal Material: ¿Un Derecho Penal Ad Hoc Contra el Crimen Organizado?.....	160
13. Circunstancias Modificadoras de la Responsabilidad Penal.....	162
13.1 Las Causas de Justificación en el Código Penal Nicaraguenses.....	169
13.2 Circunstancias Atenuantes.....	196

13.3	Circunstancias Agravantes.....	210
13.4	Circunstancias Mixtas, Atenuantes y Agravantes(Parentesco).....	218
14.	Concepto de Medidas de Seguridad.....	218
14.1	Medidas de Seguridad en General.....	218
14.2	Clasificación.....	219
14.3	Aplicación de las Medidas de Seguridad.....	220
14.4	Responsabilidad Civil.....	224
14.5	Personas Civilmente Responsables.....	228
14.6	Eximentes sin Excepción de Responsabilidad Civil.....	229
14.7	Reclamación.....	230
14.8	Responsabilidad Patrimonial del Estado.....	230
14.9	Corresponsabilidad.....	231
14.10	Limitación.....	232
14.11	Cumplimiento de la Responsabilidad Civil y Demás Responsabilidad Pecuniarias.....	232
15.	Actos de Criminalización y Descriminalización.....	232
	Conclusiones.....	236
	Bibliografía	

Introducción

El presente estudio de carácter jurídico, analiza Las Nuevas Tendencias Del Delito En El Código Penal Nicaragüense doctrinalmente y jurisprudencialmente basado en una serie de principios rectores del derecho penal moderno inspirados en la ideología de los derechos humanos de gran valor y trascendencia para conocer sus perspectivas y orientaciones como catalogo integral de principios del ordenamiento jurídico nacional.

En la investigación, se presentan los distintos momentos en la historia donde ha transitado y desarrollado el derecho penal, en las primeras formas de organización de las sociedades. En todo este proceso, la dogmática-jurídica, parece que coquetea con los estudios sociales y políticas criminales y pretende ofrecer una propuesta de prevención general y resocializadora por medio de herramientas conceptuales de las teorías causalista, funcionalista o finalista, que permite un ideario capaz de construir un derecho penal de riesgos, que ponen en primer lugar de la jerarquía la majestad de la prevención por ello, debe ser atacado en su fase contingente a su efectiva realización comprometido con un derecho penal democrático orientado con un enfoque humanista, propio de los Estados Sociales de derecho respetuosos de los derecho humanos.

El sistema de justicia penal, además de ser un instrumento de control y disuasión, debe contribuir también, al objetivo de mantener la paz y el orden y de reparar las desigualdades y proteger los derechos humanos con mira a un desarrollo cultural, económico y social equitativo.

Con el estudio de las nuevas tendencias del delito en el Código penal nicaragüense, pretendemos analizar los elementos que el legislador ha extraído de la ciencia moderna del Derecho penal y la doctrina, para considerar un hecho como delito y para determinar la pena con que este debe ser sancionado; a la vez, buscamos aportar esta investigación que pueda servir de material de discusión en los debates de carácter científico que se lleven a cabo por las instituciones y

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

juristas de nuestro país; además, que permita a los nicaragüenses en general, destinatarios de esta ley, conocer los principales aspectos que están regulados en la nueva norma penal.

**CAPITULO I: PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO
PENAL MODERNO NICARAGÜENSE.**

1. Evolución Histórica del Derecho penal en Nicaragua.

El Derecho Penal moderno inicia en Nicaragua, con el proceso codificador a comienzos del siglo XIX de la Europa continental, que sustituye la legislación penal colonial. Este Derecho Penal, expresión en parte del Derecho Penal del antiguo régimen, se caracteriza, por una gran crueldad en las penas, desproporcionadas a la gravedad de los delitos y consistentes en múltiples casos en penas corporales y de muerte con suplicios y tormentos previos al condenado, buscando fundamentalmente la intimidación el escarmiento ejemplar.

A partir de la conquista, la historia de Nicaragua se convirtió en la historia de la colonia, de la encomienda y las minas, de la explotación y los tributos al Rey, la del diezmo, la dieta y el servicio obligatorio; la historia de la esclavitud, de la imposición de modelos políticos, sociales, culturales, jurídica, económica y religiosos. En la historia de más de diez constituciones políticas, de guerras fratricidas y de una paz que se disputa entre intereses y acuerdos, en muchos casos distintos, a los propios de su identidad nacional. En síntesis: una historia de resistencia.

Antes de la llegada de los españoles, América Central estaba poblada por una de las más misteriosas culturas precolombinas: los Mayas cuya organización se basaba fundamentalmente en lo que se ha llamado «*ciudad-estado*». Su economía era cerrada y de naturaleza agraria. Esta civilización sufrió una larga decadencia debido a factores ecológicos y bélicos que desembocó en el dominio de Toltecas y Aztecas pueblos originales de México. No obstante, la cultura de estos pueblos americanos presentaba un desarrollo comparable al de los sabios, egipcios y mesopotámicos, estaban penetradas de una fuerza sagrada y de un animismo mágico gobernante misterioso. Sin embargo, la falta de cohesión

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

organizativa entre estas culturas facilitó la sumisión de la mayoría de los indígenas a los conquistadores. Para la historia del Derecho centroamericano, debe considerarse que el nombre de América no se usó con carácter oficial hasta el 25 de septiembre de 1810, en que las Cortes de la Isla de León (Cádiz) aceptaron como oficial el nombre de América a esa parte del mundo que hasta entonces se había designado por el de Indias o Indias Occidentales.

Las diferentes costumbres y legislaciones de estos pueblos, dependían de las prohibiciones de naturaleza tabú, de lo sobrenatural. Los conceptos de naturaleza y sociedad estaban sujetos a lo mítico y en particular a la religión, fuerza motriz del desarrollo de la vida social indígena. El entorno vivencial de estas culturas estaba cargado de un simbolismo sui generis que giraba rigurosamente en torno a lo desconocido. Los indígenas contaron con sistemas de leyes que reprendían los delitos, alcanzando un sentido de defensa social o colectivo. Su organización social estaba cimentada en lo teocrático y militar con un poder de naturaleza sacerdotal. Rey o cacique, autoridad máxima en el gobierno, ejercía las funciones militares, religiosas administrativas. El poder era de naturaleza sacerdotal. Su sentido de la justicia penal, importante y satisfactoria para su época, era igual para todos; tanto para el noble como para el humilde. Por ejemplo, mientras la justicia europea solamente alcanzaba con todo su rigor a los humildes, dejando impune los atentados de los grandes contra los pequeños, la justicia indígena consideraba tanto más grave un delito y aplicaba en consecuencia la dureza del castigo, cuanto más elevada fuese la categoría del delincuente.

El Derecho Penal indígena nicaragüense tenía su propia especificidad. El *homicidio*, por ejemplo no se consideraba como delito, cuando el muerto era esclavo *masegual* o plebeyo. Cuando el muerto era hombre libre, no contemplaba indemnización a favor de los parientes o de la esposa. Para los indígenas, la indemnización era la consecuencia de carácter civil de un delito, consistía en dar un esclavo, mantas o cualquier otro artículo de uso personal del homicida. Los delitos de hurto y robo eran equivalentes, comprendían la apropiación de una cosa

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

ajena y la pena era la entrega del delincuente a la víctima. El ladrón era atado por ésta como mecanismo de presión para que le restituyera lo hurtado o robado, o le pagara con especies de valor similar. La *poligamia* era considerada un delito cuando la cometían los súbditos del Cacique, pues tanto éste como sus principales podían casarse las veces que quisieran sin limitación de ningún tipo. Al inculpado se le aplicaban las penas de destierro y confiscación de bienes. Si aún después de la sentencia insistía en retornar a su domicilio, el monéxico asociado de los parientes de la ofendida, lo expulsaba nuevamente.

Al contrario de lo ocuriente en otros países, en Nicaragua el *adulterio* no tenía ninguna pena de carácter trascendente. El marido ofendido no tenía derecho a matar a la esposa, ni aun encontrada *in fraganti*. Su acción quedaba determinada por el castigo a palos y devolución de la adúltera a sus padres. A su vez, el ofendido quedaba libre para nuevas nupcias.

Para el delito de violación, la pena consistía en maniatar al delincuente y llevarlo a casa de la ultrajada, donde permanecía hasta que pagase el rescate. Cuando el reo carecía de medios, quedaba reducido a la condición de esclavo o *mazegual*. Cuando la violación era consumada por un esclavo en la persona de la hija de amo, los parientes tomaban a los dos culpables y los enterraban vivos, criando: «*mueran los malvados*». El sepelio de los cadáveres era en otros casos sin ninguna ceremonia y no se llevaba luto por los familiares de las víctimas. El castigo para el delito de sodomía tenía carácter público. La aplicación de la pena estaba confiada a los niños, quienes apedreaban al delincuente, causándole en muchos casos la muerte. A los convictos de este delito les llamaban «*cuyón*». Frente al castigo aplicado al delito contra natura, nos encontramos que en Nicaragua, contradictoriamente, la prostitución no era penada. Y aun cuando nos extrañemos tomando en cuenta el grado de moralización general, debe estimarse que la sociedad aborigen nicaragüense juzgó punible todo lo que era opuesto a la naturaleza humana y estuviera fuera del orden sexual establecido por el autor de la naturaleza.

1.1- LA LEGISLACIÓN PENAL DE LA COLONIA

Lo antes señalado representa el panorama general que encontraron los españoles a su llegada a América el amanecer del 12 de octubre de 1492. Diez años más tarde, el 12 de septiembre conquistaron la que hoy se conoce como República de Nicaragua. Con la conquista, la legislación indígena fue suprimida por el Derecho español, exceptuando aquellos aspectos que no contradecían los preceptos o principios básicos de la sociedad y del Estado conquistador, lo cual quiere decir que el Derecho indígena no coexistió como

Derecho supletorio. Durante la época colonial (1519-1821), rigieron en Nicaragua las Leyes de Indias, integradas por las leyes vigentes en Castilla; un derecho indiano cuya naturaleza, fuera de un riguroso casuismo y minuciosidad en la aplicación de casos concretos, era eminentemente religiosa, moralista y clasista. Su normatividad de carácter tutelador contrastaba con la violenta domesticación a la que estuvieron sometidos los indígenas por más de tres siglos. En la colonia el Rey era la máxima autoridad, elaboraba y ejecutaba las leyes.

Al conjunto de leyes que dictaron los reyes de España para gobierno de todos los súbditos en América se le llamó «Leyes de Indias», constituyendo el documento más importante entre los de su orden, ya que con anterioridad existieron otros códigos y recopilaciones. La formación de las Leyes de Indias abarcó los años 1525, 1563, 1571, 1596, 1628. En ellas tuvieron aplicación el Fuero Real (1255), las Siete Partidas, el Ordenamiento de Alcalá (1348), las Ordenanzas Reales de Castilla (1485), las Leyes de Toro (1505), y la Nueva Recopilación publicada en 1567.

Con la época colonial se inició un nuevo orden social, jurídico, político, y sobre todo religioso. Se crearon las bases de una sociedad semifeudal, se importaron modalidades y prácticas desconocidas (por ejemplo, en el oficio de la agricultura). Con la colonia se estableció una estructura material y espiritual necesaria para la integración de esa nueva población de conquistadores, colonos y misioneros. En 1503 se formó la Casa de Contratación de Sevilla, que

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

controlaba los asuntos económicos, ejercía las funciones de un Tribunal mercantil, escuela náutica y depósito de comercio y vigilaba la emigración a América por dos años. España cuidaba que en sus territorios prevalecieran las buenas costumbres, prohibiendo la salida de todo aquel de conducta dudosa o que hubiese comparecido ante los tribunales de la Santa Inquisición, cargando con dicha prohibición sus descendientes y nietos.

En 1511 Fernando el Católico creó el Consejo de Indias que actuaba como Tribunal Supremo, encargado de la vigilancia de la Real Hacienda, direcciones de misiones y nuevas conquistas, provisión a la armada; para dictar sentencia bastaba contar con la mayoría absoluta de votos. Daba recompensas a empleados de merecimientos notables, determinaba el régimen de los tribunales de las fuerzas militares, hacienda y comercio y, por último conocía de lo contencioso administrativo y de lo administrativo en particular. El Consejo de Indias, en otro de sus aspectos y atribuciones, actuaba como Cámara de Consulta, Asamblea Legislativa (en caso de reforma de leyes se requería el voto de las 2/3 parte de sus miembros), conocía en última instancia de los pleitos de importancia, sobre todo en juicios que habían conocido virreyes y capitanes generales. Ejercía además la función de Academia de Estudios.

En el año 1542 se creó la Audiencia de los Confines, primera unidad política centroamericana. La Capitanía General residía en Guatemala, donde estaban las máximas autoridades de la región. A pesar de que en 1548 Guatemala fue proclamada capital de Centroamérica, el rey Felipe II trasladó la Audiencia a Panamá en 1563. Cinco años más tarde pasó definitivamente a Guatemala. Durante el período de Carlos III (1759-1788) el régimen político de América sufrió profundos y sustanciales cambios y alteraciones. El poder de virreyes y capitales generales se limitó por medio de la creación de las intendencias. Cada una de ellas tenía cuatro funciones sobre regiones más o menos extensas: de policía o administración pública, de hacienda, de guerra y de justicia.

El Gobierno de la provincia de Nicaragua formaba parte del reino de Guatemala. Los principales órganos del gobierno y de la administración del rey

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

eran las Audiencias, en ellas se administraba la justicia y estaban compuestas por un presidente, varios oidores y un fiscal. El presidente tenía el cargo de capitán general o virrey bajo su mando yacía la soberanía española. En cada ciudad se estableció un Ayuntamiento que estaba compuesto por los alcaldes ordinarios, un alférez real, un escribano, un alguacil mayor, un procurador y regidor que hacían de autoridades judiciales y garantes del orden público establecido por la corona española. La adjudicación de estos cargos con excepción del Alcalde ordinario, eran comprados al rey; los criollos más acomodados tuvieron consiguientemente acceso a ellos. De tal forma que con el tiempo el Ayuntamiento se convirtió en una institución criolla.

El aporte de la colonia española al derecho público y en particular al Derecho constitucional fue a través de la Constitución de Cádiz de 1812. En ella se encuentran los antecedentes del sistema constitucional de los países centroamericanos, aunque no todo lo consignado en dicha Constitución tuvo aplicación real en América Central. El Congreso de Bayona significaba para América el reconocimiento de igualdad de derechos políticos y libertad de comercio entre las colonias con la Metrópoli, significaba además libertad de cultivo, supresión de privilegios aduaneros y representación permanente en Madrid y en el Consejo de Indias por medio de diputados y delegados naturales en América.

1.2- CÓDIGO PENAL DE 1837

En 1837 se promulgó el primer Código Penal de Nicaragua que correspondió al proyecto elaborado por el demócrata E. Livingston para el Estado de Louisiana. Eduardo Livingston nació en 1764 en el condado de Columbia, Nueva York, ciudad donde comenzó a practicar la carrera de abogado, luego de concluir sus estudios en Princeton en 1781. Muy pronto lograría un marcado renombre.

En 1794 fue electo miembro del Congreso por el Estado de New York, posteriormente ingresó en la Cámara de Representantes e impugnó el tratado

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

suscrito ese año con Inglaterra. Se opuso al «Allien Bill» y promovió la organización de una Comisión para la revisión de las leyes penales, siendo nombrado presidente de dicha Comisión. En otra moción solicitó la publicación de datos estadísticos sobre asuntos criminales. Permaneció en el Congreso como miembro de la oposición hasta el fin de la presidencia de John Adams. Durante la presidencia de Thomas Jefferson, en 1801 a Livingston se le nombró Fiscal General del Estado de New York y simultáneamente Alcalde de dicha ciudad.

Designado por la legislatura de Louisiana, preparó el Código de Procedimiento, que estuvo en vigor desde 1805 hasta 1825. Mientras se dedica al foro planea redactar un Código que abarcara la legislación penal, el procedimiento penal y la reforma de las prisiones para el Estado de Louisiana donde nunca se aplicó. Su obra partió de preceptos que incluyeron medidas tendentes a la protección de la sociedad, preocupándose por los fines que su trabajo perseguía mediante la reforma de los reos.

Las innovaciones propuestas significaron un avance en materia jurídica: consagraba el juicio por jurados y el recurso de *Hábeas Corpus*, cancelaban el sumario secreto (propio de la Inquisición); señalaban claramente los delitos y las penas conservando un equilibrio entre ambos; derogaban la pena de muerte y los malos tratos a los reos. Pensó en la publicación de un periódico oficial, con fines de divulgación y educación cívica jurídica. El sistema de legislación penal para Louisiana, publicado entre 1827 y 1828, y el sistema legislativo para la Unión Federal, impreso por Orden del Senado en 1831, sólo se conocieron en Europa por algunos ejemplares que el autor envió a sus amigos.

Hasta 1833 aparece en Filadelfia una primera edición completa sobre dicha legislación. Esta se difundió por toda Inglaterra y en 1870 se imprimió en Francia. Tal obra inspiró las primeras legislaciones penales autónomas de Guatemala Brasil. La de este último país integró el primer código español de sistemática más perdurable: el Código Penal de 1848.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

El Código Penal de 1837 se compone de 3 Libros, 20 títulos, 75 Capítulos y 676 artículos. El libro primero que consta de 2 títulos, 7 capítulos, del arto. 1 al 9, trata de la acción de las leyes penales; se declara la extensión de las leyes penales, las penas a quienes obligan: i las que están excusadas de responder a ellas; de los reos que se castigan por la ley, como principales, como cómplices i como accesorios; sobre los procedimientos en los juicios. Además, de los delitos i de las penas; definición i división de los delitos; definición i división de las penas; de la pena en la repetición de los delitos.

El libro segundo está formado de 13 títulos, 41 capítulos, del arto. 100 al 373 y trata de los delitos públicos que ofenden al Estado, en los diversos ramos de su administración. De los delitos que ofenden al Estado en su poder soberano i legislativo (de la traición, de las sediciones, de los delitos contra el Poder Legislativo). De los delitos contra el poder ejecutivo del Estado (delitos contra los funcionarios ejecutivos; delitos de los funcionarios ejecutivos).

De los delitos contra el Poder Judicial del Estado (de los delitos cometidos por los magistrados, jueces o jurados; de los delitos contra los magistrados, jueces i jurados; de la excarcelación por fuerza; de la fuga simple; de fuga con quebrantamiento; delitos de los abogados, procuradores o apoderados; de las ficciones en asuntos de justicia; del perjurio; de los delitos contra el respeto debido a los tribunales i jueces). De los delitos que ofenden la tranquilidad pública del Estado (de la violación del derecho internacional; de las asonadas, motines, tumultos i otras reuniones ilegítimas; de las conspiraciones; del desorden público).

De los delitos contra el derecho de sufragios (del cohecho i violencia; delitos de los funcionarios o individuos del directorio; delitos contra la libertad en las elecciones). De los delitos contra la libertad de imprenta (de los casos que constituyen este delito). De los delitos contra los archivos públicos (de la sustracción, alteración o destrucción de documentos; de la falsificación i los falsarios). De los delitos contra el cuño, obligaciones i rentas públicas (de la moneda falsa; delitos contra las obligaciones i rentas públicas). De los delitos

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

contra el comercio (del comercio exterior e interior; de los pesos i medidas; de las insolvencias fraudulentas).

De los delitos contra las propiedades públicas (de la seguridad de los intereses públicos; de los caminos, diques i aguas navegables). De los delitos contra la salud pública (de los curanderos i falsos cirujanos; de los boticarios i de los medicamentos nocivos; de los cementerios i lazaretos, i de los que introducen enfermedades o efectos contagiados). De los delitos contra la moral de los pueblos (del adulterio; de la bigamia i poligamia; de los delitos contra la decencia; de las casas de disolución; de la violación de los enterramientos). De los delitos contra la policía de los pueblos (de los vagos; de la portación de armas).

El libro tercero consta de 5 títulos, 27 capítulos, del arto. 374 al 676. Trata de los delitos privados que ofenden a los individuos. De los delitos que ofenden a los individuos en su libre creencia i culto religioso (casos que constituyen este delito). De los delitos contra la reputación i honor de los individuos (de la difamación; de otras injurias; de la falsa acusación o su amenaza). De los delitos contra las personas de los ciudadanos (el insulto material ; sus especies; de la prisión o detención arbitraria !, sus especies; del estupro aleve; del aborto; del envenenamiento; del homicidio en general; del homicidio justificable; del homicidio excusable; del homicidio culpable; del homicidio negligente; del suicidio; de lo duelos).

De los delitos contra la condición i contra los derechos políticos i civiles de los individuos (de los casos o circunstancias que constituyen este delito). De los delitos contra la propiedad de los particulares (de los incendios i Otros daños; del asalto de casa; de la adquisición ilegítima por fraude; de la adquisición ilegítima por falsos pretextos; de la adquisición ilegítima de una propiedad encontrada casualmente; del hurto simple; del hurto con fracción o quebrantamiento; del robo; disposiciones comunes a las anteriores capítulos; de la violación de la correspondencia). '4 por último, las advertencias generales (Respetamos la grafía original de la redacción del Código).

1.3- CÓDIGO PENAL DE 1879

El 29 de marzo de 1879 se promulgó el Código Penal así como el Código de Instrucción Criminal y de Ordenanzas Militares. Se creó el Registro Civil y de la propiedad. El Código Penal nicaragüense de 1879 se elaboró bajo la influencia del Código español de 1870 y, por tanto, comparte las corrientes racionalista y política del pensamiento científico y social de la época. El movimiento codificador del siglo XIX estaba influido por el pensamiento de la ilustración y por el positivismo antropológico y sociológico.

Este Código Penal de 1879 consta de 3 libros, 21 títulos, 92 capítulos y 515 artículos. El libro primero consta de 5 títulos, 18 capítulos y 127 artículos (del Art. 1 al 127). Aborda «disposiciones generales sobre los delitos i faltas, de los delitos i faltas, extensión y aplicación de las leyes penales; de las personas responsables, circunstancias que agravan, atenúan o eximen de responsabilidad criminal; (de los delitos i faltas; de la extensión i aplicación de las leyes penales; de las personas responsables criminalmente de los delitos i faltas; de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal; de las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal; de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal). De la responsabilidad civil por los delitos i faltas (de las personas responsables civilmente por los delitos i faltas; reglas que determinan la responsabilidad civil).

De las penas (de las penas en general; enumeración de las penas i su duración; de las penas que llevan con sigio otras accesorias; grados i términos en que se dividen las penas; de la aplicación de las penas; de la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias agravantes o atenuantes; de la ejecución i cumplimiento de las penas). De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias, los que durante una condena delinquen de nuevo, i los que se fugan durante el proceso (de las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias; de las penas en que incurren los que durante una condena delinquen de nuevo; de las penas en que incurren los que se fugan durante el proceso)».

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Finalmente el libro primero trata de la extinción de la responsabilidad penal. El libro segundo consta de 12 títulos, 67 capítulos y 352 artículos (del 128 al 480 inclusive). Trata «de los delitos i penas en particular». Aborda lo referente a los delitos contra la seguridad exterior del Estado (de los delitos de traición a la patria; de los delitos que comprometen la independencia del Estado; de los delitos contra el derecho de gentes). También trata «los delitos contra la seguridad interior del Estado i el orden público (de los delitos contra la constitución política del Estado; de los delitos de rebelión; de los delitos de sedición; de los delitos de motín, asonada i de otras asociaciones ilícitas; de los atentados i desacatos contra la autoridad; de los delitos contra el ejercicio del sufragio; delitos relativos a los telégrafos)».

Además «los delitos contra la religión, los delitos contra la salubridad pública, delitos peculiares a los empleados públicos (de la usurpación i abuso de autoridad; del prevaricato; de la desobediencia, resistencia de los empleados i abandono de destinos públicos; de los delitos en la secuela i decisión de los juicios; mala conducta; de la infidelidad en la custodia de presos; de la infidelidad en la custodia de documentos; de la revelación de secretos; de la malversación de caudales públicos; fraudes y exacciones; del cohecho; negocios incompatibles con el destino; prolongación i anticipación indebidas de funciones públicas; abuso de los eclesiásticos en el ejercicio de sus funciones). De las falsedades (falsificación de sellos, firmas i marcas; falsificación de documentos en general; falsificación de documento de crédito público; falsificación de moneda; del falso testimonio i del perjurio; de la usurpación de funciones i nombres; disposiciones generales a las falsificaciones). De los delitos contra las personas (del homicidio; infanticidio; de las lesiones corporales; del duelo; de la calumnia; de las injurias).

Delitos contra el orden de las familias i contra la moralidad pública (del aborto; abandono de niños y personas desvalidas; delitos contra el estado civil de las personas; del adulterio; celebración de matrimonios ilegales; del rapto; de la violación; del estupro, incesto, corrupción de menores i otros actos deshonestos)». Asimismo, trata «los delitos contra la libertad personal, la inviolabilidad del

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

domicilio i otras garantías individuales (de los atentados contra la libertad personal; de la inviolabilidad del domicilio; de las amenazas contra las personas i propiedades; de la violación de la correspondencia).

De los atentados i abusos contra la libertad de imprenta (de los atentados contra la libertad de imprenta; de los abusos contra la libertad de imprenta). Delitos contra la propiedad (de la apropiación de las cosas ajenas muebles contra la voluntad de su dueño; del robo con violencia o intimidación de las personas; del robo con fuerza en las cosas; del hurto; de la usurpación de bien raíz; de los deudores punibles; de las estafas i otras defraudaciones; del incendio i otros estragos; de los daños). Finalmente aborda lo relativo a la imprudencia temeraria». El libro tercero consta de 4 títulos, 7 capítulos y 34 artículos (del 481 al 515 inclusive). Trata de las «faltas peculiares a los funcionarios públicos, de las faltas comunes i sus penas (de las faltas contra la salubridad i el orden público; faltas contra la religión; faltas contra la salubridad pública; faltas contra la moralidad pública, respeto i obediencia debidos; de las faltas contra las personas; de las faltas contra la propiedad; otras faltas). Disposiciones relativas a las faltas comunes i oficiales, disposiciones generales» (Respetamos la grafía original de la redacción del Código).

1.4- CÓDIGO PENAL DE 1891

En 1881 a raíz de expropiaciones y desalojos de tierras se da la guerra de comunidades indígenas. El 2 de junio de 1881 se emite un decreto en el cual se ordena la expulsión de los jesuitas acusándoles de haber propiciado dicha revuelta. En 1893 se promulga una nueva Constitución conocida como «La Libérrima», bajo la presidencia del general José Santos Zelaya, jefe de la revolución liberal del 25 de julio de 1893. La citada constitución garantiza la seguridad personal, la libertad individual, la igualdad y la propiedad; enuncia la abolición de la pena de muerte, reconoce la garantía de Hábeas Corpus y el derecho a la defensa, prohíbe la prisión por deudas, mantiene como derecho insoslayable el que la habitación de todo individuo es un asilo sagrado.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Asimismo, garantiza la libertad religiosa, la inviolabilidad de la correspondencia, prohíbe las leyes prescriptivas; confiscatorias, restrictivas o que establezcan penas infamantes; garantiza la libertad de pensamiento y la protege contra cualquier tipo de persecución; la libre enseñanza, el libre ejercicio de industria, oficio o profesión, la libertad de reunión, la de asociación para cualquier objeto lícito, la libertad de tránsito y deja sin efecto a aquellas leyes que reglamentan el ejercicio de todas las garantías en cuanto las disminuyan, restrinjan o adulteren.

El ocho de diciembre de 1891 se promulga el tercer Código Penal nicaragüense. En su estructura general, el Código se compone de 3 libros, 21 títulos, 96 capítulos y 567 artículos. El libro primero consta de 5 títulos, 18 capítulos, y 125 artículos (del 1 al 125). Aborda disposiciones generales sobre delitos y faltas, delitos y faltas, extensión y aplicación de las leyes penales: personas responsables y circunstancias que agravan, atenúan o eximen de responsabilidad criminal (delitos y faltas; extensión y aplicación de las leyes penales; personas responsables criminalmente de los delitos y faltas; circunstancias que eximen de responsabilidad criminal; causas que atenúan la responsabilidad criminal; circunstancias que agravan la responsabilidad criminal). Además refleja lo relativo a la responsabilidad civil por los delitos y faltas (personas responsables civilmente por los delitos y faltas; reglas que determinan la responsabilidad civil). También trata lo relativo a las penas (penas en general; enumeración de las penas y su duración; penas que llevan consigo otras accesorias; grados y términos en que se dividen las penas; aplicación de las penas; aplicación de las penas en consideración a las circunstancias agravantes o atenuantes; ejecución y cumplimiento de las penas).

Continuando con el estudio del Código encontramos las penas en que incurrir los que quebrantan las sentencias, los que durante una condena delinquen de nuevo y los que se fugan durante el proceso, y finalmente encontramos lo relativo a la extinción de la responsabilidad penal.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

El libro segundo consta de 13 títulos, 71 capítulos y 401 artículos (del 126 al 527 inclusive). Trata de los delitos contra la seguridad exterior del Estado (delitos de traición a la Patria; delitos que comprometen la independencia del estado; delitos contra el derecho de gentes). Aborda los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra el orden público (delitos contra La Constitución Política del Estado; delitos de rebelión; delitos de sedición; delitos de motín, asonada y de otras asociaciones ilícitas; disposiciones comunes a los tres capítulos precedentes; atentados y desacatos contra la autoridad; delitos contra el ejercicio del sufragio; delitos relativos a los ferrocarriles, telégrafos, teléfonos y conductores de correspondencia).

Se refiere a los delitos contra la religión, delitos contra la salubridad pública, delitos contra la libertad y seguridad cometidos por particulares, así como los delitos peculiares a los empleados públicos (usurpación de atribuciones y abuso de autoridad; prevaricato; desobediencia y resistencia de los empleados y abandono de los destinos públicos; morosidad y negligencia de los empleados públicos; delitos en la secuela y decisión de los juicios; mala conducta; infidelidad en la custodia de los presos; infidelidad en la custodia de documentos; revelación de secretos; malversación de caudales públicos; fraudes y exacciones ilegales; cohecho; negocios incompatibles con el destino; prolongación y anticipación indebida de funciones públicas; abuso de los eclesiásticos en el ejercicio de sus funciones; disposición general).

Encontramos además el tratamiento a los delitos contra la fe pública, falsificaciones, falso testimonio y perjurio (moneda falsa; falsificación de documentos de crédito del estado, municipalidades, establecimientos públicos, sociedades anónimas, o bancos de emisión legalmente autorizados; falsificación de sellos, punzones, matrices, marcas, papel sellado, timbre, etc.; falsificación de documentos públicos o auténticos; falsificación de instrumentos privados; falsificación de pasaportes, licencias de portar armas, certificados, etc. Falso testimonio; usurpación de funciones o nombres). Siguiendo la línea del Código encontraremos los delitos contra las personas (parricidio; asesinato; homicidio;

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

disposiciones comunes a los tres capítulos anteriores; infanticidio; lesiones; duelo; calumnias; injurias; disposiciones comunes a los dos capítulos anteriores).

Trata los delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública (aborto; abandono de niños y personas desvalidas; delitos contra el estado civil de las personas; adulterio y amancebamiento; celebración de matrimonios ilegales; raptos; violación; estupro, incesto, corrupción de menores y otros actos deshonestos; disposiciones comunes a los tres capítulos anteriores). Delitos contra la libertad personal, inviolabilidad del domicilio y otras garantías individuales (atentados contra la libertad personal; inviolabilidad del domicilio; amenazas contra las personas y propiedades; violación de la correspondencia).

Se refiere a atentados y abusos contra la libertad de imprenta, delitos contra la propiedad (apropiación de las cosas ajenas, muebles contra la voluntad de su dueño; robo con violencia e intimidación en las personas; robo con fuerza en las cosas; hurto; disposiciones comunes a los tres capítulos anteriores; cosas de préstamos sobre prendas; usurpación; deudores punibles; estafas y otras defraudaciones; incendio y otras estafas; daños). Finalmente aborda lo relativo a la imprudencia temeraria. El libro tercero consta de 3 títulos, 7 capítulos y 39 artículos que van del 328 al 567 inclusive. Trata de las faltas y sus penas, faltas comunes y oficiales (faltas contra las personas; faltas contra la propiedad; faltas peculiares a los emplea: dos públicos; faltas contra la seguridad y el orden público; faltas contra la salubridad pública; faltas contra la moralidad pública, respeto y obediencia debidos; otras faltas). Aborda también disposiciones relativas a las faltas oficiales y comunes y establece en su título final disposiciones generales y transitorias.

1.5- CÓDIGO PENAL DE 1974

Una forma nueva de lucha surge en Nicaragua, la guerra de guerrilla producto de la oposición del General Augusto César Sandino al Pacto del Espino Negro, celebrado al término de las luchas entre liberales y conservadores. En dicho pacto se estableció, entre otras cosas, la súper vigilancia de las elecciones,

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

la instalación de un Consejo Supremo Electoral del que forma parte un Almirante de la Marina de los Estados Unidos del Norte de América como presidente, nombrado por la Corte Suprema de Justicia por instrucciones del Departamento de Estado. José María Moncada es declarado presidente de la República.

La Constitución, del 23 de marzo de 1939 tuvo por objeción la concesión de más garantías en la consecución del gobierno del General Anastasio Somoza García, que en 1937, al igual que en 1938, inauguraba su mandato. En 1950 se celebró el Pacto de los Generales firmados por el General Emiliano Chamorro y el General Somoza García promulgándose, como resultado de dicho pacto La Constitución de 1950. Esta fue reformada en distintas ocasiones, siendo la reforma de 1955 la más sobresaliente por cuanto suprimió la prohibición de elegir y ser elegidas las mujeres y la de poder ser miembros del Congreso a los parientes del presidente. De esa forma llegó a dicha entidad Luis Somoza, hijo del dictador y le sucede en la presidencia, al ser ejecutado el 21 de septiembre de 1956.

En el año 1962 tuvo lugar una importante reforma que produjo el período presidencial (de 6 a 4 años), para la elección de René Schick y estableció la integración de La Corte Suprema de Justicia con 7 magistrados inamovibles en sus cargos. Y, por último, la reforma de 5 años para la elección de Anastasio Somoza Debayle en 1966. En el mes de octubre de 1974 se promulga una nueva Constitución, vigente hasta el 19 de julio de 1979, día del triunfo de La Revolución Popular, nicaragüense. En cuanto a las constituciones del 39 y 50, podemos decir, que se encuentran dentro de una misma línea. La del 50 fue producto del «Pacto de los Generales» suscrito por el General Emiliano Chamorro y el General Anastasio Somoza García.

En la constitución del 50 aparece una larga lista sobre derechos y garantías reconocidas por el Estado. Por ejemplo la libertad individual, de conciencia y de culto; la libertad de opinión, emisión y difusión del pensamiento; la libertad de reunirse y asociarse; la libertad de trabajo. Asimismo, reconoce la igualdad ante la ley, restringe la aplicación de la pena de muerte, acoge el principio *nullum crimen*

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

sine lege, opta por la publicidad del proceso), garantiza la inviolabilidad del hogar, la libre circulación por el territorio, el derecho de emigrar y de inmigrar y, acoge además, los principios de La Carta del Atlántico, La Declaración Americana de los Derechos del Hombre y los Principios de La Carta Internacional Americana de garantías sociales, aprobadas en La IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá. La penúltima constitución de Nicaragua fue promulgada en el año de 1974, la que cinco años después dio lugar al Estatuto Fundamental y el Estatuto de Derechos y Garantías de los nicaragüenses como producto de una Revolución Nacional, derogados más tarde por la que hoy representa la última constitución de Nicaragua, la Cn de 1987. Celebrado el Pacto entre Anastasio Somoza Debayle y Fernando Agüero Rocha, conocido como el Pacto «Kupia Kumi» que en misquito significa «un sólo corazón», se estableció una convocatoria para elegir una Asamblea Constituyente que designaría a su vez una Junta de Gobierno y aprobaría una nueva constitución, lo que permitió a Somoza Debayle continuar en la presidencia, después de una pequeña transición.

En el mes de octubre del año 1974 fue promulgada la nueva constitución. Su vigencia duró pocos años, ya que el 19 de julio de 1979, fue derogada con el resto de leyes constitucionales y leyes represivas, por el Estatuto Fundamental, arto 3. La constitución de 1974 está compuesta por XVII Títulos y 343 artículos. En su título V capítulo 1 al VII los Derechos y Garantías de los ciudadanos, establece la igualdad de los nicaragüenses ante la ley sin distintos ni privilegios por razón del nacimiento, condición social o raza; la inviolabilidad de la vida humana frente a la pena de muerte para determinados delitos; garantiza la libertad individual, la que no puede ser restringida y para ello establece el recurso de Hábeas Corpus. Establece el principio de la legalidad y publicidad de los procesos, prohíbe la restricción de la libertad personal por obligaciones puramente civiles; garantiza el derecho a la defensa y dice que la pena no trasciende de la persona del delincuente.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Prohíbe el dar leyes prescriptivas, o que establezcan penas infamantes; garantiza la inviolabilidad del hogar, de la habitación y de todo recinto privado de las personas; la libre circulación por el territorio nacional y elegir en él su residencia y domicilio sin que pueda ser compelido a mudarlo; reconoce el derecho de emigrar y de inmigrar; la libertad irrestrictiva del comercio, de contratación e industria; la de establecer uniones o asociaciones para cualquier objeto lícito, nadie puede ser inquietado ni perseguido por expresar sus opiniones por medio de la palabra o por escrito y publicarlos sin previa censura. En ningún caso podrá secuestrarse, como instrumento del delito, la imprenta y sus accesorios o cualquier otro medio material destinado a la difusión del pensamiento; garantiza la inviolabilidad de la correspondencia, la libertad de trabajo, de conciencia y de la manifestación de todas las creencias religiosas y práctica de los cultos, quedando prohibido implementar leyes que las restrinjan.

Antes de finalizar, hay que destacar el precepto constitucional que prohíbe la formación y actividades del partido comunista y de los que sustenten ideologías similares, lo mismo que de cualquier otro partido de organización internacional. De igual forma, los individuos que a ellos pertenezcan no pueden desempeñar ninguna función pública, sin perjuicio de las otras penas que la ley señale.

El primero de abril de 1974 se promulgó un nuevo Código Penal que con ciertas modificaciones, es el mismo de 1879 y 1891, o sea, el CP español. En el proyecto del Código Penal de 1974 aparece la siguiente advertencia histórica que, por su particular interés, citamos textualmente:

«El presente Código Penal se remonta al proyecto elaborado por los Doctores Ramiro Granera Padilla. Manuel Escobar H. y Nemesio A. Ordoñez B. Y fue enviado por el Poder Ejecutivo presidido, en ese entonces, por el Doctor René Schick, por medio del Honorable Ministro de la Gobernación Doctor Lorenzo Guerrero. Fue revisado por una comisión legislativa nombrada por la Cámara de Diputados compuesta por los Doctores Orlando Montenegro Medrano, Alejandro Romero Castillo, Adolfo Martínez Talavera, Julio Icaza Tigerino y Agapito Fernández García. La comisión respectiva amplió sustancialmente el proyecto

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

original, tratando de ponerlo a tono con las ideas de la legislación penal del mundo. El proyecto, reformado por La Comisión Legislativa se aprobó en primer y segundo debate por la Cámara de Diputados el día 6 de Noviembre de 1968. Pendiente de pasar a La Cámara del Senado fueron suspendidas las funciones legislativas al haber sido convocado el pueblo de Nicaragua para elegir Representantes a La Asamblea Nacional Constituyente. Una vez instalada La Asamblea, distinguidos Abogados de su seno, solicitaron que se llevara a nuevo debate el referido Código Penal. La Asamblea, tomó en consideración esta iniciativa y para tramitarlo lo envió en nueva consulta a La Excelentísima Corte Suprema de Justicia y de una comisión compuesta por los Doctores Orlando Morales Ocón, Alejandro Romero Castillo, Julio Centeno Gómez, José Ortega Chamorro y Julio César Avilés Aburto, quienes dictaminaron favorablemente el proyecto presentado, advirtiendo en su dictamen que debían incorporarse al texto del Código Penal, las leyes relativas a esa materia, que habían sido aprobadas entre el día 6 de Noviembre de 1968, a la fecha; y como es de todos conocidos, este dictamen y el objeto de él, fueron aprobados por La Asamblea Nacional Constituyente en sesión de día dieciséis de Enero de mil novecientos setenta y cuatro».

En el Título I, del Libro primero, se establecen las Disposiciones generales relacionadas con el hecho punible (Cap. I), la extensión y aplicación de las leyes penales (Cap. II) y de la extradición (Cap. III). Hecho punible. Bajo este capítulo el Código Penal define el delito o hecho punible con base a la acción u omisión, calificada y penada por la ley, y según la gravedad lo clasifica en delito y falta (concepto del delito bipartidista) (Arto. 1). De lo anterior puede deducirse, primero, las notas esenciales del delito: acción, tipicidad, antijuridicidad y, con menos precisión, la culpabilidad. Segundo, se deriva en reglas de presunción de voluntariedad (Arto. 3 Pn) y formas de error in personam o de aberrado (Arto. 5 Pn). Por otra parte, los delitos o faltas puramente militares y los demás que estuvieren penados por leyes o reglamentos especiales no estarán sujetos a las reglas del Código Penal (Arto. 11 Pn).

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Principio de legalidad. Consagra con claridad el principio de legalidad (Arto. 1, 2 y 18) en sus aspectos de legalidad (rango de Ley y que emana de La Asamblea Nacional) y de sus requisitos de garantía material de ley escrita, estricta y previa; y de garantías criminal y penal, y las garantías de jurisdicción y ejecución (Artos. 73 ss. Pn). Conforme al Código no son punibles, entonces, las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o faltas penadas por la ley anterior a su comisión y, en consecuencia, cualquier hecho que el judicial estime digno de ser calificado como delito o falta y no se halle incluido como tal en ninguna ley, se abstendrá de todo procedimiento penal, pudiendo exponer a la Corte Suprema de Justicia las razones que le asisten para creer que debiera ser calificado como delito o falta, a fin de que dicho tribunal proceda, si lo tuviera a bien, a presentar a La Asamblea Nacional, el respectivo proyecto de ley.

Responsabilidad subjetiva. El Código Penal determina la responsabilidad subjetiva en tres vertientes: dolosa, culposa y preterintencional Arto. 2), definiéndolas de la forma siguiente: dolo cuando el hecho se ajusta a la intención (dolo directo en primer grado) y cuando el resultado no se quiso, pero se previó (dolo eventual); preterintencional cuando excede la intención, siempre que el resultado haya podido ser previsto, pero no deseado ni previamente aceptada por el agente y culposo (imprudencia) cuando por motivo de ejecutar un hecho jurídicamente irrelevante, se deriva un resultado que pudiendo ser previsto, no lo fue por imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos. También incluye en la responsabilidad subjetiva atisbos de responsabilidad objetiva: «el daño que se previó como imposible se considera imputable al autor». El delito culposo o imprudente el Código, como consecuencia del principio de mínima intervención o última ratio, lo regula de forma específica: sólo las conductas expresamente tipificadas como culposas punibles o, como lo expresa el propio Código, « según los casos que la ley determina».

Iter Criminis. Bajo la influencia del modelo penal español decimonónico, el Código Penal establece las formas imperfectas de la ejecución del delito o *iter criminis* en tentativa, frustración Arto. 6). Las faltas son punibles sólo cuando se

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

consuman (Arto. 9 Pn). La tentativa la define cuando el culpable da principio directamente a la ejecución del delito por hechos exteriores y no prosigue en la ejecución por cualquier causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento (Arto. 6, párrafo. 2). No obstante, en el supuesto de que la tentativa no llegare a determinarse qué delito se proponía ejecutar el culpable, se estimará que sus actos se dirigían a cometer el de menor gravedad entre aquellos a que racionalmente pueda presumirse que iban encaminados (Arto. 8 Pn). Cuando la tentativa es inidónea, debido a que los actos encaminados para la ejecución de un delito son inadecuados, el Juez queda facultado para adoptar medidas de seguridad respecto al autor de ellos, si éste fuese enfermo mental o intoxicado (Arto. 12 Pn).

La frustración se da cuando el culpable a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su propósito por causas independientes de su voluntad (Arto. 6, párr.1). Asimismo, son castigadas la conspiración y proposición. Existe conspiración cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo. La proposición se verifica cuando el o los que han resuelto cometer un delito incitan para su ejecución a otra u otras personas. Para ambos casos, se exime de responsabilidad cuando las personas involucradas en la conspiración y proposición desistieren voluntariamente y antes de haber comenzado la ejecución de los mismos (Arto 7 y 496 Pn). La interpretación. Ley penal en el tiempo. El Código Penal prohíbe expresamente la interpretación extensiva y obliga al juez a atenerse, estrictamente, a la letra de la ley. No obstante, en los casos de duda la ley se interpretará en el sentido más favorable al reo (Arto. 13). También prohíbe, de forma implícita, la retroactividad de las leyes penales, no obstante, permite no la prohíbe cuando éstas favorezcan al reo. En este supuesto, la ley se aplicará a pesar que al publicarse haya recaído sobre la persona sentencia firme y se halle cumpliendo su condena. Sin perjuicio de los derechos de carácter civil establecidos a favor del ofendido o de terceras personas (AL 14 Pn).

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Principio de personalidad. Como límite a la actividad punitiva del Estado, el Código Penal recoge el principio de personalidad al prohibir que <da pena no trasciende de la persona del delincuente> (Arto. 15). La Ley penal en el espacio: principios de territorialidad y extraterritorialidad. Principio de territorialidad. La ley penal nicaragüense se aplicará a los que las infrinjan en el territorio nacional, sea cual fuere la nacionalidad del delincuente o los bienes que lesionen o pongan en peligro. Sin embargo, en el supuesto de que el delito fuere cometido en agua o aire territoriales entre miembros de la tripulación o pasajeros que no tengan ninguna relación con Nicaragua, se aplicará la ley penal nicaragüense solamente que la nave toque o descendiere en territorio de la República y altere el orden público. Extraterritorialidad de la ley penal. El Código Penal además de acoger con prioridad el criterio del territorio para aplicación de la ley penal acoge de forma complementaria otros como son el principio personal, real o de protección y el de justicia universal. Principio de personalidad. Se aplicará la ley penal a los delitos cometidos por un nicaragüense contra otro o contra un extranjero o por un extranjero contra un nicaragüense, siempre que el hecho también constituya delito en Nicaragua.

Principio de protección, real u objetivo. La ley penal se aplicará fuera del territorio nicaragüense cuando se cometiera delitos contra los intereses del Estado, por ejemplo, delitos contra la seguridad interior o exterior; falsificación de firma o sellos oficiales; falsificación de moneda o billetes de banco cuya emisión esté autorizada por la ley o delitos oficiales cometidos por representantes, funcionarios o empleados públicos, cuando por razón de su inmunidad o cortesía internacional no hubiesen sido juzgados en lugar de su comisión.

Principio de justicia universal. Se aplicará la ley penal a los delitos de piratería, comercio de esclavo, destrucción y deterioro de vías o medios de comunicaciones internacionales, discriminación racial, genocidio, contra el orden internacional y trata de mujeres y niños. Por último se contempla como condición indispensable, para los dos últimos principios, que el sujeto ingrese por cualquier medio al territorio de Nicaragua para su juzgamiento.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

De las personas responsables de los delitos y faltas. Esta es la intitulación del Título II (Libro II) que abarca además de la responsabilidad criminal (Cap. I), las circunstancias eximentes (Cap. II), atenuantes (Cap. III) y las agravantes de la responsabilidad criminal (Cap. IV); de la responsabilidad civil (Cap. V) y de las reglas para determinar la responsabilidad civil (Cap. VI).

Autoría y participación. El legislador penal nicaragüense, siguiendo los modelos de los Códigos penales españoles de 1848, 1850 y 1870, enuncia de manera general la responsabilidad de los autores, cómplices y encubridores (Arto. 22).

En esta línea, son autores los que toman parte directa en la ejecución del hecho; fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo o cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no hubiere efectuado (Arto. 24). Los cómplices y encubridores son definidos como categorías remanentes o accesorias de los diferentes supuestos de la autoría. Los cómplices como cooperadores de la ejecución del hecho u omisión punible por actos posteriores o simultáneos (Arto. 26). Encubridores los que conociendo la perpetración del delito intervienen bajo las formas de favorecimiento: aprovechándose por sí o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del delito (favorecimiento real); ocultando o inutilizando todo lo relacionado con la comisión del delito (favorecimiento real por excelencia); albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable aprovechándose de sus funciones públicas y conociendo la calidad del reo como habitual de hechos graves (favorecimiento personal) y, por último, no impedir la comisión de un delito, bien sea personalmente (sin poner en riesgo su seguridad) o denunciándolo a las autoridades respectivas.

Están exentos de ser castigados quienes encubren a sus cónyuges, sus parientes legítimos o ilegítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta, línea colateral hasta el segundo grado inclusive y padres o hijos adoptivos (excusa legal absoluta). A excepción de los que se aprovechen de los efectos del delito (Arto. 27). Circunstancias modificadoras de la responsabilidad criminal.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

En las eximentes de responsabilidad criminal se encuentran reguladas en 11 numerales. En este epígrafe se regulan las causas de justificación y de exculpación. Por ejemplo, siguiendo el modelo español, tenemos las causas de exculpación por enfermedad mental o la alteración grave de la conciencia, la minoría de edad en inimputabilidad absoluta y relativa, por amenazas o coacción (de influjo italiano, que sustituyó a la fórmula española de la exención del miedo insuperable). Entre las causas de justificación, se establecen la legítima defensa con tres requisitos relativos a la agresión, la defensa y la falta de provocación; el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, autoridad, oficio o cargo, la obediencia debida, el caso fortuito y la causa legítima o insuperable justificadora de la omisión en que incurriere la persona (en algunos Códigos penales suple relativamente a la ausencia de acción producto de fuerza irresistible) (Arto. 28). Las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal están reguladas en los artículos 29 y 30 con 17 y 21 supuestos respectivamente.

Respecto a las atenuantes podemos señalar, entre otras, las causas de justificación incompletas, ser menor de 21 años, la embriaguez (que no fuere habitual o posterior al proyecto de cometer delito), el arrebató y obcecación, la buena conducta, la reparación del daño causado, denunciar y confesar el delito, haber obrado por celo de justicia, la decrepitud, el analfabetismo o limitación de discernimiento. El Código permite la admisión de circunstancias atenuantes analógicas.

En cuanto a las circunstancias agravantes la mayor cultura del delincuente, la alevosía, realizar el hecho por precio, recompensa o promesa; con premeditación, empleando astucia, fraude o disfraz, abuso de confianza, ser vago o reincidente, etcétera. Las atenuantes y agravantes permiten al juez establecer un mínimo y un máximo para la imposición de la pena para cada delito: «Para elevar o rebajar la pena, el Juez atenderá preferentemente a la calidad de las circunstancias concurrentes y a las conclusiones que ellas permitan derivar acerca de la mayor peligrosidad del agente» (Arto. 92). No obstante, no se apreciarán

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

como agravantes las circunstancias que por sí mismas constituyan un delito especialmente penado por la ley (Arto. 32) y aquellas que consistan en la disposición moral del delincuente sólo serán apreciables respecto de los sujetos en quienes concurren por último, las circunstancias que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, serán apreciables respecto de los agentes que tuvieron conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito (Arto. 33).

Responsabilidad civil. El Código prescribe que la persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente (Arto. 34). Establece criterios para determinar cuando has' o no responsabilidad civil. Por ejemplo, señala que en los casos de exenciones de responsabilidad criminal por causas de exculpaciones serán responsables civilmente por los hechos que realicen el enajenado y por el menor quienes los tengan bajo su patria potestad o los guardas legales (Arto. 37). Las causas de justificaciones eximen tanto la responsabilidad criminal como la civil (Arto. 42). En los artículos del 43 al 52 ordena las reglas para determinar la responsabilidad civil: restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios (material o moral). De la Pena. Clasificación. Duración. Efectos de las penas. Las divide en penas principales y penas accesorias (Arto. 53 y 54. Las primeras las forman el presidio, la prisión, arresto, confinamiento, inhabilitación absoluta, inhabilitación especial y multa. Existe entre ellas una sub clasificación: penas más que correccionales el presidio y la prisión (cuando tenga más de tres años en su extremo mayor); las correccionales las integran el remanente de penas.

Las penas accesorias son: inhabilitación absoluta y especial, multa, interdicción civil, suspensión de los derechos del ciudadano, sujeción a la vigilancia de la autoridad y pérdida de los instrumentos con que se realizó el delito (Arto. 55). La duración de la pena de presidio es de 3 a 30 años, la de prisión de 1 a 12 años, la de inhabilitación absoluta y especial el tiempo de la principal cuando se impongan como accesorias y como principales de 60 días a 5 años, la de confinamiento de 30 días a 5 años. La pena de arresto de 10 días a 2 años, la

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

multa tendrá un valor de 50 a 75 mil córdobas, la de suspensión de los derechos del ciudadano el tiempo que la pena principal (Arto. 56). Los lugares de cumplimiento de las penas varían según la naturaleza de las mismas, por ejemplo, la pena de presidio se cumplirá en un penal, la de prisión de un establecimiento para tal efecto o en una colonia agrícola especial. Los condenados a presidio están obligados a trabajar dentro o fuera del penal, en cambio los condenados a prisión sólo están obligados a trabajar dentro del establecimiento (Arto. 59 y 60). El producto de las labores del condenado se destinan, según el Código, a cubrir la responsabilidad del daño que causaron, para sus gastos médicos, de alimentos, vestidos; para alguna ventaja propia dentro del establecimiento o para aliviar cualquier necesidad de su familia y para crearles un ahorro que se les entregará a su salida o a sus familiares en caso muera en el establecimiento penitenciario (Arto. 64).

Las penas de presidio, prisión o arresto son de carácter privativo de libertad, la de inhabilitación absoluta o especial privan derechos (privar a ejercer determinadas profesiones, oficios, industrias o artes); el confinamiento que consiste en la prohibición de permanecer en el lugar donde se cometió el delito a más de 100 kilómetros; la multa al pago de una suma económica (y de no tener el sentenciado bienes para pagarla se le sustituirá por la pena de arresto, la cual no podrá pasar de un año). La interdicción civil que priva el derecho de patria potestad y la sujeción a vigilancia de la autoridad que le limita, entre otros, el derecho a residir en el lugar que desee o cambiarlo sin previo aviso o visitar determinados lugares. La interdicción civil y la sujeción a la vigilancia de la autoridad son penas accesorias de las penas de presidio y prisión, para la primera por el tiempo de la condena y para la segunda, de 6 meses a 5 años en el caso de la última (Arto. 65 a 72).

Aplicación de las penas. Las penas se aplican en virtud de sentencia ejecutoriada entre un máximo y un mínimo -con base a las circunstancias agravantes y atenuantes-, pero no podrán exceder de 30 años. El Código expresa que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito; determina las penas

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

para la autoría y la participación; dispone que toda condena criminal lleve implícita la responsabilidad civil. Establece que el inicio de las penas debe contarse a partir del día en que la sentencia que contiene la condena quede ejecutoriada, no obstante, el tiempo de privación de libertad previo a la sentencia se abonará a la persona condenada por un día de prisión por otro de la pena impuesta. También contempla el concurso real (Arto. 89), ideal y medial (Arto. 90). Para el primero se impondrán a la persona las penas correspondientes a los distintos delitos que cometiera; no obstante, cuando un sólo hecho constituye dos o más delitos o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave. Sin embargo, cuando por la naturaleza de las mismas leyes violadas o por las circunstancias propias del hecho, se desprenda que la intención del agente era violadas todas se aplicará las reglas del concurso real. El Código establece reglas para los casos de quebrantamiento de sentencias o fugas durante el proceso penal (Arto. 93 ss.).

Medidas de Seguridad. El legislador incorpora por primera vez en el Código Penal -como consecuencia de la influencia positivista y de las políticas de sustitutivos penales-, las medidas de seguridad. El legislador del setenta y cuatro las determina en tres: internamiento en casa de salud o colonia agrícola, libertad vigilada y el internamiento en una escuela de trabajo o en un reformatorio. Y, en situaciones especiales, confiar a los delincuentes peligrosos a sus familias. En cuanto a las personas sujetas o susceptibles de serlo de dichas medidas los son los delincuentes que padezcan enfermedades mentales o por intoxicación ya sea de alcohol o drogas. La duración o vigencia de las medidas de seguridad subsistirá hasta que los delincuentes dejen de ser un peligro para la sociedad o bien hasta el completo alivio o readaptación social del asegurado, en ambos casos, previo dictamen de peritos médicos y audiencia del Ministerio Público (hoy Procuraduría General de Justicia de la República). De la Condena y Libertad Condicional. Para paliar los efectos de las penas privativas de libertad cortas, el Código Penal contempla la condena condicional, cuyo efecto es la suspensión de la ejecución de la sentencia. Esta opera cuando la pena que debe imponerse a la persona no sea mayor de 3 años, por un período de prueba de 2 a 5 años bajo la

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

conurrencia de determinadas circunstancias (por ejemplo, que el sujeto no haya sido condenado anteriormente, que su conducta antes del hecho haya sido siempre buena y que determinadas circunstancias y situaciones objetivas y personales permitan al judicial tener la certeza de que el sujeto no es peligroso para la comunidad) (Artos. 103 y ss.).

La libertad condicional se concede en dos supuestos, primero, a las personas condenadas a más de 5 años de privación de libertad y que haya cumplido las 2/3 partes de su condena y, segundo, a los condenados a la pena de presidio por más de 9 años que haya cumplido las 3/4 partes de su condena. En ambos casos, el juez tiene que tener la seguridad -como en la condena condicional- que la persona ha dejado de ser peligroso para la sociedad y, por lo tanto, que no volverá a delinquir (Arto. 108). El tiempo de prueba que el Código determina al beneficiado a la libertad condicional es el tiempo que falta para cumplir la condena o 1/3 parte más. La condena se extingue tanto para la condena condicional (Arto. 106) como para la libertad condicional (Arto.110) si al cumplirse el periodo de prueba la persona condenada no cometió ningún delito (no se habla de falta) y no haya violado las prescripciones impuestas por el juez.

Extinción de la responsabilidad penal. El catálogo sobre las causales de extinción de responsabilidad penal, presenta la de acción y de la pena (Arto. 114). La muerte extingue la responsabilidad penal, no obstante, no es obstáculo para el comiso de los medios o instrumentos que se utilizaron en la comisión del delito y no impide que se haga efectiva la indemnización de perjuicios sobre los bienes de la persona causante del delito (Arto. 125). La responsabilidad criminal o penal se extingue también por el cumplimiento de la condena; por la amnistía -que extingue por completo la pena y sus efectos-. El indulto, como otra causal extintiva, remite la pena, pero deja vivo el antecedente para los efectos de reincidencia o comisión de otro delito y demás efectos que establece las leyes. Tampoco cubre la remisión de las penas de carácter accesorio, a menos que en la gracia del indulto se diga de forma expresa.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

En los delitos que la ley concede acción privada, el perdón de la persona ofendida extingue la responsabilidad penal. Por ejemplo, en el delito de estupro (Arto. 196) si la persona agraviada contrae matrimonio con el ofensor o le concede su perdón, se suspende el procedimiento y la pena impuesta queda extinguida. Las dos últimas causales extintivas son, la prescripción de la acción penal y de la pena. El Código separa la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena, tratando por separados sus requisitos y efectos. La prescripción de la acción penal comienza a correr a partir del día en que se hubiere cometido el delito (Arto. 116) y, se computa, según el tipo de pena establecida. Los delitos que merezcan presidio, a los 12 años; 2 años (los delitos en que el Ministerio Público [Procuraduría General de Justicia de la República] tiene la obligación de acusar o proceder de oficio), 1 año (los demás en que dicha institución no interviniera o no proceda de oficio) y 1 año (las faltas). Las penas impuestas por sentencia ejecutoriada prescriben a los 16 años (presidio), 7 años (otros delitos con penas distintas a presidio) y 1 año (falta) (Arto. 118). La prescripción se inicia a contar desde la fecha de la última sentencia o quebrantamiento de la condena (Arto. 119). En los dos casos, la prescripción corre a favor y en contra de toda clase de personas (Arto. 121), siendo declarada de oficio por el Tribunal, aun cuando el reo no la alegue (Arto. 122). La prescripción de la pena principal, prescribe también las de carácter accesorio. La prescripción, de la responsabilidad civil por delito o falta se regula por el Código Civil (Arto. 124).

¹ Cuarezma Terán, Sergio J. Et. al. Derecho Penal. Criminología y Derecho Procesal Penal. Pág. 169 y ss.

RELACION COMPARATIVA ENTRE LOS CODIGOS DE 1891, 1879 y 1974.

No existen cambios sustanciales entre los códigos penales de los años 1879 y 1891. La estructura se mantiene intacta con tres libros, se conservan la mayoría de los delitos, entre ellos los delitos contra el ejercicio del sufragio y delitos contra la religión, el principio de legalidad y la pena de muerte como pena máxima. No obstante, el CP de 1891 experimenta algunos cambios en relación con el de 1879. En la parte general, la tentativa la define cuando el culpable da principio directamente a la ejecución del delito por hechos exteriores y no prosigue

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

en ella por cualquier causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento. En el CP de 1879 la tentativa se limita a los actos exteriores y a la no ejecución directa del hecho criminal. En la conspiración y la proposición, si bien las define como el CP de 1879, establece la exención de responsabilidad criminal cuando los agentes desistan de ella y se le dé parte a la autoridad competente antes de haberse comenzado el procedimiento.

Se establece expresamente el principio de retroactividad de la ley más favorable además de las penas consignadas en el CP de 1879, las penas de inhabilitación absoluta e inhabilitación especial. La prescripción de la acción penal se aumenta en cuatro años para aquellos delitos que merezcan pena de muerte (16 años para la prescripción de la acción) y para los delitos que merezcan pena de reclusión, presidio y expatriación (12 años para la prescripción de la acción). También se incrementa la prescripción en 2 años para aquellos delitos en que el Ministerio Fiscal tiene la obligación de acusar, o en que deba procederse de oficio (5 años para la prescripción de la acción); en 1 año para la prescripción de aquellos delitos en que no interviene el Ministerio Fiscal o no debe procederse de oficio (2 años para poder alegarla). En cuanto a la prescripción de la pena se aumentó en 4 años la pena impuesta por sentencia ejecutoriada cuando la pena fuere la de reclusión, presidio y expatriación.

En la parte especial, el CP de 1891 incluye, entre otros, la falsificación de documentos privados, pasaportes, licencias de portar armas, certificados. A diferencia del CP de 1879, establece el asesinato como tipo autónomo poniendo la pena de reclusión en 5to grado (de 13 a 15 años). El de 1879 lo establecía como un tipo cualificado de homicidio y castigaba con la muerte. El parricidio pasa a ser de un homicidio premeditado a un delito autónomo abandonando, castigándose con reclusión en 5° grado (de 13 á 15 años) y en cuarto grado (de 10 á 12 años) cuando la relación padres e hijos fuere producto de la adopción; la pena que imponía el CP de 1879 era de muerte en el primer caso y reclusión en tercer grado (de 7 á 9 años) en el segundo supuesto. Respecto a las faltas sólo se observa un cambio de orden formal. En el CP de 1879 se iniciaba con las faltas contra el

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

orden y la seguridad pública, faltas contra la religión, contra la salud y el CP de 1891 inicia con las faltas contra las personas, faltas contra la propiedad, etcétera.

Síntesis de la parte especial. El Código inicia el Libro Segundo de los delitos en particular de forma totalmente opuesta a las de los dos Códigos penales anteriores. Clasifica los delitos en función sistemática a la protección de los bienes jurídicos de mayor relevancia para el sistema social. Comienza por los delitos contra las personas y su integridad física, psíquica, moral y social; los delitos que afectan el estado civil de las personas; los delitos contra la libertad individual y otras garantías; los delitos contra la propiedad; delitos contra la seguridad común; delitos contra La Administración Pública; delitos peculiares de los funcionarios y empleados públicos; delitos contra la fe pública; delitos de la usurpación de títulos y funciones y del uso indebido de nombres, trajes e insignias; delitos contra el orden público; delitos contra la seguridad interior del Estado; delitos contra la seguridad exterior del Estado y los delitos de carácter internacional (Genocidio, trata de mujeres y niños y otros delitos). El Libro Tercero está dedicado a las Faltas comunes y oficiales que inicia con las faltas contra las personas; contra la propiedad; faltas contra el orden y la tranquilidad pública; contra la moralidad pública y las buenas costumbres; morosidad o negligencia.

2. Principios Rectores del Código Penal del 2008.

2.1.-Principio de Legalidad

El principio de legalidad, es el principio que controla el poder político del Estado, y define su aplicación dentro de los límites que excluyen toda arbitrariedad y exceso por parte de quienes ostentan o ejercen ese poder punitivo.² Sánchez, Cecilia.

Constituciones que informan el Derecho Penal Costarricense. Pág. 64

Constituye el principio básico del Derecho Penal moderno, de la teoría del delito y de la pena; según este, los límites de la potestad punitiva del Estado deben estar precisados y correlativamente, el ciudadano debe estar en posibilidad real de conocer claramente que actos son punibles y con que fundamento. Fue anunciado en 1801 por **Paul Jehon Anselm Ritter Von Feuerbach** (Padre del

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

derecho penal). Aunque se reconocen antecedente antiguo, por ejemplo del año 1215 La **Magna Charta Libertatum** en Inglaterra. Se desarrollo en el siglo XVIII con el iluminismo, así en la **constitución de Maryland** de 1776 y en Francia con la declaración de los derechos humanos y del ciudadano de 1791, que sin embargo solo se refiere a la irretroactividad de la ley penal, y retroactividad que fue criticada por la escuela positiva italiana bajo el argumento de ser necesaria bastando el principio de tipicidad, sea la descripción precisa de la conducta punible. Después de la segunda guerra mundial, con el surgimiento de los derechos humanos de los principios garantitas, se incluye el principio de legalidad penal en la

“Declaración de los Derechos del Hombre” de 1948 reconocido posteriormente en el *“Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”* de 1950, a partir de 1945 esta contenido en las diferentes constituciones políticas.

Podría decirse que el contenido de legalidad penal se fundamenta, no solo en el principio en el imperio de la ley y en la divisiones de poderes por ende en el rechazo de la arbitrariedad, sino también en los principios conocidos como limites materiales a la potestad punitiva del Estado.

Dentro de este principio se distingue tres aspectos: ***nulla poena sine lege scripta, nulla poena sine lege stricta y nulla poena sine lege previa***. El primero, al señalar que no hay pena sin ley escrita, rechaza la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho como fuentes del Derecho Penal; el segundo aspecto refiere a la exigencia de taxatividad , prohíbe la interpretación analógico como fuente creadora de delitos y limita la actividad del juez; tercer y ultimo aspecto esta referido a la retroactividad de la ley penal, sin embargo no tiene carácter absoluto, su excepción es la retroactividad de las normas jurídicas favorable, sea la aplicación de la ley mas favorable en caso del que el hecho se halla cometido durante la vigencia de legislación derogada.

FUNDAMENTO JURIDICO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Feuerbach (1774-1873) “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” (garantía penal y criminal). Concepción de la pena como “*coacción psicológica*” destacando la función de motivación de la norma penal. El principio de legalidad, tanto en su dimensión política como técnica, alcanza la categoría indiscutible de garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. No hay delito sin una ley previa, escrita y estricta; no hay pena sin ley; la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto por la ley, y la ejecución de la pena debe ajustarse a lo previsto en la ley y los reglamentos. Es decir con el principio de legalidad continúa ejerciendo una doble función: la política, que expresa el predominio del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado y que la convierte en garantía de seguridad jurídica del ciudadano, y la técnica, que exige que el legislador utilice, a la hora de formular los tipos penales, cláusulas seguras y taxativas.

La Constitución política de Nicaragua en su art. 32, señala: “Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe”.

El Código Penal consagra con claridad el principio de legalidad (**art. 1, 21 y 22 del Código Penal**); sus aspecto de legalidad (rango de ley que emana de la Asamblea Nacional) y de sus requisitos de garantía material de “*lex scripta*” (prohíbe la costumbre), *lex stricta* (excluye la analogía) y la *lex praevia* (expresa la prohibición de retroactividad); y de garantía criminal, penal, y las de jurisdicción y ejecución (**art. 71 y sigs. Pn**).

La expresiones mas importantes del principio de legalidad, reiteramos, son: la reserva de ley (*Lex scripta*), la prohibición de analogía(*lex stricta*), el principio de irretroactividad (*lex praevia*), así como el principio *non bis in idem*, en virtud del cual no puede ser castigado unos mismos hechos mas de una vez.

SUBPRINCIOS DE LEGALIDAD

-*Prohibición de Costumbre.*

- *Prohibición de Analogía.*

-*Principio de tipicidad.* Exigencia de una determinación de las conductas punibles. En algunos supuestos, para completar el hecho o la consecuencia hay que acudir a otras normas y ello da lugar al problema de las normas penales en blanco (el supuesto de hecho se configura por remisión a una norma de carácter penal) y la norma incompleta (“están exentos de responsabilidad penal...”).

-*Principio *nom bis in idem* y de cosa juzgada (art. 34, inc. 10 Cn):* Prohibición de que un mismo hecho resulte sancionada más de una vez. El principio *nom bis in idem* tiene un doble significado: procesal, según el cual nadie puede ser enjuiciado dos veces por los mismo hechos y material, en virtud del que nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta.

-*Principio de culpabilidad (Art. 34, inc.1 Cn).*

-*Irretroactividad de la ley (Art. 38 Cn).*

GARANTÍAS FUNDAMENTALES QUE PROTEGE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD:

1. Garantía Criminal: No hay delito sin ley (*nullum crimen sine lege*) significa que ningún hecho puede ser considerado delictivo sin una ley anterior a su perpetración no lo han calificado como tal. En este sentido el Código Penal, expresa que toda acción u omisión calificada y penada por la ley constituye delito o falta, según su gravedad (**Art. 21 Pn**). Esto supone que no hay delito sin que la ley especifique en que consiste la conducta delictiva, por muy inmoral, desviada y perversa que sea la conducta. Asimismo los tribunales carecen de facultades para considerar como delitos hechos distintos a los que se consignan en la ley, pues es una facultad otorgada por la Constitución, al Poder Legislativo, elaborar y aprobar las leyes y decretos, así como reformas y derogar las existentes (**Art. 138 Cn**). En esta misma línea el Código Penal, expresa que no son punibles las

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

acciones u omisiones que no estén calificadas como delitos o faltas penadas por la ley anterior a su comisión. (**Arto. 1Pn**).

2. Garantía Penal: No hay pena sin ley (*nulla poena sine lege*), significa que la pena a imponer por determinado delito debe estar establecido en la ley de manera expresa y de forma clara y precisa. Esto supone que la ley debe determinar de forma clara la clase de pena a imponer a cada delito. No puede imponerse penas indeterminadas en su duración, supondría un retorno a las penas arbitrarias, propio del régimen absoluto (o régimen anciano). Los tribunales no tienen facultades para imponer penas distintas a las señaladas por la ley o imponer penas no señaladas por ella (**Arto. 1 Pn**).

3. Garantía Jurisdiccional: No hay pena sin juicio legal (*nemo dannetus nisi per legale iudicium*), es decir, que no puede ejecutarse pena alguna, sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente. Esto exige, que para ejecutarse la pena debe haber seguido un proceso legal, debe decirlo un órgano judicial, único legitimado para dictar sentencia y hasta que esta no este firme no puede ejecutarse la pena, pues rige a su favor la presunción de inocencia. La constitución, expresa que todo procesado tiene derecho, en igualdad condiciones, a ser juzgados si dilaciones por tribunales competentes establecido por la ley, a no ser sustraído de juez competente, excepto los casos previstos en la constitución y la leyes, a que dicten sentencia absolutoria o condenatoria dentro de los términos legales (**Arto. 34, Inc. 2 y 8 Cn**). Asimismo el Código Penal establece que no puede ejecutarse pena alguna sino en virtud de una sentencia ejecutoriada. (**Arto 71 Pn**).

4-Garantía de ejecución: La pena impuesta por el juez o tribunal competente no puede ejecutarse en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. El encargado de ejecución de la pena es el sistema penitenciario nacional, quien tiene carácter humanitario, cuyo objetivo fundamental es la transformación del interno para reintegrarlo a la sociedad.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

(**Arto. 39 Cn**). En el mismo sentido el *Código Penal* establece una serie de garantías (**Artos. 52, 53, 64 y 68 Pn**).

PROHIBICIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

-Prohibición de remisión a instancias normativas inferiores: Este es un aspecto de la exigencia de la “*lex stricta*”, ya que si ha de ser una ley formal o en sentido estricto, ósea, aprobada por la Asamblea Nacional y no en un reglamento del poder ejecutivo la norma que crea o agrave la responsabilidad penal. No puede burlarse materialmente su exigencia mediante expediente formal de que una ley penal se remita a otras normas inferiores, y a otras instancias normativas pero de rango inferior al poder legislativo, para definir el contenido de tal o cual delito o para señalar las sanciones.

-Prohibición de indeterminación o imprecisión: se conoce como “mandato de precisión, determinación, certeza o taxatividad”, y sería también una derivación de las exigencias de la “*lex stricta et scripta*”, en el sentido que sea un texto escrito formulado con precisión. Supone que el aspecto de seguridad jurídica del principio de legalidad se vería quebrantado si se utilizan formulas vagas, imprecisas o indeterminadas en la descripción de la conducta típica, o en la definición de los límites de sus consecuencias jurídicas; pues significa dejar en manos del juez la precisión de los límites, vulnerando la exclusividad del legislativo en esta materia.

-Prohibición de analogía en “*malam partem*”: El principio de legalidad implica la consecuencia material de que esta prohibición en Derecho Penal la analogía desfavorable al reo o “*in malam partem*” (nueva derivación de las exigencias de “*lex scripta et estricta*”) no es permitida.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA TÉCNICA DE ELABORACIÓN DE LAS LEYES.

La declaración del principio de legalidad exige al legislador establecer de forma clara y precisa en la ley penal, tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, lo que algunos llaman mandato de certeza o principio de

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

determinación; esto supone que al momento de crear la ley debe excluirse el empleo de cláusulas generales, el establecimiento de tipos abiertos y la introducción de elementos normativos, ya que en la mayoría de los casos conceden al juez una amplia discrecionalidad. Por el contrario, en la fijación de la pena no debe prescindirse del arbitrio judicial, debiendo adecuar la pena establecida por el legislador a las circunstancias de hechos del caso concreto, atendiendo las circunstancias atenuantes y agravantes establecidas por la ley.

En su sentido actual, el principio de legalidad se derivó, en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presuponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano solo admite el paso de naturaleza a estado civil en virtud un pacto o contrato social en el que se asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del poder legislativo, que representa al pueblo y solo él puede emanar la ley, que constituye la expresión de la voluntad popular.

El principio de legalidad constituye el más importante de los principios que garantiza la legitimidad democrática del Derecho Penal y el respeto que el Derecho Penal debe conllevar para los derechos individuales que constituyen una garantía de libertad, certeza y seguridad jurídica del ciudadano. Pero igualmente encaja en la exigencia del Estado Democrático, en cuanto a de ser precisamente la representación del pueblo, el Poder Legislativo la única instancia legitimada para decidir sobre la creación o agravación de la responsabilidad penal.

Ahora bien, el principio de legalidad también se puede derivar indirectamente del fundamento funcional de la necesidad del Derecho Penal para la prevención de delitos, que ha su vez implica el denominado principio de eficacia o idoneidad, pues el principio de legalidad constituye notablemente a la eficacia de la prevención general. Ya lo señala *Feuerbach* en su teoría de la “**coacción sicológica**” destacando que para que pueda producirse la coacción sicológica de las amenazas penales sobre los potenciales delincuentes, nada es más eficaz e

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

idóneo que el que tanto el delito como la pena aparezcan claramente definidos en la ley escrita, para que todos sepan bien a que atenerse.

Pero, además, en una sociedad democrática el respeto a las normas penales y por tanto a la eficacia de las dos facetas de la prevención general se verán indudablemente favorecidos por la legitimidad que para la mayoría de los ciudadanos supone que las leyes penales hayan sido aprobadas o modificadas por la representación parlamentaria del pueblo, y mas aun si se exige una mayoría calificada para la aprobación de tales normas como sucede con nuestras leyes orgánicas.

2.2.-Principio de Lesividad.

El principio de lesividad, también conocido como de “ofensividad”, se refiere a que el Derecho Penal solo debe intervenir si amenaza una lesión o peligro para bienes jurídicos concretos y el legislador no tiene facultad para imponer sanciones por cuestiones de moralidad o de conducta marginales que no afecten un bien jurídico. Este principio suele estar sintetizado por el aforismo “no hay delito sin daño”, es decir, no puede existir hecho punible sin amenaza real o potencial par el bien jurídico tutelado y se vincula también con el hecho de que el Estado no puede intervenir para defender ciertas concepciones éticas o políticas, a no ser que estén amenazados los fundamentos del Estado de Derecho mismo. Trata de impedir la imposición de nociones penales, o la consagración de tipos penales que no tengan como fundamento la protección de un bien jurídico.³ Sánchez, Cecilia. Op. Cit. Pág. 66.

Una concepción del derecho como un orden destinado a proteger la coexistencia externa bajo una ley general de libertad, exige concebir el delito como conducta externa lesiva de bienes jurídicos. El principio de lesividad garantiza que solo se sanciona la conducta externa (activa u omisiva), y que ese actuar externo solo podrá ser considerado como delito en la medida en que lesione o ponga en peligro un bien jurídico penalmente tutelado, esto es, un valor o interés que el legislador, en atención a su importancia a decidido proteger por medio de la pena.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Las afirmaciones anteriores resaltan la importancia del bien jurídico como núcleo de la teoría del delito y como límite al *ius puniendi* del Estado, pues es el fundamento del castigo y representa una garantía del ciudadano, cuya conducta solo podrá ser sancionada si se atenta contra el mismo. Así lo señala el **art. 7 Pn** cuando dice que: “Solo podrá ser sancionada la conducta que dañe o ponga en peligro de manera significativa un bien jurídico tutelado por la ley penal”. Este principio vincula, como el resto de principios al legislador y al Juez. Al primero en la medida en que solo la tutela de bienes le autoriza calificar una conducta como delictiva, por lo tanto, prohíbe la creación de tipos puramente formales carente de un bien jurídico digno de tutela penal.

Las tendencias trascendentalistas han marcado el camino hacia la determinación conceptual del bien jurídico, haciéndolo girar, alrededor de la persona como ente social dentro de una sociedad determinada, lo que conlleva a tomar en cuenta a la Constitución Política, sin embargo, no basta afirmar que lo social define el derecho, el ser social se expresa mediante relaciones sociales concretas, las cuales son propias de las sociedades democráticas y no de otro tipo de organización social, en donde la relación social no está determinada por la actividad del hombre, sino por el Estado, la religión, etc. Ahora bien, esa relación social es dinámica, dialéctica, se presentan intereses contrapuestos, produciéndose tesis, antítesis y síntesis, en donde constituye este un concepto crítico del bien jurídico no solo respecto del ordenamiento jurídico, sino también del sistema social y finalmente, son las necesidades humanas las bases fundamentales de la relación social.

El bien jurídico aparece como fundamento del *ius puniendi* y como garantía para el ciudadano; pero al mismo tiempo deslegitima la propia intervención estatal, pues el profundizar en las necesidades y su satisfacción, implica necesariamente la solución de un conflicto por vías distintas del Derecho Penal, sean la descriminalización y la no criminalización. Dado el conflicto con su tesis y antítesis el momento de síntesis es captada por el Estado mediante el sistema jurídico penal. El bien jurídico es entonces, una síntesis y dialéctica, y fundamento del

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Derecho Penal Democrático pues constituye clara expresión de la lucha por la democracia y en definitiva por el sistema jurídico penal democrático, por la superación, por eso se considera al bien jurídico como un concepto crítico (deslegitimador) del sistema social y del sistema jurídico penal.⁴ Cuarezma Terán, Sergio J. Et.

al. Op. Cit. Págs. 20 y ss.

2.3.-Principio de proporcionalidad

Este principio fue desarrollado en Alemania como un criterio operativo para establecer si determinada decisión era justificada, y por ende, constitucional. Su pretensión es restringir la potestad punitiva del Estado, limitando su intervención con la medida del mal causado, en el caso de la sanción, y con la obligación de que, cuando se adopten ciertas medida restrictivas estas sean igualmente proporcionales a la necesidades que las fundamentan. Se trata básicamente de impedir excesos en la toma de decisión que afectan los derechos de los ciudadanos; cualquier decisión en ese sentido debe responder a criterio de razonabilidad, idoneidad y necesidad. Este principio se deriva sin duda alguna de las normas constitucionales que configuran un Estado de Derecho y garantizan el respeto a la dignidad del ser humano.⁵ Sánchez, Cecilia. Op. Cit. Pág. 64.

Es cierto que en la Cn nicaragüense no existe una consagración explícita del principio de proporcionalidad. Sin embargo, es obvio que es posible inferir el rango constitucional del principio de dos ideas básicas: el concepto de Estado Democrático de Derecho y la esencia misma de los Derechos Fundamentales. Es más, teniendo en cuenta que solo la pena proporcionada a la gravedad del hecho es humana y respetuosa de la dignidad de la persona, se encuentra directamente vinculado con el principio reconocido en el **art. 5 Cn**. En consecuencia por imperativo directo de la Constitución, cualquier afeción de los Derechos Fundamentales a través de penas, medidas, prisión preventiva, etcétera, debe ajustarse a los requerimientos de tal principio. Dicho más claramente la vulneración de esas garantías supone la vulneración del Derecho Fundamental mismo por que representa directamente una violación del precepto constitucional que reconoce el derecho fundamental a que se afecte la medida restrictiva

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

desproporcionada. Tanto el legislador como los órganos jurisdiccionales están vinculados a la exigencia dimanante del principio de proporcionalidad, que se proyecta tanto en el ámbito de la conminación penal abstracta como en el plano aplicativo.

Este principio es una consecuencia del principio de culpabilidad, el cual establece que la pena debe ser proporcional al grado de la culpabilidad. Si no existe pena sin culpabilidad por el principio “*nullun poena sine culpa*”, significa que la responsabilidad recae sobre el sujeto capaz de ser motivado por la norma, lo mismo que la lesividad de la acción; ambos son los parámetros para fundamentar la proporcionalidad de las penas siempre en el marco legal.

El legislador al calificar las consecuencias jurídicas toma en cuenta: la cultura general y en especial la cultura jurídica, la importancia del bien jurídico, la lesión o puesta en peligro del mismo enmarcada dentro de un mínimo y un máximo. Desde el punto de vista legislativo existe una relación de proporcionalidad entre la materia de prohibición del bien jurídico y la lesión a este. Desde el punto de vista subjetivo, el legislador toma en cuenta y dota al juez de instrumento para que este imponga la pena, toma en cuenta variables tales como las atenuantes y agravantes, genéricas y específicas, consiente que debe existir una adecuación al fin que se persigue, lo mismo que si es necesario la aplicación y en última instancia la gravedad del hecho. Es por eso que el **arto. 9 Pn**, estatuye que la pena no podrá superar la que resulta proporcionada al grado de culpabilidad respecto del delito, en consecuencia se adecuará la pena en función de la menor culpabilidad. 6Cuarezma Terán, Sergio. Et.al. Modulo Instruccional en Derecho Penal. Pág. 19

Prohibición de exceso o proporcionalidad (en sentido amplio).

Es ya clásico afirmar que el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso se compone en estos tres requisitos:

- 1- Adecuación de la medida al fin que la justifica,
- 2- Necesidad de la misma,

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

3- Proporcionalidad en sentido estricto (proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho).

La vinculación del Juez a las exigencias del principio de proporcionalidad:

El juez en su papel de administrador de justicia debe ajustarse, a las exigencias del principio de proporcionalidad, dicha exigencias se concretan básicamente en lo siguiente:

1-Sobre la tarea interpretativa: el Juez penal deberá interpretar en todo momento los tipos penales, teniendo bien presente que el Derecho Penal es el último recurso que debe utilizar el Estado para proteger bienes jurídicos, y que por tanto, solo debe intervenir en el caso más grave.

2-Facultades discrecionales que la ley concede para individualizar la pena: esto por cuanto, dentro del marco abstracto establecido por la norma, los jueces deberán ajustar su exacta medida atendiendo a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor. La cuestión que se suscita no está exenta de problemas, en la medida en que se sitúa en el ámbito de la debatida discrecionalidad judicial por lo que no está demás recordar que se trata de “discrecionalidad jurídicamente vinculada”, lo que supone la interdicción de la arbitrariedad, de modo que ese margen que la ley deja a la decisión personal no puede tener su respaldo lógico de criterio opuestos a determinados principios, cuya transgresión alejaría ese arbitrio de las pautas de racionalidad, medida y proporcionalidad que deben presidir.

3-Ámbito de las medidas de seguridad: La proporcionalidad también se proyecta en el ámbito de las medidas de seguridad. A ello se refiere expresamente el **párrafo 2do. Del artículo 9 del Pn** cuando dice que las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del sujeto. En todo caso deberán ser proporcionadas a la peligrosidad criminal del sujeto y a la gravedad del hecho cometido y a lo que sea probable que aquel pueda cometer. A tales efectos el juez o tribunal establecerán en la sentencia razonadamente el límite máximo de duración. En todo caso cuando la pena que

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

hubiera podido imponerse por el delito cometido no fuera privativa de libertad, el juez o tribunal únicamente podrán imponer una o varias de las medidas no privativas de libertad. La medida de seguridad privativas de libertad no podrán tener mayor duración que el límite máximo que la pena señalada por la ley por y el delito cometido y el Juez o tribunal decretara el cese de las medidas en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto conforme a los correspondientes informes periciales.

En nuestro Derecho Penal, el aspecto de la situación o suspensión de las penas, se aplica en la medida en que las circunstancias lo permitan, es decir que el juez al dictar la sentencia conoce la peligrosidad del reo y si su condena es menor por que la naturaleza del delito así lo establece, puede sustituir o suspender por una libertad condicional o una condena condicional. En cuanto a los menores, el Código de la Niñez y Adolescencia establece que la pena se puede sustituir por la libertad asistida, prestación de servicio a la comunidad, reparación de los daños ala victima del delito, ordenes de orientaciones y supervisión. En el sistema penitenciario nicaragüense existen programas que le permite a los privados de liberta realizar trabajos de diferente rango porque le servirán para abonar a su condena y así aminorar su estadía en el penal.⁷ Cuerda

Arnau María Luisa. Principios Constitucionales del Derecho Penal. Pág. 45

2.4.-Principio de dignidad humana

La dignidad humana es un Derecho Fundamental y se asocia con diversos valores jurídicos, como con la libertad en sentido amplio, la igualdad, la seguridad, y se extiende a la aplicación y vigencia de todos los principios limitadores del *ius puniendi*. Mas estrictamente se refiere a la obligación de los Estados Democráticos de prohibir la imposición de penas y medidas inhumanas y degradantes, que son incompatibles con las garantías constitucionales de la dignidad de las personas, en particular las penas corporales, el carácter deshonesto de la pena, la eficacia etiquetadora e estigmatizantes de los antecedentes penales.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

En este principio según *Jescheck* impone que todas las relaciones humanas que el Derecho Penal hace en el más amplio sentido se regulen sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el delincuente, de una disposición a la ayuda y asistencia y de una decidida voluntad de recuperación del condenado. De este principio se deriva la abolición de las penas crueles y degradantes, la prohibición de la pena de muerte. Para *Luzón Peña* el Principio de Humanidad significa una progresiva tendencia a la humanización de las sanciones penales haciéndolas menos duras en contenido y duración, así el sujeto que cumple una pena no será aislado totalmente de la sociedad, sino que se le proporcionen los medios adecuados para reincorporarse a la misma. Por ello en los actuales Estados Democráticos y Sociales no solo se prohíben las penas y medidas inhumanas o degradantes, que son incompatibles con la garantía constitucional de la dignidad personal, especialmente las penas corporales, sino que se marca una paulatina reducción del contenido aflictivo de las sanciones y un intento de compatibilizarlas en lo posible con el máximo disfrute de derechos del condenado, cuyo de restricción no sea imprescindible para el fin de las sanciones.

Dentro de este Principio de La Dignidad Humana deben distinguirse dos aspectos: por un lado, el principio de la autonomía ética de la persona, derivado del pensamiento de *Kant* y referido a que la persona es un fin en si mismo y por ello no puede ser medio para otro fin; así se le reconoce como tal dentro del sistema estatal. Como principio medular del sistema democrático, la autonomía ética constituye el fundamento de la potestad punitiva del Estado, conocida como el *ius puniendi*, pero al mismo tiempo limita esa intervención estatal. Pues el Estado debe en todo momento reconocer el estado ético de las personas; sin embargo puede también deslegitimar la intervención del Estado al vaciarla de contenido coactivo. El otro aspecto esta referido al principio de la incolumidad de la persona como ser social, conocido también como principio de humanidad, en virtud del cual el poder punitivo del Estado no puede contrariar a la persona en sus características propias, de ahí que se hable de la humanización de la intervención. Este principio esta referido sobre todo a la *teoría de la pena*. Esta exigencia a de respeto a la dignidad de la persona humana, es consustancial a la

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

idea del Estado Democrático de Derecho, e implica la exclusión de toda degradación, de la tortura y de la pena de muerte, aunque se aplique con medios no dolorosos. Debe enfatizarse que la comisión de un delito no implica la pérdida de la dignidad de la persona. Tampoco debe el Derecho Penal de un Estado Democrático ser moralizador ni utilizado para imponer una determinada ideología.⁸ Sánchez, Cecilia. Op. Cit. Págs. 24 y 25. Este principio se conecta con los de necesidad, subsidiariedad y eficacia, con su significado político-constitucional, ya que las sociedades evolucionan hacia una mayor sensibilidad permitiendo sanciones menos duras que sean eficaces para la prevención general. Así el principio de resocialización permite al recluso participar de la vida en sociedad, sin privársele de su dignidad, propio de un Estado Social y Democrático.

PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA SEGÚN NUESTRO CÓDIGO PENAL (Arto.4Pn).

El Estado garantiza que toda persona a quien se atribuye delito o falta penal tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No podrá imponerse pena o medida de seguridad que impliquen torturas, procedimientos o tratos inhumanos, crueles, infamantes o degradantes.

RESOCIALIZACIÓN:

La exigencia democrática de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social, conduce a reclamar que el Derecho penal evite la marginación indebida del condenado a una pena o del sometido a una medida de seguridad. Ello hace preferible en la medida de lo posible las penas y medidas de que no entrañen separación de la sociedad. Pero cuando la privación de libertad sea inevitable habrá que se configure su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus efectos desocializadores, fomente comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad.

Así debe entenderse el principio de resocialización en un Estado Democrático, no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su participación en la vida social. Una oferta de alternativa al

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

comportamiento criminal en que se vive. Ello a de suponer la libre aceptación por parte del recluso, que no ha de ser tratado como el mero objeto de la acción resocializadora de un Estado intervencionista, sino, como un sujeto no privado de su dignidad con el cual se dialoga.⁹ Mir Puig, Santiago. *Función de la pena y Teoría del Delito en el Estado*

Social y Democrático de Derecho. Págs. 470, 471. El principio de resocialización aparece estipulado en el **arto. 39 Cn** Cuando dice que, *“el sistema penitenciario es humanitario y tiene como objeto fundamental la transformación del interno para reintegrarlo a la sociedad”*. Por medio de del sistema progresivo promueve la unidad familiar, la salud, la superación educativa, cultura y la ocupación productiva con remuneración salarial para el interno. Las penas tienen un carácter educativo.

2.5.-Principio de culpabilidad:

No hay acuerdo en el contenido formal de la culpabilidad, ni en su significado material. La doctrina coincide, sin embargo, en el punto de partida de que, mientras que la antijuricidad constituye un juicio despersonalizado de desaprobación sobre el hecho, la culpabilidad requiere mas la atribución de ese hecho desvalorado a su autor. La teoría del delito se apoya e sobre dos pilares básicos:

- 1- Un hecho prohibido (antijuricidad).
- 2- Su atribuibilidad a su autor (culpabilidad).

De ello se derivan las consecuencias siguientes: por una parte, la culpabilidad que interesa al Derecho Penal, no es una culpabilidad moral, sino una culpabilidad jurídica. Por otra, si no cabe afirmar la antijuricidad del hecho por ausencia de imputación objetiva o de infracción de la norma de cuidado, no cabe ya fundamentar el castigo sobre la base de la culpabilidad. Así, sino se tuviera en cuenta los conocimientos especiales del autor o sus posibilidades excepcionales en la determinación de la imputación objetiva o en la infracción del deber de cuidarlo, habría que negar estas y por tanto, la antijuricidad cuando el hecho no fuera imputable objetivamente o no resultara de cuidado desde el prisma del hombre medio que no dispone de aquellos conocimientos o posibilidades

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

especiales. También se admite generalmente que no es preciso que el autor del hecho antijurídico se sienta culpable del mismo, sino que basta que lo haya realizado en las condiciones de atribuidad que exige el derecho.

La culpabilidad jurídica penal no es, un sentimiento ético ni psicológico, no es culpabilidad de conciencia; pues no es suficiente una culpabilidad moral, sin culpabilidad jurídica, basta la culpabilidad jurídica aunque no vaya acompañada del sentimiento de culpabilidad moral. El Derecho penal de un Estado Social y Democrático de Derecho ha de intentar evitar mediante su prohibición todos los hechos especialmente indeseables por su grave lesividad social, los hechos penalmente antijurídicos. Pero tal Derecho penal no puede castigar a quienes realizan uno de estos hechos sin culpabilidad. La falta de esta no se debe a que el hecho deje de aparecer como indeseable, la cuestión de que si ocurre culpabilidad solo se plantea precisamente una vez que se ha comprobado que concurre la antijuricidad.

Solo se preguntan sobre la culpabilidad con relación a los hechos prohibidos por la ley penal, a aquellos hechos que la ley penal puede desear evitar; ¿Qué significa entonces que falte la culpabilidad? ¿Por qué un hecho que sigue siendo igualmente indeseable para el Derecho Penal no puede ser castigado por falta de culpabilidad? Las respuestas a estas interrogantes no son nada pacífica en la doctrina pero si habría acuerdo en admitir lo siguiente: falta la culpabilidad cuando pese a haberse producido un hecho antijurídico, en si mismo indeseable, no cabe culpar del mismo a su autor por haber realizado este en una determinada condición síquica. En nuestro sistema penal jueces y magistrados coinciden en que al momento de dictar una sentencia se toman en cuenta dos aspectos fundamentales:

-La antijuricidad que quiere decir que el hecho cometido que se estaba investigando es contrario a los mandamientos de la ley,

-la culpabilidad que recae sobre el supuesto autor del delito.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Para nuestro proceso penal el problema estriba en los grados de culpabilidad que se presentan en el proceso y que se toma en cuenta el grado de preparación intelectual y psicológica del sujeto activo. Cabe destacar que no todos los hechos ilícitos son tratados de la misma forma, ya que en la valoración de las pruebas se toma el grado de instrucción que tiene el supuesto autor del delito y en ese sentido se desprende el monto de la pena que muchas veces tiene que ser mayor al aplicársele a una persona civilizada y en menor grado a una persona con poca instrucción.

La esencia del principio de culpabilidad puede formularse en dos proposiciones:

1- No hay pena sin culpabilidad,

2- La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad.

En primer lugar, al afirmar que el Principio de Culpabilidad implica entender la culpabilidad en un sentido jurídico penal claramente diferenciado de la culpabilidad moral. En el juicio jurídico penal de la culpabilidad la personalidad como tal no interesa, pues no se juzga la persona sino solamente sus actos y en cuanto estos sean delictivos. De ahí que en un Derecho Penal respetuoso del Principio de Culpabilidad debe ser incompatible con un Derecho Penal de autor basado en el carácter asocial del sujeto. En segundo lugar, un Derecho Penal de Culpabilidad es incompatible con un Derecho Penal de Resultado. En el ámbito de un Derecho Penal de culpabilidad la simple producción de un resultado antijurídico no implica la responsabilidad por el mismo; pues se es responsable solamente por aquellos que se hubieran querido causar o que, aun sin quererlo se hubiera podido y debido evitar, no por todas las consecuencias del autor. En tercer lugar el principio de culpabilidad proscribela responsabilidad por hecho de otro. El llamado principio del hecho o de responsabilidad personal es, pues, una exigencia dimanante del principio de culpabilidad por cuya virtud, como bien dice el **inc. 1 del arto. 8 Pn** la persona solo responde por los hechos propios y la pena no trasciende de la persona condenada legalmente.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Tal exigencia no resulta contradicha por lo dispuesto en el **art. 45 Pn**, por que, aunque otra cosa pudiera parecer en una consideración apresurada el precepto no persigue sancionar por hechos que no sean, objetiva y subjetivamente imputable a quien actúa en representación de otro. Antes al contrario: solo se podrá sancionar al que actúa en nombre de la persona jurídica o de otra persona física, en la medida en que, en primer lugar, realice el sustrato de la infracción ya sea por acción u omisión; y en segundo lugar, concorra en su conducta, dolo o imprudencia; así por ejemplo. Nunca podrá incurrir en responsabilidad criminal en virtud del **art. 45 Pn**, el miembro del consejo de administración de una entidad que hubiese votado en contra o de cualquier otro modo se hubiese opuesto expresamente a la adopción del acuerdo constitutivo del delito. Por la misma razón el padre de un menor o de un inimputable peligroso sometido a su custodia, no responderá por el solo hecho de cualquiera de las actuaciones típicas que este realice, sino en la medida en que haya desatendido su deber de velar por él o hubiere realizado en su nombre algún acto indebido, como por ejemplo, un delito de estafa, estelionato, etc.

Por otro lado no debe olvidarse que reducir el Principio de Culpabilidad a la conocida premisa de que “no hay pena sin dolo o culpa”, como si este fuera todo el contenido del mismo, comporta una mutilación muy importante de su alcance. Por consiguiente el juez no puede olvidar al individualizar la pena que, dentro del respeto al Principio de Legalidad debe ajustarse esta a la gravedad del injusto y a la gravedad de la culpabilidad. Tal cosa constituye un derecho del acusado y un límite del poder penal del Estado que deben reconocer directamente los tribunales, y no quedar postergados como una cuestión reservada al derecho de gracia. En el derecho positivo nicaragüense no existe una proclamación expresa del principio de culpabilidad con rango constitucional, si bien se haya implícito en la misma idea de Estado de Derecho y en preceptos como el **inc. 1 del art. 34** y **del art. 37** de nuestra constitución. Esto también se encuentra establecido el **art.9 Pn** que reafirma los principios de responsabilidad subjetiva y de culpabilidad. La pena o medida seguridad solo se impondrá si la acción u omisión ha sido realizada con dolo o imprudencia. Por consiguiente queda prohibida la responsabilidad objetiva

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

por el resultado y que no hay pena sin culpabilidad. La pena no podrá superar la que resulte proporcionada al grado de culpabilidad respecto del delito; en consecuencia se adecuara la pena en función de la menor culpabilidad. Otra consagración legislativa de este principio esta contemplado en el **inc. 9, arto. 34 Pn** con el que se pone fin a la responsabilidad objetiva y demás consecuencias derivadas del **versari in re illicita** (que recae sobre cosa ilegal), cuando estipula que esta exento de responsabilidad criminal quien: con ocasión de realizar una conducta ilícita o lícita cause un mal por mero accidente, sin dolo ni imprudencia. El precepto transcrito, dejando a un lado alguna imprecisión, tiene el merito de representar la proscripción de la responsabilidad objetiva de nuestro ordenamiento penal. En el Código Penal ninguna duda cabe albergar sobre la responsabilidad por caso fortuito.

2.6 LA INOCENCIA O NO CULPABILIDAD:

Dentro de los acápites anteriores hemos explicado que el necesario juicio previo, es una garantía básica, una formula sintética que señala el punto de máxima vigencia de todas las garantías constitucionales referida al Derecho y al Proceso Penal. La primera derivación de esa garantía y que al mismo tiempo es uno de sus fundamentos políticos es el mandato constitucional de que nadie puede ser considerado culpable sin una sentencia obtenida en un juicio que lo declare como tal. Por imperio constitucional toda persona toda persona es inocente y así debe ser tratada, según lo que expresa el **inc. 1 del arto. 34 Cn**, juicio previo y principio de inocencia son dos caras de una misma moneda y por tal razón se destacan como garantías básicas de proceso penal. A partir de ellas y sobre ellas comienza a constituirse el escudo protector frente al poder arbitrario, que es el cometido de todas las garantías que juegan el proceso penal.

Pero, ¿cuál es el significado concreto del principio de inocencia y cuales son sus consecuencias prácticas? En este caso, al contrario de lo que suele ocurrir, la formulación positiva del principio, como “de inocente”, ha generado mayores dificultades en su interpretación que en su formulación negativa: si nos referimos a la existencia de una presunción de inocencia seguramente

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

encontraremos muchos críticos; sin embargo si afirmamos que “ninguna persona puede ser culpable hasta que se le declare por medio de sentencia su culpabilidad” posiblemente el acuerdo sea total. Esto señala que en la base del problema existe una discusión verbal sobre el sentido y alcance de las palabras, que si es soslayada, puede generar falsas discusiones en otros niveles. No se puede decir que la situación de cualquier persona en la sociedad es la de inocencia, pues este concepto solo toma relevancia cuando exista la posibilidad de que esa persona pueda ser culpable.

Ciertamente en el proceso penal existe una progresiva adquisición de conocimientos, cuyo resultado puede ser un aumento en el de sospecha que se tiene sobre la persona. Pero lo realmente importante en esto es de que nadie podrá ser considerado, ni tratado como culpable mientras una sentencia no le declare como tal, es decir, se requiere que la pena anterior al juicio previo, ni sea impuesta por fuera de él. La sentencia de la culpabilidad es un momento “alternativo”, porque allí no existen diferentes posibilidades; o se declara la culpabilidad o se reconoce la inocencia. Si la culpabilidad no es construida con certeza aflora la situación básica de la libertad. Otra consecuencia del principio de inocencia es que “el imputado no tiene que demostrar su inocencia”. Por el contrario lo que existe es un órgano de persecución del Estado, cuya finalidad es adquirir toda la información de cargo y de descargo para aproximarse a la verdad histórica. Así que la tarea de demostrar la inocencia o ausencia de esta corresponde en todo momento a los órganos de persecución.

CAPITULO II: TEORIA GENERAL DEL DELITO.

1. Concepto

La teoría general del delito se ocupa de las características que debe tener cualquier hecho para considerarlo delito, sea éste en el caso concreto una estafa,

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

un homicidio o una malversación de caudales públicos. Hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos delictivos unos de otros; cada uno de estos delitos peculiaridades distintas y tiene asignadas, en principio, penas de distinta gravedad. Sin embargo, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa tienen características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general del delito.¹⁰

Muñoz Conde, Francisco. Et. al. Derecho Penal. Parte General. Pág. 187.

2.-El comportamiento humano como base de la Teoría Del Delito.

La norma jurídico penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular. Para ello tiene que partir de la conducta humana tal como aparece en la realidad. De toda la gama de comportamientos humanos que se dan en la realidad, la norma penal selecciona una parte que valora negativamente y que conmina con una pena. Es, pues, la conducta humana el punto de reacción de toda reacción jurídico-penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), que convierte esa conducta humano en delito. Nuestro Derecho Penal es un Derecho Penal de acto y no de autor.

Salvo en algunas ocasiones, en las que algunos tipos delictivos se constituyen con base en determinadas actitudes o comportamientos habituales de un autor: proxenetismo, usura habitual, receptación habitual de faltas, el Derecho Penal nicaragüense es un Derecho Penal de acto. En todo caso, sólo la conducta humana traducida en actos externos puede ser calificada de delito y motivar una reacción penal, pena o medida. Por eso, el supuesto de hecho de la norma penal solo puede constituirlo la realización de una conducta traducida en actos externos susceptibles de verificación empírica con los medios de prueba admisibles en el proceso penal. La distinción entre Derecho Penal de acto y Derecho Penal de autor no es sólo una cuestión de sistemática, sino también, y fundamentalmente, política e ideológica. Sólo el Derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

El Derecho Penal se basa en determinadas cualidades de la persona de las que ésta, las mayorías de la veces, no es responsable en absoluto y que, en todo caso, no pueden precisarse con toda nitidez en los tipos penales. Así por ejemplo, es fácil describir en un tipo penal los actos constitutivos de un homicidio o de un hurto, es imposible determinar con la misma precisión las cualidades de un “homicida” o de un “ladrón”. Por eso, el Derecho Penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una concepción totalitaria del mismo. De la concepción del Derecho Penal como Derecho Penal de acto se deduce que no pueden constituir nunca delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la resolución de delinquir, en tanto no se traduzcan en actos externos.

Tampoco pueden constituir delitos los actos de los animales, ni los sucesos puramente causales, como los fenómenos de la naturaleza, por más que puedan producir resultados lesivos (la muerte de una persona o la destrucción de una cosecha).¹¹ Muñoz Conde. Op. Cit. Págs. 199 y ss. La conducta humana, base de toda reacción jurídico-penal, se manifiesta en actos positivos como en omisiones. Ambas formas de comportamiento son relevantes para el Derecho Penal. Sobre ambas realidades ontológicas se construye el concepto de delito con la adición de los elementos fundamentales que lo caracterizan. La acción y la omisión cumplen, por tanto, la función de elementos básicos de la teoría del delito, aunque solo en la medida en que coincidan con la conducta descrita en el tipo de la correspondiente figura de delito serán penalmente relevantes. No hay acción abstracta, pre-jurídica, de violar o robar. El comportamiento humano solo adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo. Para hay que tener en cuenta que solo puede ser considerado como acción o, en su caso, omisión puede ser objeto de tipificación.

Para definir el delito se debe partir del Derecho Penal vigente, hacerlo al margen de éste, es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía religiosa o moral. Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta, que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege* que rige el moderno derecho penal y concretamente el

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

nicaragüense (**arto.32 Cn y arto.1 Pn**) y que impiden considerar delito todo acto que no caiga en el marco de la ley penal.

El concepto de delito es, sin embargo, un concepto puramente formal que nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada por la ley con una pena. El Código Penal derogado en el año 2008 decía en su **arto. 1**: **“Toda acción u omisión calificada y penada por la ley constituye delito falta, según su gravedad”**. Con mayor precisión dice ahora: **“Son delitos o faltas las Acciones u omisiones dolosas o imprudentes calificadas y penadas en este código o en leyes especiales”**. En esta última definición se añaden unos elementos (“dolosas” e “imprudentes”) que el legislador exige para considerar una acción u omisión como delito o falta. Pero tampoco en esta definición, como en la derogada, se describen todos los elementos necesarios para considerar que una acción u omisión sean delito o falta. Ciertamente el legislador ha querido destacar en estas definiciones aquellos caracteres que le han parecido más relevantes en orden a la consideración de un hecho como delito: que debe tratarse de una acción u omisión, que estas deben ser dolosas o culposas y que deben ser penadas por la ley. Pero, como enseguida veremos, estas características son solo una parte de las características comunes a todos los delitos.

Con apoyo en lo expuesto podemos decir que la doctrina más autorizada ha logrado uniformar su criterio al señalar que el delito consta de cuatro elementos básicos o niveles analíticos, que son la **acción**, la **tipicidad**, la **antijuricidad** y la **culpabilidad**. Cabe advertir que un sector minoritario de la doctrina pretendió incluir a la **punibilidad** como un quinto elemento del tipo, lo cual hoy en día suele rechazarse al estimar que aquella surge precisamente como consecuencia del hecho delictivo que la ley sanciona (por ser una acción típica, antijurídica y culpable), sin olvidar que incluso en ciertos supuestos, pese a la existencia de tales elementos, no se impone pena alguna (por ejemplo las llamadas “excusas absolutorias” o en otras situaciones similares).

3.-Evolución histórica de la Teoría Del Delito

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

El concepto actual de delito o siempre ha sido así, ni los contenidos asignados a sus elementos son aceptado de manera pacífica o unánime. Hasta principio del pasado siglo (1906) no se contemplaba el delito de tal manera, e incluso hasta la mitad del siglo XIX se desconocían los referidos elementos, examinándose aquel -en esa época-desde dos puntos de vista: la parte objetiva (**llamada imputatio facti o imputación del hecho**) y la parte subjetiva (**llamada imputatio iuris o imputación de derecho**). La primera se refería a la atribución de responsabilidad por la parte externa del hecho y el mal causado en el mundo exterior, mientras que la segunda concernía a la responsabilidad por la parte interna, esto es, la capacidad, conocimientos, móviles, etc., del sujeto. Después del siglo XIX los aportes de la doctrina alemana van precisando mas el examen de los diferentes aspectos del delito, surgiendo el elemento **acción** como requisito básico suyo, acuñándose poco después (1867) por *Ihering*-en el campo del derecho civil- el concepto de antijuricidad (como categoría jurídica que significaba contrariedad a Derecho). Dicho termino se traslado al área penal principalmente por *Von Liszt* (1881), siendo entonces la **acción antijurídica** (que sustituyo en buena medida la llamada acción ilícita, injusta o ilegal) el núcleo del delito. Pero como la sanción penal clásica exige -por lo menos como regla general- la responsabilidad subjetiva (a diferencia de lo que suele ocurrir en el aspecto civil), se agrego el requisito de la culpabilidad del individuo ante un acto concreto suyo, concepto utilizado inicialmente por *Merkel* y *Binding*, y perfilado modernamente, como último elemento del delito contrapuesto al de la antijuricidad, por el mismo *Von Liszt* (1881). Faltaba sin embargo el elemento **tipicidad**, derivado del concepto de tipo, ya que resultaba obvio que no toda acción antijurídica y culpable podía ser sancionada como delito, a menos que se admitiera que aquello era así sólo cuando la ley la reprimía con una pena. Surge entonces el mencionado elemento, establecido, al inicio únicamente como comprensivo de los aspectos objetivos o externos del hecho previsto en la descripción legal.¹²Cuarezma Terán, Sergio.

Código Penal de Nicaragua. Comentado, Concordado y Actualizado. 2da. Ed. Págs.22 y ss.

3.1.- El denominado concepto clásico del delito. El causalismo.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Al concepto anteriormente mencionado (acción típica, antijurídica y culpable) se le suele considerar el concepto clásico del delito, el cual, según se dijo, comenzó a desarrollarse de forma cuatripartita a inicios del siglo XIX, y cuyo estudio doctrinario va a ser mas tarde influenciado por el positivismo científico. Es así como con base al método analítico de este ultimo llega a distinguir y separar claramente los mencionados elementos del hecho delictivo, estableciendo su contenido del siguiente modo: La acción, concepto ontológico base de de los demás, era de carácter descriptivo, naturalista y causal (por lo que se denomino causalistas a los impulsores de esa teoría de la acción o criterio, cuya concepción vendría a determinar los restantes elemento de aquel). Es decir, se entendía la acción como impulso de la voluntad, generadora de movimiento corporal que supone la causación de un resultado,¹³ Von Liszt la definía como una inervación muscular producida por la energía de un impulso cerebral, que a través del medio natural y de acuerdo con las leyes causales de la naturaleza, provoca una mutación o cambio en el mundo externo, perceptible por los sentidos.

por lo que se podría decir que se trataba de una visión fundamentalmente objetiva, donde lo que se destaca ese aspecto causal de las modificaciones o cambios en el mundo exterior que provienen de aquella, sin que se detenga examinar con el contenido propio de la mencionada voluntad(esto es, sin que interesara a este primer nivel que fue lo que se propuso el sujeto, o el fin que lo llevó a realizarla).

El tipo y por ende la tipicidad (acción típica), también tiene un carácter objetivo, pues solo comprende los elementos externos u objetivos del hecho previsto en la descripción legal (que por lo común son lo único que aparecen expresados en la norma).De esa manera quedaban fuera del tipo todas las circunstancias subjetivas o internas del delito (por ejemplo., el conocimiento, la intenciones, móviles, el descuido o la actitud interna del sujeto, etc.), las que pertenecían a la culpabilidad(dolo y culpa). Por otra parte la tipicidad tiene un carácter descriptivo y no valorativo, ya que se afirma de que el hecho simple de una conducta este descrita en la ley penal no implica todavía una valoración negativa o positiva, sino neutral. La antijuricidad es también para esta concepción un elemento objetivo, valorativo y formal, pues solo se enjuicia la parte externa del

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

hecho: lo antijurídico o contrario a derecho consiste en modificar o perturbar un estado o situación jurídica o valiosa, y aunque se hace una valoración negativa de la acción, lo valorativo recae sobre lo objetivo (ya que lo que se valora negativamente de la conducta son los resultados externos malos o indeseables jurídicamente). Por último, es en la culpabilidad donde se sitúan todos los elementos subjetivos del delito conforme ya se indicó. Al igual que en la acción se hablaba de un nexo causal material entre el movimiento y el resultado, la culpabilidad es la relación o el nexo psicológico, no material, entre el autor y el hecho. Ello da lugar a las formas de culpabilidad que reiteradamente mantuvo la anterior doctrina sustentadora de este concepto: el dolo y la culpa. El nexo psíquico que en el caso del primero une al sujeto con el hecho, es la voluntad de querer el resultado e incluso la intención (ya que aquel conoce lo que hace y quiere que se produzca); y aunque en el caso de la culpa resultaba más difícil encontrar dicho nexo, los seguidores de esta corriente lo ven en que se quiso esta corriente en sí, o en que se conoce o se podía conocer la producción del hecho típico. Para terminar este punto cabe advertir que como presupuesto se exigía la imputabilidad (es decir, la capacidad psíquica) así como otras circunstancias subjetivas del agente: propósitos, fines específicos que determinaron, condiciones particulares, etc., las que podían graduar o excluir la culpabilidad.

3.2.- El concepto neoclásico del delito.

Puede señalarse que la línea divisoria más relevante para el concepto clásico del delito se daba entre la parte objetiva y la parte subjetiva. Pero ello no satisfacía completamente a quienes se ubicaron bajo el dominio, en el campo jurídico, de la filosofía neokantiana, más específicamente en el área del Derecho Penal, influenciada por los valores de la llamada escuela sudoccidental alemana, que había abandonado el enfoque naturalista del positivismo científico. Con esta nueva corriente de lo normativo y axiológico, diferenciándose –entre otros aspectos- las llamadas ciencias del espíritu (a las que pertenece el Derecho) en el objeto y método empleado en las ciencias naturales (ya no va a ser por ejemplo el método empírico y de observación de estas últimas el que se utilice, sino que lo

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

esencial es aprehender, entender y valorar significados y sentidos, aplicando las valoraciones a las obras y situaciones humanas). La anterior característica se transmite a la concepción neoclásica del delito, dando lugar a que sus elementos se configuren en mayor o menor medida con enfoque valorativo-normativo, no siendo tan trascendente que se separen de modo tajante los elementos objetivos y subjetivos, pues se admite que pueden entrecruzarse. Así pues en el elemento acción se mantiene por mayoría el concepto tradicional, aunque despojado de su carácter naturalista y entendido de modo más amplio: se define ahora como conducta humana (o comportamiento) externa y dependiente de la voluntad, o como manifestación de voluntad hacia el exterior (siendo que la acción ya no es el simple movimiento corporal, limitada a la conducta activa con olvido de la pasiva, pues se piensa entonces en los delitos de omisión). Sigue manteniéndose sin embargo, un concepto causal, donde todavía no interesa el contenido propiamente dicho de la voluntad, sino que lo fundamental es el aspecto externo (de carácter material o ideal) del comportamiento del sujeto y aunque se acepta que la conducta puede ser activa o pasiva, lo habitual será la primera con la causación de un resultado. Para hacer más congruente tal explicación, se señala para la segunda (la pasiva) la provocación de un “resultado” con su inactividad, que consiste precisamente en la no modificación del mundo exterior cuando así se requería. Poco después surge un concepto de acción, que es el social, con un enfoque valorativo más destacado (concibe a aquella como un comportamiento humano socialmente relevante, lo que en varios autores apareció unida a la exigencia de imputación objetiva de resultado, “de modo que negaban ya la cualidad de un resultado que no sea jurídicamente imputable al acto”).¹⁴ Luzón Peña.

Diego Manuel. *Iniciación a la Teoría General del Delito*. Págs. 13 y ss.

El tipo ya no es, para la concepción neoclásica, un elemento puramente descriptivo y valorativamente neutro, sino que tiene como mínimo un carácter mixto, pues se reconoce en primer término que comprende en muchos casos elementos normativos, y aunque su función es meramente indiciaria, de la antijuricidad, es admisible que un indicio de desvalor no sea algo meramente neutro. Junto a esta posición se desarrolla otra que considera al tipo con carácter

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

esencialmente valorativo (es la llamada concepción del tipo *rattio essendi* de la antijuricidad, según la cual la tipicidad no es un mero indicio, sino que implica ya la antijuricidad). Este enfoque mantiene a su vez dos enfoques distintos: la concepción del tipo escrito como tipo desvalorado (Mezger) y la teoría de los elementos negativos del tipo (Frank)¹⁵Citado por Luzón Peña, D-M. Curso de Derecho Penal. Parte General. Parte I. Págs. 230 y ss. El tipo para tales criterios se concibe entonces como tipo de injusto, sin que deba de hablarse de acción típica y antijurídica, sino de acción típicamente antijurídica. Por otro lado, en la concepción neoclásica, el tipo se sigue concibiendo como una categoría predominantemente objetiva, pero no de modo exclusiva, puesto q se descubre que en algunos delitos puede existir “elemento subjetivos del tipo” que son ánimos o fines específicos, distintos del dolo (por ejemplo el ánimo de lucro en ciertos ilícitos). La antijuricidad se observa con mayor o total vinculación a la tipicidad según se dijo (se habla no solamente de un concepto formal de antijuricidad-como mera comprobación lógicos de las contrariedad con las normas jurídicas-, sino que se comienza a utilizar un concepto material de ella, como “dañosidad” o nocividad social de la conducta). En la culpabilidad se produce un cambio significativo, pues se abandona la concepción sicológica y se sustituye por el llamado concepto normativo, según el cual aquella se entiende como “reprochabilidad” o conjunto de condiciones que permitan formular un juicio de reproche al sujeto por su conducta. Corriente-que vale la pena advertir- se sigue manteniendo mayoritariamente en nuestros días, aunque con diversas modificaciones sobre el número y clase de los elementos que hacen posible esa censura individual.

3.3.- Los aportes del finalismo. Estructura compleja del tipo.

Uno de los cambios más profundo para la teoría del delito lo produjo la denominada corriente finalista de la acción, especialmente al termino de los años cuarenta hasta la década de los sesenta, pese que sus inicios pueden remontarse con Welzel a los años treinta, coincidiendo con los orígenes de la teoría social de la acción, y con el auge del derecho penal de autor que era un obstáculo para el

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

desarrollo del derecho penal democrático. El finalismo supera los conceptos causalistas anteriores y concibe la acción atendiendo su principal aspecto subjetivo: el contenido de la voluntad, que radica precisamente en su propósito o fin, ya que esto es lo que distingue la conducta humana de los fenómenos naturales. Tal punto de vista implica como los posteriores elementos del delito (tipicidad y antijuricidad) van referidos a la acción, tengan que ser calificativos o predicados que afectan no solo a la parte externa de la conducta, sino también al elemento que fundamenta a aquel, es decir, su finalidad. Al principio en los delitos culposos *Welzel* seguía entendiendo que tanto la tipicidad como la antijuricidad recaían sobre la parte externa de la acción (sobre la causación de los resultados desvalorado, ya que la finalidad resulta jurídicamente irrelevante). Sin embargo luego modifico su posición, para sostener que también en tales hechos es esencial para el injusto típico otro elemento subjetivo de la acción, diferente de la finalidad, que es la falta al deber de cuidado (o el carácter descuidado en la realización del hecho). Es así como tanto el tipo como la antijuricidad se subjetivizan, dejando de ser elementos predominantes o exclusivamente objetivos, para pasar a tener carácter mixto: el tipo se concibe con un aspecto objetivo (que es la manifestación de la voluntad en el mundo físico requerida por el tipo) y el aspecto subjetivo (que es el aspecto interno, la voluntad propiamente dicha, manifestada en el dolo); así pues, se estructura la concepción compleja del tipo penal, dejando atrás el tipo simple o unitario que solo contemplaba el aspecto externo u objetivo. La antijuricidad igualmente implica un juicio valorativo, aunque se trata de un juicio de contrariedad con la norma objetiva de la valoración, sin que suponga todavía un quebranto a la norma subjetiva de determinación, la cual se examina en la culpabilidad.

Como consecuencia del traslado del dolo y la culpa al tipo, que llevo a algunos autores a acusar al finalismo de vaciar la culpabilidad,¹⁶ Luzón Peña. Op. Cit. Pág. 233 se produce un replanteamiento de este último elemento, aunque manteniendo la concepción normativa que señala como reprochabilidad. Dicha corriente la despoja, eso si, de elemento valorativos neutro (el dolo neutro) y la deja solo aquello (como la conciencia del injusto) auténticamente relevantes para el juicio de

reproche individual. Tal posición avalada por un sector mayoritario de la doctrina por ser el más coherente y admisible, supera la idea tradicional del “*dollus malus*” (el denominado dolo culpable, compuesto del conocimiento y voluntad de realizar la parte objetivo del tipo, además de la conciencia de la antijuricidad, ya que se concebía como requisito de la culpabilidad plena) y lo sustituye por el concepto de “*dolo natural*” (ubicado en el tipo de injusto) que podría tener perfectamente un demente, un indígena o un niño que este en error de prohibición, independientemente que luego su conducta sea inculpable. El finalismo se inclina por mayoría entonces, hacia una teoría estricta de la culpabilidad frente a la cual surge la llamada teoría limitada de la culpabilidad que viene a ser la necesaria complementación de la llamada teoría de los elemento negativos del tipo, ya referida anteriormente, presentando ambas, enfoques distintos en áreas sensibles de ultimo nivel de análisis del delito, en particular en lo que se refiere al error en las causas de justificación (justificación putativa).

3.4.- Panorama actual sobre el Derecho penal y la teoría del delito.

No cabe duda que el Derecho Penal de hoy se encuentra inmerso en una realidad socio-política que no le resulta muy favorable y que sus reconocidas diferencias han convenido en un lugar común en el que se aluda de modo reiterado a la “crisis” que enfrenta. Ello no es un espejismo, pues por una parte, es evidente que su mecanismo represivo y sus sanciones no han sido eficaces para disminuir el delito o disuadir seriamente a los infractores es decir, la pena no ha cumplido satisfactoriamente su función de “prevención general” (entendida como aquella que se dirige a quienes no han delinquido) ni de “prevención especial” (dirigida a quienes ya delinquieron). Por otro lado, los legisladores e impulsores de la correspondiente normativa han continuado, en no pocos casos en la práctica - endémica en Americalatina de seguir sancionando penalmente muchas conductas que tal vez no ameritan esa clase de control o que quizás puedan estar bajo la tutela de otras áreas jurídicas (por ejemplo del Derecho Civil, del Derecho Comercial, etc.) o a las que se le puede buscar soluciones “despenalizadas” (diálogo, conciliación, arreglos a nivel administrativo, etc.) que permiten un

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

desahogo del sistema o al menos intentar un rumbo diferente para luego examinar sus resultados. Se ha acusado al referido sistema y al Derecho Penal de ser obsoleto e ineficaces, pero paradójicamente en cierto casos se les quiere convertir en instrumentos más represivos ante los cuestionados problemas de “seguridad ciudadana” de supuesto fomento de la “impunidad”, y de otras tantas congojas de nuestras comunidades (ciertas o ficticias) de los que muchos medios de comunicación de masas suelen hacerse eco. Sin embargo en los últimos años, con la desaparición de regímenes autoritarios a comenzado a aparece con fuerza una corriente democratizada de las instituciones punitivas que vienes a dar nuevos aires a las ideas liberales de antaño, como lo es el respeto de los Derechos Humanos, el resurgimiento de las garantías constitucionales, la creación de organismos de tutela (nacionales e internacionales), etc., que ha venido a fortalecer la doctrina del Derecho Penal mínimo dentro de un marco de garantía que lo avala; ello no impide que alguno sectores minoritarios, aboguen por criterios abolicionistas ¹⁷ Sánchez, C. y Houed M. La abolición del sistema penal. Perspectiva de solución a la violencia institucionalizada. Editec Editores S.A., San José Costa Rica, 1992. lo que concuerda en mucho con otros que cifran sus esperanzas según se dijo- en alternativa diferente para la solución de los conflictos (RAC) inclusive en materia penal presentando un programa que aunque bastante inexplorado no debe mirarse con indiferencia con sus fundadas criticas y sus interesantes propuestas para disminuir la tensión social en un mundo cada vez mas complejo. En todo caso no es ajeno a la legislación a la teoría ni a la realidad, que un Derecho penal de mínima intervención, pueda a su vez buscar nuevas respuestas dentro de la diversidad de opciones que propongan aquellos movimientos.

3.5.- Causalidad e imputación objetiva

Al mismo tiempo que se cuestiona la eficacia del sistema penal y los fines de la pena, aparecen nuevas teorías o se reformulan otras que presentan algunas novedades dentro de la Teoría general de delito. Dentro de ella se encuentran las denominada moderna teoría de la imputación objetiva, que pese a bien

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

ponderadas objeciones críticas han cobrado fuerza en Europa y especialmente en Alemania y España donde ya los tribunales acuden a ellas con cierta frecuencia, para establecer las responsabilidades penales. La imputación objetiva del resultado suele estimarse con o un requisito implícito del tipo (en delitos de resultado) esto es, se le debe considerar en la parte objetiva de aquel, para distinguir de los aspectos que conforman su parte subjetiva. En los delitos comisivos normales -los que se realizan mediante la actividad- la imputación objetiva presupone inexcusable que exista relación causal y material entre la acción y el resultado pues si no ocurre de esa manera (o sin que así se compruebe) ya no se puede discutir si se imputa jurídicamente dicho resultado; en cambio en los delitos de comisión por omisión o supuestos de omisión impropia no hay causa material entre la conducta omisiva y el resultado, pero si la imputación objetiva de este a la omisión conforme a criterios estrictamente normativos¹⁸ Luzón

Peña. Op. Cit. Págs. 97 y ss. El concepto de imputación objetiva suele reconocerse como proveniente de *Larenz* y *Honig* quienes a su vez acudieron a la respectiva teoría de *Hengel* para formular una exigencia -apoyada en criterios teleológicos- de que la causación del resultado fuese “adecuada” y por eso lo podía ser “imputada objetivamente a la acción”. Así se pues se le concibió como un requisito de la tipicidad y de la acción. De esa manera apareció hasta los años cincuenta y sesentas vinculada a la teoría objetiva final de la acción como teoría de la “acción típica” denominada luego concepto social de la acción. Pero después de los años setentas se desvincula de este último concepto y pasa a entenderse como elemento del tipo adicional a la causalidad y no se limita a la exigencia de adecuación sino que se amplía a otros requisitos como el fin de la norma o el de la realización del riesgo, siendo hoy admitido por la doctrina dominante de tal modelo.

Para esta, entonces, hoy día la imputación objetiva del resultado significa que el mismo puede jurídicamente (teleológico-valorativamente) atribuirse a una acción como obra suya y no como obra del azar, lo cual es necesario para el indicio de antijuricidad penal que en principio supone la conducta que realiza el tipo en sentido estricto independientemente de que la citada imputación pueda

plantearse también en la participación criminal (complicidad e instigación) y no solo en la autoría.^{19 Luzón Peña. Op. Cit. Págs. 99, 100.} Para establecer la forma en que se debe aplicar la imputación objetiva, se recurre a diversos criterios que cada sector doctrinario seguidor de aquellas corrientes defienden con vehemencia. Los más reconocidos son los de la adecuación de la acción y del curso causal -que supone a la adecuación de la acción la creación de un riesgo mínimamente relevante-, la concordancia con el fin de protección de la norma, y como su criterio dentro de este, la realización del peligro de la acción. Otro criterio que suelen agregarse a los anteriores son los relativos a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado o los del incremento o disminución del riesgo, o el de la evitabilidad.

3.6- Criterio de adecuación

Afirma el primer término que la acción causante del resultado debe ser adecuado para ello, lo que a su vez exige que ex ante sea objetivamente previsible que con tal actuación se pueda causar ese resultado en la forma específica en que se produjo. Así pues, la previsibilidad objetiva del resultado se juzga a priori en el momento de actuar, conforme al criterio del hombre medio implicando cierto grado de posibilidad o probabilidad que se produzca (no cuenta con la previsibilidad subjetiva e individual que depende de excitación o alteración del sujeto o de su menor educación o inteligencia, etc. Lo cual sería importante para la culpabilidad, sino la previsibilidad objetiva o general en relación con el hombre medio).

3.7.- El fin de protección de la norma y realización del peligro inherente a la acción.

Señala que para la imputación objetiva se requiere además que el resultado concreto causado encaje en el fin de protección o evitación de la norma; esto es, que coincida con el tipo de causación de resultados que precisamente la norma

prohibitiva directa o la norma de cuidado vulnerada pretende evitar. Para es necesario primeramente que el resultado concreto suponga justamente la realización del peligro inherente a la acción inicial (con cierta probabilidad de que aquel se va a producir). Además debe admitirse que la idea del fin de protección de la norma es un criterio interpretativo más amplio que pueda excluir la imputación objetiva de otros resultados no coincidentes al fin.

3.8.- Creación de un riesgo “jurídicamente desaprobado” o no permitido

Este criterio apunta que si la acción implica ya una dosis considerable de peligro, pero proviene de un riesgo permitido y por tanto jurídicamente aprobado, no puede haber imputación objetiva del resultado para caracterizar el vínculo que debe haber darse entre la conducta que genera un riesgo jurídicamente desaprobado y la producción del resultado penalmente relevante. Los seguidores de esta tesis diferencian la creación y la realización del riesgo sin embargo debe aclararse que tal postura ha sido la más criticada, inclusive por quienes apoya la corriente de la imputación objetiva manteniendo sus principios generales.²⁰ Luzón Peña.

Op. Cit. Págs. 106 y 107.

3.9.- El incremento y disminución del riesgo.

Con sustento en este criterio –bastante complejo-formulado por *Roxin* se pretende resolver los casos del cursos causales hipotéticos en que la supuesta conducta alternativa correcta con seguridad y con gran probabilidad habría causado el resultado. Es decir, propone comparar el grado del peligro que suponía la acción incorrecta, con el riesgo permitido que hubiera supuesto la hipotética acción correcta: se hay un incremento del riesgo permitido habrá imputación objetiva; pero esta no existiría si no hay un aumento de él, porque ello violaría el principio de igualdad.

Otros criterios adicionales como el de la evitabilidad y dominabilidad (que supone que un resultado puede serle atribuido a su actor cuando haya podido “dominar” el suceso y conducirlo a su producción, debiendo en evitable), no ha tenido mayor sustento dentro de los seguidores de la teoría de la imputación

objetiva por diversas dificultades en su implementación.²¹ Vargas González, Patricia. Et. al.

Imputación Objetiva en el Derecho Penal. Págs. 102, 103.

3.10.- El tratamiento de la culpabilidad

Uno de los temas que ha sido objeto de las más enconadas controversias de la teoría del delito es sin duda alguna el de la culpabilidad, se señala posiblemente como el más debatido. Según decíamos al examinar anteriormente aspectos, este elemento ha sufrido no pocas modificaciones en su concepción pasando desde una tesis sicológica (la culpabilidad entendida como relación síquica, sin contemplar el aspecto valorativo lo que significa que el dolo es parte integrante suya) hasta llegar a una tesis eminentemente normativa (la culpabilidad entendida como juicio de reproche que supone la posibilidad de comprensión de la antijuricidad de la conducta y que el ámbito de autodeterminación del sujeto haya tenido cierta amplitud).

Desde luego, cabe advertir que ciertos sectores de la doctrina han desarrollado otros conceptos de culpabilidad que no necesariamente siguen las pautas establecidas para su tradicional análisis, y en determinados casos, incluso, pretendiendo formularlos desde una óptica diferente o al menos desde una perspectiva orientada hacia criterios que no suelen ser tan conocidos. Aunque dichas posturas no han alcanzado apoyo mayoritario resulta de interés mencionar algunas de ellas ya que mantienen importantes críticas del concepto comúnmente aceptadas o aun podrían servir como complementos de este en lo que así pudiera considerarse.

- Entre los citados criterios encontramos el de la denominada “co-culpabilidad”, r el referido, según se indica, del Derecho penal socialista y conforme al cual todo sujeto actué en una circunstancia dada y con un ámbito de autodeterminación también dado condicionados por causas sociales que no se le pueden cargar al momento de establecer el juicio de reproche. Lo anterior suele admitirse en la medida en que para graduar

la pena se tomen en cuenta las necesidades o dificultades del individuo para ganarse el sustento propio.

- De la misma forma aparece la culpabilidad fundamentada en la teoría del fin de la pena (*Roxin*) que sostiene que aquella puede apoyarse “como un puro criterio político” a partir de la finalidad de la pena”, lo que significa que no hay posibilidad de evitar el injusto, carece de sentido sancionarlo. Para el profesor *Saffaroni* el principal obstáculo a esta tesis radica en que invierte el planteamiento general de la cuestión: debe conocerse si hay delito para saber si debe aplicarse una pena y no a la inversa.
- Otra teoría es la llamada “atribuibilidad” (*Maurach* y *Bacigalupo*), según la cual debe distinguirse entre lo que es exigencia conforma a un término medio, que fundaría una responsabilidad por el hecho y la exigencia conforme a pauta individualizada que darían lugar a la culpabilidad como juicio de reproche individualizado: “culpabilidad y La objeción mas relevante es que complica de forma innecesaria el contenido de la culpabilidad.
- Un criterio interesante aunque polémico es el que sostiene que existe verdadera inculpabilidad en los supuestos en que no hay posibilidad exigible de comprender la antijuricidad de la conducta, mientras que en lo caso en que se opera una simple reducción del ámbito auto determinación del sujeto lo que hay no es inculpabilidad sino una causa de exclusión de la pena fundada en escasa culpabilidad (así *Bacigalupo*). Tal distinción lleva al estado de necesidad inculpante y otros presupuesto a la posición degradada de causas de exclusión de la pena en razón en que la posibilidad de actuar no se haya de otro modo no se haya del todo excluida. Tampoco se hallaría del todo excluida la exigibilidad en ciertos supuestos de inimputabilidad con algunos casos de error de prohibición, lo que hace inexacto el planteamiento.

4.- La culpabilidad como concepto normativo

Puede decirse que la culpabilidad normativa fue tomada de Aristóteles, pese a separarse de su aspecto meramente moral y ético para referirlo al área

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

específica del Derecho Penal. Conforme señalábamos hoy día el criterio dominante es el que considera que la culpabilidad debe estimarse como juicio de reproche (reprochabilidad), en el cual al sujeto le hay sido exigible la posibilidad de comprender la antijuricidad de su conducta y que las circunstancias en que actuó no lo hay reducido a su ámbito de auto determinación por debajo de un umbral mínimo. Por otra parte las teoría que ubican el dolo y la culpa en la culpabilidad (causalista) no siempre exigieron que el primero (dolo culpable) tuviesen una efectiva conciencia de la antijuricidad sino que hubo alguna al lado del dolo –pero fue fuera de él- ubicaron el requisito de la posibilidad de la comprensión de la antijuricidad, entendiéndolo como conocimiento potencial o posibilidad de conocimiento. Esta tesis era más coherente y se mantiene cuando el dolo se elimina de la culpabilidad para trasladarse al tipo, constituyendo la llamada teoría estricta de la culpabilidad (que aparece actualmente como la de mayor aceptación). Frente a esta última surge la denominada teoría limitada o restringida de la culpabilidad como lógica complementación de quienes siguen la teoría de los elementos negativos del tipo, según las cuales las causas de justificación son causas de atipicidad siendo la que la tipicidad comprende –como elemento negativo- las ausencias de causas de justificación así pues, de acuerdo con dicho criterio a la conciencia de la antijuricidad pertenece a la culpabilidad, pero cuando depende del conocimiento de la falta de situación de justificación se ubica en la tipicidad (dolo); mientras que en la primera (teoría estricta) la posibilidad de comprensión del injusto (conocimiento potencial) se hay en la culpabilidad perteneciendo ajeno al dolo sea que este se encuentre en el tipo (estructura finalista) o en la culpabilidad (estructura causalista).

4.1- Tratamiento del error

Aunque en el Derecho penal están superados los conceptos de error de hecho y de error de derecho por los problemas que representan sus anticuados planteamientos, estableciéndose hoy día el fundamento del error en el tipo o en la prohibición, según sea –respectivamente- que se incurra en error sobre alguna de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción, o que

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

se crea que el hecho realizado no está sujeto a pena, es cierto que de acuerdo con el concepto que se tenga de la culpabilidad –como tesis de principio- así serán las consecuencias en del examen y tratamiento del mismo, particularmente en lo que atañer a los errores sobre las justificaciones putativas. Debe reconocerse inicialmente que el error de prohibición que incide sobre la culpabilidad, la que se puede eliminar del todo si el primero es invencible o superable, atenuándose la pena prevista para el delito cuando así no fuese. En cambio en caso del error de tipo si el yerro es invencible se elimina la tipicidad pero si es vencible o superable se mantiene la posibilidad de sancionar la conducta culposa (por falta al deber del cuidado) en los delitos que así lo permitan. La principal diferencia se presenta cuando en ampliación de la teoría de los elementos negativos del tipo y por ende de la teoría limitada de la culpabilidad, se interpreta que el error en los presupuestos de hecho de una causa de justificación (justificación putativa) se está ante un error de tipo, mientras que para los que se apoyan en la teoría estricta de la culpabilidad en tal caso se estaría ante un error de prohibición.

5-Estructura y Elementos del delito.

Tras un minucioso análisis del Derecho Penal positivo, la ciencia del Derecho Penal ha llegado a la conclusión de que el concepto de delito responde a una doble perspectiva: por un lado, es un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o un acto humano, y por otro es un juicio de desvalor que se hace sobre el actor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama injusto o antijuricidad, al segundo culpabilidad o responsabilidad. Injusto o antijurídica es, pues, la desaprobación del acto; culpabilidad la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo.

En estas dos grandes categorías, antijuricidad y culpabilidad, se ha ido distribuyendo luego de los diversos componentes del delito. En la primera se incluye la acción o la omisión, los medios y forma en que se realiza, sus objetos y sujetos, la relación causal psicológica entre ella y el resultado. En la culpabilidad las facultades síquicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter prohibitivo de su

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

hacer y la exigibilidad de un comportamiento distinto. Ambas categorías tiene también una vertiente negativa; así, por ejemplo, la existencia de una fuerza irresistible excluye la acción; la absoluta imprevisibilidad elimina la relación psicológica con el resultado; las causas de justificación (por ejemplo. La legítima defensa) autorizan la comisión del hecho prohibido; la falta de facultades síquicas en el autor (por ejemplo. enfermedad mental) excluye la imputabilidad, etc.

Esta distinción sistemática tiene también un valor práctico importante. Como ya hemos dicho, para imponer, por ejemplo, una medida de seguridad o de corrección (internar a un enferma mental que ha cometido un delito en un centro psiquiátrico, o a un menor en un centro educativo) es suficiente con la comisión del hecho prohibido, antijurídico, aunque su autor no sea culpable; para imponer una pena, es, sin embargo, necesario que exista culpabilidad. Además de que el hecho sea antijurídico. No hay culpabilidad sin antijuricidad, aunque si hay antijuricidad sin culpabilidad. Normalmente la presencia de un acto antijurídico es el límite mismo de cualquier reacción jurídico-penal. Así, como, por ejemplo, la legítima defensa supone una agresión antijurídica, aunque el actor de la acción no sea culpable. Frente a un acto lícito, no antijurídico, no cabe la legítima defensa. Igualmente la participación a título de inductor o de cómplice en el hecho cometido por otro, solo es punible cuando este hecho es por lo menos antijurídico, aunque su autor no sea culpable (por ejemplo. Un enfermo mental o un menor).

Pero no todo hecho jurídico realizado por un autor culpable es delito. De toda la gama de acciones antijurídicas que se cometen el legislador ha seleccionado una parte de ellas, normalmente las más graves e intolerables, y las ha conminado con una pena por medio de la descripción en la ley penal. A este proceso de selección en la ley de las acciones que el legislador quiere sancionar penalmente se le llama tipicidad. La tipicidad, es pues, la adecuación a un hecho cometido en la descripción que de ese hecho se hace en la ley. La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad, ya que solo por medio de la descripción de la conducta prohibida en tipos penales, se cumple el principio *nullum crimen sine previa lege*, pero, también el principio de intervención mínima, por cuanto

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

generalmente solo se tipifican los ataques verdaderamente graves a los bienes jurídico más importantes.

Normalmente son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad las características comunes a todos los delitos. El punto de partida es siempre la tipicidad, pues solo el hecho típico, es decir, el descrito en el tipo legal, es decir, el descrito en el tipo legal puede servir de base a posteriores valoraciones. Sigue después la indagación sobre la antijuricidad, es decir, la comprobación de que si el hecho típico cometido es o no conforme a derecho.

Un hecho típico, por ejemplo., A mata B, puede no ser antijurídica, si existe una causa de justificación que lo permita, por ejemplo., A mata a B en legítima defensa. Una vez comprobado que el hecho es típico y antijurídico, hay que ver si el autor de ese hecho es o no, culpable, es decir, si posee las condiciones mínimas indispensables para atribuirle ese hecho y hacerle responsable penalmente del mismo. Por ejemplo, si está sano mentalmente o conoce la antijuricidad del hecho.

Con la constatación positiva de estos elemento tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, se puede decir que existe delito y su autor puede ser a castigado con la pena que se asigne en cada caso concreto al delito en la ley. En algunos casos se exige, sin embargo, para poder calificar un hecho como delito la presencia de algunos elemento tradicionales que no pertenecen a ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad. Así por ejemplo, se exige la presentación de querrela en la injuria o la calumnia, etc.

Después de todo lo dicho hasta ahora podemos definir el *delito como la acción u omisión típica, antijurídica, punible*. Esta definición tiene carácter secuencial, es decir, el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra (de la tipicidad a la antijuricidad, de la antijuricidad a la culpabilidad, etc.), teniendo por tanto, que tratarse en cada categoría los problemas que son propias de la misma. Si del examen de los hechos resultara, por ejemplo., que la acción u omisión no es típica, ya que no habrá que

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

plantearse si es antijurídica, ni mucho menos si es culpable o punible. Cada una de estas categorías contiene pues, a su vez criterios valorativos propios con distintas trascendencias teóricas o prácticas. ²² Muñoz Conde. Op. Cit. Págs. 189 y ss.

6- Clasificación del delito

El delito es ante todo un acto humano, es decir, una modalidad jurídicamente trascendente de la conducta humana. La acción en sentido amplio consiste en la conducta exterior voluntaria que lleva como fin la producción de un resultado, pudiendo tenerse como causalidad de una conducta activa o una conducta pasiva.

El **Código Penal** habla en su **art. 21** de delitos y faltas (clasificación bipartita). Ambos términos corresponden en su contenido a la misma estructura ya estudiada anteriormente. La distinción se hace en función de su gravedad. El **Art. 24 del Código Penal** dice son delitos las infracciones que la ley castiga con penas graves, y penas leves, cfr. **art. 49**. Para saber cuando estamos ante un delito o una falta hay que ver, por lo tanto, la pena que, en el precepto penal correspondiente se asigne al hecho en cuestión (consideración abstracta), no la que correspondería en el caso concreto (consideración concreta). Esta distinción entre delito y falta es, por consiguiente, puramente cuantitativa. Así, por ejemplo, el mismo hecho, un hurto puede ser delito o falta según el valor de la cosa hurtada. Es pues cuestión de política legislativa el que un hecho se considere como delito o como falta. Normalmente las faltas suelen ser delitos en miniatura, “delitos veniales” las llamaba Pacheco, y no difieren mucho de los delitos. Pero otras veces son más bien puras infracciones administrativas, que solo por la tradición se incluyen en el *Código Penal*. Actualmente hay una corriente a favor de la despenalización de estas faltas y de su consideración como simples infracciones administrativas.

Los delitos se pueden clasificar así:

Delito de Pura Conducta o de simple comportamiento, son todos aquellos que se perfeccionan con una acción u omisión, a estos antijurídicos se le llama

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Delito Formales pudiendo señalándose como por ejemplo el de Asociación Ilícita para Delinquir, el de apología del delito y del falso testimonio.

Delito de Resultado, son aquellos ilícito para su consumación necesariamente deben producir efectos, como en el caso del robo, que para que tenga su debido cumplimiento, se precisa que la víctima sea despojada de una cosa mueble de su propiedad, ya sea con violencia o intimidación en la persona o con fuerza en la cosa.

Delito de Daño, se puede conceptuar, el que al consumarse produce deterioro o lesión directa y efectiva en intereses o bienes jurídicamente protegido por la norma violada. Para el caso es indiferente, que dichos bienes sean muebles, inmuebles o semovientes.

Delito de Peligro, son aquellos hechos constitutivos que no causan daños efectivos y directos en intereses jurídicamente protegidos, pero crean para esto una situación de peligros debiendo entenderse por peligro la posibilidad mas o menos próxima de un resultado o efecto dañoso. Lógicamente el peligro no es nada concreto que se pueda ver, tocar o palpar, pero si se puede instruir y sentir en base de parámetro de experiencia; el peligro se detecta por medio de juicio lógico fundado en la factible realidad, al evaluarse en su potencialidad pueda suceder. Dentro de las diferentes categorías de delitos de peligro, se destaca la de los peligros común, debido a que esto amenaza a un número indeterminado de personas y cosas en general. Ejemplo de lo mismo seria arrojar en una fuente de uso común un producto nocivo para la salud. También existe los delitos de peligro individual, lo que solo amenazan a personas, cosas determinada, como sucede cuando se plagia a un individuo, manteniéndose durante un tiempo sin alimento y sin medicina.

Delitos instantáneos, son aquello que la violación jurídica realizada, en el mismo momento de su consumación se extingue con esta. Ejemplo Homicidio, etc.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Delito permanente, son aquellos en lo que después de su consumación, continúa ininterrumpida la violación jurídica, llegando a cesar en un momento determinado. Ejemplo, el rapto, secuestro.

Delito material en estricto sentido de la palabra, son los que no se pueden tener como consumados sino hasta que se producen como resultado antijurídico, como es el caso de la muerte por homicidio, donde se precisa el "Corpus Críminis".

Delitos Complejos o de concurso real o material, a los que menoscaban diversos bienes jurídicamente protegidos mediante diferentes acciones, produciéndose varios delitos, como sería en el Asalto seguido de lesiones y Robo.

Delitos Compuestos o de Concurso Ideal, o formal, son los que una sola acción produce diferentes delitos, como cuando se hiere a un policía, pues al mismo tiempo que se atenta contra la autoridad se comete lesiones.

Delitos perseguibles de oficio, se les puede llamar a la gran mayoría de los comprendidos en los códigos penales, y para el caso, en nombre de la sociedad ofendida las autoridades darán inicio a su averiguación o castigo, ya sea de oficio, por denuncia o acusación proveniente de los ciudadanos o del Estado o por conducto de la policía en su caso.

Delito de orden privado, son aquellos ilícitos en que a las autoridades no les ha permitido iniciar la investigación, a no ser a solicitud de las partes ofendidas.

Delitos Comunes, se les denomina a todos aquellos que lesionan bienes jurídicamente protegidos ya sean individuales, colectivos o Estatales.

Delitos políticos son los que usualmente la ciudadanía tiene como aquellos actos que lesionan intereses políticos del Estado, o bien derechos políticos de los ciudadanos. En nuestra legislación hasta la fecha no existe una definición que nos pueda indicar en que consiste el delito político, pero se reconoce su existencia aun sin haber una lista indicativa de los mismos. Los penalistas creen difícil poder formular una definición clara y precisa de lo que debe entenderse por delito político, pero se dice que revisten esta circunstancia, aquellos que atentan contra

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

el orden político del Estado, ya sea en carácter interno o externo, como sería una rebelión o el atentado contra la seguridad interior o exterior del Estado. En muchos casos son considerados y clasificados así, aquellos ilícitos que aunque pertenecen al Derecho Común, en su origen se puede descubrir motivación política, como sería al robar un banco, en busca de fondos para insurrección.

La distinción entre delito y falta tiene consecuencia de orden material (así por ejemplo en lo relativo a la punición de la *tentativa*, artículo 74; *prescripción*, artículos 131, 133 y *reglas de aplicación de la pena*, artículo 78); y de orden procesal (*distinta competencia judicial*).

7- Factores criminológicos

7.1. Delito

Para la existencia de delito se necesita de una acción u omisión humana, típica, antijurídica, culpable y sancionada con una pena. *Carrara* manifiesta que delito es: “*La infracción de la ley del Estado, promulgada para la seguridad de la ciudadanía, resultante de un acto del hombre, positivo o negativo y moralmente imputable*”. Por delito natural debe entenderse, el que se refiere a los sentimientos de impiedad con base en los conceptos éticos que varían según las costumbres y los lugares. El delito es de acción pública y por excepción de acción privada; en cambio las reclamaciones de orden civil, pertenecen siempre al campo de lo privado. El **Art. 21 Pn** define el hecho punible con base a la acción u omisión, dolosa e imprudente, calificada y penada por la ley, según la gravedad lo clasifica en delito o falta (concepto del delito bipartidista). El Código Penal establece la diferencia entre delito y falta. Pues el “delito” lo define como infracciones que la ley castiga con penas graves y “faltas” como infracciones a las que la ley señala penas leves.

Existen delitos que en su mayoría pueden ser cometidos por cualquier hombre, como son los de Homicidio, robo, Estafa, etc., y por ello se les denomina “**Comunes**”; pero hay otros que sólo los cometen ciertas personas en razón de su especiales calidades o cargos que desempeñan, como son los Prevaricato,

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Abuso de Autoridad, etc., los cuales se denominan “**Propios**”, debiendo agregarse que para algunos de ellos hay un tratamiento especial desde el punto de vista del procedimiento para su averiguación, como en el caso de los delitos militares, o el de los delitos oficiales cometidos por los jueces de primera instancia, y los cometidos por otros funcionarios.

Por otra parte, los delitos o faltas puramente militares y los demás que estuvieren penados por leyes o reglamentos especiales no estarán sujetos a las reglas del Pn (**Art. 20 Pn**). Esta definición que establece el código penal no es idéntica al concepto doctrinal, sin embargo, como expresa *Luzón Peña*, varios elementos del concepto teórico del delito están reflejados aun con otras palabras en la definición legal. En efecto, “acción y omisión” designan el elemento básico de la acción o conducta en sus modalidades activa y pasiva.

Mir Puig ha destacado al respecto, los términos “delito”, “ falta” ,” acción penada por la ley”, “hecho” o “infracción”, estos equivale a acción típica y antijurídica, que, aunque no dé lugar a pena por no ser culpable o personalmente punible, sí puede acarrear medidas de seguridad y responsabilidad civil. *Luzón Peña* señala que ello es coherente con el hecho de que también doctrinalmente se maneja una doble acepción de delito con o sin culpabilidad según se utilice como presupuesto de la pena o de las medidas de seguridad. Pero incluso cuando se trata de la imposición de una pena puede entenderse la exigencia de un doble presupuesto: el delito y la culpabilidad como requisito mixto entre el sujeto y el hecho, o sea, como culpabilidad del sujeto en relación con ese hecho delictivo.

7.2 Sujetos del delito.

Sujetos activos: son todas las personas que participan de alguna manera en la realización del ilícito penal, ya sea por medio de una actividad o de una omisión, llamándoseles también procesados, reos enjuiciados o indagados. El estudio de las personas que se convierten en sujetos activos del delito, es de sumo interés, pues par los efectos de investigar la responsabilidad de quienes han

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

cometido un ilícito, deben tomarse en cuenta las calidades del enjuiciado, como son: su grado de cultura, inteligencia, educación, caldo social en que se ha desarrollado, etc., todo lo cual es importante, teniendo su origen en la Escuela positiva, que, como sabemos, trata de ahondar el conocimiento de todas las circunstancias que rodean los hechos ilícitos, a fin de se dicte sentencia de acuerdo a la equidad más pura.

Los sujetos activos de un delito pueden aparecer de diferentes maneras según su forma y grado de participación en el mismo; así tenemos que se puede intervenir en el hecho ilícito en calidad de autor, cómplices o encubridor, debiendo aclararse que en la autoría pueden haber coautores en calidad de inductores, a los cuales comúnmente se les denomina autores intelectuales. Las personas jurídicas nunca pueden ser sujetos activos de delitos, ya que las responsabilidades penales en que aparentemente pudieran incurrir, necesariamente recaen en sus representantes. del injusto cometido.

Sujeto Pasivo: Se debe considerar como tal, a la persona o personas sobre quienes recae la ofensa, es decir la víctima que recibe el daño, ya sea en forma directa o indirecta. En muchos casos es difícil individualizar al sujeto pasivo del delito, pues en algunas oportunidades, los hechos delictivos producen daños a terceros, como podría ocurrir en el delito de hurto, que a más de perjudicar al poseedor o dueño de la cosa hurtada, indirectamente también se perjudica al acreedor de éste. Así mismo en el homicidio indirectamente puede acarrear daños a los acreedores del occiso.

Debemos estar claros que las consideraciones anteriores, no deben llevarnos a confusión entre los bienes tutelados, con las personas que puedan resultar perjudicadas, pudiéndose asegurar, que sujeto pasivo es el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito, lo cual puede recaer directamente en todos los individuos, sean o no capaces, lo mismo que en la personas jurídicas, inclusive el mismo Estado. En el caso de específicos y

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

determinados delitos, hay quienes no pueden ser sujetos pasivos de los mismos, como sería el caso de los varones en el de estupro, según nuestra legislación. Las cosas y los difuntos, nunca pueden ser sujetos pasivos. Una misma persona a la vez, no podrá ser sujeto activo y pasivo en un mismo ilícito. Ejemplo, si un individuo se mutila un brazo para cobrar un seguro. No podemos tenerlo como sujeto activo y pasivo a la vez, ya que en este caso, el activo será quien auto mutila, y el pasivo la Compañía de seguro al pagar el riesgo (Estafa). En un mismo delito a la vez pueden haber numerosos sujetos pasivos, como cuando las injurias se dirigen a un grupo.

7.3 Objeto Jurídico del Delito:

Debemos entender por objeto jurídico del delito, el bien al que el Derecho otorga su protección, el cual se confunde o bien a ser la cosa que se persigue dañar. El bien jurídico puede serlo, tanto un objeto material mueble o inmueble, como también puede serlo un derecho o calidades de un sujeto, como la integridad física de las personas, su honor, su pudor, su recato, etc. El perjuicio que causa el delito constituye el daño, y este puede ser inmediato o mediato. El daño inmediato es el más sensible, ya que los recibe directamente la víctima; en cambio, el mediato consiste en el perjuicio que el delito acarrea a todos los demás ciudadanos que en una u otra forma, puedan resultar afectados por la acción, pero no de una manera directa. Se puede agregar que el siempre resultan perjudicados, pues por regla general, el delito engendra nuevos delitos, y en sí, constituye una apología, ya que invita a otros a su comisión.

7.4 El Delincuente.

La personalidad del delincuente siempre ha sido objeto de investigación ya que se busca la justificación de la delincuencia en caracteres patológicos. Al delincuente se le ha tratado de retratar física y psicológicamente, así se afirma que tiene un grado de neuroticismo, predisposición al riesgo, agresividad espontánea, impulsividad, etc.; sin embargo, después de la segunda guerra mundial se

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

empieza a desarrollar la idea de que la criminalidad no solo responde a la idea del delincuente, este deja de ser el epicentro del estudio.²³ Espinoza Mondragón, Braulio. *Política Criminal y Prevención del delito hoy. Págs. 77,78.* Empieza a observarse las características sociales como elementos determinantes del fenómeno criminal, o sea, se sigue observando al delincuente, pero dentro del ámbito social como una causa predominante. Se observa el comportamiento socialmente negativo de los marginados, se diferencia de la delincuencia de la clase alta y de la clase baja, diferencias entre criminales jóvenes y criminales adultos, y se influye en la criminalidad femenina. Todos los estudios se harían concentrados en el delincuente, hoy en día La Criminología estudia al delincuente como un sistema, es decir, reconoce al delincuente y dice como se le combate.

Nuestro Código Penal hace la siguiente clasificación de las personas responsables de los delitos y faltas:

Autoría y participación. El legislador penal Nicaragüense, siguiendo los modelos de los Códigos penales españoles 1848, 1850 y 1870, enuncia de manera general la responsabilidad de los autores y cómplices (**Art. 41 Pn**). Es fundamental establecer la diferencia entre autoría y participación. La autoría supone la existencia de un autor principal, y la participación es dependiente o accesoria a la autoría, esto significa que el partcipe no es la figura central del hecho punible, sino un concepto subordinado y dependiente a la del autor, su responsabilidad penal no es autónoma, sino subordinada, dependiente o accesoria a la responsabilidad del autor. El partcipe responde de aquello en lo que participa.

Autoría. Se consideran autores los que toman parte directa en la ejecución del hecho; fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo o cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no hubiere efectuado (**Art. 42 Pn**). La expresión “se consideran” aluden no tanto en dar un concepto de autor, sino más bien como deben ser tratados desde el punto de vista de la pena. Es decir, la intención del legislador es ampliar la pena a personas que son importantes en la comisión de un delito, sin que por ello deban comprenderse como autores en sentido estricto. Dicho en otras palabras, se consideran autores tanto el autor

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

material como el inductor a efectos de la pena por la importancia en la comisión del hecho, lo cual no significa que el inductor equivale a autor. En todo caso, el concepto de autor lo encontramos en el Libro Segundo de los delitos en particular, en cada tipo penal con el término anónimo “el que o “quien”: por ejemplo, “el que priva de la vida” (**Art. 138 Pn**), “el que pusiere en peligro la vida” (Art. 159 Pn.); “quien provoque aborto” (**Art. 143 Pn**); “el que se apoderare” (**Art. 223 Pn**).

No obstante, en el **Art. 42 Pn.** se citan algunas formas de autoría. Por ejemplo, “los que toman parte directa en la ejecución del hecho”; “los que fuerzan a otro a ejecutarlo” y “los que cooperan en la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiere afectado” **Arto. 43 Pn.** Así, podemos distinguir autoría mediata y coautoría.

El autor directo es el que realiza la conducta descrita en el tipo, es decir el que de forma directa y personal realiza el hecho que se presenta de forma impersonal con la expresión “el que”, lo cual no significa que la realización del únicamente pueda ser obra de un sujeto específico. Es decir, que en la comisión de un delito pueden intervenir varios sujetos. Para algunos autores la autoría directa se encuentra comprendida en la frase “son penalmente responsables de los delitos y faltas los autores y partícipes” (**Arto. 41 Pn**), ya que ello implica una realización directa del delito y para otros una forma de participación.

Participación. Los inductores, los cooperadores necesarios y los cómplices y son definidos como categorías remanentes o accesorias de los supuestos de la autoría. También integran el concepto de la participación los inductores y cooperadores necesarios. Como se expresó, la participación es un concepto dependiente de la autoría, ya que supone la existencia de un hecho ajeno, en el cual el partícipe contribuye.

La inducción esta regulada en el **Art. 43 Pn.** “Los que inducen directamente a otros u a otras ejecutar el hecho”. El inductor provoca en el autor la resolución de cometer un hecho un hecho delictivo, sin embargo quien decide y domina la realización del mismo es el inducido, porque, de lo contrario.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

La complicidad es una forma de participación señalada expresamente en el **Art. 44 Pn**. Los cómplices para el Pn Son cooperadores de la ejecución del hecho u omisión punible por actos si el cual no habría ejecutado. Es decir, la complicidad es una cooperación no necesaria en la ejecución de un delito.

La cooperación necesaria es aquella figura en la que varios sujetos cooperan en la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiere realizado (**Art. 43 Pn.**); se distingue de la complicidad aunque no de forma muy precisa en la importancia de la contribución que el sujeto presta y lo imprescindible de la misma para la comisión del delito. La cooperación necesaria, merece la pena del autor.

7.5 La Víctima.

Aun no esta claro cual es el origen de la palabra victima, sin embargo es una opinión generalizada que la victima es la persona ofendida por un delito o que ha sufrido el menoscabo a sus derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, es el sujeto pasivo del delito. El público en general es, por definición, siempre la victima del crimen. El publico en general sufre perdidas tanto directamente como mal uso, robo o destrucción de la propiedad publica, o indirectamente en la forma de gastos de mantenimiento de la policia y de los juzgados y en la forma de intranquilidad y quizás terror por la permanencia del crimen. En este sentido es una victima del crimen. En suma, algunos individuos, son victimas del crimen en un sentido mas especifico. Las victimas del crimen, pueden perder cualquier cosa valiosa. Vida y dinero son quizá los valores básicos, porque ellos contribuyen a la satisfacción de nuestros deseos.

Los autores no se ponen de acuerdo en cuanto a la tipología, unos hablan de dos tipos, las voluntarias y las involuntarias con múltiples divisiones. En lo que si están todos de acuerdo es en que la victima es un elemento muy importante, en ocasiones, propiciatoria en si misma de su situación. *Mendelshon* (UGT Prosecur, 2006) las clasifican así: aquellas que es totalmente inocente, la que lo es por ignorancia, la voluntaria, la victima más culpable que el agresor y la únicamente

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

culpable. *Neuman* (UGT Prosegur, 2006) señala que hay que tener en cuenta a la víctima en el sistema social básico aceptado, la actitud jurídico penal de esta, la topología del delito y los aspectos psicosociales que lo envuelven. La mayoría de las teorías consideran que la población de riesgo se centra en mujeres adultas y de tercera edad, menores de edad, prostitutas y marginados sociales.

Lo más novedoso de la reforma de la legislación penal en cuanto a la víctima, es que esta adquiere carácter de sujeto procesal, aun cuando no intervenga como querrela en el proceso. Por esto, tiene derecho a ser informada de las actuaciones y resultados del procedimiento, así de cómo cuales son sus derechos y como debe ejercerlos; cumpliéndose, de esta manera, el principio de publicidad y de transparencia y dejando de lado el secreto del sumario, el que impedía mantener infamadas a las partes, creando incertidumbre.²⁴ *Espinoza Mondragón*.

Op. Cit. Pág. 78 y ss.

Las consecuencias sociales de la víctima pueden ser múltiples. Actualmente solo las legislaciones de escasos países disponen que el Estado esta obligado a reparar determinado daños causados por el ofensor. La opinión generalizada de la mayoría de los países, entre ellos Nicaragua, consiste en que el Estado no tiene ninguna obligación para con las victimas en cuanto a la reparación del daño, pues quien debe cubrirlo es el ofensor y deberá pagar todos los perjuicios que ocasionó con sus actos. De lo anterior surgen dos problemas: el primero relacionado con el hecho de que no se llegue a saber quien fue el ofensor, y el segundo consiste en que se hará cuando el ofensor carezca de los medios económicos suficiente para reparar el daño. Hay autores como *Jorge López Vergara* que se inclinan a la idea de que sea el Estado el que cubra de manera inmediata los gastos causados por el ofensor, relacionados con accidentes de transito, pero también con aquellos hechos que impliquen tratamientos largos de tipo de víctima, como serian las de violación sexual. Una vez identificado el responsable, el Estado le hará cubrir los gastos erogados. Resulta también importante observar que las consecuencias sociales que en algunos casos tiene que sufrir la víctima son irreparables o bien difíciles de superarse. *Schneider* nos dice al respecto que “la sociedad toma

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

actitudes peculiares con la víctima; la estigmatiza y a veces hasta le pone la etiqueta de provocador como si fueran criminales”.

Por último, en lo referente a las relaciones sociales entre la víctima y el ofensor, se puede decir que son de dos clases: a) las existentes con anterioridad al hecho, y b) las que se crean con motivo de la ofensa. Cuando las relaciones sociales anteriores a la ofensa son debidas a lazos de afecto o amistad, se puede encontrar que si estas son defectuosas, ya sea por haber existido previamente diversas agresiones, por parte de cualquiera de los participantes, o bien que estas puedan deducirse por las circunstancias en que están envueltas, la víctima está provocando de alguna manera la infracción. Aquí se encuentran los casos de delitos pasionales, en donde el odio y la ira se presentan como rasgos característicos. Siendo así, habrá una relación directa entre el acto criminal del ofensor y su víctima. Lo interesante estriba en el segundo tipo de estas relaciones, “Estas nacen con motivo de la ofensa y pueden llegar a ser duradera, o bien a crear complicidad”. Puede ser que las circunstancias obliguen a la víctima a actuar de determinada forma y no siempre apegada al derecho, con la finalidad de salir bien del trance. “La influencia del delincuente sobre su víctima suele ser considerable aunque solo hayan estado por poco tiempo”.

Clasificación de las víctimas.

Dentro de las diversas clasificaciones que existen sobre las víctimas, unas ponen el acento en la culpabilidad, otras en su forma de participar o propiciar el hecho delictivo y otras más solamente tienden a describir las posibles víctimas debido a las circunstancias.

Una clasificación relativa a la culpabilidad, que es la más amplia, es la que Mendelshon propone en su trabajo, ahora clásico, *Una novedosa rama de la ciencia biopsicosocial: La Victimología*, en donde hace la siguiente clasificación de víctimas: enteramente inocente o ideal; de culpabilidad menor o por ignorancia; tan culpable como el infractor o voluntaria; más culpable que el infractor, y más culpable o únicamente culpable.

7.6 El Control Social.

El control social es el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar el sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias. El control social es importante, ya que en toda sociedad hay una lucha entre esta y el individuo. La sociedad necesita ejercer un dominio sobre el individuo, así despliega una gama de mecanismo que aseguren la conformidad de esta a las normas sociales. La teoría del control social asume que la delincuencia produce cuando los vínculos que nos mantienen unidos en el respeto al orden social se debilitan o se rompen. En general estos vínculos son de carácter efectivo (no se realizan delitos por miedo a desagradar a nuestros grupos de referencia), de carácter utilitario (no se realizan delitos por miedo a arriesgar nuestra posición social), o de carácter ideológico (no se realizan delitos cuando pensamos que este acto esta mal y/o que es incorrecto infringir la ley) (Larrauri, 2001, p .25).

El desarrollo contemporáneo de esta teoría inicia que la inexistencia de estos vínculos sociales, además de la presencia de determinados rasgos individuales, como puede ser la búsqueda de una gratificación inmediata, la incapacidad de prever las consecuencias de sus actos, la predilección por actividades arriesgadas, o a la carencia de habilidades intelectuales o verbales, producen en la persona una escasa capacidad de autocontrol. Las personas con escasa capacidad de autocontrol tienden a realizar mas comportamiento delictivos (Larrauri, 2001, p .26).

Hay dos tipo de control social, uno de ellos informal, que esta constituido por la familia, la escuela, el trabajo, los amigos, etc. La familia como agente primario del control social (Rotman, 1998, p. 109), juega un rol decisivo en la prevención del delito adulto y juvenil, la prevención del delito esta relacionada con la familia de dos maneras; por un lado la evitación del delito dentro de la familia y por el otro, el control social y disuasión de la conducta antisocial durante la niñez. Esta acción preventiva debe dirigirse a las crisis familiares y a las situaciones patológicas que generan el delito entre la misma familia, incluyendo el homicidio,

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

las agresiones y los crímenes pasionales; por ello, es que la violencia familiar constituye una importante preocupación por la criminología. La prevención comunitaria, como órgano de control social del delito, se basa en el hecho de que la interacción social (*Rostman, 1998, p. 115*) y la promoción de relaciones entre los vecinos pueden jugar un papel importante en la investigación y la denuncia de conductas delictivas. Las organizaciones comunitarias han intentado controlar el delito a través de actividades que estimulan la participación de la población en grupos comunitarios, enfatizado la significación de los esfuerzos individuales en la lucha contra el delito, promoviendo el sentimiento de territorialidad y la propensión a intervenir frente a circunstancias sospechosas, así como tratando de prevenir la victimización a través de esfuerzos preventivos en el plano individual y hogareño. La educación es la principal manera de alcanzar un nivel aceptable de cohesión social a través de la autorregulación del sistema social que no involucra la imposición de dicha cohesión desde arriba a través de las autoridades del control social. De ahí que la educación no debe ser confundida con la mera transmisión de la información, sino que debe ser visto como la integración de los individuos en la sociedad, la cual requiere la atención de la totalidad de sus necesidades psicológicas y físicas; además la educación debe facilitar el autodescubrimiento, la creatividad y el despertar de un sentido de responsabilidad social. El otro tipo de control social es el denominado formal, constituido por la policía, la justicia y la administración penitenciaria.

El control social informal pretende, condicionar la conducta del individuo a las normas sociales, pretende que el individuo interiorice unas pautas de comportamiento que son aprendidas y transmitidas de generación en generación, cuando un individuo no aprende estas normas es cuando entra el control social formal a través de la coacción. Las mayores garantías de éxito no se dan por un endurecimiento del control social formal, sino mediante una adecuada conjunción de la dos instancia del control, es decir, no ha de existir una supremacía de una sobre la otra.²⁵ Espinoza Mondragón. Op. Cit. Págs. 89 y ss.

CAPITULO III: TEORIA DE LA PENA.

1-Evolución histórica de la pena.

El derecho en la época primitiva presenta las siguientes características:

Primero: todo el derecho es de familia, porque ésta en aquellos tiempos lo era todo, predomina sobre todo el conjunto como se podría ahora también sostener que primordialmente lo es el individuo. Segundo: El derecho en esta época es sobrio, ceremonioso, y sobre todo simbólico. La pena en esta época primitiva aparece confundida en sus inicios con el pecado, pues las transgresiones

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

que se presentan en la familia son castigadas por el padre en un doble concepto, como sacerdote y como juez, y de tal manera que la pena tendrá un carácter expiatorio con ramificaciones bien marcadas en cuanto al arrepentimiento por el hecho consumado y la persona hará promesa de no volver a repetir delito como juramento sagrado ante los dioses celebrado por medio del padre.

En la antigüedad lo sé que aplicaba era el derecho consuetudinario, pero por desgracia de aquellas costumbres y jurisprudencia casi no queda nada. Como veremos en el Antiguo Oriente, el derecho penal se caracterizó por tener un sentido religioso, pues se creía que se inmolaba a los delincuentes para aplacar la furia de los Dioses.

Hace más de dos mil años existió el rey Hammurabi en Babilonia antes de Cristo, y fue el autor del código más antiguo que se conoce, en el cual hacía la diferencia entre los hechos voluntarios (dolosos), de los de mero accidente (imprudentes). En Israel: El Derecho penal estaba contenido en el Pentateuco, señalándose que el derecho a castigar era de delegación divina, aplicándose desde entonces la ley del Talión (ojo por ojo, diente por diente). En Egipto: Las leyes penales estaban contenidas en los libros sagrados mirándose el delito como una ofensa a la divinidad, la pena aplicaba su ira, la penalidad era muy cruel. En la India: Hallamos un código de extraordinario interés, el libro de Manú se le considera como el más perfecto del antiguo oriente. Su espíritu es absolutamente religioso, muchos de sus preceptos ponen de relieve la necesidad de aplicar las penas justamente. Se respetaba la división de castas lo que impedía la aplicación de las penas de manera justa.

Se diferenció la imprudencia, la negligencia y el caso fortuito. En Grecia: Tenemos pocas noticias, son escasas y nada precisas, pues en algunos autores sostienen que no puede hablarse propiamente de un derecho Griego sino del derecho de Greta, del derecho de Esparta, del derecho de Atenas. En Esparta: Encontramos la legendaria figura de *Licurgo*, cuyas leyes remontarían a la mitad del siglo IX. Antes de *Cristo*. Señalaban el Celibato era punible, lo mismo que el delito consistente en sentir piedad por el propio esclavo. En Atenas: Su principal

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

legislador fue *Dacron* siglo VII antes de Cristo. Este se caracterizó por su extrema severidad. En cambio *Solón* aplicaba sus leyes de forma moderada.

En China: En el sistema punitivo Chino se aplicaba la pena de Muerte por decapitación se aplicaba a los delitos de Alquimia y de huir del trabajo obligatorio, pero los trabajos continuaron pese al cruel castigo, en cuanto al segundo delito no solo se circunscribe al abandonar el trabajo, sino que también se aplicaba a los que debían conservar diques y canales así como propiamente a los empleados del Estado en labores manuales. A partir de la dinastía *HAN* se penaba al vagabundo con el destierro y la disposición de bienes.

En Babilonia: La pena de Muerte entre los Babilonios se prodigaba para las faltas que se consideraban más graves tales como La Calumnia, el falso testimonio, hurto, rapiña, encubrimiento, adulterio, incesto, y estupro. Dentro de este derecho penal observamos un fenómeno curioso, “La ley de Talión, o Ley de desquite equivalente” se aplicaba a las ofensas entre patricios y solo en casos de ofensas con los plebeyos sufre forma distinta por compensación. La Bíblica sentencia de ojo por ojo, diente por diente, preside toda la información jurídica del *Código Penal de Hammurabi*. Pero, sin embargo los recientes descubrimientos de leyes mucho más antiguas, como antes hemos visto, ponen de manifiesto que la ley de compensación, mucho más avanzada, ya había regido en La Mesopotamia, y que la entrada del Talión como retroceso se debió, sin duda alguna a elementos semíticos. La administración de Justicia penal, aunque ejercida por jueces nombrados por el monarca, era de iniciativa estrictamente privada.

Si no había denuncia o acusación no había formación de causa. Entre los quejosos existía el procedimiento de arreglar las diferencias privadamente, y si esto no surtía efecto, entonces se recurría a la justicia del Estado. Este concepto fue nuevo en la tradición jurídica de Mesopotamia, de importancia semítica también, y vemos que se va atenuando con el tiempo, hasta que llegan a aplicarse las leyes del reino por la administración de la justicia del monarca, aunque las partes no presten ayuda al Estado con denuncias o acusaciones.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

La base natural del juicio para poder resolver acertadamente, estaba en las pruebas, ya fueran testimoniales o documentales. Sin embargo era frecuente la prueba Ordalía dejada a la voluntad de las aguas del río. Este concepto bastante primitivo de la justicia, tiene su origen en la creencia del origen sobrenatural del derecho. Así era como la aplicaba el Código de Hammurabi.

En Asiría: Las normas penales se caracterizaron, como casi todo el derecho de esta cultura por su sentido militar. Además de la marcialidad inexorable con que se aplicaban estas leyes. Otra característica de ellas era su extremada crueldad. Las Penas que por delitos simples comenzaban con una exhibición pública en picota, podrían ir agravando e intensificando hasta llegar a los azotes, que se aplicaban de veinte a cien. Luego seguían una serie imaginables de amputaciones, como cortar la mano, nariz, orejas, castración, arrancar la lengua a los mentirosos, sacar los ojos a los rebeldes, empalamiento y decapitación. La Ordalía era frecuentemente aplicada en el esclarecimiento de los delitos, y el sistema mas usado era lanzar al río al delincuente para ver si era inocente o no, del delito imputado; igual suerte corría el acusador si no probaba su acción por otros medios, Se nota a rasgos generales que la ley penal Asiria era mucho mas primitiva y cruel que la Babilónica, que la había precedido en el tiempo, esto debido al carácter militarista de esta cultura, que significo una cisma de influencias decisivas en el poder creador de estos pueblos.

Ley Talionis: La original y severísima ley hebrea del Talión esta concebida en principios claros y cortos. Tiene su primen núcleo en el capítulo 21, versículo 23,25 del libro del Éxodo. Y dice en resumen así “Pagara vida primitiva, y en general se pagara ojo por ojo, diente por diente”. Dura como puede parecer a primera vista esta ley, sirvió muchísimo en el avance humanitario del derecho, pues ya por un golpe no arriesgaba a tomar una cruel venganza que pudiera terminar con una vida. Sin embargo, esta ley Talión, no se aplicaba a los esclavos sino únicamente a los hombres libres, podía ser disimulada en casos que fueran premeditados, ni serios, y que se admitiera una compensación. Originalmente era

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

toda la familia del delincuente la responsable por el delito que cometiera uno de sus miembros. Pero, se luchó con vigor contra esta disposición, hasta que se logró plasmar en el Deuteronomio, la norma que continuó rigiendo: No se hará morir a los padres por los hijos. Ni a los hijos por los padres, sino que cada uno morirá por su pecado.

En Persia: El más leve castigo que se aplicaba era el de los azotes. Estos variaban de cien a doscientos, y se imponían en diversas escalas: Al Homicida noventa, pero, al que matara a un perro pastor se le aplicaban doscientos azotes. Delitos que se consideraban serios recibían como pena castigos crueles como mutilaciones, marca de fuego, encegamiento, o la pena capital. La misma ley prohibía aplicar a cualquier individuo la pena de muerte por un delito simple. Pero esta decretada para los delitos de traición, violación, sodomía, asesinato, quemar o enterrar a los muertos, también por intromisión en las funciones del monarca, que abarcaba una gama inmensa, desde sentarse por error en el trono imperial hasta el pretender seducir a cualquiera de las mujeres del rey.

En los casos mencionados la aplicación de la pena era muy cruel, se aplicaban como penas: el empalamiento, la crucifixión, la lapidación, enterrar al sentenciado, y aplastar la cabeza entre grandes piedras, o sofocarlo con arenas o cenizas hirvientes, o mediante un solemne y cruel rito llamado "de las Barcas", que según *Plutarco* se aplicó al soldado *Mitridates* por orden de *Atajerjes II*. En cuanto a los delitos sexuales el código de Avesta era extraordinariamente severo, el Onanismo era penado aplicaban, azotes propinados en público y se los aplicaban tanto a mujeres como a los hombres que cometían el delito de promiscuidad sexuales o de prostitución. Los Persas castigaban la fornicación aun en casos de adulterio era susceptible de perdón por la parte ofendida si no se ha presentado aborto, pues en este caso la pena aplicable era la de Muerte.

En Arabia: Como en toda sociedad Teocrática, el castigo de las infracciones está reservado únicamente a Dios. Esto como un postulado general. Entre los Árabes más primitivos, el delincuente era expulsado de la tribu y quien lo encontrara vagando por el desierto podía matarlo si lo consideraba oportuno. La

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

base del derecho Criminal Musulmán, de la época posterior a las reformas Mahometanas, fue la ley del Talión, en parte atemperada por un primitivo sistema de compensación basado en multas, estas multas no eran fijas, sino que se calculaban según la gravedad del delito, la clase social y la especie del mismo. El hurto era castigado con mutilación de las manos; y en caso de reincidencia con la de una pierna. La calumnia sobre todo la del falso testimonio en un caso de fornicación era castigada con azotes en público. El derecho de aplicación de la pena del Talión en casos de homicidios la tenía únicamente los Musulmanes, los Cristianos, y los Judíos, sin embargo la aplicación de la ley del Talión no era indefectible, por que si lo quería la familia del ofendido o el mismo se podía aceptar una compensación pecuniaria, pero la comunidad aunque los ofendidos aceptaran la compensación castigaba con gran dureza el apostata, salvo que arrepintiera de su apostasía en publico y de acuerdo con un ceremonial, merecía la pena de muerte, al igual que el blasfemo para quien no cambia ningún arrepentimiento.

En Germania: Desde muy temprana época los Germanos ya hicieron sutiles diferencias en el derecho penal. Distinguiendo los crímenes que de manera directa se cometían entre toda la comunidad de aquellos otros que solo revelaban la perversidad de los otros miembros de otra comunidad. Recibían por pena la aplicación de la pena capital que se aplicaba de diferentes maneras entre los culpables estaban los que habían producido daño a algún individuo en particular. En este último caso los tribunales no podrían proceder de oficio sino que se necesitaba como imprescindible y esencial la acusación del ofendido y de sus parientes. Si el tribunal condenaba imponía al delincuente el pago de una multa que podía ser de diversas cantidades y que se dividían en dos partes no iguales. Una se destinaba como indemnización al ofendido, sus parientes y la otra al común o al monarca, según el caso.

Si algún delito de estos tendía a perturbar el orden público, entonces se permitía la venganza que fluctuaba en amplitud conociéndose hasta el derecho de matar al ofensor. Pero, este derecho de venganza, sustituido por un Talión

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

atemperado, no era una obligación ineludible del ofendido ni de sus parientes, lo que hace lejano creer que entre estos pueblos existiera un estado de perpetua hostilidad. Igual norma se aplicaba entre los hechos de sangre como sería en el caso de un asesinato en que la familia del muerto está obligado a vengar a sus parientes consanguíneos, podía acogerse a la compensación por lo cual el delincuente pagaba una determinada suma de dinero que había de ser entregada al común que dando a tocar la familia del ofensor esta obligada a pagar y satisfacción de la misma.

En La Esclavitud: La pena en el derecho esclavista, la sociedad esclavista es la más brutal y descarada forma de explotación del hombre por el hombre. Toda la historia de la sociedad esclavista es la historia de una furiosa lucha entre los amos y los esclavos, entre los pobres y los ricos, entre los que carecían de todos los derechos y de los que gozaban de innumerables privilegios. El aparato del Estado en la sociedad esclavista puede considerarse como una prolongación de los amos, organización de violencia utilizada por estos para sofocar los continuos levantamientos de las masas oprimidas, pero nunca como conciliador de intereses.

El derecho esclavista se caracterizaba por su manifiesta orientación clasista, en algunos de sus monumentos epigráficos se habla de justicia y de defensa del débil frente al fuerte, nada de eso se refería a los esclavos. El derecho los transformaba directa e inequívocamente en una masa oprimida y carente de derechos, en simple propiedad de los esclavistas. Este principio básico del derecho esclavista obtuvo su expresión más definida en la fórmula de los jurisconsultos romanos “Los esclavos” cosas son” (servi res sunt). Por eso, el robo de esclavos ajenos e incluso su sola ocultación se clasificaban de grave delito y se castigaba rigurosamente, ejemplo: con la pena de muerte en el código de Hammurabi en Babilonia.²⁶ Hernández Lezama, Ligia Domínguez. La Pena en el Derecho Criminal. Tesis. Págs. 1 y ss.

En la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano 1789 se formularon los principios básicos del nuevo derecho burgués. Proclamaba que *“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho”* que el hombre

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

posee” derechos naturales e imprescriptibles, que son: la libertad, propiedad, seguridad, y la resistencia a la opresión. Entre los derechos del hombre se asignaba el lugar central del derecho de propiedad. *“La propiedad es un derecho inviolable y sagrado”*. Uno de los principios fundamentales del derecho burgués era el reconocimiento formal de la legalidad, lo que en aquella época tenía un significado progresista. La burguesía dedicaba enorme atención a las garantías de la defensa del ciudadano en la esfera de la justicia penal por cuanto sin ellas no podía gozar de los derechos económicos y políticos.

En la declaración de 1789 se formularon ya las bases de la política penal burguesa; a saber: *“Todo lo que no esta prohibido por la ley, esta permitido. Nadie puede ser castigado mas que en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente a la comisión del delito y aplicada legalmente”*.

Estos principios fueron o se plasmaron mas tarde en el derecho de otros estados burgueses en las formulas clásicas *“La ley no tiene fuerza retroactiva”* *“no hay crimen sin ley, no hay pena sin ley”* *“Nullum Crimen Sine Lege”*, la declaración de 1789 proclamaba solamente que: *“Nadie puede ser acusado, arrestado, ni detenido mas que en los casos determinados por la ley y según sea la forma que ella ha prescrito”*. Aquí se establecía otro principio importante principio, conforme al cual toda persona se presume inocente hasta que no se estableciere lo contrario. *“La llamada presunción de inculpabilidad”*.

El derecho burgués que pretende a universalidad y humanidad general, reflejando en realidad la situación dominante de la clase de los capitalistas en toda la esfera de la sociedad, sancionó la libertad ilimitada de explotación del trabajo asalariado. En el derecho burgués como posibilidad abstracta de *“Hacer todo lo que no cause daño a otro”*. Significaba, ante todo, libertad de empresa, libertad de acumulación de capital. Erigido sobre la base de un individualismo manifiesto, el orden jurídico burgués contribuyó a que el obrero la parte económicamente débil del convenio cayera bajo el poder del propietario de los medios de producción, el capitalista.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Desde el punto jurídico formal, en la mayor parte de los Estados burgueses Francia, Alemania, República Latinoamericanas y otra cualquier decisión de los organismos que aplican al derecho debían estar basadas en la ley. Los jueces podrían únicamente interpretar y aplicar el derecho, pero no crearlo. Por ejemplo el código penal de Francia en su art 5. Indicaba que *“se prohibía a los jueces pronunciarse en forma de disposición general y reglamentaria sobre las causas sometidas a su examen”*. En el derecho burgués contemporáneo puede percibirse, por supuesto, fenómeno nuevo, condicionado por el progreso científico-técnico y formas elevadas de organización de la producción y la administración.

2-Concepto de pena.

2.1. Definición

Es el mal que el Estado impone, a través de sus órganos jurisdiccionales penales y de conformidad con la ley, al responsable de una infracción penal, en proporción a la gravedad de la misma y en virtud de una sentencia condenatoria. ²⁷ Zaffaroni

Eugenio Raúl. et. al Manual del Derecho Penal, Parte General Págs. 34 y ss.

2.2. Elementos de la pena.

a) Elementos legitimantes: son los que sustentan la misma teoría positiva de la pena que se elige, o sea que, asigna al poder punitivo un efecto social positivo mediante este legitiman (racionalizan o justifican), todo el poder delictivo y el control social punitivo. Así, si se afirma que la pena previene intimidando para que no se delinca, se deduce que es necesario retribuir talionariamente al que delinque; si se sostiene que la pena previene resocializando al delincuente, que se deduce que es necesario tratar al que delinque tanto tiempo como sea necesario o conveniente para naturalizar su tendencia al delito.

b- Elementos pautadores: se derivan necesariamente de los legitimantes. Son los que determinan cuando hay delito (es decir, cuando puede imponerse una pena) y en que medidas debe hacérselo (teoría de la cuantificación de la pena). En general, son los que mayor desarrollo doctrinario han alcanzado, por que son

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

los que mas interesan desde el punto de vista de la necesidad burocrática de resolver casos concretos y de litigar en los estrados judiciales. No puede negarse que se deducen de los elementos legitimantes, por que si se quiere intimidar o crear una sensación de confianza en los que no delinquieron será necesario convertir la lesión sufrida en un motivo para el talión; pero si se quiere resocializar a un sujeto al que se le considera con problemas de comprensión o de internalización de las reglas sociales dominantes, la lesión será solo un indicio de su personalidad reveladora de una necesidad de intervención punitiva reeducadora. Necesariamente, ambas ideas del delito y los respectivos criterios de cuantificación penal habrá de diferir en forma bien opuesta. Si lo que interesa retribuir, la lesión no solo es indispensable sino que el criterio para la pena; si lo que interesa es resocializar, la lesión es solo un indicio y puede ser reemplazado por otros indicios, o sea, pierde importancia.

c- Elementos Negativos: por lo general se los pasa por alto precisamente porque suelen tener naturaleza clandestina, dado que su función es legitimar por omisión todo el poder punitivo no manifiesto. De este modo, a partir de la teoría positiva de la pena adoptada, se sostiene que el poder que no responde a esos objetivos no es punitivo (penal) y por ende, se lo deja fuera del derecho penal (desde sus garantías y limites), con el efecto que puede ejercer ilimitadamente, a menudo por las agencias del poder ejecutivo. Así, si la multa no tiene objeto intimidatorio, no es cuestión de derecho penal; como no tiene objeto resocializador, tampoco es objeto del derecho penal. Esto significa que será administrativa y quedara fuera de las garantías penales. Como los niños y adolescentes son tutelados y no retribuidos ni resocializados, también quedaran fuera de las garantías y limites del derecho penal, al igual que los viejos, que los manicomializados, que los sometidos a servicios militares, y toda la población o gran parte de ella cuando la pena viene disfrazada de coacción directa administrativa, que es un hecho común en este tiempo y que la lucha contra el terrorismo potenció.

Hace de los penalistas la única agencia que trabaja para garantizar el ejercicio del poder ajeno, responde a que los elementos negativos son útiles para

evitar conflictos, porque le permite racionalizar la negativa a inmiscuirse en el ejercicio arbitrario del poder punitivo de los funcionarios ejecutivos. Es una forma de no ejercer poder para conservar uno más débil.

2.3. Característica de la pena.

a-La pena como mal.

Como es sabido, han faltado quienes han considerado la pena como un bien. Ya vimos en el tema correspondiente, la particular posición de la doctrina Correccionalista sobre este punto.

Asimismo, no hay desde el punto de vista del penado, como hacen los correccionalistas, sino en relación a otros aspectos o desde un plano distinto, se considera la pena como un bien moral, jurídico o social, en cuanto satisface elementales exigencias, dentro de estos campos, tendremos el restablecimiento del equilibrio deseable en los mismos y alterado por el delito.

Pero lo cierto es que la pena ha sido siempre, con las excepciones apuntadas, considerada como un mal, en cuanto que, ello es evidente, supone la privación o limitación de bienes jurídicos. La limitación o restricción de libertad o de determinados derechos y las sanciones pecuniarias son males con los que se castiga al delincuente, resultando inconcebible, si la pena no fue considerada como un mal, que el propio legislador emplee el termino castigo en la mayor parte de sus preceptos, aunque otras veces utilice las expresiones “incurrirá en la pena”, “será condenado” o “se impondrá la pena”, expresiones todas ellas a las cuales no puede concederse otro alcance que el meramente gramática o de estilo. En definitiva, el castigo se realiza a través de la imposición del mal que es la pena, aunque, a veces, la imposición del mal produzca, a la larga, efectos benéficos para el sujeto que lo sufre.²⁸ Arroyo de la Heras. Alfonso. Et. al. Manual de Derecho Penal. La Ley Penal.

La Pena Págs. 215 y ss.

b- Impuesta por el Estado.

Solo el Estado, en el ejercicio del “ius puniendi”, que le es propio, puede

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

imponer penas. Ya, el tratar de la evolución del Derecho penal, vimos como, superado el estadio de la venganza, como primera manifestación del derecho penal, el poder punitivo es asumido por las Sociedades, y luego, organizadas estas en Estados, por los mismos.

Este “ius puniendi” del Estado es combatido por la doctrina anárquicas, así como por algunas corrientes pacifistas que, en su forma mas pura, no pasan de ser simples utopías.

Ocurre, a veces, que, por la peculiar naturaleza de determinados delincuentes, el Estado abandona la posibilidad de ejercer la acción penal al ofendido o determinadas personas allegadas al mismo, pero ello no supone dejación del derecho de penar, sino la atribución, por razones de utilidad u oportunidad, de la titularidad de la acción a dichas personas, que podrán, no ejercer la acción o perdonando, evitando la pena que correspondería al delincuente, pero si no lo hacen así, salvado este obstáculo meramente procesal, la pena se impondrá, en todo caso, por el Estado.

Por otra parte, el Estado impone las penas por medio de órganos jurisdiccionales específicos a quienes les está atribuida dicha función y solo por ellos, lo cual es perfectamente lógico, ya que si la pena supone, evidentemente, una intromisión trascendental, sin duda la más traumáticas, en la esfera de los derechos individuales , es indudable que la tarea de su imposición deba encomendarse en exclusiva a un órgano de poder perfectamente diferenciado y limitado, evitándose, de este modo, injerencia de otros poderes.

Este elemental principio encuentra su consagración en el **arto. 158 de la Constitución política de Nicaragua**, en el que, después de establecer que la justicia emana del pueblo y se administra en su nombre por jueces magistrados integrantes del poder judicial, independiente, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley, se afirma: **“La justicia emana del pueblo y será impartida en su nombre y delegación por el Poder Judicial, integrado por los tribunales de justicia que establezca la ley”**.

c-Conforme a las disposiciones legales.

Los jueces y tribunales no pueden imponer otras penas que las establecidas por el legislador por el delito que se trate. Como dice *Puig Peña* “no puede imponerse a su arbitrio una pena escogida al azar entre el catalogo de la misma”. Este sometimiento a la legalidad es completamente lógico se lleva a cabo a través de la tipicidad y en virtud del principio de legalidad del “nulla poena sine lege”.

La pena a imponer por el juez o tribunal, en definitiva, tiene que ser la prevista por la ley penal para la conducta típica de que se trate y no otra.

d-Al responsable del delito.

Que la pena deba ser personal, es decir, que deba recaer solamente sobre el penado, sin que nadie pueda ser castigado por hechos realizados por otra persona es hoy día un principio indiscutible, aunque históricamente existan múltiples ejemplos de responsabilidad colectiva.

Este principio de personalidad de la pena, como hace notar *Cuello Calón*, fue recogida ya en las partidas. Ahora bien, como dice el autor que acabamos de citar, no obstante el fuerte arraigo que el principio de la personalidad de las penas en el derecho penal moderno, lo cierto es que la pena, sobre todo la privativa de libertad, repercute muchas veces sobre la familia del penado.

e- Proporcional a la gravedad del delito.

La proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito es puesta de manifiesto por el *P. Montes* al afirmar que una pena que excede de la medida necesaria para conservar el orden es injusta y, por el contrario, una pena insuficiente para el mismo fin produce, como consecuencia, la indefensión del derecho.

Esta característica de la pena es calificada por *Quintano* como más de “desideratum” que de realidad. La proporción entre la pena y el delito, siendo

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

conceptos heterogéneos, no pueden ser absolutas, equivaliendo tal ideal, dice citando a *Tissot*, a la cuadratura del círculo.

Pero lo cierto es que, aunque sea desde un punto de vista relativa, cabe afirmar esta relación de proporcionalidad, sin la cual el derecho punitivo devendría esencialmente injusto, traduciéndose en algo tan elemental como que a mayor gravedad del hecho debe corresponder una pena más grave, y al contrario. Lo que ocurre es que no pocas veces, por defectos meramente técnicos o por la supervivencia en las leyes penales de preceptos necesitados de una adecuada acomodación a la cambiante realidad social, conductas tenidas en el concepto público como menos grave o que producen una menor alarma social son sancionadas con mayor rigor que otras consideradas de mayor entidad. Ello no supone más que una exigencia de adecuación a la realidad o la corrección de imperfecciones técnicas, pero de ningún modo la negación del carácter de proporcionalidad de la pena.

f-En virtud de sentencia condenatoria.

La pena no puede imponerse sino a través del correspondiente proceso, con las garantías legalmente establecidas (**art. 34 Cn**), mediante sentencia firme condenatoria. En tanto esta no se produzca, rige el principio de presunción de inocencia, consagrado en el citado precepto constitucional.

3. Clasificación de las penas.

En general las penas se clasifican atendiendo a su gravedad (penas graves, penas menos graves), referida a los delitos dolosos y los delitos imprudentes.

Son penas graves: La prisión e inhabilitación que estén sancionadas en su límite máximo con penas de 5 á 30 años de prisión. De de los cuales podemos mencionar la pena de prisión que se le impone a los delitos dolosos de gran relevancia como: El Asesinato 15 á 20 años, Asesinato Agravado 20 á 30 años,

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Homicidio 10 á 15 años, Parricidio 15 á 20 años, Violación 8 á 12 años, Violación agravada 12 á 15 años, Terrorismo 15 á 20 años, Genocidio 20 á 25 años, Financiamiento ilícito de estupefacientes, sicotrópicos y sustancias controladas 10 á 25 años etc.

Son penas menos graves: Las penas de prisión e inhabilitación de seis meses hasta cinco años la privación del derecho a conducir vehículos motorizados y del derecho de tenencias y portación de armas y la residir en determinada lugar, superiores a un año, la multa proporcional, el trabajo en beneficio de la comunidad superior a treinta jornadas. Ejemplo ellos son penados: fraude sobre patente, modelo de utilidad o diseño industrial 1 á 2 años e inhabilitación especial para ejercer el cargo, Manipulación de precios del mercado de valores 3 á 5 años e inhabilitación por el mismo periodo, Gestión abusiva 1 á 3 años e inhabilitación, Trafico ilegal del patrimonio cultural 3 á 5 años, Contaminación del suelo subsuelo 2 á 5 años. etc. ²⁹ BITECSA, edición. Noviembre del 2007. Código Penal .de la Republica de Nicaragua. Págs. 20.

La Prisión, es la pena de privación de libertad con la cual se elimina al reo la posibilidad de fijar arbitrariamente su situación en el espacio, para lo cual se le recluyeren en establecimientos adecuados al efecto.

La pena de prisión tendrá duración mínima de seis meses y máxima de treinta años, por mandato constitucional, (**arto 37 Cn**).

4. Fundamento y finalidad de la pena.

La importancia de la pena tiene no solo jurídica, sino emocionalmente. En términos generales, pues puede afirmarse que el fundamento de la pena no es otro que el de impedir la realización de determinadas conductas descritas por legislador penal para la salvaguarda del mínimo ético indispensable para la convivencia social.

En cuanto a la finalidad de la pena, se ha venido distinguiendo tradicionalmente entre aquellas posturas que entienden que la pena se impone porque se ha delinquido simplemente, siendo entonces su finalidad la de

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

restablecer, en la medida de lo posible, el orden jurídico perturbado por el delito, y aquellas otras que considere que la pena se impone, mirando al futuro, para prevenir nuevas violaciones de la ley penal, bien en relación con el propio sujeto, bien en relación con aquellos que no habiendo delinuido todavía pudieran hacerlo.

La primera de estas posturas, según la cual se pena porque se ha delinuido, "*quía peccatum*", ofrece dos vertientes: Una de carácter moral o expiacioncita, en la que la pena se nos muestra como purificación de la culpa cometida, y otra de carácter jurídico o retribucioncita, en la que la pena no es más que una consecuencia del delito.

La segunda postura, según la cual se pena con el fin de prevenir la delincuencia, "*ut ne peccetu*", ofrece igualmente dos vertientes: La Prevención General y La Prevención Especial.

4.1. Sanciones que no tienen carácter de pena.

Con forme a lo dispuesto en el **art. 50 Pn** no se repuntan penas:

- a- La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza procesal penal.
- b-. Las multas y demás correcciones que, en uso de sus atribuciones gubernamentales o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados.
- c- La privación de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas.

4.2. La doble sanción del principio "*Non bis in ídem*".

Como afirma *Ernesto C. Manzano Moreno*, "la desvirtuarían de la aplicación estricta del dogma de la de la separación de poderse ha arrastrado consigo, en lo que ha la potestad sancionadora se refiere, una enorme confusión de fronteras en los campos de actuación del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial dentro del

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

ámbito del derecho sancionador".

Lo cierto es que la administración precisa, para el cumplimiento de sus fines, de un derecho sancionador que se ejercita por la misma sobre conductas que constituyen lo que se ha dado en llamar el ilícito administrativo, en contraposición al ilícito penal, objeto propio del derecho punitivo.

La existencia misma de la potestad sancionadora de la Administración lleva aparejada, como consecuencia, la posibilidad de que una misma conducta, por constituir al mismo tiempo un ilícito Administrativo y un ilícito penal, sea doblemente sancionada, vulnerando de este modo el principio "*non bis in idem*", hasta el punto que, como dice *García De Enterría*, la compatibilidad de las sanciones administrativas y las penas judiciales por un mismo hecho, sobre la base de una supuesta independencia de la potestad sancionadora de la Administración, ha llegado a ser principio tradicional en nuestro derecho.

Frente a esta realidad consagrada, expresamente, en algunas leyes que establecía determinadas sanciones administrativas sin perjuicio de la competencia de los tribunales y de la responsabilidad penal, en que se hubiera incurrido por los mismos hechos, la jurisprudencia del tribunal supremo, aunque solo de manera parcial, reconoció reiteradamente la improcedente vulneración del principio "*non bis in idem*", al declarar, en numerosos fallos, que, cuando una conducta hubiera sido ya sancionada por los tribunales de justicia, la "cosa juzgada" imposibilitaba una ulterior actuación de la Administración, en el ejercicio de su potestad sancionadora, sobre esa misma conducta, lo que suponía la admisión de la hipótesis contraria, es decir, la posibilidad que los tribunales sancionaran por parte de la administración, con lo cual, como queda dicho, el principio "*non bis in idem*", era reconocido jurisprudencialmente, sobre la base de "la cosa juzgada", solo de manera parcial y, por tanto, seguía siendo vulnerado.

El legislador ha seguido, como puede observarse, el tradicional criterio jurisprudencial de respeto, por parte de la Administración, a los hechos que el tribunal tenga o declare como cierto, sobre cuya única base podrá fundarse la

sanción administrativa en el caso de inexistencia de delito o falta.

De forma expresa el principio "non bis in idem", dentro de los derechos y libertades susceptibles de amparo, si bien el tribunal Constitucional tiene declarado que dicho principio va íntimamente unido a los de Legalidad y Tipicidad, Constitucionalmente impuestos, y tanto quiere decir cómo que no es admisible la duplicidad de sanciones, penal y administrativa, en aquellos casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento, quedando a salvo el derecho disciplinario de la Administración, compatible, por tanto, con la sanción penal en que aquellos supuestos en que entre la Administración y el sujeto exista una relación de "supremacía especial", como puede ser la relación de funcionario, servicio público, etc. ³⁰ Arroyo de la Heras. Op. Cit. Págs. 223 y ss.

5. Las formas imperfectas de ejecución.

Al estudiar la configuración de la antijuridicidad ya se explicó que un Derecho penal como el nuestro, vinculado a la protección de bienes jurídicos, no puede contentarse con intervenir cuando el daño ya está hecho: puede y debe hacerlo antes, si el riesgo es serio e inminente. Por otro lado, se dijo allí también que el injusto penal exige la confluencia de un doble desvalor: de acción y de resultado, los cuales deben aparecer, además, estrechamente unidos.

Conviene no olvidarlo ahora que analizamos las formas imperfectas de ejecución y nos toca determinar los criterios para señalar la frontera entre los actos antijurídicos y aquellos otros que todavía no contienen la lesividad requerida. Dependerá en todo caso de los principios político-criminales que cada uno asuma cuáles sean esos criterios y dónde situemos la citada frontera.

En el Código penal se introdujo una figura de extraño nombre: **delito imposible (arto. 30 Pn)** que sirve para castigar hechos como los siguientes: realizar prácticas abortivas en mujer no embarazada; no socorrer a la víctima de un accidente cuando ya estaba muerta; intentar la comisión de un homicidio mediante una pistola descargada, etc. Que actos como estos sean castigados o no depende de cuáles sean los principios político-criminales que rijan el sistema:

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

en un Derecho penal autoritario no causará demasiado inconveniente castigar el delito imposible, pero en un sistema penal democrático cuesta trabajo creer que esas conductas (por malas que sean) merezcan un castigo.

Con el fin de que se aprecie en su justa medida la relevancia punitiva de las figuras que vamos a estudiar a continuación, téngase en cuenta que la pena con la que aparece castigado cada delito es aplicable sólo cuando se ha consumado. Si el delito es intentado, la pena se rebajará, lo que implica.

5.1. La consumación como forma «perfecta» de ejecución.

Cuando hablamos de formas «imperfectas» de ejecución, nos referimos a casos en los que el autor no llega a realizar «perfectamente» la conducta descrita en el supuesto de hecho típico, pese a intentarlo. Por el contrario, cuando la ejecución sí es «perfecta» y la conducta coincide con ese supuesto de hecho, estaremos ante la consumación del delito.

En este sentido, aunque a primera vista pudiera creerse que el autor consuma la infracción cuando logra su propósito, ello no es exactamente así. Puede ocurrir que su fin último no coincida con la definición expresada por el legislador, sino que vaya más allá, y en ese caso el delito seguirá considerándose consumado cuando la actividad practicada se corresponda con el supuesto de hecho contenido en el tipo, in que tenga demasiada relevancia el logro por el autor de ese «plus» posterior, que recibe el nombre de agotamiento del delito. Esta observación tiene particular interés en relación con los delitos de peligro, cuya consumación no exige siquiera la lesión del bien jurídico, por mucho que quizá sea este el interés último del autor.

Una vez sentado que la consumación no depende tanto del proyecto criminal del sujeto como de los términos en los que el legislador ha plasmado la conducta en el tipo, conviene advertir que la determinación del momento consumativo no constituye siempre una cuestión pacífica, pudiendo incluso modificarse con el paso del tiempo en consonancia con la evolución de las concepciones jurídico sociales.

Por otra parte, el castigo de las formas imperfectas de ejecución plantea especiales inconvenientes en los delitos de peligro debido a que en ellos el legislador decide voluntariamente «anticipar» la consumación, invadiendo el terreno antijurídico que tradicionalmente se reserva a las formas imperfectas. Si quisiéramos castigar a quien intenta únicamente consumir un delito de peligro deberíamos invadir, a su vez, un terreno tan alejado de la zona de legítima intervención penal que la sanción carecería de justificación a la luz del principio de lesividad. En otras palabras: habríamos sancionado el «peligro del peligro».

a) El *iter crimines* y sus fases.

El recorrido que sigue el autor de un hecho delictivo desde el momento en que concibe la idea de cometerlo hasta el de la consumación se denominan expresión latina— *iter criminis*. Es claro que la imagen de un delincuente que actúa «paso a paso» es ideal, pues en muchos casos media solamente un instante entre la concepción de la idea y su ejecución; a efectos didácticos, sin embargo, conviene mantener esa imagen de un «iter» prolongado en el tiempo para así estudiar con mayor facilidad sus momentos esenciales. Anticipemos cuáles son: en primer lugar, cabe distinguir unos actos preparatorios (impunes) la tentativa (punible). Fase interna y otra fase externa; dentro de esta última, distinguiremos los actos preparatoria (impunes) la tentativa (punible).

a.1.) La fase interna: Al principio, el delincuente delibera en el arcano de su conciencia si va a cometer el delito y, una vez decidido, diseñará una estrategia para tal fin. Todavía puede estar tranquilo el sujeto, porque nadie salvo él mismo conoce su propósito; la observación exterior no le afecta, porque es incapaz de detectar lo que pasa por su cabeza. Por otra parte, tampoco parece conveniente que el Estado se inmiscuya en los pensamientos de las personas (por malos que estos sean) y por esta razón desde la época liberal se ha acuñado una máxima que encaja aquí a la perfección: «el pensamiento no delinque».

Por muy obvia que pueda parecer esta sentencia, basta profundizar un poco en su espíritu para darnos cuenta que podemos extraer de ella un mensaje

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

sumamente provechoso, a saber: que el aparato punitivo del Estado no puede castigar a nadie por lo que piensa, sino sólo por lo que hace; se fijará sobre todo en sus actos, y no tanto en sus (malas) intenciones. Algo que conviene tener presente a lo largo de esta lección, porque las formas imperfectas de ejecución se caracterizan, en su aspecto subjetivo, por requerir siempre la intención de delinquir. La consumación, esto es, el dolo; elemento subjetivo que se puede apreciar ya en esta fase interna, pues en ella nace, y que acompaña al autor hasta el final. Si es cierto que «el pensamiento no delinque» habrá que buscar entonces un criterio distinto del dolo para fundamentar el castigo de las formas imperfectas. Y habrá que buscarlo en la actividad exterior del agente, que asume por tanto un papel protagonista.

a.2) La fase externa: Cuando el *iter criminis* sale a la luz, realizando el sujeto actos que forman parte de su proyecto delictivo y que son observables desde el exterior, se entra en la fase externa del mismo, que culminaría, en su caso, con la consumación.

Al contrario que en la fase interna, cuyo carácter incógnito evita la intervención penal, en la fase externa nos enfrentamos ya al problema de dilucidar cuáles de los actos practicados deben considerarse punibles, teniendo en cuenta, a este respecto, los principios Político-criminales que rijan el sistema punitivo. Así, bajo los auspicios de un Derecho penal autoritario seguramente se considerará legítimo castigar cualquier atisbo de actividad exterior ampliando al máximo el área de punibilidad, hasta dejar fuera de ella tan sólo la fase interna (eso es lo que ha ocurrido, en cierto modo, con el Derecho penal español de la posguerra). Por el contrario, en el marco de un Derecho penal democrático, como lo es el nuestro en la actualidad, tiene que señalarse un punto de inflexión dentro de la propia fase externa que nos sirva para separar con claridad, a su vez, la fase de mera preparación y la fase ejecutiva, circunscribiéndose a esta última la legítima intervención penal.

³¹ Gómez de la Torre. Ignacio Berdugo. Et. al . Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Págs. 273 y ss.

Formas imperfectas de ejecución punibles

5.2. Penalidad por frustración. El arto. 28 Pn

“Hay frustración cuando la persona con voluntad de realizar un delito, practica todos los actos de ejecución, que objetivamente debería producir el resultado y sin embargo este no se produce, por causas independiente y ajenas a la voluntad del sujeto”.

Hay frustración cuando la persona, con la voluntad de realizar el delito, practica todos los actos de ejecución que, objetivamente deberían de producir el resultado, pero este no se produce por causa ajena a la voluntad del sujeto.

Se diferencia fundamentalmente de la tentativa en que en la frustración el autor hace todo lo necesario para la consumación del hecho pero no llega a consumarse por causas independientes de su voluntad. En la tentativa el autor no hace todo lo necesario por causas independientes a su voluntad, haya un factor externo que le impide continuar su actuación. En cambio en la frustración el factor externo le impide la consumación del hecho punible. Solamente cabe frustración en los tipos de resultado material, es decir, en aquellos delitos en los cuales hay una separación entre lo que el autor hace y el resultado. El autor haciendo todo no llega a consumar el hecho y para que eso ocurra tiene que haber un espacio de tiempo entra la actividad del autor y el resultado. La consumación no llega a producirse porque si bien el autor hace todo lo necesario algo se interpone.

La frustración tiene un tipo objetivo y un tipo subjetivo.

a) Tipo objetivo: Se conforma de los siguientes elementos:

- Que el autor haya hecho todo lo necesario para consumar el delito. No es suficiente que el autor comience a actuar, tiene que hacer todo lo necesario. Pero, ¿cómo se determina si una persona hace todo lo necesario? Conforme al juicio del hombre medio.
- Que exista el peligro concreto para el bien jurídico. Un peligro real, el bien jurídico entra en conmoción. Por eso es un tipo de resultado material, ese resultado es el peligro concreto; en cambio, en la tentativa como basta el

simple comienzo de ejecución pareciera que son tipos de mera actividad, que se perfeccionan con la sola conducta (comenzar a actuar). Hace falta, como dice el español *Rodríguez Montañés*, afectar al bien jurídico, que entre en conmoción.

Ej. La señora que deja veneno en una taza de café para que el esposo se la tome en la noche cuando llegue, pero la policía a las 10 a.m. descubre todo y detiene a la mujer. Ella hizo todo lo necesario, pero no basta porque no hay peligro para el bien jurídico, todavía hace falta afectarlo entonces no hay frustración. Falta la actividad en ese caso.

b) Tipo subjetivo: Es igual al tipo consumado, no hay diferencia alguna. La diferencia se da en el tipo objetivo. Ej. El autor dispara contra la víctima y falla (homicidio frustrado) el elemento subjetivo es el conocer y querer lo que se hizo y querer continuar.

El resultado casi siempre depende del azar. Ej.: Yo disparo y fallo o disparo y la persona queda en estado vegetal. En este caso se presenta un homicidio frustrado y se rebaja la pena. Según el profesor *Juan Luis Modolell*, debería dejarse a criterio del juez disminuir la pena o aplicar la misma pena del delito consumado en razón de la mayor o menor proximidad al bien jurídico, le parece injusto que una persona que logre matar tenga una pena distinta a la que dispara y deja a otra en estado vegetal cuando el resultado dependió del azar solamente. El autor resulta beneficiado injustamente.

Esto lo ha tomado en cuenta nuestro legislador, y lo ha incluido en el **art. 28, párr. 2ºPn**: *“El autor de un delito frustrado, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y la culpabilidad del sujeto, a criterio del juez, le será impuesta una pena atenuada cuyo limite máximo será el inferior de la pena que merezca el delito consumado y cuyo limite mínimo será la mitad de este”*.

5.3. Penalidad por tentativa, el art. 28 Pn, inc. c.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

“Hay tentativa cuando el sujeto, con la voluntad de realizar un delito da principio a su ejecución directamente por hecho exteriores, pero solo ejecuta parte de los actos, que objetivamente puede producir, la consumación por cualquier causa que no sea el propio y voluntario desistimiento”. La tentativa es la acción incompleta de la conducta tipificada en la ley penal, el sujeto de principio a la ejecución del hecho delictivo, por actos exteriores, pero solo ejecuta parte de ellos, por cualquier causa que no sea el propio y voluntario desistimiento. ³² BITECSA, edición,

Noviembre de 2007. Op. Cit. Págs. 11 y ss.

Los delitos imperfectos se caracterizan y se diferencian por la parte subjetiva. Ej. Alguien dispara contra la víctima y la causa una herida, ¿cómo se sabe si es homicidio frustrado o lesión? Ya que objetivamente es lo mismo. La diferencia radica en la intención del autor, ésta intención va a ser la que permita diferenciar el delito y por ello es la parte central de los delitos de imperfecta realización. Esto sin embargo no quiere decir que en estos delitos no haya una parte objetivo, si la hay.

a) Tipo objetivo de la tentativa: Requisitos para que se dé el tipo objetivo:

- Que exista un comienzo de ejecución: este comienzo es lo que va a distinguir la tentativa del acto preparatorio. Ej. El autor coloca la mano encima de la pistola que tiene en el bolsillo y la va a sacar, hay que determinar si es un acto preparatorio o el comienzo de un homicidio.
- Que el autor no haya hecho todo lo necesario para consumir el tipo penal: ésta es la característica principal que distingue a la tentativa de la frustración.
- Cuando la persona deja de realizar el tipo por causas dependientes de su voluntad, hay desistimiento, el cual no se castiga. Se deja de actuar por una causa independiente de su voluntad, que impide que el delito continúe y se castigue como tentativa de delito.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Para determinar cuándo se comienza la ejecución, existen tres teorías:

a.1.) Teoría objetivo formal: Según esta existe comienzo de la ejecución cuando el autor comienza a realizar el verbo típico, es decir, todo delito penal posee un verbo, no matar, etc. Todos éstos son verbos, cuando el autor empieza a realizar el verbo, comienza lemas: en primer lugar no me dice cuando comienza la ejecución, ya que lo que queremos saber es si por ejemplo cuando coloco la mano en la pistola, cuando apunto o cuando jalo el gatillo y sale la bala. En segundo lugar, si se aplica estrictamente esta teoría, el ámbito de punibilidad quedaría muy restringido, pues según esta teoría el homicidio comienza cuando la bala hace contacto con la víctima, los demás serían actos preparatorios, y esto es absurdo, por lo que esta teoría no sirve.

a.2.) Teoría subjetiva: Creada por un autor alemán de finales del siglo XIX llamado *Von Buri*. Hay comienzo de ejecución, cuando el autor considera que comenzó el hecho, es decir, se atiende al contenido subjetivo de la persona, al plan del autor. Es un criterio subjetivo, se indaga cuando el autor lo quería matar. Esta teoría tampoco es aceptable, porque obviamente para el autor el delito comienza mucho antes. Ej. El Francotirador que va a matar a alguien, llega al sitio tres días antes para preparar el crimen, para él ya comenzó el homicidio. Por ello esta teoría no es aceptada. Aparte algunos autores sostienen que esta teoría presenta un problema con el principio de legalidad pues esto no se está en la ley y es un criterio muy amplio.

a.3.) Teoría objetiva material: Teoría mixta que combina las dos anteriores. Según ésta para determinar cuando comenzó la ejecución se debe atender a dos criterios. En primer lugar, al plan del autor y en segundo lugar, tiene que haber una relación de inmediatez entre el acto del autor y el verbo típico. Ej. Atendiendo al plan del autor, lo primero que hace el fiscal del ministerio público es investigar, como el autor quería realizar el hecho, porque dependiendo de cómo esa persona quería realizar el hecho varía el alcance del tipo penal. Si una persona que quiere matar a otra coloca una trampa escondida para que el sujeto cuando pase caiga y

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

se muera por inanición, si ésta es la intención, desde el mismo momento en que cae, hay comienzo la ejecución del homicidio, pero si la intención del sujeto era que una vez dentro de la trampa, el sujeto le diere un tiro más tarde, esa caída en la trampa es solo un acto preparatorio del homicidio. Objetivamente, es el mismo hecho pero varía el plan del autor. En el primer caso, si lo agarran lo castigan por tentativa de homicidio, en el segundo si lo capturan antes de matar, lo castigan por el acto preparatorio, que en este caso es punible, que es privación de libertad.

Además hace falta que exista esa relación de inmediatez, que comience a ponerse en peligro el bien jurídico. Ej. Mi plan es matar a la víctima con una pistola que llevo en el bolsillo, en el momento que pongo la mano para sacarla del bolsillo, ya hay comienzo de ejecución pues existe una relación de inmediatez, inmediatamente después de colocarme la mano en el arma iba a disparar, si en ese momento la policía me agarra, no es un acto preparatorio, sino tentativa de homicidio, ya comenzó el hecho por lo que estamos dentro del ámbito de lo punible.

b) Tipo subjetivo de la tentativa: Implica el dolo del autor, solo se castiga la tentativa de ejecución de los delitos dolosos, por lo tanto hace falta el dolo del autor. Ese dolo de la tentativa tiene dos características principales.

En primer lugar, en la tentativa el dolo se refiere a lo que el autor hizo hasta el momento en que no pudo continuar el hecho. El dolo del autor tiene como objeto que la persona quiera realizar lo que hasta ese momento realiza. Ej. Si el autor se pone la mano en el arma y lo detiene la policía porque este iba a sacarla para dispararla, el dolo del autor consiste en que el sepa que está tomando el arma y que quiera tomar el arma. Ésta es la primera fase del dolo. En segundo lugar se agrega el elemento subjetivo del tipo o que implica que el autor quiera continuar la ejecución, pues si no quiere continuar no hay siquiera tentativa. Si yo rompo la ventana del carro para romperla y no para robar, habrá delito de daños a propiedad privada, lo que muestra que hace falta que se quiera continuar el hecho. Eso es adicional al dolo.

c) Tentativa inidónea: El término tentativa se utiliza en un sentido amplio como sinónimo de delito imperfecto. El nombre correcto debería ser de "delito imperfecto inidóneo o como lo llama nuestro Código "delito imposible". Consiste en una conducta que analizada "ex post", después de que ocurrió (viendo la actividad en retrospectiva) se determina que desde que comenzó la acción no se podía consumir el tipo penal. Ej.: Tratar de matar a alguien con brujería, con veneno insuficiente o disparar donde se cree que está la víctima y no está.

Después que se observó todo el hecho se puede afirmar que era imposible realizarlo. Como una película sobre el robo de una joyería en la que nosotros los espectadores ya sabemos que cuando lleguen los ladrones no va a ocurrir nada porque la mercancía se la habían llevado de ahí el día anterior. En la realidad no podemos apreciar los planos simultáneamente por eso lo que hay que analizar es la conducta del autor y meterse en la cabeza del autor conforme al juicio medio para determinar todo el análisis del delito. Lo que ocurre es que con la tentativa, como todo delito el análisis es ex antes (hasta el momento en que el autor actuó), la imputación depende sobre todo de lo que hizo el autor o de lo que podía conocer hasta el momento en que actuó porque todo lo que viene después es accidental. Por eso el juicio o la imputación de hecho se hace hasta el momento en que la persona efectivamente actuó. Este juicio ex ante es el relevante cuando se analiza un delito.

d) Formas de fundamentar el castigo de la tentativa inidónea. Según *Santiago Mir*, en todo delito es esencial el peligro ex ante por lo tanto lo fundamental para castigar es si la conducta es peligrosa (para una persona media) "ex ante", aunque "ex post" no lo sea. Ej.: Si se intenta matar a alguien pero el veneno era insuficiente, "ex ante" el veneno es apto para matar y la conducta por tanto peligrosa. Es inidónea porque si se observa todo desde el final, la conducta no podía producir la muerte, pero como ya hemos dicho el análisis no es así, hay que tomar en cuenta solamente lo que el sujeto iba a realizar. El delito se realiza de la conducta al resultado, lo que hace el juez es ponerse en la cabeza del autor

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

e imaginarse el delito para ver si se imputa o no el hecho. El análisis se realiza de la conducta al resultado porque sino no se podrían castigar muchos hechos.

Siempre que la conducta sea peligrosa ex ante hay tentativa punible, sea inidónea o idónea, Se castiga por todo el problema de la prevención general, las normas operan intimidando, el peligro ex ante es el relevante para castigar. La persona que trate de matar por brujería no va a lograr nada, ex ante no hay peligro y por eso no se castiga ese hecho. Alguien que crea que dándole agua a una persona ésta a la larga se va a morir es una tentativa inidónea ya que este acto no va a ocasionar la muerte. Ex antes no había peligro, no se castiga. Esta teoría parte por ejemplo de la afirmación del comienzo del hecho punible por medios apropiados ex ante. 2. Teoría de la repetición. *Juan Luis Modolell* explica que una vez ocurrido el hecho el juez debe repetir el mismo variando ligeramente (modificación circunstancial espacio-tiempo sobre todo) las circunstancias y si haciéndolo había la posibilidad de consumir el hecho, esa tentativa idónea se castiga (llamada tentativa idónea relativa), en cambio, si variando las circunstancias era imposible lograr la consumación hay tentativa inidónea absoluta y ésta no se castiga. Ej. El caso de la joyería sería tentativa inidónea relativa, ya que variando el tiempo, si los ladrones hubieran llegado antes, hubieran podido realizar el hecho punible.

5.4. El Desistimiento.

Por tratarse de una forma imperfecta de ejecución, la tentativa se caracteriza (en negativo) por la ausencia de producción del resultado. Así lo atestigua el **artículo 29 del Código penal** al exigir que éste no se produzca «por causas independientes de la voluntad del autor»; el legislador exige que el sujeto intentase seriamente la lesión del bien jurídico pero advierte también que la causa de la frustración del intento debe ser distinta a la propia voluntad del autor, o lo que es lo mismo: cuando el agente neutraliza el riesgo que ya ha creado, abandonando el intento o actuando de manera que la víctima no sufra el daño previsto, el legislador opta por conceder la generosa recompensa de la impunidad,

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

siguiendo el viejo principio político-criminal que reza: «a enemigo que huye: puente de plata». Así lo establece el **apartado 2º del artículo 29 del Código penal** al decir que *«si en el hecho intervienes varios sujetos, quedan exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que voluntariamente desistan de la ejecución e impidan o intenten seriamente impedir la consumación. »*.

Podría ocurrir, no obstante, que los actos realizados con anterioridad al abandono tuvieran ya carácter de delito y en tal caso la exención de pena se referirá únicamente al proyecto abandonado, pero no como es lógico a1 delito que ya se ha perfeccionado.

Al requerirse la voluntariedad en el abandono del proyecto criminal no se está exigiendo en modo alguno que el sujeto se arrepienta internamente de su mala acción, sino que exista una decisión libre y no motivada por la aparición en el transcurso de la ejecución de circunstancias que estén entorpeciendo la consumación. En efecto, para que el desistimiento opere como causa de exclusión de la punibilidad se requiere que la ejecución fuera factible y que, debido a una reflexión de última hora, sea el propio autor quien abandona su proyecto; si, por el contrario, esa «buena voluntad» aparece inducida por las circunstancias entorpecedoras que dificultan seriamente la consecución del objetivo, entonces no se puede decir que la ausencia de daño se debiera a la propia voluntad del autor sino justamente a la aparición de esos inconvenientes. En tal caso, el Derecho penal no valora positivamente el abandono y sigue considerando punible la conducta del sujeto.

El Código penal ha introducido una importante novedad al orientar la exclusión de pena en estos casos hacia el criterio subjetivo de la responsabilidad personal, relegando un tanto la exigencia objetiva de la evitación del daño. En efecto, dice el legislador que, *«si en el hecho intervienes varios sujetos, quedan exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que voluntariamente desistan de la ejecución e impidan o intenten seriamente impedir la consumación. »* aunque a la postre su buena voluntad resulte del todo vana porque la consumación se produzca.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Resulta sorprendente, no obstante, que cuando alguien comparte la ejecución del hecho con otros pueda beneficiarse de la impunidad incluso sin evitar el resultado y que cuando actúa solo, por el contrario, no baste con un intento serio, firme y decidido de impedir la consumación; una valoración tan desigual de sendos «arrepentimientos» igualmente loables e ineficaces carece de sentido. Quizá hubiese sido más conveniente una regulación similar de ambas modalidades de desistimiento, aunque sin adoptar unas reglas tan rígidas como las contenidas en el **artículo 29 del Código penal**, esto es, flexibilizando la respuesta punitiva para que el juez valorase la voluntad de neutralización del riesgo y pudiera atenuar o no la pena en cualquiera de los casos.

Si voluntariamente desiste el agente de continuar en la tentativa, solo incurre en pena cuando los actos ya realizados constituyan, de por sí otro u otros delitos o faltas.

Si bien siempre que se comienza a actuar se entra en el ámbito de la punibilidad, aquí la persona desiste voluntariamente antes de realizar el hecho punible y por lo tanto se le perdona. El primer punto en relación a esto se refiere al por qué se le da esta salida al autor. Existen varias teorías. Se premia al delincuente si desiste y no realiza el hecho. *Modolell* piensa que la razón es de política criminal, de conveniencia, se le deja al autor esa salida de desistir y no ser castigado. Se le castiga por lo que hasta ese momento (del desistimiento) era punible, era delito en sí mismo. Ej. El autor entra a una casa a robar ya mitad de camino desiste, no responde por tentativa de hurto pero sí por violación de domicilio o daños al entrar.

El punto central del desistimiento es cuando se puede catalogar como voluntario. Para entenderlos vamos a dar los siguientes ejemplos: Caso 1: el sujeto va a robar un auto pero va llegando la policía y huye sin robarlo. Caso 2: el sujeto apunta a la víctima, ésta se pone a llorar y no la mata.

En los dos casos hay desistimiento, si es voluntario no se castiga la tentativa y si es involuntario sí se castiga la tentativa.

Para determinar esto existen varias teorías:

- La fórmula de *Frank*: el desistimiento es voluntario, no se castiga la tentativa, cuando el autor puede continuar el hecho pero no quiere hacerlo. Sería involuntario cuando el autor quiere continuar la ejecución pero no puede hacerlo. Es una fórmula de carácter psicológico. Tiene sentido en la teoría, en abstracto, pero en la práctica presenta problemas: por ejemplo en el caso 1, el ladrón que ya abrió la puerta del carro para robárselo y escucha las sirenas de la policía a una distancia bastante larga, todavía tiene tiempo para llevarse el vehículo; podría continuar y no quiso hacerlo por razones de precaución, no se debería catalogar como voluntario porque un policía le impide realizar el hecho. Entonces se puede llegar a soluciones injustas: el ladrón puede alegar que él podía llevarse el carro y no lo hizo.
- Fórmula de carácter valorativo: *Roxin* pensaba que el desistimiento es voluntario cuando contradice la normalidad del delincuente. Es involuntario cuando se adecúa a dicha normalidad. ¿qué quiere decir normalidad del delincuente? El delincuente medio siempre actúa de una forma determinada, por lo tanto cuando en el caso concreto contradice esa forma de actuar, el desistimiento es voluntario. Por ejemplo en el segundo caso, un delincuente normal no desistiría cuando la víctima se pone a llorar. Pero en el primer caso, un delincuente medio, queriendo que no lo capturen, se iría cuando oye las sirenas de la policía, entonces en este caso sería involuntario, precisar en ese modelo el delincuente medio es bastante difícil en la práctica, porque ellos actúan de formas muy diversas.
- La posición correcta para *Modolell* es la de *Muñoz Conde*, la teoría de la valoración del motivo. Para determinar cuando un desistimiento es voluntario o no hay que valorar el motivo del autor para desistir. La valoración consiste en determinar si el autor manifiesta su voluntad de volver a la legalidad.
- Puede ser que el delincuente no esté pensando en volver o no a la legalidad, hay que valorar positivamente al motivo. Por ejemplo, en el caso

2, el autor se conmueve y no mata, refleja externamente su voluntad de volver a la legalidad pero puede que no esté pensando que el derecho hay que respetarlo. En cambio, el que huye porque escuchó la policía no refleja su voluntad de ninguna forma de volver a la legalidad, si tuviera la oportunidad de volverlo a hacer lo hace.

El desistimiento es distinto si se trata de la tentativa o de la frustración: El desistimiento de la tentativa implica simplemente que el autor no continúe en la ejecución del hecho. Ej.: Autor apunta a la víctima, desiste al no disparar. El desistimiento en la frustración implica que el autor revierta el curso causal. Además tener éxito haciéndolo, sino respondería penalmente. Ej.: el autor le da el veneno a la víctima, desiste al darle el antídoto.

6. Autoría y participación

Los hechos delictivos no son necesariamente obra de una sola persona. Por el contrario, suelen tomar parte en ellos distintos sujetos. Esta circunstancia nos plantea importantes problemas, pues es preciso diferenciar los grados de responsabilidad penal en base a las aportaciones que realice cada uno de ellos, de tal forma que habrá sujetos que recibirán la totalidad de la pena amenazada, otros que al realizar contribuciones secundarias, estarán más alejados de los aspectos fundamentales del delito y, por lo tanto, podrían llegar a recibir una pena menor y, por último, sujetos cuya responsabilidad penal es totalmente inexistente.

La problemática de la autoría y participación no es nada pacífica en la doctrina penalista. Por ese motivo, expondremos muy brevemente los aspectos esenciales de la evolución del concepto de autor, para intentar comprender de esa manera la regulación actual. En nuestro ejemplo, vemos que se llevan a cabo muchas conductas, algunas de ellas caracterizables como delictivas (delitos de lesiones, omisión de socorro, etc.). Para alcanzar el resultado interviene un importante

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

número de personas, pero sus contribuciones son bastante desiguales, lo que nos lleva a preguntar si la respuesta penal debe señalar en estos casos algunas diferencias.

Concepto unitario. La primera respuesta doctrinal al problema de la pluralidad de sujetos en un hecho delictivo consiste en la no diferenciación entre autores y partícipes. Al enunciarse el concepto unitario de autor, prevalecía la teoría de la equivalencia de las condiciones y se consideraba que las aportaciones de todos los intervinientes en el hecho debían poseer una relación causal con el resultado. El concepto unitario de autor sostiene que todos los sujetos que intervienen de una u otra forma en el hecho punible.

7. Unidad y pluralidad del delito.

Aunque hasta aquí se ha explicado la teoría del delito de acuerdo con el tema unitario: una acción un hecho delictivo, no es infrecuente que en la realidad aparezcan casos en los que estos elementos se pluralizan, complicando la solución judicial de la cuestión. Se trata de un fenómeno cuya correcta comprensión exige aclarar, antes de nada, cuál es el significado que otorgamos a la “unidad de acción”, ya que este es el punto de partida para determinar después cuándo estamos en presencia de una o varias acciones concurrentes.

Siguiendo una concepción estrictamente naturalista (no jurídica), habría que entender por acción “todo movimiento humano guiado por la voluntad»; es muy posible que esta acepción sea útil a quienes trabajan en otros campos científicos, pero enseguida comprobaremos que resulta absolutamente inservible en el ámbito jurídico-penal. Veámoslo con un sencillo ejemplo: si un sujeto, con intención de matar a otro, dispara varias veces sobre él sin lograr su propósito hasta que efectúa el último disparo, podremos decir seguramente que ese sujeto ha realizado varias acciones (porque aprieta el gatillo otras tantas veces), pero no parece razonable que desde un punto de vista jurídico penal valoremos todas y cada una de ellas de tal forma que castigemos a nuestro autor por haber cometido varios homicidios intentados y, además otro consumado. Y no es

razonable valorar las cosas de ese modo porque no nos interesa solamente cuántos movimientos hizo el dedo del autor sino también cuál era su intención, su voluntad antijurídica; teniéndola en cuenta resulta que las múltiples acciones «naturales» se unifican en el plano jurídico-penal dando vida a un solo hecho: exactamente un homicidio consumado. Es más, si quisiéramos conducir la solución del problema situándonos de manera estricta en el plano natural habría que considerar que las acciones realizadas por nuestro autor no son varias, sino infinitas: tantas como los movimientos musculares requeridos para dirigir el dedo hacia el gatillo y apretarlo. Sin embargo, esta conclusión puede satisfacer a los físicos, pero no a los penalistas, porque lo nuestro no es la descripción de un fenómeno natural, sino su valoración jurídica.

Además del dolo, deberá tenerse en cuenta también un elemento básico de todo tipo penal: el bien jurídico. Puesto que la pena quiere cubrir todo el desvalor del hecho habrá que estar atentos a los intereses lesionados por la acción o acciones del autor para determinar si el hecho se considera uno o varios.

Como se tendrá ocasión de comprobar, las combinaciones posibles entre “hecho” y “delito” abarcan desde la confluencia de varios hechos diferentes para dar vida a – también – varios delitos (concurso real), hasta los casos en que de un sólo hecho se deriva la comisión de varios delitos (concurso ideal), para finalizar con otra figura tan discutida como el delito continuado, cuya peculiaridad consiste en que varios hechos dan vida a varios delitos, pero jurídicamente se unifican en uno solo continuado.

7.1. Concurso real.

Cuando un sujeto realiza varias acciones punibles de las que se deriva la comisión de otras tantas infracciones, se habla de concurso real. Piénsese en el caso de quien, enzarzado en una pelea, apuñala a varios de sus contrincantes; aparte de que naturalmente se observan varias acciones (puñaladas), lo verdaderamente decisivo es que cada una de ellas lesiona un objeto diferente, como lo es el cuerpo de cada persona, que constituye el sustrato material del bien

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

jurídico “salud”, lo cual permite concluir que el autor del hecho ha vulnerado otras tantas veces el precepto penal que prohíbe causar lesiones a otro. En otras palabras: cada uno de los contrincantes es, a efectos del tipo, un “otro”, y su lesión procede de una acción directamente dirigida contra él, apareciendo al unísono los elementos objetivo y subjetivo que se requieren para dar vida a un delito doloso de lesiones.³³ Gómez de la Torre. Op. Cit. Págs. 280 y ss.

Cuando los distintos hechos no se cometen simultáneamente – como en el caso anterior, sino a lo largo de un determinado período de tiempo, el enjuiciamiento conjunto de todos ellos (que será lo que dé lugar al concurso real) depende de la aplicación de una serie de normas procesales, entre ellas cabe destacar dos: en primer lugar, resulta obligado unificar el procedimiento si los hechos fueron ejecutados por dos o más personas en diversos lugares o tiempos, previo concierto entre ellas; en segundo lugar, a falta de otro criterio, será el propio tribunal el que determine si existe analogía o relación entre las infracciones con el fin de enjuiciarlas o no en un solo proceso.

En la medida en que el concurso real supone la comisión de varios delitos distintos, lógico es pensar que su autor va a ser castigado con la pena correspondiente a cada uno de ellos, de manera que habrá que sumarlas hasta hallar la pena total a cumplir. Esa es, en efecto, una regla básica de aplicación de la pena en estos casos, que aparece expresamente recogida en **el arto. 82 Pn**, el cual añade, sin embargo, la posibilidad de que el autor cumpla simultánea y no sucesivamente las distintas penas siempre que por la naturaleza y efectos de las mismas ello fuera posible. Pues bien, no lo es en absoluto cuando se trata de penas de prisión o de penas pecuniarias, pero sí puede serlo cuando confluyan penas privativas de libertad con otras limitativas de derechos, pues el período que el sujeto permanece en prisión sirve a ambos efectos. Cuando el cumplimiento simultáneo no sea factible, el **arto. 82 Pn** se encarga de establecer que se cumplan las penas siguiendo un orden de mayor a menor gravedad.

Siendo regla básica en este campo, pues, la acumulación de las penas (cada una de las cuales aparecerá consignada en el fallo de la sentencia), el legislador

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

ha querido, sin embargo, limitar el cumplimiento efectivo de esa suma de sanciones (que podría alcanzar los 100 o 200 años de prisión), estableciendo en el Código unos topes máximos de carácter absoluto o relativo.

a) Limitaciones absolutas. El **Pn** establece que el tope máximo de cumplimiento es, en principio, de 20 años. Sin embargo, este tope se eleva cuando alguno de los delitos cometidos sea de especial gravedad, para lo que se tiene en cuenta la pena prevista en el tipo (esto es, despreciando las rebajas de pena que pudieran haberse aplicado al sujeto concretamente condenado por ser cómplice, semiinimputable, etc.): si aquella fuera de hasta 20 años (**p. ej. el asesinato del arto. 140, Pn**) el tope máximo de cumplimiento se sitúa en los 25 años; y si la pena prevista en alguno de los delitos alcanzan los 25 años (caso del asesinato agravado del arto. 140, Pn), el topé llegará hasta los 30 años.

Estas limitaciones rigen incluso si las penas se aplicaron en distintos procesos pero pudieron haberse enjuiciado conjuntamente siguiendo las reglas de “conexidad” previstas en el Pn.

b) Limitaciones relativas. Por debajo de los límites máximos opera a su vez otra limitación que depende de las penas concretamente impuestas al sujeto por los distintos delitos (y no la pena abstracta, como en la anterior), debiendo cumplir como máximo el triple de la más grave.

Ha de tenerse en cuenta, por lo demás, que el **art. 81, párr. 3º Pn** permite eludir estas limitaciones si el período de cumplimiento resultante de su aplicación fuese inferior a la mitad del total, pero sólo a los efectos de calcular los beneficios penitenciarios y la libertad condicional. Queda claro, en todo caso, que se trata de una posibilidad que el legislador pone en manos del juez, sin obligarle a adoptarla.

7.2. Concurso ideal.

Se conoce con el nombre de concurso ideal la confluencia de dos o más infracciones delictivas ocasionadas por una sola acción del sujeto. Un claro ejemplo de ello es lo que ocurre cuando se realiza una acción imprudente: aunque

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

los resultados sean múltiples, todos ellos provienen de una sola acción infractora del deber de cuidado. Pero también se da el concurso ideal entre delitos dolosos; por ejemplo: si un sujeto se resiste a la detención policial ocasionando lesiones al funcionario, aunque la acción realizada sea única (piénsese, para mayor claridad, en un solo puñetazo), las infracciones que nacen de ella misma son dos, a saber: por vulnerar el bien jurídico salud cabe hablar de un delito de lesiones; pero comoquiera que el sujeto pasivo de esas lesiones tiene la condición de agente de la autoridad, aparece además un segundo delito: de atentado, cuya función consiste precisamente en proteger el principio de autoridad.

Obsérvese la importancia que tiene en este ámbito el bien jurídico protegido: si el castigo por uno solo de los delitos deja sin sancionar el daño ocasionado a otro interés entonces hay que castigar por los dos, hasta cubrir todo el desvalor del hecho.

Junto al bien jurídico, cumple también un papel importante el dolo del autor, como se advertía al comienzo de la lección. Ello nos permitirá valorar críticamente un caso que suele utilizarse para explicar el concurso ideal: el “caso de la bomba”. Si alguien coloca una bomba en una habitación y mueren cinco personas, se dice que existen cinco asesinatos en concurso ideal. Pero tal calificación no satisface, sobre todo teniendo en cuenta que las reglas penalógicas de esta clase de concurso sirven para castigar al autor menos que si se tratara de un concurso real; dicha insatisfacción puede eludirse, sin embargo, analizando el caso del siguiente modo: si el autor del hecho “quería” matar concretamente a cada una de esas cinco personas su acción es, desde el punto de vista valorativo, semejante a la de otro asesino que vaciara su cargador contra cada una de ellas,) en este último caso nadie hablaría de concurso ideal, sino real. Abstrayendo la solución de este supuesto y proyectándola desde un punto de vista general podría decirse lo siguiente: cuando el autor se sirve de una sola acción para lograr su propósito múltiple, sabiendo que con ella le basta para alcanzar su fin, hay que entender que existe una pluralidad de delitos, porque respecto a cada uno de ellos se cumplimenta perfectamente tanto el tipo objetivo (la acción realizada) como el tipo

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

subjetivo doloso (la intención de conseguir cada uno de los resultados). De ahí que en los delitos dolosos haya que matizar la aplicación del concurso ideal.

A la hora de determinar la pena cuando se aprecia esta clase de concurso, el legislador introduce en el **artículo 85 del Código Penal** una regla con la que intenta compensar de algún modo ese doble desvalor que todo concurso ideal conlleva; por ello no se contenta con que se sancione por uno solo de los delitos, sino que obliga a elegir el más grave y además a imponer esa sanción en su mitad superior (regla de la exasperación o asperación). Ejemplo: Delito A castigado con pena de 2 a 5 años; Delito B castigado con pena de 3 a 6 años. En este caso, aplicando la regla de la “exasperación”, habría que imponer una pena entre cuatro años y medio y seis años, porque ese es el periodo de la mitad superior de la pena más grave.

Pero la regla de la “exasperación” opera siguiendo una parte ineludible: jamás puede servir para castigar al autor en mayor medida que si se sancionaran los delitos por separado (en concurso real): si a que pueda exceder dice en efecto el **arto. 85 Pn** de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado». Ello nos va a obligar siempre a realizar una comparación de la pena resultante siguiendo cada una de las vías. Aunque la aplicación del **arto. 85 Pn** puede suponer un auténtico «galimatías», la manera más sencilla de proceder pasa por determinar primero qué pena se impondría a cada infracción, sumándolas. Procediendo de ese modo, se averigua enseguida si debemos recurrir o no a la regla de la exasperación. Cuando tengamos que hacerlo, se trata simplemente de poner sobre el tapete la pena correspondiente a cada una de las infracciones y escoger la más grave. Ahora bien, no basta con acudir a la pena abstracta, sino que se deben tener en cuenta las causas que sirvan para rebajada, aunque no las circunstancias agravantes y atenuantes, pues estas sólo sirven para situar, dentro de cada pena, la sanción absolutamente concreta. Decimos que estas circunstancias no deben tomarse en consideración

porque si lo hiciéramos ya no tendríamos “mitad superior” a la que recurrir para aplicar, finalmente, la regla de la exasperación. En otras palabras: habríamos llegado a determinar en años y meses la pena concreta y lo que el **arto. 85 Pn** requiere es que apliquemos su regla a un período de tiempo que cuente con un mínimo y un máximo, única forma de dividirlo en dos mitades (superior que es la que hay que aplicar e inferior).

7.3. Concurso Medial.

Cuando un delito es medio necesario para cometer otro, pudiendo establecerse entre ambos una relación de medio a fin, nos hallamos ante un concurso medial. Obsérvese que no estamos ante un caso de unidad de acción, pues la acción es doble, como lo es también la infracción delictiva. Dicho en otros términos: el concurso medial es una modalidad del concurso real, con la única peculiaridad de que entre los delitos existe una estrecha relación. Así, por ejemplo, quien tiene intención de matar a otro y para ello necesita introducirse en la morada de la víctima, habrá cometido dos delitos: el de allanamiento de morada (delito-medio) y el de homicidio (delito-fin).

En relación con esta modalidad concursal se presenta siempre la duda de si la relación tiene que ser de “necesidad” o de “oportunidad”, es decir, si entre ambos delitos debe existir una conexión objetiva o basta con que el autor haya diseñado el plan delictivo de tal modo que para conseguir su propósito último debe cometer antes otro delito. La jurisprudencia se inclina más por exigir una relación de “necesidad” (abstracta), aunque lo cierto es que no faltan resoluciones en las que dicha necesidad brilla por su ausencia y sin embargo se califica el hecho como concurso medial, lo que es señal de una doctrina poco sólida. Así ocurre, por ejemplo, cuando el allanamiento precede a una agresión sexual. Por tanto, habrá que valorar caso por caso su aplicación, teniendo en cuenta que la regla de determinación de la pena es la misma que la concurso ideal (de ahí que algunos denominen al concurso medial “concurso ideal impropio”, aunque en nuestra opinión sea mejor hablar de un concurso real, pues son dos las acciones ejecutadas y dos, también, los delitos cometidos).

7.4. Delito Continuado

Cuando un mismo sujeto comete sucesivamente varias infracciones entre las cuales existe una determinada homogeneidad, el legislador recurre a la ficción de considerar que desde un punto de vista jurídico existe una sola, calificándola de “continuada”. Para aclarar el sentido de esta figura suele recurrirse al ejemplo del cajero del banco que cada día se apropia de una cantidad mínima de dinero, persistiendo en su acción durante varios años, de tal manera que lo sustraído al final alcanza una cifra considerable. No cabe duda de que cada acción cotidiana reviste los caracteres de una infracción punible, siendo por consiguiente un caso claro de concurso real. Pero el ordenamiento jurídico prefiere unificar su tratamiento por diversas razones y, entre ellas, porque resulta más sencillo demostrar en juicio una actividad continuada que descender al detalle de cada uno de los hechos. Con ello, el autor no siempre sale beneficiado, como tendremos ocasión de comprobar.

Para la apreciación del delito continuado, **art. 83 Pn** establece una serie de requisitos que sintéticamente se pueden reducir a la exigencia de una doble homogeneidad: objetiva y subjetiva.

a) Homogeneidad objetiva. Para que exista delito continuado, el autor tiene que realizar “una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza”.

Como puede apreciarse, esta exigencia de homogeneidad de las infracciones es recogida por el legislador con bastante flexibilidad. No se requiere que todas y cada una de las acciones realizadas sean calificables como un mismo delito, sino que basta con que la naturaleza del precepto infringido sea «semejante». Con ello se amplían las posibilidades de recurrir a esta ficción jurídica, sobre todo en el campo más proclive a su utilización: los delitos contra la propiedad (hurtos y robos; estafas y apropiaciones indebidas) o en otros donde

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

surge con frecuencia: delitos contra la libertad sexual (abusos sexuales, con sus múltiples modalidades).

Por otra parte, esa homogeneidad objetiva que se reclama del rosario de infracciones no desaparece por el hecho de que alguna o algunas de ellas no se hubieran perfeccionado, quedando en grado de tentativa. La doctrina ha señalado reiteradamente que es indiferente el grado de ejecución alcanzado por los delitos que sirven para formar el continuado.

El legislador impone ciertos límites a la hora de recurrir al delito continuado. No todas las infracciones son aptas para ello. El apartado 3° del artículo 83 del **Código penal** impide recurrir a esta figura cuando los hechos hayan afectado a bienes eminentemente personales, como la vida, la salud, la libertad, la intimidad, etc. Pero salva de esa excepción los atentados contra el honor y la libertad sexual, en relación con los cuales sí está permitido, aunque deba analizarse caso por caso si la “continuidad” es viable. Ello es especialmente problemático en el campo de los delitos contra la libertad sexual, donde la doctrina del Tribunal Supremo demuestra una patente inclinación a impedir su utilización en lo que hasta ahora se conocía como violación, permitiéndolo sin embargo en los antiguos delitos de estupro.

De cualquier manera, el ámbito tradicional de aplicación de la figura es el de los delitos patrimoniales, que a veces pueden revestir una notoria gravedad (por el perjuicio causado) y afectar a un número importante de personas, como ocurre con las estafas inmobiliarias, por ejemplo. Para estos casos, el artículo 74 del Código Penal reserva una agravación especial de la pena, dando vida a lo que se conoce como “delito masa”.

b) Homogeneidad subjetiva: Aparte del hilo que debe unir las infracciones en su aspecto objetivo, el legislador requiere que la comisión de ellas aparezca enlazada, además, por un elemento subjetivo unificado: un dolo “continuado”. Así lo intenta expresar el **artículo 83 del Código penal** al requerir que los delitos se

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

hayan cometido “en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”.

En la práctica judicial, sin embargo, no suele analizarse exhaustivamente la concurrencia de esta homogeneidad subjetiva, contentándose los tribunales con demostrar el enlace objetivo. Pero ello no debe extrañar si se tiene en cuenta que el legislador ha flexibilizado tanto el elemento subjetivo que basta con que el autor «aproveche idéntica ocasión», lo que no es exigir mucho si se tiene en cuenta que ya antes requiere que los delitos sean similares; probablemente lo sean también las ocasiones propicias para cometerlos.

Por último, debe señalarse que el **apartado 2° del artículo 83** distingue claramente a efectos punitivos los delitos patrimoniales del resto de las infracciones. Para los primeros establece la regla del perjuicio total causado, lo cual reportará al infractor generalmente una pena mayor que si se hubiesen castigado separadamente los hechos cometidos. Por el contrario, para las otras infracciones tiene reservada la regla de la exasperación, de manera que al igual que ocurre en el caso del concurso ideal el autor saldrá beneficiado en la mayoría de las ocasiones si se considera que existe un solo delito (continuado) en lugar de un concurso real.

7.5. El Concurso de Leyes

Existen ocasiones en las que el hecho a calificar presenta en apariencia características propias de más de una figura delictiva, obligando al intérprete a deshacer esa apariencia procediendo a elegir la que más se adecuó al perfil de la conducta realizada. El **arto. 11 Pn** establece una serie de reglas al respecto, las cuales deben aplicarse de manera sucesiva hasta dar con la norma aplicable al caso analizado.

En primer lugar, el legislador obliga a elegir la norma especial antes que la general, esto es, aquella que presenta todos los elementos de esta última más alguno o algunos específicos. Así, por ejemplo, el tipo del asesinato (**arto. 140 Pn**) se halla constituido por todos los elementos del homicidio (“matar a otro”) y

además por otros específicos, que son los que sirven para delimitar su autonomía respecto de aquél, como lo son las agravantes de alevosía, precio o ensañamiento. En consecuencia, si en el caso a calificar un sujeto ha matado a otro con alevosía, es cierto que se dan los elementos del homicidio, pero es más específico en este caso el tipo del asesinato, que abarca ulteriormente ese elemento ajeno al homicidio como lo es la alevosía. Si quisiéramos expresarlo con el lenguaje propio de la teoría de conjuntos, diríamos que la norma especial es un subconjunto de la general.

La segunda regla que aparece en el **art. 85 Pn** obliga a elegir la norma preferente sobre la subsidiaria. En ocasiones, el propio legislador introduce una cláusula que indica la preferencia de una norma sobre otra, obligando con ello al intérprete a indagar primero si el caso encaja en este último precepto y sólo en caso contrario podría aplicarse el otro artículo. La complicación será mucho mayor, lógicamente, cuando la ley no establezca ningún criterio expreso al respecto, como ocurre, por ejemplo, con el delito de cooperación ejecutiva al suicidio de otro que se considera de aplicación preferente respecto a los demás delitos contra la vida en virtud de la concurrencia en él de un elemento propio, como lo es el consentimiento del titular del bien jurídico protegido: la vida.

En tercer lugar, cita el legislador la regla que se conoce con el nombre de «consunción», que reza así, el precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel. Aunque no siempre resulta fácil determinar si una infracción puede entenderse absorbida por otra.

7.6. Naturaleza y Comunicabilidad de las Circunstancias

Como hemos afirmado, las circunstancias son elementos accidentales del delito, y por lo tanto, no pueden servir de fundamento al injusto o a la culpabilidad. Sin embargo, aunque no fundamenten, pueden tener directa relación con la medida del injusto y de la culpabilidad. De la variada gama de circunstancias genéricas que regula el Código penal, algunas se relacionan directamente con el injusto y otras con la culpabilidad. Pero un tercer grupo no se corresponde con los

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

anteriores, pues son circunstancias que nacen como comportamientos *postdelictuales*, tal como ocurre con la confesión del delito o la reparación del daño causado.

La concurrencia de circunstancias tendrá relevancia a la hora de determinar la pena. En ese sentido, establece el **artículo 77 del Código Penal** una serie de reglas de determinación de pena basadas en la presencia o no de circunstancias atenuantes y agravantes. Por su parte, dispone el **artículo 79 del Código Penal** que no se aplicarán las circunstancias genéricas, atenuantes o agravantes, cuando la Ley las haya “tenido en cuenta al describir o sancionar la infracción” (la llamada inherencia expresa) o las que “sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse” (inherencia tácita).

Las circunstancias pueden calificarse en personales o no comunicables y materiales o comunicables. Esta clasificación posee trascendental importancia en los delitos con pluralidad de sujetos. Si bien hay un solo injusto, y por lo tanto un único título de imputación para autores y partícipes, las circunstancias se valoran individualmente para cada interviniente. De allí la trascendencia de concretar cuáles pueden comunicarse a los demás y cuáles solamente pueden beneficiar o afectar a un sujeto determinado, sin pasar a los demás.

Las personales o no comunicables están previstas en el **artículo 77 del Código Penal**, que dispone que las circunstancias que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurra. Estas circunstancias afectan normalmente a la culpabilidad, pero también al comportamiento post delictivo.

Las circunstancias materiales o comunicables son, según el **artículo 77, parra. 2º del Código Penal**, aquellas que consisten en “la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla”. Estas circunstancias «servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación en el

delito». Estas circunstancias afectan directamente al hecho, esto es al injusto y el criterio para apreciar su relevancia en el caso de pluralidad de sujetos es únicamente el conocimiento.

8-Determinación de la pena en el Código penal de Nicaragua

8.1. Consideraciones Generales.

Por regla general, las penas, salvo casos excepcionales, como son, en nuestro derecho positivo la expulsión de extranjeros (**arto. 95 Pn**), hacen necesaria una serie de operaciones de adopción a fin de determine cual sea la pena a aplicar en cada caso concreto, operaciones no pocas veces complejas que plantean el problema de la determinación de la pena en los siguientes términos: la sociedad debe reaccionar frente a la comisión de un hecho considerado como delictivo, y debe de hacerle conforme al denominado principio de proporcionalidad, precisa, a su vez, de una triple determinación:

a) La gravedad del delito. El *P. Montes* pone de manifiesto la elemental consideración de que la pena debe de hallarse en relación con el delito, de tal suerte que a la relativa gravedad de este se corresponda la relativa gravedad de aquella. El problema entonces es el de como determine la gravedad del delito o, lo que esa lo mismo, hallar un criterio valido que nos lleve a conocer cuando un determinado delito es mas grave que otro.

El citado penalista acude para ello a tres órdenes de razones: una razón oral, que es no es otra que la culpa subjetiva del autor. Una razón jurídica, o violación del orden jurídico. Una razón política, es decir, la lesión de bien protegidos por la sanción penal, en consecuencia, cuanto más grave sea la culpa moral, la lesión jurídica y el daño social mayor será la gravedad del delito. Así pues, la intensidad de la culpa del sujeto (gravedad subjetiva), la de la violación de la norma (gravedad formal) y la del ataque al bien protegido (gravedad material) serán los factores determinantes en definitiva, de la gravedad del delito.

En realidad, si bien en cada caso concreto, es evidente que en la intensidad

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

de la culpa del sujeto o gravedad subjetiva, así como el conjunto de circunstancias concurrentes, grado de desarrollo del delito y participación serán datos a tomar en cuenta como luego veremos para determinar la pena a imponer, no es menos cierto que la gravedad del delito. En si misma considerada, nos ha de venir dada objetivamente, según el criterio seguido por el legislador en cada momento, quien a la hora de describir los tipos delictivos tiene, sin duda, en cuenta una etapa de valores existentes y generalmente asumidas por el cuerpo social, primando determinados bienes jurídicos sobre otros. Así, la honestidad, la libertad, la propiedad, el honor, etc.; son bienes jurídicamente protegidos cuyo orden de preferencia es relativa, dependiendo en cada circunstancia histórica la primacía de uno sobre otro.

b) La gravedad de la pena. Por regla general, serán mas grave aquellas penas que priven o restrinjan derechos tenidos como fundamentales o primarias, que aquellas otras que afectan a bienes o derechos considerados de menor entidad. Es claro, pues, que la privación de libertad obsten tan una mayor gravedad que las sanciones pecuniarias por la privación o restricción de determinados derechos. Pero también es cierto que no pueden establecerse reglas de carácter absoluto, ya que, en numerosas ocasiones la gravedad de la pena dependerá más que de la naturaleza de la propia pena, de las particularísimas circunstancias concurrentes en cada individuo.

A falta, en consecuencia, de criterios absolutos, nos vemos obligados, como sucedía al tratar de la gravedad del delito, a seguir la pauta marcada por el legislador, el cual, en el **arto. 49 del Pn**, después de clasificar la pena en graves y leves, sigue en la escala general un orden de menor a mayor gravedad.

c) La relación de adecuación entre el delito y la pena de acuerdo con el sistema clásico la solución es bien sencilla. Al delito más grave, pena más grave. A delito menos grave, pena menos grave. Consecuente mente se establece un sistema de escala graduales a modo de paralelismo entre el delito y las penas, dividiéndose estas en grados para su mejor acomodación para la gravedad del delito.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Ahora bien, ni la gravedad del delito son cantidades matemáticamente mesurables, pues, como dice *Bovio*, no hay posibilidad de calcular la relación entre el sufrimiento infligido por la pena y los elementos, tanto subjetivos como objetivos de la infracción. Para resolver este inconveniente se ha acudido a muy diversos expedientes, entre ellos al de la temibilidad del delincuente, propio de los positivistas, tantos clásicos a como modernos o al acabado conocimiento de la personalidad del reo, propio del contenido idilógico de la defensa social nueva. El problema, dice *Marc Ángel* está por determinar por los medios más científicos, el mejor método de tratamiento para quien ha cometido un acto delictuoso a fin de aplicarle un procedimiento real y eficaz de resocialización.

Pero lo cierto es que estas tendencias, que tiene indudablemente el merito de intentar la búsqueda de nuevos horizontes al Viejo problema de la relación delito pena, no solo han cristalizado en soluciones concretas, sino que, recientemente de hayan, incluso, en plan de revisión a la vista de los pobres resultados obtenidos en sus balbucesantes inicios. En consecuencia, sigue, a nuestro juicio, vigente el buen sentido de *Cuello Calón* cuando afirmaba que el instintivo sentimiento popular de justicia exige las penas más severas para los crímenes más atroces.

Así pues el legisladores penal adema de describir las conductas antijurídicas y aplicar la pena aplicables, introduce una serie de reglas según las cuales ha de llevarse a cabo la técnica de su aplicación, atendiendo como dice *Quintano*, tanto a la perfección del delito (individualización objetiva), como a la participación del responsable (individualización subjetiva) y a la concurrencia de circunstancias modificativas de de la responsabilidad (responsabilidad circunstancial).

Este establecimiento de pena concreta que se impone al responsable de un hecho delictivo es una de las cuestiones centrales del derecho penal pues en el mismo, necesariamente quedan reflejados los objetivos que se pretenden con el sistema penal. Además, en la importancia de cada una de las fases por la que transcurre la determinación de la pena y en los condicionantes de cada una de

ellas, se expresan las bases constitucionales del propio modelo de Estado.

Por otro lado, la cantidad de pena que se imponga, materialmente exteriorice el concreto desvalor que desmerece una acción realizada por una determinada persona. Es decir, el contenido material de los diferentes elementos de teoría del delito no son independientes sino que, como ya se ha expuesto en otros momentos, se adicionan entre sí.

8.2. Sistemas y Fases de Determinación de La Pena.

La determinación de la pena transcurre por las tres fases que constituyen el sistema penal: individualización legal, individualización judicial e individualización penitenciaria, Es decir, el legislador, el juez y la administración penitenciaria intervienen en el establecimiento de la pena concreta que corresponde a un hecho realizado por una persona determinada. El mayor o menor peso que se dé en cada una de las fases es consecuencia del modelo de Estado y de los fines de la pena que se persigan.

a) Indeterminación legal absoluta. Supone el no establecimiento de pena concreta ni por el legislador ni por el juzgador. El contenido de la ley permite al juzgador el establecer una sentencia con una pena indeterminada que solo se concreta mas tarde con la administraciones penitenciaria en función de las características del sujeto sobre el que se proyectan exigencias preventivas especiales.

Este planteamiento fue propugnado por el Positivismo criminológico y por el correccionalismo y choca frontalmente, con las garantías del principio constitucional de legalidad.

b) Determinación legal absoluta. El legislador determina una pena fija para cada delito concreto, mientras que el juez se limita a constatar la realización del hecho descrito y a proceder a la aplicación de la pena prevista por aquel. El ejemplo mas claro, como consecuencia de la reacción de los excesos del *Antiguo Régimen*, fue el *Código penal francés de 1791*. Este sistema es respetuoso con el

principio de legalidad, pero desconoce las exigencias del principio de igualdad y el principio de abstracción propio de cualquier proceso legislativo.

c) Indeterminación judicial relativa. En este sistema, el juez dicta una sentencia relativamente indeterminada, al señalar un mínimo y un máximo de cumplimiento. La cantidad exacta de pena se determina en la fase de ejecución, rodeada a su vez de una serie de garantías. El sistema es propio del *Derecho Penal Anglosajón* y carga el peso de la individualización de los jueces en función de una tradición jurídica diferente a la continental.

d) Indeterminación legal relativa. El legislador establece un marco penal, una pena con duración entre dos límites cuantitativos. Dentro de este marco, el juez debe, en su sentencia, establecer la pena totalmente determinada. Este sistema es el admitido en las legislaciones de nuestro ámbito jurídico y, dentro de él, caben importantes diferencias, en particular, según el mayor o menor arbitrio que la ley deje a la actuación del juzgador. La indeterminación legal relativa refleja la tensión entre seguridad jurídica e igualdad inherente al sistema penal.

8.3. Individualización y Fines de La Pena.

Dentro del este sistema anteriormente estudiado, el contenido de las fases por la que pasa la determinación de la pena es el siguiente:

-Individualización legal. Al fijar la ley en abstracto una pena entre dos límites para el responsable de un hecho delictivo, al establecer las circunstancias que deben ser tomadas en cuenta en la concreción posterior de la pena y, finalmente, al concretar los efectos de las mismas en las directrices que deben seguirse en su valoración.

-Individualización judicial. Al establecer el juez en su sentencia una pena concreta dentro del marco fijado por la ley, siguiendo los criterios por ella marcados y utilizando, en último término su arbitrio de forma motivada.

-Individualización penitenciaria. Al adoptar por la administración penitenciaria y en su caso, por el juez de vigilancia las medidas inherentes a la

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

aplicación del sistema penitenciario. Indudablemente, las exigencias de colectivización de los medios y técnicas de ejecución imponen límites de carácter pragmático a esta fase de individualización.

En cada una de las fases por las que transcurre la determinación de la pena pueden quedar reflejados los fines que persigue el Derecho penal.

-En la individualización legal, el legislador exteriorice a través de cada marco el concreto desvalor que le merece una determinada conducta y su pretensión de querer evitar su realización a través de la amenaza penal (prevención general). El desvalor se plasma en las características objetivas subjetivas, positive y negativas, que deben concurrir en la conducta que lesiona o pone en peligro un determinado bien jurídico (tipo del injusto). Las exigencias preventivo-generales se satisfacen con cualquier cantidad de pena comprendida entre el tope mínimo y máximo previsto por el legislador.

El legislador puede exteriorizar una menor intensidad en la amenaza en función de la pena de participación o de la fase de la vida del delito, siempre dentro del tipo del injusto. Finalmente el legislador puede concretar más el marco penal en razón de la posible presencia de circunstancias que disminuyan o acrecienten el desvalor de la conducta.

En síntesis, todas estas características, precisan con carácter general la conducta que quiere evitarse y que se plasma en un concreto marco penal, que exteriorice las exigencias preventivas-generales referidas a este concreto comportamiento.

También el legislador contiene prescripciones justificadas en ausencia o en necesidad menor de pena y que se refieren a las condiciones personales del sujeto que ha realizado el comportamiento, que con carácter general quiere ser evitado. Las disposiciones relativas a la imputabilidad o al conocimiento de la prohibición que se explican desde la necesidad de pena en ningún caso determinan un desvalor adicional al que el legislador exteriorice en relación al tipo del injusto; al contrario, pueden determinar la disminución de las penas prevista.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Disminución que puede ser total o parcial. Las exigencias preventivos-especiales también están presentes en la fase legislativa, en concreto, al establecer penas alternativas a la posibilidad de suspender la ejecución de las penas privativas de libertad, entendiéndose, que en ambos casos, quedan satisfechas las exigencias preventivas-generales.

-En la individualización judicial, dentro del marco establecido por la individualización legal, el juez debe precisar la pena a imponer en cada caso. En dicha concreción el juzgador debe tener presentes exigencias preventiva-generales. Frente a esta posición un importante sector doctrinal, defiende la incorporación por parte del juez en su sentencia a la hora de hacer un uso de su árbitro judicial, junto a exigencias preventivos-especiales también de exigencias preventivos generales. Estas, con la finalidad de recabar la confianza en el derecho, podrían servir de fundamento para llegar a imponer una pena mayor que aquella que en el marco legal pudiera derivarse de las exigencias preventiva-especiales.

Frente a esta posición tienen plena validez los argumentos aducidos por *García Aran*:

- Incorporar criterios preventivos-generales directamente a la decisión del juez, es alterar su función. Pues con ello se le atribuye competencia reguladora, con carácter general lo que es propio del legislador.
- Introducir exigencias preventivos-generales basadas en la alarma social, no debe llevarnos a olvidar como se genera la opinión pública y el carácter inestable de esta.
- No está probada que en una sentencia que recoja exigencias preventivos- generales logre estos efectos.
- En conclusión, una cosa es que la decisión del juez al concretar el marco penal produzca los efectos preventivos generales que el legislador pretende al establecer el mencionado marco y, que deba

perseguir estos efectos como objetivos específicos. De igual manera el juez debe, en su caso decidir entre penas alternativas o suspender la ejecución de penas de privativas de libertad, solo en función de exigencias preventivos- especiales, pues las preventivas-generales ya han sido tomado en cuenta por el legislador.

-En la individualización penitenciaria, la administración penitenciaria y el juez de vigilancia deben tomar sus decisiones en función de exigencias preventivos-especiales. Las razones aducidas para rechazar la presencia de exigencias preventivos-generales, en la decisión del juez son trasladables a esta fase. Por ello, carece de justificación desde esta línea de razonamiento, rechazada en el marco legal, la adopción de medidas preventivas fundadas en exigencias preventivas especiales en razón de supuestas razones de prevención general.

8.4. Aplicación y Duración de La Pena en el Código penal Nicaragüense.

El sistema de determinación de la pena en la legislación nicaragüense se integra en el grupo de indeterminación legal relativa. Es decir el legislador vincula a cada comportamiento que considera delito la amenaza de una pena, que cuantitativamente esta entre dos enfoques y el juez, en su sentencias, debe establecer una pena concreta para sujeto responsable, dentro de los referidos topes entre los sistemas de indeterminación legal relativa, el Código penal nicaragüense contiene una serie de reglas que guían la actuación del juez. El actual Código ha concedido un mayor arbitrio al juzgador, con lo que se abandona la situación del código penal antecedente regido por un sistema de penas propio del momento histórico en que fue realizado.

En nuestra legislación las penas tienen la siguiente duración:

a) La pena de prisión tiene una duración de seis meses como mínimo y de treinta años como máximo, la cual empezará a computarse desde el día que la sentencia condenatoria haya quedado firme o desde que el reo ingrese en el establecimiento penitenciario, si es que este no estaba preso. Todo lo anterior sin perjuicios del abono del tiempo de privación de libertad sufrida preventivamente

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

durante la tramitación del proceso. Es importante destacar lo establecido por el **arto. 68 Pn**, que determina que este abono se realizara en el total de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación ha sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso a prisión.

b) La pena de inhabilitación absoluta tiene una duración de seis a veinte años.

c) La pena de inhabilitación especial durara el mismo tiempo que la condena, salvo que la ley establezca lo contrario.

d) La pena de privación del derecho a conducir y de portación de armas tendrá una duración de tres meses a diez años.

e) La pena de privación de residir en determinados lugares tendrá una duración de un mes a cinco años. En el caso en que al condenado se le prohibiese comunicarse con la víctima sus familiares y otras personas que determine el juez, así como acercarse a su domicilio lugares de trabajo etc., tendrá una duración de tres meses a diez años.

f) La pena de días multas tendrá un limite mínimo de diez días y su limite máximo será de mil días.

En el caso del lugar de cumplimiento de las penas el código vigente a diferencia del derogado, que en sus **artos. 69 Y 60 Pn** establecía que el cumplimiento de la pena de presidio debía realizarse en un penal, para la de prisión en un establecimiento para tal efecto o en una colonia agrícola especial; en el actual no se realiza tal diferenciación, pues en la practica la penas de privación de libertad, siempre se han desarrollado en los edificios destinados a tal efecto. Sin embargo, lo que si se mantiene en la actualidad, por ser una exigencia constitucional, es locales especiales para mujeres.

8.5. Determinación de La Pena en el Código Penal de Nicaragua.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Las penas se aplican en virtud de sentencia ejecutoriada entre un máximo y un mínimo –con base a las circunstancias agravantes y atenuantes-, pero no podrán exceder de 30 años (**arto. 37. Cn:** “...**No se impondrá pena o penas que aisladamente o en su conjunto, duren más de treinta años**”). Para la determinación de la pena entre un máximo y un mínimo, los jueces y tribunales apreciarán una serie de elementos y circunstancias del sujeto y del hecho (por ejemplo: la culpabilidad, la alevosía, peligrosidad, etc.), no pudiendo ser la norma mayor del máximo, ni menor del mínimo establecido por la ley.

Para determinar el máximo o el mínimo de una pena, el punto de partida está constituido por la pena prevista en cada tipo penal, que de conformidad con el **arto. 27 Pn** es la pena que corresponde al autor de un delito consumado, frustrado o en tentativa de tal. Nuestro código a diferencia de otras legislaciones no excluye a las faltas siempre y cuando hayan sido consumadas (a excepción de aquellas contra las personas el patrimonio).

En determinados casos el código establece un mandato al juez y en otros supuestos le concede la facultad de imponer una pena distinta, inferior o superior, a la prevista en el tipo penal.

En el **arto. 78** de nuestro Código penal, el legislador ha establecido la regla para la aplicación de la pena. Esto es que el delito cometido en ciertas circunstancias, tomando en cuenta ciertos criterios en la persona del delincuente y habiendo la presencia o no de ciertos hechos, jueces y tribunales, podrán aumentar o disminuir la pena en la medida que resulte de sus valoraciones y de las reglas especificadas por el mencionado artículo.

Así, se deberá tomar en cuenta:

- Si no concurren circunstancias atenuantes o agravantes o cuando concurren unas y otras, se tendrán en cuenta las circunstancias personales del delincuente la mayor o menor gravedad del hecho.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

- Si solo hay agravantes, se aplicara la pena media hasta su limite superior salvo que lo desaconsejen las circunstancias personales del sujeto.
- Si concurre solo alguna atenuante, se impondrá la pena en su mitad inferior.
- Si concurren varias atenuantes o una sola muy cualificada, se podrá imponer una pena atenuada, cuyo limite máximo será el limite inferior de la pena prevista en la ley para el delito o falta de que se trate, y cuyo limite mínimo podrá ser la mitad o la cuarta parte de este, teniendo en cuenta el fijar su extensión, la naturaleza y el numero de atenuantes.

Para establecer la pena en su límite inferior, se formara partiendo de la cifra mínima señalada por la ley para el delito de que se trate y deduciendo de esta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo.

A título de ejemplo, la pena inferior en grado a la pena de 3 a 7 años del **art. 222 Pn**, que castiga el delito de abigeato, se formara, restando de 3 años su cifra mínima, la mitad, un año y seis meses, de donde resultara, un año y seis meses, que constituiría el límite mínimo de la nueva pena. El máximo lo constituye la parte que ha servido de punto de partida, 3 años. Es decir el límite inferior a la pena de prisión de 3 a 7 años en el delito de abigeato es la pena de prisión 1 año y 6 meses a 3 años.

Hay supuestos en que el legislador permite que la pena inferior sea reducida hasta la cuarta parte de la pena establecida por la ley, tal es el caso del **art. 26, párrafo 2do. Pn**. En este caso para establecer la pena, se realiza la operación descrita lo que nos daría como resultado el grado mínimo de la pena, al cual se le vuelve a aplicar la misma operación, y el resultado será la cuarta parte que mandata la norma. Tomando nuevamente como ejemplo el **art. 222 Pn**, para calcular la cuarta parte de su pena, partiríamos de su límite inferior que 1 año y seis meses a 3 años de prisión, aplicamos el ejercicio señalado anteriormente, y obtendríamos al final, que la pena para este delito en su cuarta parte seria entre 9

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

meses a 1 año y seis meses de prisión.

La utilización de esta regla puede llevar a la duración inferior de la mínima que con carácter general señala la ley para cada clase de penas. En este caso el **art. 81 Pn**, establece taxativamente que los jueces o tribunales “no quedaran limitados por las cuantías mínimas, a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente. Si por la aplicación de esta regla, resulta una pena de prisión, inferior a 6 meses, esta será sustituida conforme a lo dispuesto en el **art. 94 Pn**, sin perjuicio de la suspensión de la pena en los casos que proceda. Este último aspecto, fue introducido, hacienda el legislador, con buen criterio en la aplicación de la política criminal de lucha contra las penas “cortas” privativas de libertad; el **art. 81 Pn** señala que cuando se proceda a imponer una pena de prisión inferior a 6 meses, se procederá siempre, a su sustitución.

Finalmente, no debe olvidarse que en cualquier caso, la imposición de la pena inferior a la señalada por la ley no altera la calificación del delito como grave, menos grave o leve, pues es la pena de partida la que va a determinar la inclusión de la infracción penal en uno u otro grupo.

El **art. 81 Pn**, señala una situación muy especial, para la aplicación de penas, siendo el caso, cuando el imputado por medio de un acuerdo con la administración de justicia, colabora “eficazmente” en la resolución del caso. En esta circunstancia, el juez fijara, la pena “acordada”, que en ningún caso podrá ser menor a la mitad del límite mínimo del delito o delitos de que se trate.

Para aplicar el límite superior de una pena, se formara este, partiendo de la cifra máxima señalada por la ley para el delito de que se trate y aumentando esta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante, su límite máximo. Podemos ilustrar lo anterior, usando como ejemplo, el **art. 225 Pn** que contiene el delito del “robo agravado” y que impone una pena de prisión de 3 a 6 años y, la aplicación de esta misma pena en su mitad superior, cuando concurren dos o mas circunstancias de escritas en ese mismo artículo. En este caso el límite superior se

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

formara aumentando a los 6 años, cifra máxima, la mitad, 3 años, de donde resultara 9 años. El mínimo lo constituye la cantidad que ha servido de punto de partida, 6 años. Es decir, la pena superior en grado a la de prisión de 3 a 6 años, es la de prisión de 6 a 9 años.

La aplicación de esta regla puede llevar a una duración que exceda de los límites máximos con carácter general figuran en el código para cada pena. El código solventa esta situación en el mencionado **arto. 81 Pn**, una cláusula de duración excepcional para cada una de las penas. En concreto:

a. Si la pena determinada fuera de la prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta años.

b. Si fuera la de inhabilitación absoluta o especial, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinticinco años.

c. Tratándose de privación de otros derechos, las mismas pena, con la cláusula de que su duración máxima será de quince años.

d. Si fuera la de trabajo en beneficio de la comunidad, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de un año y medio; y

e. Si fuera de multa, la misma pena, con la cláusula de que su duración será de mil quinientos días.

Estas reglas no son aplicables en ciertas circunstancias específicas, para las cuales el legislador a realizado especial regulación en la aplicación de la penas de esos delitos. Tal es el caso del **arto. 26, párrafo 2do. Pn**, en el que el legislador dispone de que si el error sobre la prohibición del hecho, fuere vencible, se atenuara la pena prevista por la ley para el delito o falta de que se trate, cuyo límite mínimo podrá ser la mitad o la cuarta parte de este. Otra excepción presente en el código a las reglas que anteriormente hemos analizado, esta contenido en el **arto. 83 Pn** (delito continuado) que en su **párrafo 2do** dispone: ***“Si se trata de infracciones contra el patrimonio, se impondrá, motivadamente una pena***

agravada hasta el doble del límite máximo de la pena correspondiente”.

Las circunstancias personales del autor.

El último párrafo del arto. 35 de artículo del Código penal hace mención a la persona del autor como un aspecto de particular importancia al momento de graduar la pena. A las circunstancias personales del autor pertenecen, entre otras, su edad, estado de salud, su sexo, su inteligencia, su educación su posición profesional y social. Esta enunciación demuestra que el problema que aquí se plantea se relaciona con el tratamiento igualitario de los casos llevados a estudio.

Al igual que los otros factores enunciados en este inciso, se plantea la cuestión de si estos factores son relevantes solo desde el punto de un enfoque de la prevención especial o si también entra en consideración para determinar, en cualquier caso, el monto de la pena aplicar.

Asimismo podría llegar a discutirse si las consideraciones de las características personales del autor deben influir o no en la determinación de la pena ya que, si así se hiciera, se permitiría el análisis de la personalidad del autor, circunstancias que no deberían ser objeto de ningún juicio de valor. Sin embargo, consideramos que aun en un derecho penal de acto, sería imposible no considerar determinados aspectos de la personalidad del autor ya que ello, es indudable, inciden en la realización de su ilícito.

Esto rige especialmente para la cuestión relativa al posible efecto agravante de una elevada posición profesional o social del autor cuando ella fundamenta deberes incrementados sobre el bien jurídico lesionado.

El sexo, en cuanto tal, no es una causa suficiente para la diferenciación de la pena, sino mas bien, se le debe agregar punto de vistas especiales que caractericen la situación del hecho (por ejemplo, por la mayor o menor agresividad impuesta sobre la víctima).

La calidad de extranjero no tiene, por lo general, efecto agravante o atenuante de la pena. Sin embargo, su condición si debe ser tenida en cuenta si

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

alega la existencia de un error de prohibición ya que la mayor o menor evitabilidad del mismo puede tener un efecto atenuante de la culpabilidad.

Para algunos autores, la calidad de funcionario tampoco representa, por lo general, una causal de agravación. Esto es así ya que lo común resulta que el elemento de esa calidad determina la conminación penal en cuanto tal, de manera que una valoración de esta circunstancia en la medida de la pena se oponen a la prohibición de la doble valoración.

En síntesis, la situación personal del autor su nivel de instrucción, su origen social, su estructura familiar resulta determinante para poder establecer si el pudo ser mas prudente, si pudo conocer la antijuridicidad de su hecho o si, por ejemplo, era capaz de motivarse en la norma y actuar conforme a ese conocimiento.

9. Error de Tipo.

El error de tipo y la ausencia de dolo (arto. 25 Pn).

Cuando el autor desconoce la concurrencia o realización de alguno o de todos los elementos del tipo de injusto —tanto se trate de elementos descriptivos como normativos- nos encontramos ante lo que se llama error de tipo.

Antiguamente se hablaba de error de hecho o sobre los hechos, ya que no se captaba que en los tipos había además de elementos de hecho, elementos normativos y jurídicos. Error de tipo sobre un elemento de hecho es el que se da cuando el cazador apostado en su lugar dispara para matar un jabalí y resulta que se trataba de otro cazador que indebidamente se había desplazado de su puesto.

El autor del disparo desconoce que éste se ha proyectado sobre otra persona, que es elemento objetivo del tipo de homicidio. Su error impide admitir que haya querido matar a otro y, por lo tanto, impide apreciar el dolo excluyéndose

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

pues la aplicación del tipo de homicidio doloso. Error de tipo sobre un elemento normativo es el que se da en el delito fiscal cuando el sujeto desconoce el deber de tributar por la donación de una propiedad que recibe de su padre.

El **arto. 25, párr. 1ºPn**, establece que el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal y si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

El error se considera invencible cuando no hubiera conseguido evitarlo ni una persona cuidadosa y diligente. Por el contrario se considera vencible cuando se hubiera llegado a evitar aplicando normas elementales de diligencia y cuidado. Parece lógico que se excluya la responsabilidad penal cuando una persona diligente y cuidadosa no hubiera evitado el error, y parece lógico también que al que error por falta de cuidado se le castigue. El Código, que parte de considerar la exclusión del tipo doloso, dispone que la infracción será castigada como imprudente, lo que parece correcto, pero para eso tiene que haber un tipo imprudente que castigue la lesión imprudente del bien jurídico de que se trate, y por esta razón el precepto establece la salvedad de «en su casos».

El error puede recaer o proyectarse sobre elementos típicos de diferente significación y así se distinguen los errores sobre el objeto de la acción, sobre la relación de causalidad, el error en el golpe y el error sobre el momento de la consumación.

En el error sobre el objeto de la acción —error in objeto vel in persona— resulta en principio irrelevante que el autor haya querido apropiarse del abrigo de uno y lo haya hecho del de otro o que, queriendo matar a uno, haya confundido de víctima y haya matado a otro, en ambos casos hay un único delito doloso consumado de hurto y de homicidio. Al error hay que considerarlo relevante cuando se trata de los mismos objetos pero con diferente protección jurídica o de objetos heterogéneos. Son los casos, por ejemplo, del que quiere matar al jefe del Estado y da muerte a un escolta que se le parece, o del que quiere causar daños

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

materiales y además causa la muerte de una persona. En estos casos el error es relevante y obliga a reconocer la concurrencia de dos delitos, en el primer caso, un delito de homicidio del Jefe del Estado en grado de tentativa y un homicidio doloso consumado del escolta, y en el segundo un concurso de delito doloso de daños consumados con un delito imprudente de homicidio.

En los supuestos de error sobre el curso causal de los acontecimientos es preciso distinguir los casos en los que el resultado sigue siendo objetivamente imputable al autor y los que no. En los primeros el error es irrelevante: quiere disparar sobre otro, pero sólo le hiere gravemente, de lo que muere en el hospital tiempo después; hay aquí un único delito consumado de homicidio doloso. Para el otro supuesto nos vale el ejemplo anterior, pero con heridas no graves. Aunque al ser trasladado en la ambulancia muere al colisionar ésta con otro vehículo, aquí hay solamente un delito de homicidio doloso en grado de tentativa.

En los delitos contra la vida y la salud puede darse lo que se llama error en el golpe -aberrado ictus-; la mala puntería le lleva al autor a alcanzar a A cuando quería matar a C. En estos casos nos encontramos según la doctrina tradicional ante un único delito doloso de homicidio, aunque quizás procedería considerar relevante el error y apreciar un concurso ideal de homicidio doloso intentado y homicidio imprudente consumado.

Se conoce como *dolus generalis* el supuesto que se produce cuando el autor cree erróneamente haber dado muerte a su víctima, pero cuando la mata efectivamente es en un momento posterior, al manipularla para simular un suicidio por ahorcamiento, se tratan estos casos considerándoles como un único delito de homicidio doloso.

El **arto. 25, párr. 2º** dispone que el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante impedirá la apreciación de dicha cualificación o agravación. Lo que quiere decir que se castigará el delito sin cualificar o sin agravar. Así, cuando unos jóvenes entran en una Facultad para

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

llevarse computadores personales y resulta que por error se llevan entre ellos un cromatógrafo de gases, que es un instrumento de valor científico de aspecto muy parecido, incurren en un error sobre el elemento cosa de valor científico que está previsto en el **art. 220 inc.1Pn** como elemento que cualifica el hurto del **art. 219 Pn**, y en aplicación del **art. 25 Pn**, no se aplicará a aquél, que tiene una pena de prisión de uno a tres años, sino éste, cuya pena es de prisión de seis a dieciocho meses.

Si lo que ocurre es que el sujeto se representó falsamente que concurría un elemento cualificante —lo que se denomina error al revés—, por ejemplo cuando el ladrón cree que lo que hurta es una cosa de valor científico y resulta ser un juego infantil, —**art. 220, inc. 1 Pn**— el error habrá de considerarse irrelevante y castigarse conforme al delito básico —el del **art. 220 Pn**—. Por la misma razón, si lo que hace el autor es desconocer una circunstancia que privilegia la pena, habrá de aplicarse el tipo privilegiado y no el agravado que el sujeto cree haber realizado: El **art. 163 Pn** dispone la aplicación de la pena inferior en grado a la básica del secuestrador de personas si el culpable diera libertad al detenido dentro de los primeras cuarenta y ocho horas le suelta cuando cree que ya han pasado, no siendo así.

Un supuesto de error cuyo tratamiento resulta muy discutido es el del error sobre los presupuestos de una causa de justificación. Frente al caso anteriormente descrito en el que el autor disparaba sobre el ladrón que huía creyendo que tal proceder era lícito por cubrirlo la legítima defensa, y que hemos calificado como un error no sobre un elemento del tipo sino sobre la licitud del acto, que sólo afecta a la culpabilidad, se presentan supuestos en los que el sujeto en lo que yerra es en la captación de la realidad, creyendo erróneamente que un tercero viene a atacarle. La situación de agresión ilegítima debe considerarse un elemento del tipo —del tipo negativo que constituyen las entisas de justificación— por lo que este error debe excluir el dolo y castigarse, tan sólo y si procede, como homicidio imprudente. Otro sector doctrinal lo considera como un error sobre la antijuricidad y, por lo tanto, no excluye el dolo y sólo atenúa la culpabilidad.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

En ocasiones el legislador ha querido por alguna razón restringir el ámbito de punición propia del tipo doloso y ha incorporado expresamente a la descripción típica algún elemento subjetivo especial, cuya concurrencia se exigirá además del dolo. Son éstos los llamados elementos subjetivos del injusto, como por ejemplo el ánimo de lucro en el hurto —**arto. 220 Pn**— o el ánimo de descubrir los secretos de otro en el delito del **arto. 192 Pn**. En algunos supuestos, el elemento subjetivo específico acumulado al dolo está más o menos implícito, como por ejemplo, en los abusos sexuales —**arto. 172 Pn**—, que requieren que la acción esté teñida por el ánimo lúbrico y que no existe, —y por ello no llega a realizarse el tipo— en los casos del boca a boca de la socorrista que auxilia a un bañista privado de sentido por la ingestión de agua. También se considera implícito un ánimo de injuriar en los delitos de calumnias e injurias, sin cuya concurrencia la lesión del honor ajeno no es punible —**artos. 202 y 203 Pn**—. La ausencia del elemento subjetivo del injusto determina la exclusión de la tipicidad de la conducta, aunque persista el dolo, salvo que realice un delito distinto, como son los casos del que se apoderare un vehículo de motor para usarlo durante tilias horas que no realiza el tipo del hurto del **arto. 234 Pn**, pues no tiene ánimo de apropiarse de él, sino tan sólo de usarlo, o el funcionario que lesiona a un detenido, pero no para obtener una confesión, sino por odio personal no realizará el delito de tortura, sino sólo el de lesiones.

Los tipos con elementos subjetivos pueden clasificarse en tres grupos. En primer lugar los llamados mutilados en dos actos, en los que el primer acto sirve para realizar un segundo por el mismo sujeto, cuya realización no exige el tipo, al cual le basta el primero cuando ha sido llevado a cabo con la ha tensión de efectuar el segundo; por ejemplo, el delito de falsedad en documento privado para perjudicar luego a otro, del **arto. 284 Pn**, o la posesión de drogas para traficar con ellas, del **arto. 358 Pn**, o la receptación para traficar, del **arto. 359 Pn**. En segundo lugar se cuentan los delitos de resultado cortado, que son aquéllos en los que se tipifica una acción con la que el sujeto pretende alcanzar un resultado ulterior, que el tipo no requiere que se llegue a realizar, como es el caso de los delitos de rebelión y sedición, de los **artos. 420 Pn**, o como la tortura para obtener

una confesión del **arto. 486 Pn**. Por último los delitos de tendencia interna trascendente, en los que hay una finalidad o motivo que trasciende la mera realización dolosa de la acción, como es el ánimo de lucro con el que ha de apoderarse de la cosa para que se realice el hurto —**arto. 219 Pn**—, o el *animus injuriandi* en las injurias, o el ánimo lúbrico en los delitos sexuales.

10. Error de Prohibición.

Históricamente ha prevalecido la máxima *error iuris nocet*. De tal forma, el responsable de un hecho delictivo no podía invocar con éxito el desconocimiento total o parcial de las normas jurídicas. Sin embargo, ese desconocimiento podía existir, por tratarse de sujetos no integrados del todo en la sociedad (grupos marginales, o incluso en ciertos países, la situación de comunidades indígenas que no se encuentran integradas desde un punto de vista cultural). Pero también la aparición de una hipertrofia normativa en ámbitos del Derecho administrativo y del Derecho económico en general hace posible que un ciudadano plenamente integrado pueda desconocer alguna norma con relevancia para el Derecho Penal.

Incluso puede pensarse que en los primeros meses de vigencia del actual Código Penal, algunos ciudadanos desconozcan que ciertas conductas han pasado a ser delictivas (entre las más cuestionables y asombrosas encontramos, p. ej., la negativa a someterse a una prueba de alcoholemia o la simple posesión de un disquete que facilite la copia ilegal de programas de ordenador protegidos - **arto. 248 Pn**- Con estos ejemplos podemos apreciar que un error de prohibición es perfectamente posible y que cualquier sujeto podría incurrir en él. Quedan por estudiar las consecuencias jurídicas de dicho error.

La necesidad de comprobar la conciencia de la antijuricidad en la culpabilidad supone la regulación expresa de su contrapartida, esto es, del error de prohibición. En este sentido, dispone el **arto. 26 Pn** que «*El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuere vencible, la infracción será castigada en su caso como imprudente*». Sobre la base de esta regulación legal habrá que analizar

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

las distintas clases de error de prohibición. Existe un error de prohibición directo, que es aquel que recae sobre la propia existencia de la prohibición p. ej. Creo que poseer un disquete que facilite la copia ilegal de programas de ordenador protegidos no constituye delito alguno). Y también existe un error de prohibición indirecto. Que recae sobre la existencia o los límites de una causa de justificación (p. ej., la ciudadana británica cree que en España existe un sistema penal que permite el aborto como en su país, o el sujeto que invoca la legítima defensa cree que la ley le autoriza a emplear lo primero que tenga a mano para defenderse, sin necesidad de que ese medio sea; nacional).

Se han ensayado distintas teorías para dar un tratamiento adecuado al error de prohibición.

Teoría del dolo. Esta teoría responde esencialmente a la sistemática causalista, que trataba al dolo como *dolus malus* en la culpabilidad. El tratamiento unificado del conocimiento del hecho y la conciencia de la antijuridicidad produce una solución idéntica cuando se trata de un error de tipo o de un error de prohibición. Hay un tratamiento unitario de todas las clases de error. Las diferencias se plantean únicamente entre error vencible y error invencible. En ambos casos, el error excluye el dolo (de allí el nombre de la teoría: teoría del dolo). En el supuesto de error invencible, queda totalmente excluida la responsabilidad criminal, tanto a título de dolo como a título de imprudencia. Por el contrario, el error vencible únicamente excluye el dolo, subsistiendo la responsabilidad por delito imprudente.

Teoría de la culpabilidad. Al abandonar el concepto de *dolus malus*, y diferenciarse claramente el dolo de la conciencia de la antijuridicidad, cobra fuerza la diferenciación entre el error de tipo, que afecta al dolo ubicado en el tipo subjetivo, y el error de prohibición, asentado en la culpabilidad. El dolo ya ha podido ser constatado o excluido en el tipo subjetivo y deja de ser, por lo tanto, un problema de culpabilidad. La teoría de la culpabilidad se asienta sobre esa base, y entiende que un error de prohibición puede llevar únicamente a eximir de

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

responsabilidad penal (error invencible) o a un delito doloso atentado (error vencible), pero nunca a un delito imprudente.

Especialmente problemático se presenta el error sobre las causas de justificación, que hace referencia a los supuestos de error de prohibición indirecto. Ya nos hemos referido a este problema, pero es conveniente volver a reflexionar brevemente sobre él. El error sobre las causas de justificación ha provocado una división entre los seguidores de la teoría de la culpabilidad. Algunos se inscriben en la teoría estricta de la culpabilidad y otros en la llamada teoría restringida de la culpabilidad.

Teoría estricta de la culpabilidad. Es la seguida por el finalismo, y partiendo de la base de diferenciar el error de tipo del error de prohibición, en el ámbito del error de prohibición indirecto (causas de justificación), brinda el mismo tratamiento al error sobre la existencia, sobre los límites y sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación. Para todos ellos se prevé la misma consecuencia jurídica. En el supuesto de error invencible no hay culpabilidad y por lo tanto, no se aplica pena alguna. En el caso (le error vencible, se sanciona por delito doloso atenuado. La diferencia entre esta teoría y la que enunciaremos a continuación se centra en el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación.

Teoría restringida de la culpabilidad. Esta teoría realiza una distinción que no acepta la teoría estricta de la culpabilidad. Coincide con esta teoría en el tratamiento de dos supuestos (le error de prohibición indirecto: el error sobre la existencia y el error sobre los límites de la causa de justificación. Pero tratándose de tina error sobre los presupuestos objetivos o fácticos, lo trata como un error de tipo. A esta misma solución llega la teoría de los elementos negativos del tipo. Pan esta teoría los presupuestos fácticos de las causas de justificación forman parte del tipo del injusto, el llamado tipo negativo. En consecuencia, el error sobre estos elementos nunca sería error de prohibición sino error de tipo.

En definitiva, interpretando el **arto. 26 Pn** desde la perspectiva de la opción sistemática que hemos adoptado, la solución que consagra dicho precepto será

aplicable al error de prohibición directo y a los supuestos de error sobre la existencia o sobre los límites de una causa de justificación, y nunca al error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación que queda regulado en el **art. 25 Pn** como error de tipo. En consecuencia, el error de prohibición invencible no recibirá pena, mientras que el vencible sufrirá la pena del delito doloso, reducida en uno o dos grados.

11. Conspiración y Proposición en el Código Penal Nicaragüense.

11.1.) La Conspiración

Se considera que existe conspiración cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para cometer un delito y deciden ejecutarlo. El término conspiración o conjura suele referirse a un acto o conjunto de actos realizados por varias personas con ánimo de arrebatarse el poder a otra o de causarle daño. Cuando se refiere a cosas, una conspiración es una concurrencia de circunstancias en dirección a un mismo fin.

Art. 31 Pn: *Existe Conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo" Serán dos o más los responsables. Coautoría anticipada caracterizada por concierto previo y resolución firme de ejecución. No pueden darse formas imperfectas de ejecución. La conspiración se trata de un supuesto de coautoría intentada, y no de participación. Los conspiradores deben concretar el reparto de dominio del hecho que proyectara realizar.*

El término se ha usado en diferentes campos

- Una conspiración civil o criminal, que es un acuerdo entre dos o más personas físicas destinado a quebrantar la ley (teoría conspirativa).
- Un complot, es una conspiración política destinada al derrocamiento de un gobierno o de otro tipo de poder (teoría conspirativa).

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

El **Arto. 31 Pn**: "La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en La Ley" **Arto.32**, "La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que La Ley así lo prevea" (**arto.138** Homicidio, **arto.150** Lesiones, **arto.166**, Detención ilegal, **arto. 163** secuestro, **arto.223** Robo, **arto. 228,229** extorsión, estafa o apropiación indebida, **arto. 282** Lavado de dinero, **arto. 359** Tráfico de drogas, **arto.420** rebelión, **arto. 392** Asociación ilícita, **arto. 325** Atentado, **arto. 394** Terrorismo, **arto. 409** Traición y **arto. 484**, Genocidio, Delito Contra el orden internacional).

11.2.) La Proposición.

Existe **proposición** cuando el que ha decidido cometer un delito, invita a otra u otras personas a que lo ejecuten.

El **Art.31 Pn**, establece: "*Existe proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otro u otras personas a ejecutarlo*". Será castigado solo el que propone. Resolución manifiesta que requiere la persona. Decisión de cometer un delito. La invitación a otra u otras personas a ejecutarlo. No puede entenderse los actos de preparación, complicidad o encubrimiento. Invitación limitada a los actos ejecutivos típicos. La invitación será concreta, precisa, convincente y persuasiva sin necesidad de aceptación. Si se acepta implica conspiración.

Se trata de un supuesto de coautoría intentada, en tanto y en cuanto el que invita proyecta compartir el dominio del hecho con los invitados, o de autoría o participación intentadas si el pretende reservarse el dominio del hecho, otorgando un papel de partícipes a los demás. A diferencia de la provocación que supone una invitación pública y general, la proposición se caracteriza por ser una invitación individual y personalizada.

La proposición y la conspiración para cometer un delito sólo se castigan en los casos que así lo determine la ley.

12. Provocación, Apología e Inducción.

12.1.) La Provocación

La provocación consiste en incitar directamente a la comisión de un delito por medio de la imprenta, radio o cualquier otro medio similar que facilite la publicidad.

*El **Arto. 32 Pn**, expone: “Existe provocación cuando directa o indirectamente pero por medios adecuados para su eficacia”. Será castigado solo el que provoca. El provocador no está resulto a ser del delito, ni pretende perpetración conjunta solo se limita a determinar a otros la ejecución.*

La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Este es un supuesto de participación intentada, muy próximo a la inducción. Tal es así que dispone expresamente el **art. 32, parra. 3 del Código penal** que “*Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castiga como inducción*”.

La provocación se castiga en los casos establecidos por ley, pero si se hace caso a la provocación es atendida y se comete el delito, la provocación se castiga como inducción al delito correspondiente. La inducción no seguida de ejecución se sanciona como provocación.

12.2.) La Apología

Comete apología quien, ante una concurrencia de personas, ensalce el crimen o enaltezca a su autor y participes. Así, aquel, que por cualquier medio de difusión, dé ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor comete apología. Sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Esta definición es una importante novedad del código penal, que da concreción a la apología y sirve de complemento a los escasos preceptos de la parte especial que contemplan esta forma de provocación. La apología es una prohibición de comportamientos, no prohibición de manifestaciones ideológicas.

Más concretamente la apología es la exposición de ideas o doctrinas que defienden el crimen, que consisten en el elogio, solidaridad pública o glorificación de un hecho que con fuerza de cosa juzgada ha sido declarado criminal, o de su autor a causa de este hecho. Es considerado como instigación indirecta, por lo tanto basta el dolo eventual, careciendo de importancia los móviles de la acción. No constituye delito la apología realizada en privado, ni tampoco la simple aprobación, o la alegría explícita, hacia un delito o su autor. La apología se castiga penalmente cuando se realiza como forma de provocación, y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa para cometer un delito.

12.3.) La Inducción

Dice el **artículo 43 del Código penal** que también serán considerados autores los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo el hecho. El inductor es un partícipe, pero un partícipe muy especial porque su conducta es considerada como muy trascendente por el propio código, en base al peligro que supone para el bien jurídico tutelado. La pena de inducción se equipara a la del propio autor, no advirtiéndose un tratamiento más favorable por el hecho de tratarse de un partícipe. Sin embargo, esto no nos debe llevar a confusiones. La inducción es accesoria y, por lo tanto, debe constatarse el delito principal al que esta conducta debe ir relacionada.

La inducción consiste en hacer surgir en otro la resolución delictiva. El inductor provoca dolosamente al autor, para que de comienzo a la ejecución del delito. Sin embargo, debe destacarse que el inductor no posee el dominio del hecho, que siempre debe de estar en manos del autor. Por otra parte, la inducción

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

debe de ser dolosa. Se habla del doble dolo del inductor, pues debe perseguir dos objetivos. Por una parte, provocar la resolución delictiva en el futuro autor. Por otra parte, que el resultado del delito inducido se materialice, esto es, que se lleve finalmente a cabo.

Una peculiar forma de inducción es la que lleva a cabo el llamado agente provocador. Este sujeto no desea la consumación del delito, sino que el individuo lo lleve a cabo en grado de tentativa, con la finalidad de posibilitar la sanción penal a determinados sujetos, sobre quienes no existen pruebas concluyentes de su Accionar delictivo. En otros sistemas jurídicos el agente provocador es frecuentemente utilizado, dentro del marco de legalidad. En España tanto la doctrina como la propia legislación se resisten a brindar impunidad a estos sujetos, cuyo comportamiento sigue siendo penalmente relevante a título de inducción.

La inducción requiere que constaten dos requisitos: debe ser directa y eficaz.

A) Directa: el **artículo 43 del Código penal** hace especial hincapié en que la inducción debe ser directa. La inducción debe dirigirse a una persona o personas determinadas. No se admite la inducción por personas interpuestas o inducción en cadena. Por otra parte, no cabe una inducción genérica pues la inducción debe dirigirse a la realización de un hecho determinado. Nos preguntamos que ocurre si se aprecia el exceso en el inducido, por ejemplo si se induce a cometer un robo a un comerciante competidor y el inducido aprovecha para agredir sexualmente a la dependiente. El inductor solo responderá por los resultados que se corresponden con su dolo (directo o eventual). Del exceso solo responderá el autor.

B) Eficaz: la influencia que ejerce el inductor debe ser causante de la resolución delictiva del inducido. La inducción debe ser decisiva en la determinación de cometer el delito. No existirá inducción si la resolución delictiva estaba ya tomada con anterioridad, por el autor del delito. La eficacia también esta condicionada por el hecho de que el inducido debe dar comienzo a la ejecución del delito. Por ello debe existir, al menos tentativa.

12.4.) La Cooperación Necesaria

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

La cooperación necesaria consiste en una de las formas de favorecimiento del hecho ajeno que regula el Código Penal. Así dispone el **artículo 28 del Código Penal** que “También serán considerados autores los que cooperan a su ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado”. Pese a la referencia a la autoría y tal como hemos expuesto al tratar la inducción, el cooperador necesario no es autor sino partícipe. Pero el Código penal regula otra forma de favorecimiento del hecho ajeno, como es la complicidad, que supone contribuciones menos relevantes al hecho delictivo. Es importante distinguir ambas figuras, pues la complicidad recibe la pena inferior en grados a la prevista para los cooperadores necesarios

El cooperador necesario realiza actos relevantes de cooperación en fases preparatoria o ejecutiva. Los medios con los que se puede colaborar son ilimitados, no existiendo previsión alguna al respecto en el código penal. La doctrina acepta la cooperación intelectual y la cooperación técnica o física. El hecho al que se coopera debe de haberse materializado, al menos, en grados de tentativa. Como en la inducción, el cooperador necesario no es responsable del exceso que pudiera cometer el autor.

La delimitación de la cooperación necesaria de la complicidad no es nada sencillo, teniendo en cuenta que ninguno de ellos tiene el dominio del hecho. El código penal exige que la portación constituya un acto sin el cual el hecho no se había efectuado esto supone necesariamente una portación esencial al hecho del autor. Sin embargo, no es fácil encontrar un criterio diferenciador, la doctrina ha elaborado distintas teorías (criterio de la necesidad, criterio de la escasez, etc.) una de ellas, que no parece bastante convincente, es la formulada por *Gimbernat* con su teoría de los bienes escasos. Si lo que aporta el autor es, según las circunstancias, un caso bien escaso, el partícipe será cooperador necesario. Si lo aportado es, en esas circunstancias, un bien abundante, habrá complicidad.

12.5.) Derecho Penal Material: ¿Un Derecho Penal Ad Hoc Contra el Crimen Organizado?

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

En el ámbito penal sustantivo interno la reacción frente al crimen como empresa pasa por la previsión de normas penales que capten las conductas de conspiración y asociación para delinquir, preferentemente por tipos adaptados a las peculiares características del crimen organizado (así en Austria, Suiza, EE.UU.), o bien por la previsión de cualificaciones de determinados delitos cuando son cometidos por una organización.

El delito de asociación para delinquir o asociación criminal es en la actualidad una figura común en los Códigos penales de los países de nuestro entorno jurídico. Por asociación criminal se entiende generalmente un grupo de personas —por encima de dos o tres— dotadas de una cierta estructura u organización y concertadas durante al menos un tiempo para la comisión de delitos. El tipo penal correspondiente contempla por lo común como conductas punibles la fundación o pertenencia, y a veces también la cooperación y propaganda de la asociación; normalmente la pena se eleva para aquellos que desempeñan funciones de organización o dirección. En ocasiones se prevén modalidades agravadas, relativas a las asociaciones dirigidas a la comisión de delitos especialmente graves, o las asociaciones de finalidad terrorista, o las asociaciones criminales dotadas de una estructura más compleja y guiadas por lo común por fines económicos, con métodos mafiosos, que responden al concepto criminológico de «crimen organizado».

La represión agravada de la criminalidad de grupo frente a aquella de carácter individual se encuentra prevista ya en los primeros códigos penales en el contexto de los delitos contra la seguridad o la paz pública; esto es, en la Parte especial de los mismos, coexistiendo generalmente con otras disposiciones relativas a la concertación criminal o conspiración en la Parte General. Por otra parte, el fenómeno de la comisión de delitos a través de una organización suele aparecer también captado con relación a determinados delitos contemplando como circunstancia agravante especial su comisión a través de una organización.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

La figura de la asociación para delinquir ha tenido a lo largo de la historia diferentes finalidades político-criminales, ha sido utilizada para perseguir tipos distintos de criminalidad asociativa, como la delincuencia política primero y la terrorista después. En la actualidad, ha incorporado aquella de lucha contra el crimen organizado. En los primeros Códigos Penales decimonónicos el delito de asociación ilícita aparece vinculado a la represión del delito político. Como medio de eliminación de la oposición política aparece también utilizado en los regímenes totalitarios europeos de entreguerras, e incluso en los regímenes de los países occidentales democráticos posteriores a la segunda guerra mundial, en el contexto de la «guerra fría», en particular en los años 50, para reprimir actividades de grupos comunistas. La figura encuentra su acomodo dentro del denominado Derecho Penal político, esto es, de protección del Estado en sentido amplio, en el ámbito previo de delitos de lesión como la alta traición y la rebelión, figuras centrales de los delitos contra el Estado.

13. Circunstancias Modificadoras de La Responsabilidad Penal.

Las eximentes de la responsabilidad penal se encuentran reguladas en el **arto. 33 Pn** y en el **arto. 34 de La Cn**. En este epítafio se regulan las causas de justificación y de exculpación. Por ejemplo, siguiendo el modelo español, tenemos las causas de exculpación por enfermedad mental o alteración grave de la conciencia, la minoría de edad en inimputabilidad absoluta y relativa, por amenazas o coacción (de influjo italiano, que sustituyó a la fórmula española de la exención del miedo insuperable).

Entre las causas de justificación, se establecen la legítima defensa con tres requisitos relativos a la agresión, la defensa y la falta de provocación; el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, autoridad, oficio o cargo, la obediencia, el caso fortuito y la causa legítima o insuperable

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

justificadora de la omisión en que incurriere la persona (en algunos códigos penales suple relativamente a la ausencia de acción producto de fuerza irresistible) (**arto.34, inc. 4 Pn**).

Las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal están reguladas en los **artos. 35 y 36 Pn**.

Respecto a las atenuantes podemos señalar, entre otras, las causas de justificación incompletas, ser menor de 21 años, la embriaguez (que no fue habitual o posterior de cometer delito), el arrebató y obcecación, la buena conducta, la reparación el daño causado, denunciar y confesar el delito, haber obrado por celo de justicia, la decrepitud, el analfabetismo o limitación de discernimiento. El código permite la admisión de circunstancias atenuantes analógicas. En cuanto a las circunstancias agravantes la mayor cultura del delincuente, la alevosía, realiza el hecho por precio, recompensa o promesa; con premeditación, empleando astucia, fraude o disfraz, abuso de confianza, ser vago o reincidente.

Causas de justificación.

El Código penal recoge las eximentes de responsabilidad criminal y se encuentra regulada en el **artos. 33 y 34 Pn**, el cual regula las causas de justificación y de expulsión.

Para *Luzón*, las causas de justificación, son circunstancias eximentes que por las determinadas razones excluyen la antijuricidad o ilicitud de la conducta en principio típica. Por eso se les denominan también causas de exclusión de la antijuricidad o del injusto.

En un intento de buscar un fundamento común a todas las causas de justificación, surge la teoría de la colisión de intereses o de la ponderación de interés, que sostiene que en todas las causas de justificación se permite la lesión de un interés o bien jurídico porque entra en conflicto con otros intereses

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

superiores de mayor peso para el derecho. Esta teoría no explica bien el fundamento de algunas causas de justificación que solo excluyen el desvalor de la acción, pues no se debe prescindir de los matices peculiares de cada una, ni generalizar excesivamente las ideas de escrito conflictivo, ponderación y proporcionalidad propias del estado de necesidad a las demás causas justificantes; y en ocasiones no es preciso para la justificación la preponderancia, sino que basta con la equivalencia de intereses en colisión para respetar jurídicamente la libertad de decisión de los ciudadanos.

La teoría del fin, justifica la adecuación y necesidad del medio para un fin justo; pero esta afirmación es tan general e imprecisa que no puede explicar las razones y peculiaridades por las que en cada caso se consideran justos los fines y adecuados los medios. En definitiva, aun reconociendo ciertos rasgos o principios generales comunes a las causas de justificación o a grandes grupos de ellas, es preferible examinar el o los fundamentos específicos o diferenciadores de cada una.

Una gran clasificación se puede efectuar entre las causas de justificación del resultado y causas de justificación de la acción. Las causas de justificación del resultado son la mayoría tradicionalmente mencionadas, el bien jurídico deja de estar protegido en el caso concreto frente a la lesión (o puesta en peligro), e incluso debe producirse un resultado valorado positivamente o hasta jurídicamente obligatorio, y por eso excluye el desvalor del resultado (o el desvalor del hecho o de la situación en los delitos de mera conducta); así ocurre en la legítima defensa, en el consentimiento justificante, en la mayoría de los supuestos de cumplimiento del deber, o ejercicio del derecho, oficio o cargo si a posteriori se comprueba la efectiva concurrencia de sus presupuestos, o en la obediencia debida a ordenes conformes a derecho.

En las causas de justificación de la acción, aunque subsiste el desvalor del resultado, la conducta no es jurídicamente desaprobada porque falta todo desvalor

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

de la acción, bien su parte subjetiva por la ausencia de dolo e imprudencia (por actuar conforme al deber objetivo de cuidado, siendo a veces permitida y a veces incluso obligatoria tal conducta), bien la parte objetiva del desvalor de la acción por otras razones.

Son causas de exclusión del desvalor subjetivo de la acción, el caso fortuito en general, en que se actúa con la diligencia objetivamente debida, o supuestos especiales del mismo como los de error objetivamente invencibles sobre el tipo o sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, o supuestos específicos de esta última clase de error legalmente equiparados a la concurrencia real de los presupuestos de la causa de justificación.

Luzón Peña, expone que los efectos de las causas de justificación son muy amplios, a saber:

a) No solo eximen de responsabilidad penal, sino también de otra responsabilidad jurídica: responsabilidad civil, administrativa, tributaria, etc. (**art. 34, incs. 4, 7, 8, 9, 10,11 Pn**).

b) No solo excluyen la responsabilidad penal estricta, sino también la responsabilidad criminal en sentido amplio: no se pueden aplicar medidas de seguridad, ya que si la conducta cometida no es antijurídica, ni menos un injusto penal, tampoco puede fundamentar un pronóstico de peligrosidad criminal.

c) en virtud de la accesoriedad de la participación, al no haber una conducta típicamente antijurídica en el autor, tampoco responde penalmente los partícipes.

d) El error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación es relevante como error de tipo, excluyente en todo caso del dolo y que puede dar lugar a imprudencia o caso fortuito según que objetivamente sea vencible o invencible; y asimismo es relevante, pero como error de prohibición, el error sobre la existencia misma o los límites de una causa de justificación.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

e) contra una conducta amparada por una causa de justificación, como no es una agresión ilegítima, no cabe la legítima defensa.

En cambio en algunos aspectos son distintas las consecuencias según que se trate de causas de justificación del resultado o de justificación solo de la acción.

- Frente a las causas de justificación solo de la acción cuando amenazan provocar un resultado desvalorado puede caber estado de necesidad defensivo por reaccionar contra la fuente de peligro que no llega a ser una agresión ilegítima, mientras que el mismo no es admisible frente a las causas de justificación que excluyen el desvalor del resultado.
- En las causas de justificación solo de la acción, si el sujeto activo ha provocado dolosa o imprudentemente la situación en la que pese a todo causa un resultado desvalorado, puede responder de la causación dolosa o imprudente de un desvalor del resultado.
- En las causas de la justificación que excluyen el desvalor del resultado, pero también en las que excluye el desvalor objetivo de la acción, si el sujeto desconoce la situación objetiva justificante, hay acción dolosa constituida de tendencia imposible; en cambio en las causas que excluyen el desvalor subjetivo de la acción, por definición no hay dolo y no cabe tal posibilidad.

Causas de exculpación.

En el **Arto. 34 Pn** se regulan además de las causas de justificación las causas de exculpación. En el penal sigue el modelo español, causas de exculpación por enfermedad mental o alteración grave de la conciencia, por amenazas o coacción (de influjo italiano, que sustituyó a la fórmula española, de la extinción del medio insuperable). Respecto a la minoría de edad, el Código de la Niñez y la adolescencia establece que son niñas y niños los menores de 18 años y que serán objetos de la justicia penal especializada a los adolescentes entre 13 años cumplidos y 18 no cumplidos. O sea, la responsabilidad penal de este grupo

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

no será objeto del penal, sino de un sistema especializado. Las personas sujetas al penal serán las que tienen 18 años cumplidos en adelante (**arto. 33 Pn**).

Para *Jescheck* las causas de exculpación son las circunstancias que el ordenamiento no formula, bajo ciertos requisitos, reproche alguno de culpabilidad.

La posibilidad de exculpación de las acciones típicamente antijurídicas se basa en que los juicios sobre el injusto y la culpabilidad difiere por el objeto y por su modulo de mediación. En efecto, las causas de exculpación no se acomodan al esquema de la bipartición en injusto y culpabilidad, sino que ocupan una posición doble en tanto que se apoyan por igual en la minoración o disminución del grado del injusto y en la del de la culpabilidad del hecho. Por una parte, la situación se aproxima a la de una causa de justificación, y por la otra, la motivación del autor resulta comprensible por las circunstancias extraordinarias. Aunque la consecuencia de la impunidad sea la misma en las causas de justificación y de exculpación, encierra diverso significado en uno y otro supuesto. El hecho Justificado es aprobado por el ordenamiento jurídico, mientras que el exculpado solo es tolerado de ahí que en el primero se excluya la participación punible, que en el segundo es por el contrario, jurídicamente posible.

Las causas de exculpación deben contemplarse como causas de disminución del injusto y de la culpabilidad, a las que el legislador atribuye el efecto de la impunidad, dado que no se alcanza el límite del merecimiento de pena.

Mientras que las causas de justificación solo pueden explicarse conforme a una pluralidad de punto de vista, suele entenderse que todas las causas de exculpación pueden reconducirse a la idea básica de la inexigibilidad de un comportamiento ajustado a la norma. Ello es correcto, pero no se logra una fundamentación material, puesto que la exigibilidad y la inexigibilidad únicamente constituyen principios regulativos que no revelan el contenido de la decisión, sino solo el camino hacia ella, en tanto indican al juez que considere todas las circunstancias relevantes del caso particular y luego decida acertadamente.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

La literatura científica se ha esforzado reiteradamente en encontrar una explicación material de la impunidad, como común denominador de las causas de exculpación. Así, las causas de exculpación se colocan en paralelo con la incapacidad de culpabilidad, porque la posición del afectado sería comparable con la del incapaz de culpabilidad, pero esta interpretación psicológica no convence, puesto que también en las situaciones excepcionales la mayoría de las personas se dejan motivar por las normas jurídicas.

Otros estiman que en los supuestos de causas de exculpación hay que negar el poder general del ciudadano medio que el ordenamiento jurídico presume. Según la teoría de la unidad, el ordenamiento jurídico incluso cabe abstenerse, al menos en el estado de necesidad, de todo juicio de valor desaprobatorio, de manera que la acción aparece, en definitiva, como no prohibida. Otro sector considera la prepotente presión sobre los motivos como causa suficiente de exclusión de la culpabilidad. Por último la impunidad se apoya igualmente en la notable disminución del contenido de culpabilidad del hecho, lo que justificaría renuncia al reproche de culpabilidad.

Una corriente doctrinal, que gana progresivamente terreno, se esfuerza por reunir en una solución diferenciadora los diversos puntos de vista que solo tocan, por separado, aspectos parciales del problema. Se atiende a la valoración de la cantidad del injusto y de la culpabilidad del hecho en las diferentes causas de exculpación. A las causas de exculpación influyen tanto en el grado del injusto personal de la acción queda aminorado por el fin legítimo perseguido por el autor. pero el desvalor del resultado del hecho se reduce asimismo, al menos en el estado de necesidad y en el exceso de legítima defensa, conforme al valor del bien salvado o protegido por el autor.

La valoración de todas estas circunstancias favorables al autor hace que el ordenamiento jurídico, pese a que el injusto y la culpabilidad no resulten excluidos, sino solo aminorados, renuncie a formular un reproche juricopenal de la culpabilidad, sin perjuicio de tener que afirmar el desvalor ético del hecho.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

La doctrina funcional de la culpabilidad intenta llegar a una explicación de las causas de exculpación atendiendo a la finalidad preventiva de la pena en la definición de la culpabilidad del hecho según su contenido. Sin embargo, el contenido de la culpabilidad del hecho mismo, como objeto del juicio sobre el merecimiento de pena, continua siendo completamente ajeno a la cuestión de política criminal acerca de si por razones de prevención existe la necesidad de imponer una pena.³⁴ <http://www.aadi.org.ar>

Los presupuestos de estado de necesidad exculparte se encuentra estrictamente delimitados y no pueden ser ampliados por el juez, puesto que el legislador solo renuncia al reproche de culpabilidad bajo las condiciones establecidas en la ley. Únicamente son bienes jurídicos susceptibles de protección en estado de necesidad, la vida, la integridad corporal y la libertad. Esta restricción responde al pensamiento básico del estado de necesidad exculparte, pues solo cuando se trata de peligros para bienes jurídicos fundamentales cabe decir que se dificulta esencialmente la autodeterminación conforme a la norma. Ej. El peligro de enfermedad que deriva de la amenaza de inundación de una granja puede exculpar la colocación de un dique que determina daños considerables en otro lugar. En el estado de necesidad también debe concurrir un peligro actual no eludible de otro modo, siendo indiferente la fuente de la que proceda el peligro (sucesos de la naturaleza, peligros que proceden de personas, terror político, etc.).

13.1. Las Causas de Justificación en el Código Penal Nicaragüense

a) Al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier alteración psíquica permanente o transitoria, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto debido prever su comisión.

Las alteraciones o anomalías psíquicas en general: El artículo **arto. 34, inc. 1º Pn** ha acogido una fórmula muy abierta que permite declarar la inimputabilidad

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

de una persona previa constatación de que, en el momento de cometer la infracción, sufría «cualquier anomalía o alteración psíquica». Esta será la causa de la que proceda su incapacidad, pero lo relevante desde un punto de vista jurídico penal no es tanto la comprobación de dicha causa como la verificación de que consecuencia es, precisamente, la inimputabilidad del autor. El **arto. 34, inc. 1º Pn** no concede la impunidad por la sola presentación del «certificado de patología psíquica» —si se nos permite la expresión—; no basta con ello.

El legislador exige al juez que valore el grado de afectación que esa patología ha provocado en el autor en el momento de cometer el hecho y sólo le permite conceder la impunidad cuando compruebe que el acusado fue incapaz de comprender la ilicitud del hecho o de obrar en consecuencia; en otras palabras: cuando compruebe que es inimputable. Quede constancia, pues, de la necesidad de deslindar siempre la causa de la inimputabilidad y el efecto psicológico (es decir, la inimputabilidad misma), que puede ser mayor o menor y permite, por ello, una correlativa graduación de la pena a imponer. Esta posibilidad de graduar la imputabilidad del acusado se detecta fácilmente en nuestra legislación con la simple lectura de los **arto. 34, inc. 1º, 2º y 3º Pn** los cuales dibujan una especie de escala donde pueden situarse distintos grados de afectación psíquica del autor.

Así, cuando proceda declarar la plena inimputabilidad se eximirá de responsabilidad conforme al **arto. 34, Pn** números 1º o 2º; pero si, existiendo afectación, ésta no alcanza tan alto grado, podrá aplicarse la eximente incompleta del **artículo 35. Inc. 1º Pn**, que permite la sustitución de la pena por una medida de seguridad según el **artículo 106 del Código penal**, aplicándose en todo caso se acuerdo con el sistema vicarial (**arto. 101 Pn**).

Para renunciar a la pena (o atenuarla) en virtud de la inimputabilidad (o semiinimputabilidad) del autor, lo mismo da que su incapacidad de motivación provenga de una enfermedad o de una causa externa que provoque momentáneamente la alteración psíquica. De ahí que pierda bastante sentido la distinción entre alteración psíquica permanente o transitorio, salvo para señalar que respecto a este último rige la regla de imputación de la «*actio ihera in causa*»,

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

de manera que si el trastorno se lo provocó el propio sujeto con intención cometer después el delito —esto es, con dolo— o inobservando la regla de cuidado que le obligaba prever tal posibilidad —imprudencia—, no habrá exención que valga. En los casos de dolo previo no existirá demasiado inconveniente para trasladar la imputación al momento anterior —de plena normalidad psíquica—; pero será más difícil probar la previsibilidad de la comisión del delito futuro para fundamentar la responsabilidad por delito imprudente.

De acuerdo con lo dicho hasta aquí, resulta evidente la imposibilidad de equiparar inimputabilidad y enfermedad psíquica, lo que permitida prescindir de confeccionar un cuadro con las diferentes patologías. Sin embargo, la jurisprudencia y doctrina ha ido elaborando una escala en torno a las diferentes enfermedades que conviene tener en cuenta. Por ello, se ofrecen las siguientes pautas jurisprudenciales.

Tanto la presencia de la esquizofrenia como de la paranoia (en sus múltiples manifestaciones) permite aplicar la exención completa de pena cuando tienen carácter grave, pudiéndose rebajar su repercusión punitiva de acuerdo con las circunstancias del caso hasta la exención incompleta o la simple atenuación analógica.

Oligofrenias. Uno de los casos en que con mayor claridad se observa la incapacidad de motivación del autor de un delito es el de la oligofrenia, pues la falta de inteligencia del sujeto es una barrera infranqueable para que el mensaje normativo llegue a su mente con la nitidez y el sentido deseado. Por ello constituye un supuesto claro en el que puede llegarse a la exención absoluta de pena, pero siempre dependiendo del coeficiente intelectual del autor. De cualquier manera, no conviene perder de vista que estamos tratando de personas cuyo déficit intelectual va con frecuencia acompañado de otras deficiencias de socialización, y que en el terreno de la imputabilidad juega siempre como elemento destacado la normal inserción del sujeto en el entorno social.

Psicopatías. Siendo ésta la dolencia que afecta a los protagonistas de los más horrendos crímenes que la historia conoce —asesinos en serie, descuartizadores, etc. — no pueden extrañar las dificultades que se presentan al psicópata para que los tribunales reconozcan su condición de inimputable; máxime cuando, en apariencia, cometen el hecho a sangre fría y carecen de todo remordimiento. Los Tribunales de países donde son frecuentes estos casos, han venido negando hasta hace bien poco que se trate de «enajenados», dando por buena una vieja definición de *Schneider* según la cual los psicópatas eran considerados enfermos «del carácter» o encuadramientos más modernos que sitúan la psicopatía entre los trastornos de la personalidad, definición tan amplia que se asemeja a un «cajón de sastre psiquiátrico» (*Caparrós*). Sin embargo, de unos años a esta parte se viene abriendo hueco una nueva corriente jurisprudencial en la que poco a poco se admite que la psicopatía es una enfermedad mental como cualquiera otra, pudiendo afectar en mayor o menor grado a la imputabilidad del autor, pero sin que merezca un rechazo categórico e inapelable.

Neurosis. Pese a aparecer en el catálogo de trastornos mentales de La OMS., algunos Tribunales se resisten a percibir en ella una causa de inimputabilidad en sentido estricto, relegándola, en el mejor de los casos, a simple atenuante analógica. De cualquier modo, el fondo neurótico se halla presente en numerosas ocasiones en que se acepta la exención completa o incompleta de pena por trastorno mental transitorio, por existir una reacción anormalmente intensa.

b) Estado de perturbación que le impida apreciar la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

b.1.Las anomalías causadas por ingestión de drogas.

A diferencia de lo que ocurría hasta hace poco, el Código penal trata específicamente los problemas de imputabilidad relativos a la ingestión de lo que genéricamente recibe el apelativo de drogas. Ese tratamiento diferenciado abarca

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

tanto a los casos de ingestión casual como a los que se refieren a la adicción. Dejando a un lado por ahora los primeros, que se enmarcan en el trastorno mental transitorio, debe advertirse que la adicción a «drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos constituye uno de los principales problemas político-criminales en nuestro país desde hace más de diez años, debido a la alta confluencia que existe entre dicha adicción y la comisión de delitos. Esa es sin duda la razón que ha llevado al legislador a incluir una atenuante específica en el artículo **arto. 34, inc.1º Pn** donde se subraya la exigencia de que dicha adicción sea «grave», entendiéndose por tal aquella que comporta una disminución de la imputabilidad del sujeto, sin que baste la condición de consumidor más o menos habitual. En principio, esta disposición es aplicable incluso en aquellos casos en que la droga consumida es de las que causan mayor daño a la salud, es decir, sobre todo heroína y cocaína, incluso siendo una adicción antigua.

Por lo que se refiere al síndrome de abstinencia, **arto. 34, inc. 2º Pn** adopta una concepción amplia del mismo, ya que permite la exención total de pena siempre y cuando el autor se encuentre afectado hasta el punto de ser incapaz de «comprender la ilícitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Sin embargo, esta mención no puede llevar a la simple conclusión de que cualquier delito cometido bajo los efectos de dicho síndrome vaya a quedar impune. Es evidente que en la inmensa mayoría de los casos el autor no sufrirá una carencia absoluta de facultades mentales, siendo más habitual que las mismas se hallen sólo mermadas, aunque sea notablemente, lo que convendrá traducir en la aplicación de la eximente incompleta prevista en el **arto. 34, inc.1º Pn**.

b.2.Trastorno mental transitorio

Como se decía anteriormente, el Código penal sólo menciona expresamente el trastorno mental transitorio para excluir el beneficio de la exención sancionadora cuando el autor lo hubiera provocado para cometer el hecho delictivo o «hubiera previsto o debido prever su comisión» (**arto. 34, inc. 1º Pn**). Con ello cobra carta de naturaleza el criterio de imputación que se conoce

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

con el nombre de *actio liberae in causa*, al tratar el problema de la ausencia de comportamiento humano, y que en síntesis viene a situar la responsabilidad penal en ese momento previo a la ejecución del delito en que el autor se colocó, dolosa o imprudentemente, en situación de inimputabilidad. El procedimiento es idéntico cuando se trata de ingestión de alcohol, drogas o sustancias análogas, a tenor de lo dispuesto en el **art. 34, inc. 2º Pn**

El carácter transitorio del trastorno sugiere la inexistencia de base patológica alguna asociada a la alteración mental del sujeto, siendo un estímulo exterior a él lo que perturba su estado psíquico, ya se trate de una situación o de la ingestión de alguna sustancia. En el primer caso, el trastorno mental transitorio linda con la atenuante de arrebató u obcecación (**art. 35, inc. 4º Pn**), respecto de la cual representa un estadio superior.

La mención expresa a los trastornos mentales provocados, por la ingestión de drogas en el catálogo de las circunstancias eximentes supone un claro avance respecto a la situación legislativa anterior, que sólo mencionaba la embriaguez como simple circunstancia atenuante. El **art. 34, inc. 2º Pn** permite ahora graduar con mayor flexibilidad los efectos que el alcoholismo o la intoxicación en general producen en el autor del hecho, cuya imputabilidad puede quedar completamente anulada en determinados casos, siendo plausible que el legislador lo reconozca así.

La inexistencia de base patológica en los sujetos a los que se aplican estas disposiciones legales influye naturalmente en la posibilidad de recurrir a la imposición de medidas de seguridad en estos casos. Es evidente que la deshabitación tiene sentido sobre todo en relación con este último y no tanto respecto de quienes han consumido esporádicamente una sustancia tóxica sin presentar rasgos de adicción; pero la letra de la ley no impide que se adopten dichas medidas cuando la aplicación de la eximente se deba a la mera ingestión de drogas si el acusado presenta, además, síntomas de un incipiente cuadro de adicción. Habrá que valorar, caso por caso, la oportunidad de recurrir a medidas de esa clase; desde luego, la letra de la ley no lo impide.

c) Las alteraciones en la percepción (arto. 34, inc. 3º Pn)

Esta circunstancia, tradicionalmente vinculada a la ceguera y a la sordomudez, amplió su espectro al no mencionar expresamente dichas minusvalías. Pese a que su aplicación por los Tribunales es escasísima (la cual es lógico en el marco de un Estado Social), sigue ocupando un lugar diferenciado respecto a los supuestos de inimputabilidad del **número 1 del artículo 34 Pn**, porque en estos últimos la causa es una anomalía psíquica, que no tiene por qué estar presente en los sujetos a los que va dirigido el **número 3º**, pues en su caso la inimputabilidad proviene de una ausencia de socialización derivada de una minusvalía física, no psíquica. Esa falta de integración en el entorno puede provocar una inadaptación de tal calibre que el sujeto no haya interiorizado las claves que delimitan las acciones socialmente aceptadas de las que no lo son. Por otra parte, su mención expresa permite luego diferenciar las medidas aplicables, que serán principalmente de tipo educativo, tal y como afirma el **artículo 105 del Código Penal**.

d) La legítima defensa (arto. 34, inc. 4 Pn)

Aunque no toda la doctrina comulga con esta idea, tienen razón los que opinan que la legítima defensa cumple un papel preventivo-general, al lanzar un mensaje motivador al hipotético agresor diciéndole que, de persistir en su idea, va a tener enfrente a alguien que podrá responderle legítimamente y que, dependiendo de cuál sea la intensidad de su agresión, su propia vida puede correr peligro si finalmente se decide a atacar. Por ello, se puede decir que la legítima defensa sirve para intimidar, en general, y que de ese modo procura la tutela de bienes jurídicos.

El ámbito de aplicación de la **eximente 4.^a del artículo 34** es muy amplio, ya que el legislador se ha encargado de mencionar como intereses a defender no sólo la persona (y, por tanto, los bienes jurídicos personales), sino también los derechos, expresión que se vincula con una protección global de las posibles víctimas de ataques antijurídicos. Únicamente quedarían fuera del radio de acción

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

de la legítima defensa los intereses colectivos, cuyo titular no es una persona sino la comunidad en su conjunto.

El elemento subjetivo: Se suele identificar este elemento con la preposición «en» («El que actué en defensa de...»). Parece que al legislador no le basta con que la persona defienda bienes jurídicos, sino que exige que el móvil de su acción resida precisamente en esa protección. Pero es suficiente con que el sujeto perciba la agresión y actúe en consecuencia.

Condiciones para la justificación: El **art. 34, inc. 4 Pn** contiene tres requisitos, y constituyen el presupuesto de la legítima defensa. Los dos restantes se refieren al modo de comportarse por parte de quien recibe la agresión ilegítima, tanto en el momento de sufrirla como con anterioridad a la misma.

a) Agresión ilegítima: La situación que da base a la justificación penal consiste aquí en una acción humana. Es la voluntad antijurídica de otro la que permite actuar lesiva- mente al sujeto. El legislador ha identificado esta situación con una «agresión ilegítima». Vayamos por partes.

Por agresión se entiende cualquiera taque a bienes jurídicos o derechos cuyo titular sea una persona: la vida, la salud, pero también el honor, la intimidad o la propiedad. Respecto a estos últimos, el **artículo 34, 4° del Código penal** contiene una precisa definición del presupuesto de la legítima defensa y luego se explicará. Por lo que se refiere a los restantes bienes o derechos, la agresión tiene que suponer un peligro serio e inminente de lesión del bien jurídico de que se trate. No basta con una lejana percepción del peligro por parte de la víctima; el peligro debe ser real serio grave (en el sentido de que pueda menoscabar el bien jurídico).

Así por ejemplo hay agresión cuando la víctima percibe que el autor coge su escopeta, empuña su navaja, se le acerca con el hacha, etc. No hay todavía agresión suficiente cuando la víctima sospecha que el otro se dirige a su casa para coger la escopeta, la navaja y el hacha. En este último caso viene jurídico no corre todavía el peligro necesario para justificar una respuesta del sujeto.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Fácilmente se comprenderá esta limitación considerada que la sospecha de la agresión permite todavía eludirla, mientras en el primer caso no parece fácil soslayarla.

La agresión debe ser, además, ilegítima. Ello quiere decir que debe reunir los caracteres de una conducta prohibida por el Derecho penal, ya que es el desvalor intrínseco a ella lo que justifica su neutralización por la víctima. Por consiguiente, tiene que tratarse de una conducta antijurídica: prevista por la ley como delito y ajena a cualquier causa de justificación. Si la agresión está justificada no cabe defenderse legítimamente de ella, como por otra parte parece lógico.

Por lo que se refiere a la defensa frente a ataques contra la propiedad, el legislador reproduce expresamente las características generales ya expuestas: que constituya delito o falta y que genere un grave peligro de deterioro o pérdida inminentes de los bienes propios. Se trata de una delimitación plausible, en un afán de no cubrir con la causa de justificación acciones en las que exista el peligro, pero no sea grave, o en que falte la inminencia necesaria. No basta, pues, con observar que alguien ha entrado en la huerta para defenderse uno mismo; sólo si el intruso se apodera, además, de algún bien con grave riesgo de pérdida o deterioro del mismo podrá el propietario iniciar una acción defensiva.

En cuanto a la defensa de la intimidad, el legislador ha limitado también el alcance de la agresión «ilegítima», porque ésta no coincide exactamente con el delito de allanamiento de morada. En efecto, según el **arto. 200 Pn** existen dos modalidades de allanamiento: la entrada indebida y la negativa a salir contra la voluntad del morador. Pues bien, sólo en el primer caso existe una agresión bastante para actuar por propia iniciativa con ánimo de repeler semejante ataque a la intimidad; por el contrario, cuando la agresión consiste en permanecer en la morada, se entiende que existen otros mecanismos para conseguir que la intrusión finalice. Por eso en casos como este último no se considera que la agresión revista el grado de peligrosidad suficiente como para permitir una respuesta a título particular.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Cuando no exista en verdad agresión ilegítima pero el sujeto crea razonablemente que sí, el sujeto incurrirá en un error, que se denomina «legítima defensa putativa».

b) Necesidad racional del medio para poder impedir o repeler la agresión (respuesta necesaria): La respuesta a la agresión debe ser necesaria, tanto en lo que se refiere a la actualidad como a la entidad. En primer lugar, se exige que mediante la acción defensiva realmente se esté protegiendo un valor jurídico de un ataque inminente o que persista. Si el sujeto ya ha sido agredido, su réplica no va a lograr nada que el Derecho pueda valorar positivamente, porque el daño ya está hecho. De lo que se trata es de evitar o paliar el daño, no de contestar a él provocando otro al injusto agresor. Cuando esto sucede, la jurisprudencia entiende que el sujeto no actúa para proteger nada, sino para vengarse del atacante, lo cual es distinto. Se habla entonces de exceso extensivo.

En segundo lugar: el ordenamiento obliga al sujeto agredido a responder razonablemente y no de cualquier manera. “Hay quienes hablan aquí de una exigencia de proporcionalidad”, lo que puede admitirse pero matizando el alcance de la expresión, porque no se trata en absoluto de comparar, por ejemplo, las armas utilizadas por agresor y defenderlo sino de valorar hasta qué punto, dada la situación en que se encontraba este último, existía alguna posibilidad de evitar la agresión del primero de un modo menos lesivo. De ahí que quepa perfectamente responder mediante un arma de fuego a una agresión realizada con un palo, si el agredido se vio en la obligación (le utilizarla so pena de perder la vida o de sufrir un daño grave) por esa misma razón se permite abofetear a quien ha insultado gravemente si con ello se pretende evitar que el ataque al honor continúe. Lo que no cabe es responder con una excesiva intensidad, como ocurriría si ante un ataque a puñetazos el autor saca inmediatamente el arma de fuego, o si pudiendo evitar el robo del ciclomotor sujetando simplemente al ladrón le apuñalamos en una pierna. En estos casos se habla, precisamente, de exceso intensivo.

La jurisprudencia afirma, a este respecto, que se trata de una cuestión compleja, pues la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

agresión, constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos, juicio de valor que obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y definitivos en cuanto al código en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleadas debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y el agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado puede causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión.

Por tanto, para juzgar la necesidad del medio empleado en la defensa, no solo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas, de defensa menos gravosa en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva "ex ante".

La valoración jurídica de este exceso es diferente a la del extensivo, porque en este último puede decirse sin temor a equívocas que la agresión (el presupuesto) no existía ya cuando se respondió, de manera que, ante la ausencia del requisito fundamental de la legítima defensa, no cabrá aplicar siquiera la eximente incompleta del **art. 35, inc. 1 Pn**. Por el contrario, en caso de exceso intensivo, el presupuesto sí está presente en el momento en que el agredido responde de manera innecesaria, y aunque no quepa justificar semejante acción, sí puede atenuarse la pena recurriendo a la eximente incompleta.

c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor (art. 34, 4, 4 Pn):

La justificación desaparece cuando el agredido había provocado previamente al agresor, pero no de cualquier modo, sino de manera «suficiente». Este término sirve para enlazar la provocación con la agresión ilegítima posterior: ésta debe ser consecuencia adecuada de aquella para que la justificación desaparezca. En otro caso, es decir, si ante una provocación mínima se produce una agresión

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

extralimitada, la respuesta del «provocador—agredido» estada plenamente justificada.

No es fácil dibujar el perfil de este requisito, porque a primera vista parece que cuando se provoca suficientemente se está dando pie, en realidad, a la defensa legítima del otro, lo que impedirá al provocador responderá éste. Ocurre, sin embargo, que provocación no es lo mismo que agresión: provoca, por ejemplo, quien se sitúa frente a alguien conociendo su carácter irascible, en una situación límite y además le impulsa a realizar la agresión (imaginemos una pelea). Este sujeto no ha agredido, pero de algún modo «se ha buscado» la agresión del otro y por eso el legislador no le concede la impunidad cuando más tarde lesiona la salud o la vida del provocado- agresor ilegítimo. A lo más que puede llegarse en tal caso es a una atenuación de pena, beneficio que se basa en que pese a haber provocado él, la agresión del otro ha modificado la situación, generando un peligro serio e inminente pan el bien jurídico del agredido; por eso el ordenamiento no tiene por menos que rebajarle la pena.

e) El estado de necesidad. (Arto. 34, inc. 5 Pn)

A diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa, la situación generadora del estado de necesidad no tiene por qué provenir en todo caso de un tercero, sino que puede surgir por el propio devenir de la vida, catástrofe natural, o incluso el ataque de un animal, como después veremos.

Por el contrario, esta causa de justificación se asemeja a la anterior en cuanto a la posibilidad de actuar no sólo ante una situación de necesidad propia, sino también cuando el necesitado es un tercero. Se habla entonces de «auxilio necesario».

La situación sobre la que se apoya toda la estructura de esta causa de justificación viene descrita en el **arto. 34, inc. 5 Pn** como «estado de necesidad», lo que significa que se trata de una situación en la que el sujeto se encuentra ante una auténtica encrucijada: o bien debe sufrir(él u otra persona) una lesión en sus bienes jurídicos o bien se plantea un conflicto entre el deber genérico de no

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

cometer el delito y algún deber específico que el ordenamiento jurídico le imponga a la esencia del estado de necesidad, radica en la inevitabilidad del mal; es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que infligiendo un mal al bien jurídico ajeno. El mal temido ha de ser actual e inminente, además de grave e injusto.

En efecto, realidad e inminencia son dos requisitos fundamentales que debe cumplir la situación de necesidad para convertirse en presupuesto de la causa de justificación- Por una parte, la situación de necesidad debe evidenciarse como algo actual o inminente y no como algo futuro y posible este sentido, la jurisprudencia española resume los requisitos de este elemento de la circunstancia: 1° Pendencia acuciante y grave de tan mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto del hecho pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo; 2.0 Necesidad con ese fin, de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber.

El Código exige que el autor se halle en la tesitura de sufrir un mal. Ello quiere decir que debe tratarse de una situación en la que el propio ordenamiento jurídico no haya tomado postura considerando que no se trata de un mal, sino de una obligación, por pesada que ésta sea.

En cuanto a la colisión de deberes, se ha cuestionado en los últimos años la posibilidad de aplicar esta variante del estado de necesidad a los casos de insumisión, alegando el objetor que el deber legal se opone a un imperativo de su conciencia que le impide realizar algunos actos, como el servicio militar y cualquier otra actividad. Salvo algún caso excepcional (y por ello muy polémico) se ha considerado que la conciencia no puede estar por encima de la ley, de manera que el deber legal prima sobre aquélla, dado que el ordenamiento reconoce la condición de objetor a quien lo solicita. Sólo si ese derecho careciera de regulación o reconocimiento por la ley ordinaria quizá pudiera el objetor-insumiso apelar a la Constitución para justificar su conducta, pero no por la vía del estado

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

de necesidad, sino por la de ejercicio legítimo de un derecho (**artículo 34, inc. 7° Pn**).

Finalmente, cabe reseñar que en ausencia de la situación de, la creencia del sujeto de estar actuando legítimamente llevará a aplicar las reglas del error, tal y como ocurrió, por ejemplo, en la *Sentencia del Tribunal Supremo de España de 6 de diciembre de 1990, que por primera vez primera utilizó el criterio de la angustia de una mujer embarazada, muy joven, ya madre de tres hijos y sin estabilidad económica alguna, para considerar que ella creyó encontrarse en una situación de necesidad al interrumpir su embarazo y que, por consiguiente, no era merecedora de ningún castigo.*

El elemento subjetivo: El anterior Código penal exigía que el autor actuara «impulsado por un estado de necesidad», lo que identificaba perfectamente el ánimo dirigido a salvar esa situación. Pero esa expresión no aparece ya en la letra del **arto. 34, inc. 5° Pn**, que se limita a requerir ahora que el autor obre «en estado de necesidad».

Aunque a primera vista pudiera parecer que el legislador equipan los términos en que describe el elemento subjetivo del estado de necesidad y de la legítima defensa (**el art. 34, inc. 4° también exige obrar «en defensa»**), ello no es exactamente así, por mucho que en ambos casos se utilice la preposición «en», ya que el sentido que ésta tiene es muy diferente en ambos casos. Mientras en el **arto. 34, inc. 4° Pn** va referida a una acción y expresa el motivo de la misma, en el **arto. 34, inc. 5° Pn** acompaña a una situación, señalando que el sujeto se halla «en» ella, al margen de lo que piense o de cuál sea el motivo de su acción posterior. De ahí que no encaje en el capítulo de los elementos subjetivos y forme parte, más bien, del aspecto objetivo de la eximente: el sujeto debe hallarse en estado de necesidad (presupuesto de la causa de justificación).

Pese a todo, sí es posible detectar en otro lugar el elemento subjetivo. Cuando el legislador exige que se actúe «para» evitar un mal propio o ajeno, etc., está indicando que la exención de pena está reservada para aquél que actúa con

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

la finalidad justificada de eludir un daño inminente. Si por el contrario, el sujeto realiza la acción hallándose «en» estado de necesidad, pero con una finalidad distinta a la expresada, la justificación desaparecerá. Con ello no se quiere decir que sólo quepa aplicar la eximente cuando el único ánimo del sujeto sea evitar el mal; al contrario, si junto a esa motivación persiste otra no tan legítima, la justificación no desaparecerá, porque el hecho sigue careciendo de desvalor de acción a los ojos de la Ley.

Así, en el ejemplo de la tabla de Carneades, la justificación no desaparece por el hecho de que el individuo que mata al atropara salvarse le odie profundamente y desee, en el fondo, su muerte.

Condiciones para la justificación: En el estado de necesidad se percibe mejor que en ninguna otra causa de justificación el fundamento de la ponderación de intereses, porque obliga a valorar concretamente cuál es el mal evitado y compararlo con el mal ocasionado, debiendo dilucidarse si el ordenamiento jurídico se contenta por la acción del sujeto o por el contrato considera que el remedio utilizado por éste ha sido peor que el menoscabo que habría sufrido el bien jurídico salvado si la acción salvadora no hubiera tenido lugar.

e.1. Que el mal causado no sea mayor que al que se trate de evitar. (Arto. 34, inc. 5º, a Pn).

Para determinar la concurrencia de este requisito no basta con observar los bienes jurídicos en juego y otorgarles el valor que el ordenamiento jurídico les haya conferido (lo cual se debería averiguar en función de la pena prevista por la ley en caso de lesión de ese bien jurídico). El legislador habla de «mal», expresión que obliga al intérprete a realizar una operación lógica en la que se pondere no sólo el valor del bien jurídico sino también el menoscabo sufrido por él; se trata, en

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

definitiva, de una valoración integral del hecho, que comparativamente debe ser menos o igual de lesivo que el hecho evitado.

Llevando el asunto hasta el extremo (con el fin de que se comprenda lo mejor posible), cabe decir que un médico no podría alegar estado de necesidad si, para salvar la vida de un joven paciente, extirpa un riñón a otro que carece de posibilidades de salvarse pero lo hace sin su consentimiento. Si aquí nos contentáramos con comparar el bien jurídico lesionado (salud) y el bien jurídico salvado (vida), nos habríamos dejado en el tintero el fondo valorativo de la cuestión, que es éste: el mal evitado no puede eludirse empleando medios tan lesivos como el utilizado por ese médico; a los ojos del ordenamiento, su acción ha causado un mal mayor que el evitado, porque no sólo se lesiona la salud, sino incluso la dignidad que como persona merece el paciente moribundo.

e.2. Que la situación de necesidad no ha sido provocada intencionadamente por el Sujeto. (Arto. 34, inc.5º, b Pn).

Quien pone deliberadamente en peligro un bien jurídico está realizando ya una conducta antijurídica cuya evitación no puede permitirse a costa de lesionar otro interés positivamente valorado por el Derecho.

Aunque no se alude aquí al ocasionamiento imprudente de la situación de necesidad, es claro que si, por ejemplo, un conductor provoca por su negligencia una situación en la que tiene que decidir si lesiona a una sola persona o a cinco y se decide por lo primero, su acción última no va quedar justificada, como es lógico, porque la imputación del hecho se derivará hacia ese momento previo en que incumplió el deber de cuidado que ha tenido como consecuencia final la lesión de una persona. El mecanismo de la *actio libera in causa* opera aquí para explicar la ausencia de justificación del hecho pese a su aparente encaje en el **art. 34, inc. 5º Pn.**

El tenor del precepto plantea dudas cuando el acusado actuó motivado por una situación de necesidad que no le afectaba a él, sino a un tercero, es decir, en caso de «auxilio necesario». A este respecto, debe tenerse en cuenta que el legislador no puede referirse al sujeto necesitado, porque quien actúa (y después invocará el estado de necesidad) no es él, sino el tercero-auxiliador; y es a éste al que cabría aplicar, en su caso, el estado de necesidad. Por consiguiente, este requisito debe leerse identificando al provocador con el auxiliador. Pero entonces ¿quiere decirse que el legislador sugiere que el necesitado debe sufrir el mal ocasionado precisamente por el tercero aunque él mismo no haya hecho nada para provocarlo? ¿Se debe impedir que el tercero-provocador auxilie a quien se encuentra en una situación de peligro por su culpa? Unos mínimos conocimientos sobre la estructura de la comisión por omisión nos indican que el tercero se ha colocado en posición de garante por el simple hecho de haber provocado el peligro al necesitado, surgiendo entonces un deber de actuar en evitación del daño. Siendo así, ¿cómo se compagina ese deber de garante con la imposibilidad de salvar justificadamente al necesitado? Del siguiente modo: si el cumplimiento de ese deber le obliga a cometer un acto prohibido por la ley (para salvar al otro sujeto del incendio que él mismo ha provocado tiene que destruir la propiedad ajena), este acto no podrá justificarse, pues tiene su origen en la acción antijurídica previa.

e.3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse (arto. 34, inc. 5º Pn).

El tercer requisito del estado de necesidad cierra el paso de su aplicación a quienes cumplen funciones sociales que conllevan la posibilidad de enfrentarse a situaciones de riesgo para su vida, salud, etc., como ocurre con los bomberos. Si en el cumplimiento de su función arriesgada pudieran invocar la existencia de un estado de necesidad estarían poniendo en peligro bienes jurídicos ajenos que la sociedad entiende preservados por la existencia de esos profesionales. Ahora bien, el sacrificio al que están obligados tiene sus límites y no cabría negar la aplicación de la eximente, por ejemplo, a un bombero que se niega a entrar en un

edificio a punto de desplomarse, es más, seguramente en estos casos el deber de soportar el riesgo habría cesado ya, con lo cual no se daría siquiera la situación de necesidad (conflicto del deber de actuar y del derecho a preservar su vida).

f) El miedo insuperable (arto. 34, Inc. 6 Pn)

El miedo insuperable se ha considerado tradicionalmente como un supuesto de exclusión de la culpabilidad, basándose en la no exigibilidad de otra conducta. Nos encontramos ante un supuesto en el que el sujeto no se puede motivar con normalidad, porque padece miedo.

El sujeto en cuestión sufre la incidencia de un factor externo que le provoca temor. Y el ordenamiento jurídico entiende que en esas circunstancias no corresponde sancionarle penalmente por haber actuado presionado por las circunstancias. El punto (le partida del miedo insuperable es una situación subjetiva de miedo, basada en un mal real o imaginario que afecta al individuo. En virtud del mal que puede llegar a padecer, el sujeto lleva a cabo el delito no motivándose, en definitiva, conforme a la norma jurídica.

No cualquier situación de temor o miedo habilita la apreciación de esta eximente. El miedo debe ser insuperable, es decir, que no deje ninguna otra posibilidad de actuar. El criterio que prevalece para decidir si un supuesto de miedo es insuperable se basa en lo que pueda resistir un hombre medio en esas circunstancias. No se apreciará miedo insuperable si se trata de una situación perfectamente asumible por un ciudadano medio, pero en la que el sujeto, por su carácter especialmente pusilánime o cobarde, prefiere cometer el delito a tolerar las circunstancias que padece.

El antiguo Código penal eximía de responsabilidad penal al que hubiera obrado «violentado por una fuerza física irresistible o impulsado por amenaza de un mal inminente y grave» (**arto. 28, inc. 6º Pn**). Se estructuraba, por ello, en base a una ponderación de males, comparando el mal que se podía padecer con el mal efectivamente causado por el delito. El actual Código ha simplificado esta regulación, estableciendo que se exime de responsabilidad al que «obre

impulsado por miedo insuperable» (**arto. 34, inc. 6 Pn**), con lo que elimina toda referencia a la ponderación de males. Esta nueva regulación permite, en consecuencia, admitir supuestos de miedo Insuperable en los que el mal amenazado sea imaginario, pues va no hay que compararlo con el mal que efectivamente se provoca con el cielito.

g) El cumplimiento de un deber jurídico o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (arto. 34, inc.7º Pn).

Si el ordenamiento jurídico (en cualquiera de sus sectores) establece un deber de actuar u omitir respecto a un sujeto o grupo de sujetos, incluso lesionando con ello bienes jurídicos penalmente protegidos, es claro que debe primar el cumplimiento de ese deber sobre la evitación de daños a dichos bienes.

Aunque en principio esta circunstancia es aplicable a cualquier persona, su radio de acción alcanza sobre todo a los funcionarios públicos y, más en particular, a aquellos que están legalmente autorizados a ejercer la violencia sobre los particulares, es decir, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Ocurre, sin embargo, que el modo de realizar esa labor coactiva violenta no queda al albur de la conciencia y prudencia del funcionario.

En otros casos, los límites de actuación justificada vendrán determinados por la legislación concretamente aplicable, que servirá siempre de criterio al juez para valorar la actuación del acusado como merecedora de exención completa o incompleta.

La práctica de determinadas profesiones puede conllevar en algún caso la realización de conductas lesivas para bienes jurídicos penalmente tipificadas. Piénsese en la labor periodística, que en muchos casos supone un ataque al honor o la fama de personajes públicos. Si no pudiera invocarse una causa de justificación en tales casos, la profesión misma dejaría de ejercer una sana tarea de crítica política. El periodista que ejerce legítimamente el derecho a la libre información no puede ser castigado si, en algún caso, ofende a cualquier protagonista de la noticia. Pero la expresión «legítimo» impide también cualquier

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

extralimitación en el ejercicio de este derecho fundamental, no siendo infrecuente que el afectado gane la querrela presentada contra el periodista porque éste informó olvidando olímpicamente su deber de contrastar con fuentes fidedignas la noticia publicada.

Los propios abogados, en el ejercicio de su profesión, no tienen más remedio en muchos casos que ofender a acusados, testigos e incluso compañeros, cumpliendo con su cometido de defender los intereses de su cliente. Ello le permite extralimitarse en sus opiniones como no podría hacerlo otra persona cualquiera. Pero tiene que tratarse, en cualquier caso, de un ejercicio legítimo, esto es amparado por el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, si el sujeto se dedica a informar a su cliente de referencias personales de algún policía con el fin de que aquél proyecte con sus compinches un atentado terrorista, es evidente que si se le acusa de colaboración con banda armada no podría invocar la eximente de ejercicio legítimo del oficio de abogado, precisamente porque no tiene nada que ver con su profesión la colaboración con bandas terroristas.

En el caso de los médicos, su actuación debe estar guiada siempre por las reglas de su ciencia (*lex artis*), entre las que ha ido introduciéndose hasta ocupar un lugar central el llamado «consentimiento informado del paciente», de manera que si pretende el médico ejercer legítimamente su oficio deberá recabar ese consentimiento so pena de que sea acusado por el paciente de un ejercicio abusivo de la profesión incluso si consigue sanar. Aparte de ello, el ejercicio sólo es legítimo si se cumplen, como se decía, las reglas implantadas por la comunidad médica, que están contrastadas científicamente. Si un médico sobrepasa ese límite porque se cree un genio, luego no podrá alegar que actuaba ejerciendo legítimamente la profesión médica, porque la legitimidad abandonó su actuación desde el momento en que decidió desatender la voz de su comunidad científica.

h) Actuar o dejar de actuar por fuerza absoluta externa (arto. 34, inc. 8 Pn).

Para hablar de fuerza irresistible hay que hacer una primera matización. Existe la fuerza material o física (*vis absoluta*), es que el supuesto que se da

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

cuando alguien actúa físicamente contra la persona, sin dejarle opción alguna para que manifieste su voluntad. Por otra parte, nos encontramos con la fuerza moral o psíquica (*vis compulsiva*), que consiste en la actuación bajo amenaza, y que queda reservada para el ámbito de la culpabilidad, concretamente del miedo insuperable. La fuerza irresistible, como supuesto de ausencia de comportamiento, solamente comprende la primera hipótesis, es decir, cuando el sujeto se convierte en un simple instrumento. Por ejemplo, para provocar un choque de trenes, un sujeto ata fuertemente a una silla al responsable de control.

Este último, encontrándose atado, padece una fuerza física irresistible que le impide actuar. La omisión de corregir el trazado de la vía del tren para impedir el accidente no puede atribuirse a su comportamiento.

La fuerza irresistible debe ser necesariamente externa, provenir de un tercero que prive al sujeto totalmente de voluntad. Si no se dan esos requisitos. Por ejemplo, se padece internamente el deseo irresistible de hacer u omitir algo, ya nos encontramos ante un comportamiento humano y, por lo tanto, la eximente para este sujeto habrá que buscarla en otro momento de la teoría del delito.

j) La no exigibilidad de otra conducta (arto. 34, inc. 6 Pn).

Ya se ha constatado que el sujeto ha llevado a cabo un hecho típicamente antijurídico, esto es, un delito. En el ámbito de la culpabilidad, también se han comprobado otros requisitos, como la imputabilidad y a la conciencia de la antijuridicidad. Pero aún queda por examinar otro elemento, directamente relacionado con la motivación y sus límites. Se trata de dar solución a casos extremos, en los que no es posible exigir al sujeto que omita delinquir. Para resolver estos problemas, y también formando parte de la culpabilidad, existe la no exigibilidad de otra conducta.

k) Obre en virtud de obediencia.

La obediencia debida (también llamada *obediencia jerárquica, cumplimiento de mandatos antijurídicos o cumplimiento de órdenes antijurídicas*), en Derecho penal, es una situación que exime de responsabilidad penal por delitos cometidos

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

en el cumplimiento de una orden impartida por un superior jerárquico; el subordinado, autor material de los hechos, se beneficia de esta eximente, dejando subsistente la sanción penal de su superior.

Habitualmente se relaciona con la actividad castrense, debido a la subordinación que los miembros de una jerarquía militar deben rendir a sus superiores en las acciones que competen al servicio prestado. No obstante, puede presentarse en otras actividades de Derecho público, como la Administración.

k.1.) Denominación

Para referirse a esta eximente, la mayor parte de la doctrina penal utiliza la expresión de "*obediencia debida*"; no obstante, varios autores han criticado esta denominación, argumentando que ella implicaría que el ordenamiento jurídico puede establecer un "deber de acatamiento absoluto", aún en caso de órdenes que suponen la realización de hechos delictivos. De acuerdo a los mismos, esta situación resultaría ilógica y contradictoria, pues es un principio universalmente aceptado del Derecho que lo que está ordenado no puede estar al mismo tiempo prohibido y viceversa. Por ello, estos autores prefieren designar a esta eximente como cumplimiento de mandatos antijurídicos.

K.2.) Clases de obediencia

De acuerdo a la forma en que la obediencia debida se presente en la ley, es clasificable en:

K.2.1. Obediencia absoluta: En virtud de ésta, el subordinado está obligado a cumplir las órdenes lícitas e ilícitas (antijurídicas) que le ha impartido su superior jerárquico. Se subclasifica en:

Obediencia reflexiva: Aquella en que el subordinado posee la facultad de suspender la ejecución de la orden y representar su ilicitud al superior jerárquico, pero en caso que él insista en su realización, debe cumplirla sin más.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Obediencia ciega: Aquella en que el subordinado carece de la facultad de suspender y representar la orden.

K.2.2. Obediencia relativa: En virtud de ésta, el subordinado está obligado a cumplir sólo las órdenes lícitas que le ha impartido su superior jerárquico.

Debido a que la *obediencia absoluta ciega* no se encuentra contemplada en prácticamente ninguna legislación del mundo y la *obediencia relativa* supone casos que quedan al margen del Derecho penal (porque son órdenes lícitas), la obediencia debida (como eximente) es una situación que se plantea frente a casos de *obediencia absoluta reflexiva*.

K.3.) Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la obediencia debida es uno de los temas más debatidos por la doctrina. Sin embargo, por lo general, el efecto es similar: se sanciona penalmente al superior que dio la orden y se exime al subordinado. Dentro de las posiciones defendidas se encuentran las siguientes:

K.4.) Causa de justificación

La obediencia debida sería una *causa de justificación* y, por tanto, excluiría la antijuridicidad de las conductas realizadas bajo ella. Esta ha sido históricamente la posición tradicional, aunque actualmente se encuentra abandonada por los autores, salvo por unos pocos (como J. M. Rodríguez Devesa y J. J. Queralt). En algunos casos se le trata como una figura específica del cumplimiento del deber (justificante) y en otros se intenta delimitarla de ésta última.

Expresamente se le contempla como causal de justificación además del Código Penal nuestro, los de Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador e Italia- si la orden no es manifiestamente criminoso.

Esta posición ha sido abandonada por los juristas penales, entre otras razones:

- Porque no es capaz de explicar por qué se excluye el castigo del subordinado manteniendo la del superior que dio la orden, o sea, por qué se afirma que –la misma acción – está prohibida para uno y permitida – justificada – para el otro;
- Porque esta opción priva a la víctima de emplear la legítima defensa en contra del acto del subordinado, puesto que ésta es aplicable sólo frente a conductas prohibidas, y
- Porque provocaría la impunidad de los colaboradores (cómplices y encubridores), ya que no existe participación criminal en caso de actos justificados.

K.5.) Causal de ausencia de acción

La obediencia debida sería una *causal de ausencia de acción*, ya que el subordinado no ejecutaría una acción al ejecutar la orden, sino que sólo sería un instrumento del superior. Por esta razón este último podría ser sancionado como autor (mediato) y la víctima podría defenderse legítimamente del ataque. Es una posición poco difundida, que aparentemente supera las objeciones de la anterior.

Sin embargo, no ha sido apoyada por la mayoría de los autores, al ser considerada irreal. Pues no tendría sustento postular que el subordinado se encuentra sometido al superior como un mero instrumento de su voluntad, ya que, si bien la voluntad del subordinado podría generarse de modo defectuoso, no carece de ella y, por tanto, si estaría actuando.

K.6.) Causal de error

La obediencia debida se trataría de un *supuesto de error* (y tratada en la teoría del error), pues el subordinado ejecutaría la orden bajo la creencia que obra lícitamente –conforme a Derecho –. Por ello esta posición ha elaborado una *teoría de la apariencia*, que señala que las órdenes impartidas al subordinado estarían, en parte, amparadas por una presunción de legitimidad (o legalidad), por lo que éste no requeriría conocer que ellas son lícitas, bastando con que en apariencia

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

no infrinjan abierta o manifiestamente la ley. Es una posición que goza de importante prestigio en Iberoamérica.

Se le reconocería en este sentido en el Código de Justicia Militar del Perú y en el Código Penal Militar y la *Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad* de España.

Se ha criticado esta posición porque estrecharía los márgenes de la invencibilidad del error y, principalmente, porque los casos problemáticos de obediencia debida no son aquellos en que el subordinado se equivoca sobre la antijuridicidad de lo ordenado, sino que son aquellos en que cumple la orden a conciencia de su ilicitud.

K.7.) Causal de inexigibilidad

La obediencia debida sería una *causal de inexigibilidad de otra conducta* (o exculpación), pues el cumplimiento de la orden ilícita por parte del subordinado obedecería a circunstancias especiales que reducirían las habituales posibilidades de autodeterminación (motivarse en forma normal), producto de la tendencia a acatar las órdenes que reciben de sus superiores casi sin discusión, incluso cuando exceden sus facultades –producto de una instrucción y un régimen disciplinario rígido y severo –. Por ello el Derecho aceptaría razonablemente que, cuando el subordinado recibe una orden de ejecutar un hecho constitutivo de delito y la cumple, no sería cabal expresión de su voluntad. Sin embargo, y por lo general, sólo lo eximiría de responsabilidad si lo ha hecho ante la insistencia de su superior, o sea, tras una previa disidencia o representación de su ilicitud. Ésta es la posición que cuenta actualmente con más adeptos. Se le reconocería en este sentido en el Código de Justicia Militar de Chile.

Una variante de esta posición sostiene que la obediencia debida no es, *per se*, una causal de exculpación, sino que debe encuadrarse en las (otras) causales: miedo insuperable (estado de perturbación emocional insuperable ante la amenaza de un mal) o estado de necesidad exculpante (sacrificio de un bien jurídico de igual entidad que el salvado).

K.8.) Requisitos

Determinar los requisitos de la obediencia debida es una tarea compleja, pues varios de ellos dependen de la naturaleza que se le atribuya a ésta. De todas maneras, de modo general, pueden señalarse los siguientes:

- **Que la orden dimanare de autoridad competente para expedirla y este revestida de las formalidades exigidas por la ley;** Ésta debe estar establecida por una norma jurídica de Derecho público, como la Administración pública o las Fuerzas Armadas, excluyéndose el sector privado (por ejemplo, las empresas privadas).
- **Que el agente este jerárquicamente subordinado a quien expida la orden,** el mandato debe provenir de un superior, es decir, emanar de la relación jerárquica, y cumplir las formalidades habituales.
- **Que la orden no revista de carácter de una evidente infracción punible.**

El mandato debe referirse a la realización de una conducta típica y antijurídica (si es conforme a Derecho se configura un caso de cumplimiento de un deber). El subordinado debe cumplir imperado por la orden, no coaccionado por el superior (en cuyo caso se configura una situación eximente por actuar bajo coacción).

K.9.) Críticas

La existencia de una causal genérica de obediencia debida ha sido seriamente criticada, porque tendería a la implantación de un sistema de sujeción ciega a las órdenes de los superiores. En otras palabras, invitaría a los subordinados a obedecer sin mayores reparos (sin considerar las consecuencias penales de sus conductas). Por ello se ha aconsejado que sólo se establezca para casos específicos y delimitados.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Sin embargo, un gran número de autores aboga por su eliminación como eximente, puesto que el origen de este instituto se sitúa en la época en que el *principio de autoridad* constituía la base de convivencia en la sociedad y en la actualidad, tras la instauración del Estado de Derecho, rige el *principio de juridicidad* (o imperio de la ley), que implica que ante conflictos entre autoridad y legalidad siempre ha de primar la legalidad. Además, agregan que sus supuestos de hecho podrían resolverse adecuadamente mediante la teoría del error y las causales de inexigibilidad de otra conducta (miedo insuperable y estado de necesidad exculpante).

K.10.) Exclusiones

Fundamentalmente hasta La Segunda Guerra Mundial, la obediencia debida se reconoció como eximente sin mayores reparos. De hecho, se aplicó durante el juzgamiento de hechos producidos durante La Primera Guerra Mundial.

Sin embargo, al afrontar el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante La Segunda Guerra Mundial, los aliados se percataron del riesgo que estos actos quedaran en la impunidad –al diluirse la responsabilidad dentro de la jerarquía nazi –. Por ello, con el fin de impedir tal resultado, en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (que creó el Tribunal de Nuremberg) se estableció que: "*El hecho de que el acusado haya obrado según instrucciones de su gobierno o de un superior jerárquico no le eximirá de responsabilidad, pero podrá ser determinante de disminución de la pena si el Tribunal lo estima justo*".

A partir de ese importante precedente, en el Derecho internacional no se reconoce a la obediencia debida como eximente de responsabilidad penal. Así, por ejemplo, La *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de la ONU (artículo 5º), de 9 de diciembre de 1975, el *Código de conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* de la ONU (artículo 5º), de 17 de diciembre de 1979, la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Pena Crueles, Inhumanos o Degradantes* (artículo 2.3, "*No podrá invocarse una orden de un funcionario*

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura"), de 10 de diciembre de 1984 y la *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura* (artículo 4º, "El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no exime de la responsabilidad penal correspondiente"), de 9 de diciembre de 1985.

Los ordenamientos nacionales también han hecho eco de esta tendencia. Por ejemplo, los Códigos Penales de Alemania y Suiza no consideran como eximente la obediencia debida, y los de Austria, Checoslovaquia, Noruega, Dinamarca y Rusia sólo la consideran una circunstancia que reduce la pena aplicable en concreto (circunstancia atenuante).

Como hemos visto en elecciones anteriores, la motivación que provoca la amenaza penal tiene por finalidad incidir en el comportamiento de los sujetos para evitar que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. Pero hay que definir los límites en los que el Estado puede exigir a sus ciudadanos que cumplan los mandatos o prohibiciones, teniendo en cuenta para ello la exigibilidad individual o subjetiva. 1-Los supuestos en los que el Derecho no puede exigir al sujeto que venza el miedo que padece, se sacrifique o lleve a cabo un comportamiento heroico, en contra de sus intereses más elementales.

13.2. Circunstancias Atenuantes.

a) Eximente Incompleta.

Establece el **arto. 35, inc.1º Pn** que constituyen circunstancias atenuantes: "*Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos*". La llamada eximente incompleta se diferencia claramente de las demás circunstancias atenuantes, porque genera una reducción de pena muy superior (**art. 68 Pn**). Incluso puede pensarse que no se trata de una circunstancia atenuante en sentido estricto, sino de un peculiar supuesto en el que se aprecia una gran disminución del injusto o de la culpabilidad, lo que autorizaría tan importante reducción de pena. La relación de las eximentes incompletas con el

injusto o la culpabilidad excede lo que puede considerarse como contingente o accidental. Adviértase que en las eximentes incompletas hay una aproximación muy importante a la eximente completa, ya que es indispensable la constatación de algunos de los requisitos que convertirían ese comportamiento en justificado o en la obra de un inimputable (supuestos de eximentes completas).

b) Disminución psíquica por perturbación. Cuando el actuar del culpable no comprende la eximente establecida en el numeral 2 del arto. 34 Pn. (arto. 35, inc. 3 Pn).

Esta atenuante, excluye eximentes establecidas en el **arto. 34, inc. 2 Pn**, tales como las anomalías causadas por ingestión de drogas y el trastorno mental transitorio, pues el juez lo que debe valorar en este casos como enfermedad siquiátricas, pero con menor afectación en el autor. Por eso no se le otorga algunas de las eximentes establecidas en el **arto. 35, inc. 1 o 3 Pn**.

c) Confesión del delito

c.1. Concepto.

Es toda manifestación espontánea formulada por el imputado en un proceso penal, por la que admite su intervención activa en la comisión del hecho delictuoso. La confesión es el reconocimiento que una persona hace contra sí misma de la verdad de un hecho. La confesión puede ser judicial o extrajudicial, según ante quién se haga; por la forma de la declaración puede ser expresa o tácita; por su complejidad simple o calificada y por su naturaleza lógica divisible e indivisible.

La confesión pierde su eficacia probando que al hacerla se incurrió en error de hecho. El término "confesión" proviene del latín *confessio*, que quiere decir declaración que uno hace de lo que sabe.

Del significado gramatical se tiene la noción de declaración espontánea o preguntada por otro de lo que sabe respecto de un hecho que la ley tiene como delito, en causa criminal. Sería un error creer que tal puede ser el concepto

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

jurídico de la voz en examen, toda vez que aquel significado se acerca más bien al del testimonio de personas. No es tampoco la declaración del reo en el juicio, porque no siempre se identifica aquella con la confesión. Lo cierto es que la confesión del delito no puede atribuirse a otro que no sea el acusado, si se quiere, al que se encuentra imputado de un delito en una causa criminal. El imputado, como sujeto esencial de la relación procesal, tiene derechos y deberes, sobresaliendo entre aquéllos los que se refieren a su defensa material.

A los fines de hacer valer esa defensa material, el acusado cuenta con la declaración testimonial, por medio de la cual expresa todas las razones que hacen a su defensa. Así considerada la instructiva, se presenta como disculpa total del imputado. Puede ocurrir, no obstante, que con ocasión de la instructiva, el reo no niegue la imputación, sino que, por el contrario, la admita. En este supuesto, su declaración se presenta más bien como medio de prueba que de defensa. Estamos ya frente a la confesión. También es posible que el imputado niegue el hecho en la instructiva y lo admita con posterioridad. De nuevo nos encontramos con la confesión.

Diferentes conceptos de confesión:

- Según *Mittermair* que la confesión es la declaración del acusado por la que afirma la verdad de un hecho de la inculpación dirigida contra él hecho que por consecuencia le perjudica.
- Para *Zamora y Levene* es la declaración en contra suya formulada por la parte que la presta.
- *Jofre* se expresa diciendo que es el reconocimiento solemne que hace el acusado de los hechos delictuosos que se le imputan.
- Por su parte, *Castro* responde que es la manifestación del procesado en la que se reconoce autor, cómplice o encubridor de un delito.
- La confesión es la revelación de un delito por su autor, dice *Ellero*.
- *Carnelutti* responde que confesar es narrar por el imputado haber cometido el delito.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

- *Manzini* sostiene que: la confesión consiste en cualquier voluntaria declaración o admisión que un imputado haga de la verdad de los hechos o circunstancias que importen su responsabilidad penal, o que se refieran a la responsabilidad o a la irresponsabilidad de otros por ese mismo delito.
- Para *Carrara*. "se llama confesión del reo toda afirmación echa por él en contra suya. En esto consiste la esencia de la contestación, que de éste modo se contrapone a las impugnaciones y a las excepciones del acusado. Puede recaer sobre el delito o sobre alguna de sus circunstancias constitutivas o concomitantes (en cuyo caso el imputado puede confesar en parte o negar en parte), o sobre algún hecho distinto que, por deducción, quiera utilizarse como Indicio del delito".
- Según *Dellepiane*, "el reconocimiento de una obligación, o de la intervención en un delito, en calidad de autor, cómplice o encubridor, que hacen, bien sea el deudor de la obligación, o bien el implicado en delito, según el caso".
- *Lessona* dice que "la confesión es la declaración, judicial o extrajudicial (espontánea o provocada por interrogatorio de la parte contraria o por el juez directamente), mediante la cual una parte, capaz de obligarse y con ánimo de proporcionar a la otra una prueba en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho que se refiere a ella y es susceptible de efectos jurídicos".
- Para *Tulio Sauchelli*, "la confesión se nos presenta como toda manifestación espontánea formulada por el imputado en causa criminal, por que la admite su intervención activa en la producción del hecho que se tiene por delito, aceptando o no su responsabilidad".³⁵ <http://www.cepc.es/revistas.asp>

De lo expuesto se desprende que la mayoría de los tratadistas, al emitir la noción de la confesión, lo hacen atendiendo a un tipo de ésta y, por lo tanto, restringen su alcance. Ya a esa restricción obedecen las expresiones de *Framarino*, de que la confesión en sentido propio es la afirmación de la propia responsabilidad penal.

Sabemos que la instructiva es un medio de defensa antes que de prueba, y que puede contener una confesión, guardando sólo la forma de aquel acto, toda vez que la sustancia ha cambiado de disculpa (defensa) a aceptación de la imputación (medio de prueba).

Ya no se admite la doctrina que negaba a la confesión la condición de medio de prueba, pues si la antigua teoría procesal procuraba a toda costa obtener la confesión del reo, la reacción que se operó fue tan extrema que se cayó en el error de negarle todo valor probatorio, porque se decía que no era natural que el imputado se acusara, sino que se defendiera

Se considera en la legislación actual a la confesión como un medio importante de prueba, que a veces se puede omitir la recepción de otras si constare aquélla. *Zamora y Levene* dicen que el reconocimiento de culpabilidad responde a la idea del allanamiento y no a la de confesión.

En el proceso penal no se puede hablar del allanamiento, instituto propio de todo procedimiento cuyo contenido es disponible para las partes. Ese criterio sería verdad si la ley no autorizara a recibir otras pruebas una vez producida la confesión.

Si el juez no llega a la convicción de que el imputado dice la verdad a pesar de su confesión, debe ordenar la recepción de la prueba pertinente.

c.2. Condiciones de validez de la confesión

La confesión, para que tenga el valor que le hemos apenado, es menester que reúna los requisitos que la doctrina enseña como referida al sujeto, al objeto o contenido y a la forma, tal como ocurre respecto del testigo propiamente dicho.

Valuación en cuanto al sujeto:

- El sujeto de la confesión, lo hemos dicho, es el imputado, quien narra hechos de su experiencia.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

- Como primera condición tenemos la referida al estado mental. Si el confesante tiene las facultades mentales alteradas, es lógico que pierda todo el valor la confesión como medio de prueba.
- A la inversa, si es una persona que razona con toda tranquilidad y con pleno goce de su estado mental, la confesión cobra la condición de ser plenamente comprendida por el confesante. Si el estado del imputado al cometer el hecho era de exaltación emocional, es posible que su confesión no sea todo lo precisa posible, pues muchas veces en ese estado se suelen escapar una serie de circunstancias o verlas algo deformadas. Muchos son los casos que resultan con tales deficiencias en los homicidios cometidos bajo un estado de emoción violenta.
- Si el confesante es una persona que le debe una serie de favores al sospechado como autor; o si es un familiar de grado muy próximo; o si es un "pobre diablo" y el sospechado una persona de cierta posición económica, disminuye el valor que pueda darse a la confesión,
- Puede disminuir y hasta quitarle todo valor a la confesión si el imputado presenta ciertos defectos físicos que no han permitido actuar como refiere. Sí la víctima murió estrangulada, dejando las huellas de la presión de ambas manos en el cuello y resulta que al acusado le falta una, es forzoso concluir que ha confesado en falso, pues le falta una cualidad en su persona para ser el autor.
- Los mismo si fuere sordo y afirmara haber escuchado tal o cual palabra, o grito, ese defecto, físico hace disminuir el valor de la confesión, etc.

c.3. Condiciones objetivas de valuación:

- Se refiere a la credibilidad del contenido y al modo que lo conoció. Si, por ejemplo, dice que dio muerte a su semejante pasándole la lámpara de alumbrado próximo a la cara, su confesión no tendría valor por ser increíble el hecho. Si sostiene que en una habitación cerrada y de noche a la víctima que esgrimía un arma, es un hecho

increíble, porque no puede ver en tales condiciones. Lo mismo ocurre cuando relata hechos mediante propias deducciones o suposiciones.

- Se requiere, en segundo término, que la confesión se refiera a hechos verosímiles, es decir, lo que de ordinario suele ocurrir. Por ejemplo, si afirma que él solo transportó la caja fuerte, cuando por el peso no es posible o probable que ello hubiera ocurrido, a menos que demuestre tener cierta fortaleza o que se sirvió de algún mecanismo. Lo ordinario es que no se pueda trasladar la caja fuerte por un hombre de fuerza término medio.
- En tercer lugar, hay que tener en cuenta la naturaleza del hecho o cosa observada, que por sus propias particularidades puede inducir a error, Por ejemplo, no es lo mismo calcular la velocidad de un vehículo si se lo ve de frente o de costado. Ello puede determinar en el confesante una falsa apreciación.
- En cuarto lugar, debe existir uniformidad y persistencia en la confesión, o sea que no tiene que encerrar una contradicción en su contenido sobre los hechos esenciales, ya sea en la misma confesión o entre varias del mismo acusado. Si expresa que mató a balazos y luego sostiene que lo hizo a puñaladas. Si la contradicción lo es sobre circunstancias secundarias y pueden éstas ser explicadas por la propia forma de observación, no quitan valor a la confesión. Por ejemplo, si el imputado cometió el hecho en un estado de emoción, lo que no le permitió observar con certeza las circunstancias secundarias; ropas que vestía la víctima, las palabras que pronunció, etc.
- En quinto lugar, debe haber determinación precisa. Tendrá superior valor la confesión como medio probatorio, cuando el confesante determine con mayor precisión los hechos y sus circunstancias. Por ejemplo, si sostiene que lesionó a una persona, sin recordar la fecha o el lugar o ubicación de las heridas, su confesión disminuye el valor

en la misma medida en que la pierde en la determinación de lo observado.

- Por último, tiene que mediar concordancia con las otras pruebas. El valor de la confesión en cuanto a su contenido está en relación con las otras pruebas, " según la corroboren o la contradigan.

c.4. Condiciones formales de valuación:

Estas son las condiciones más importantes de valuación, porque la práctica nos enseña que a ellas se refieren las mayores impugnaciones de la confesión. Estas condiciones se refiere: a) Que se preste en juicio criminal ante el juez de la causa, b) Que se haga con precisión del lenguaje. c) Que sea espontánea o libre.

Aparte de tales supuestos, cuando el confesante se expresa con mayor precisión en el lenguaje, superior será el valor de la prueba en estudio. Hay casos de individuos que carecen de tal noción de los significados de las palabras, que a veces expresan lo contrario que quieren exponer. Esto es tanto de mayor importancia en el juicio escrito, donde se exige que la declaración sea consignada en la forma más fiel a lo relatado por el imputado, usando en lo posible las mismas palabras.

Espontaneidad o libertad: Esta es condición que ha suscitado las mayores discrepancias entre los estudiosos. Se entiende que hay espontaneidad cuando el confesante depone sin estar bajo el influjo de coerción alguna para tal fin. No es posible admitir todos los medios que se usaban en una época no muy remota para "arrancar" al imputado su confesión. Los tormentos están hoy proscriptos como medios para el fin expuesto.

Si alguien confiesa bajo los efectos de los golpes que se le propinan o el proveniente de un estado de sufrimiento, como ser privación de agua y de descanso, aquella no merece valor. Llama la atención que en nuestros tiempos se sostenga que "si existiese un medio de coerción que ofreciese tales garantías revelar un secreto sin ocasionar notables daños al cuerpo del inquirido, no habría

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

ninguna razón para que no fuese acordado". Hoy es una cuestión aceptada de que el juez y con mayor razón los funcionarios policiales no pueden valerse del uso de medio coercitivo de orden físico o psíquico encaminado a obtener la confesión. En tal virtud, el hipnotismo, "el suero de la verdad", o sea barbitúricos inyectables, el registro gráfico del pulso y la respiración, el reflejo del examen galvano-psíquico (máquina atrapa pillos), etc., son medios prohibidos para la finalidad expuesta, aunque muy usados en Estados Unidos de Norteamérica.

Tal prohibición en nuestro orden jurídico no resulta sólo de la posición que el imputado ocupa en el proceso, como sujeto, sino por prescripción de la Carta Fundamental. El **artículo 34, inc. 7 Cn dice: "A no ser obligado a declarar contra sí mismo"**. Es en virtud de tales normas que los Códigos de procedimiento penal se cuidan de reglamentar esa garantía constitucional y por eso hemos sostenido que el imputado es un sujeto del proceso armado de derechos para hacer valer su defensa. Antes de cualquier interrogación sobre el hecho, debe dársele la oportunidad de que se defienda, pues a tal tiende la declaración testimonial, haciéndole conocer la imputación, el derecho, para completar su defensa por medio del defensor, la facultad concebida de declarar o no, y, en su caso, sin exigirle promesa o juramento de decir verdad.

Si no se cumplen tales condiciones, la confesión no puede introducirse al proceso por la testimonial (funcionarios que la recibieron o de terceros).

La confesión tampoco debe ser obtenida mediante preguntas capciosas o sugestivas. Estas preguntas son maniobras de las cuales la justicia no debe usar, porque con ellas, en realidad, se lo atrae al imputado a decir los hechos mediante engaños. Cuando la confesión padece de tales defectos pierde valor como medio probatorio. Si tal forma de interrogar no debe usarse con el testigo, con mayor motivo sería improcedente con respecto del imputado, quien goza de las garantías constitucionales anotadas.

Establece el **artículo 35, inc. 3 del Código penal** que es circunstancia atenuante «la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Se trata de un comportamiento pos delictivo y por lo tanto no se aprecia disminución alguna del injusto ni de la culpabilidad del autor. Simplemente, el legislador premia la confesión, pues puede obtener de esta forma grandes ventajas desde una perspectiva probatoria. En cualquier caso, la atenuante por confesión debe tener una limitación temporal. El **artículo 35, inc. 3 del Código Penal** establece claramente ese momento, al hacer valer la atenuante, momento que debe ser *la primera declaración ante juez o tribunal competente*. Interpretando estrictamente esta disposición, para limitar la atenuante no será suficiente el conocimiento de la existencia de actuaciones policiales previas, ni la confesión durante otra etapa del proceso. La posibilidad de confesar subsiste hasta el momento en que tome intervención la autoridad judicial y además el sujeto conozca que el procedimiento se dirige contra él, pero nuestro legislador, ha sido sumamente estricto al establecer que solo se considerara la atenuante si el imputado la realiza en su primera comparecencia ante autoridad competente, descartando, a la vez, de esta manera, la confesión tácita.

d) Arrebato, obcecación a estado pasional semejante

Dispone el **artículo 21.3 del Código penal** la atenuación de aquel que obre “por estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”. Se trata del llamado estado pasional, que afecta necesariamente a la culpabilidad. Se da la misma situación que en el supuesto anterior, pues el estado pasional puede llevar según su intensidad, a una situación de trastorno mental transitorio (**arto.35, inc. 4 Pn**), de eximente incompleta (**arto. 35, inc. 1 Pn**) o bien de simple atenuante. El estado pasional supone una situación de excitación momentánea o persistente, que conduce a la realización de un hecho delictivo.

e) Reparación del daño causado

Dice el **artículo 35, inc. 5 del Código penal** que constituye una circunstancia atenuante “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral". Este supuesto, al igual que el anterior, se estructura como comportamiento pos delictivo y por lo tanto no supone una disminución del injusto ni de la culpabilidad. Se busca alcanzar un objetivo político-criminal muy importante, como es el resarcimiento a la víctima del delito, que en muchos casos no se consigue por la insolvencia del condenado, por no descubrir a los autores del delito, etc. Dado el especial interés que tiene el Estado en la reparación, el momento para poder hacer efectiva esta circunstancia es mucho más amplio que en el supuesto referido a la confesión: cualquier etapa del procedimiento, siempre que sea anterior al juicio oral.

f) Discernimiento e instrucción.

Instrucción. Según La Real Academia de La Lengua Española, la instrucción es el caudal de conocimientos adquiridos, el conjunto de reglas o advertencias para algún fin, *así como la educación* que se da en establecimientos, y comprende la primera y segunda enseñanza, las facultades, las profesiones y las carreras especiales. La instrucción es una variedad discursiva que prepara al receptor para **incrementar sus capacidades** en el futuro. Trata de enseñar, aconsejar u ordenar a la persona la realización de acciones o actividades varias.

Discernimiento, es el "juicio por cuyo medio" o "por medio del cual se percibe y declara la diferencia que existe entre varias cosas". Lo que implica tener "criterio", es decir; una norma, modelo de valores o principios considerados una autoridad moral; como tradiciones, filosofías o preceptos; culturales, sociales o religiosos; para conocer la consecuencia o inconveniencia de las cosas.

El legislador ha querido obligar al juez a tomar en cuenta estos elementos, pues está clara la intención, por parte del primero, de que no sean juzgadas de igual manera personas que poseen educación y conocimientos distintos. Un iletrado no tendrá la misma valoración y discernimiento sobre un acto delictivo, que el que podría tener sobre ese mismo hecho un abogado.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Está claro, que no se toma solamente en cuenta el nivel de educación, pues una persona del campo pudo haber concluido su secundaria, pero al conducir su auto móvil por la capital, puede que cometa algunas infracciones, incluso podría provocar accidentes, y esto no es por la falta de educación, sino por la realidad distinta que representa el conducir en vías, sumamente transitadas y señalizaciones complejas, como son las de la capital. Así, el juez deberá ser muy reflexivo ante elemento del conocimiento e intelecto que posea el imputado. El codificador, busca que sea tomado en cuenta el nivel de conocimiento así como su volumen de discernimiento del imputado.

g) La minoría de edad (arto. 35, inc. 7Pn).

La determinación de un límite de edad a partir del cual se considera ya imputable a la persona ha sido objeto de un intenso debate doctrinal y político en los últimos años. El legislador trata de establecer una suerte de media, en la que un imputado que no ha alcanzado la mayoría de edad, no se quede sin pagar su falta o delito, pero a la vez, toma en cuenta su actuar impulsivo e irresponsable, por la ausencia de madurez, por su edad. Con esto el legislador también toma en cuenta razones preventivo-generales para que estos menores no queden sin control del espacio de criminalidad de considerable amplitud; en el lado opuesto aparecían quienes atendían sobre todo a razones preventivo-especiales, que indicaban la necesidad de no someter a tratamiento carcelario a los jóvenes debido a los altos índices de reincidencia que presentaban después. Finalmente, la letra del Código ha optado por esta solución, introduciendo en el **arto. 35, inc. 7 Pn** estableciendo como atenuante que el autor sea mayor de dieciocho y menor de veintiún años.

h) La pena natural

El principio de oportunidad es entendido como la disponibilidad de la acción penal en torno a taxativas condiciones reguladas por ley, especialmente relacionadas con la política criminal estatal o el mejor interés de la justicia o la utilidad o conveniencia del ejercicio de la acción.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Muchos de los casos de aplicabilidad del mencionado principio, tienen una incidencia en el Derecho penal sustantivo, pero especialmente el llamado pena natural genera serios cuestionamientos a los fundamentos de la teoría del delito y de la pena sin dejar de vislumbrarse la inconstitucionalidad de aplicar en un caso concreto una pena de las determinadas por la ley y que de forma abstracta la conducta prohibida per se no genera repulsa constitucional.

Según *Bacigalupo*, la idea de una distinción entre *poena forensis* y *poena naturalis* proviene de *Kant*, aunque ya aparecía en *Hobbes*, quien la denominaba “pena divina”. “Dado que ciertas acciones están conectadas por su naturaleza con diversas consecuencias perjudiciales, como cuando, por ejemplo, una persona al atacar a otra se golpea o lesiona a si mismo, o cuando alguien contrae una enfermedad al ejecutar una acción contraria a la ley, tales perjuicios en relación a la persona no integran el concepto de “pena”, ya que no es infligida por una autoridad humana, aunque, en relación a Dios, el Señor de la naturaleza, es posible hablar de aplicación y por lo tanto de una pena divina”.

Para *Zaffaroni*, “se llama pena natural al mal que se auto inflige el autor con motivo del delito, o que sea impuesto por terceros por la misma razón”. La pena natural la limitan los distintos códigos adjetivos penales que la contemplan, como supuesto de aplicabilidad del principio de oportunidad, a los casos en que el imputado ha sufrido, a consecuencia de la acción delictiva, daño. Es así que para el autor argentino citado, “no puede ser indiferente al juez que el autor de un robo haya perdido la mano por la explosión del arma o haya sido gravemente herido durante un hecho policial de prevención directa, como tampoco si el autor de un homicidio culposo sufre la pérdida de un hijo o de toda su familia.”

Habrá o no desproporción en querer aplicar una pena privativa de libertad a una abuela sorda que al no oír los gritos de su hija atropelló y mató a su propio nieto, cuyo remordimiento la acompañará sin duda hasta el día de su muerte;

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

desde el momento en que dio fin a la vida de su nieto esa abuela cumple una cadena perpetua de recriminaciones endógenas y exógenas por parte de la familia. Querer continuar con el proceso penal en su contra significaría no solo congelar la muerte de un nieto sino aumentar el dolor de esa familia con una abuela presa.

Ante el caso planteado solo nos parece exagerada la reacción estatal punitiva en el caso concreto por las consecuencias para el autor, porque nadie se cuestiona -en forma general- la constitucionalidad de la sanción de un homicidio culposo ocasionado en la circulación vial.

Incluso desde la teoría del delito, se sostiene que “en estos casos se prescinde de la pena, por un lado, porque la culpabilidad del autor ha sido compensada por las graves consecuencias del hecho, que para él tienen efectos similares a una pena (*poena naturalis*) y porque, por otro lado, por dicha razón no se reconoce ninguna necesidad preventiva”. De esta cita nace la pregunta de si ¿la pena natural cumple los mismos fines que la norma exige de la pena judicial? Para tal efecto revisemos la normativa relativa a los fines del sistema de ejecución penal. Al tratar el régimen penitenciario nuestra **Constitución Política de la República** le dedica un **artículo**, el **38**, el cual determina en su primer inciso la finalidad constitucional: la educación del sentenciado y su capacitación para el trabajo, a fin de obtener su rehabilitación que le permita una adecuada reincorporación social.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos en su arto. 5.6 dispone que: Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

El artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destaca que: El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.

Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos determinan como fines de la ejecución penal a la readaptación y a la rehabilitación.

En general, podemos resumir a las finalidades normativas de la ejecución penal del ordenamiento jurídico ecuatoriano en las siguientes:

- a) Reforma, rehabilitación, reincorporación y readaptación social de los reclusos;
- b) Prevención de la reincidencia y habitualidad; y,
- c) Disminución de la delincuencia.

El sufrir en carne propia los efectos del ilícito penal cometido consideramos que tiene mejores efectos preventivos especiales negativos (de readaptación y de prevención de reincidencia) que cualquier “tratamiento penitenciario” que nuestra realidad carcelaria latinoamericana ofrece.

Para finalizar quisiéramos citar a *Francesco Carnelutti* en su obra “Las Miserias del Proceso Penal”: “la pena si no propiamente siempre, en nuevo de cada diez casos, no termina nunca... Quien ha pecado está perdido, Cristo perdona, pero los hombres no”

Es hora que los sistemas penales comiencen a implementar salidas alternativas a los procesos penales distintas a la respuesta de prisionización, revalorizando la opinión de los ofendidos, que en ocasiones comparte ambas calidades: víctima y victimario.

Atenuante Analógica

El **artículo 35 del Código Penal en su último párrafo**, también considera circunstancia atenuante «*cualquier otra circunstancia de igual naturaleza, que a juicio del tribunal debe ser apreciada por analogía*». La analogía se puede aplicar tanto a las eximentes incompletas como a las circunstancias atenuantes. Es una medida muy acertada, pues flexibiliza las posibilidades del juez para poder apreciar atenuantes. La doctrina destaca que no se exige una similitud completa, sino que la circunstancia posea análoga significación, es decir, debe existir una similitud con el motivo o razón que ha llevado a regular la atenuante que se toma como punto de referencia.

13.3. Circunstancias Agravantes

El nuevo Código penal ha reducido el número de circunstancias agravantes que consagra la legislación anterior, mejorando de tal forma su regulación. La doctrina suele clasificar estas circunstancias en dos categorías. Las objetivas, que se relacionan directamente con los componentes objetivos del injusto (mayor peligrosidad, mayores facilidades para alcanzar la impunidad) y las subjetivas, que tienen en cuenta aspectos del ámbito subjetivo del autor, aunque no puede decirse que necesariamente incrementan su culpabilidad (p. ej., actuar por motivos racistas o ser reincidente).

a) Alevosía

La primera circunstancia agravante, regulada en el **art. 36, inc. 1 Pn**, consiste en ejecutar el hecho con alevosía. El propio precepto se ocupa de definir la alevosía: “Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra la vida y la integridad física y seguridad personal empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directamente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”. La actuación con alevosía se estructura en base a un aprovechamiento de la indefensión de la víctima que se da, por ejemplo, cuando se constata un ataque a traición, o cuando se emplea veneno para asegurar el resultado deseado. El injusto del sujeto es mayor, justamente porque conoce la indefensión y quiere aprovecharse de ella. Según la letra del precepto, la alevosía se limita a los delitos contra las personas, lo que debe entenderse en el Código penal actual como comprensivo de los delitos de homicidio, aborto y lesiones. Pero cabe recordar en relación al homicidio, que la alevosía convertirá el hecho en asesinato (**art. 140 Pn**). La jurisprudencia ha venido considerando alevosía en todo caso, cuando el sujeto pasivo del delito es un niño u otro ser indefenso. Sin embargo, es esencial para apreciar alevosía el hecho de aprovecharse de la indefensión, buscar una forma de evitar el peligro que supone la defensa del sujeto pasivo, lo que puede no darse en muchos supuestos de agresiones a niños o seres indefensos.

b) Abuso de superioridad. Cuando se ejecuta el hecho mediante disfraz o engaño, con abuso de superioridad o se aprovechan las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas debilitan la defensa del ofendido o facilitan la impunidad del delincuente.

El **arto. 36, inc. 2 Pn**, regula una serie de circunstancias que tienen en común el debilitamiento de la defensa del sujeto pasivo o el facilitar la impunidad del autor. El disfraz puede servir a cualquiera de esos dos objetivos.

Un sujeto puede disfrazarse de policía para facilitar el acceso a la víctima y, ante la falta de defensa, practicar un secuestro o llevar a cabo una agresión sexual. También puede disfrazarse para facilitar su impunidad, impidiendo que los testigos le reconozcan.

El abuso de superioridad consiste en una situación que supone aprovecharse de la correlativa situación de inferioridad que se da en el sujeto pasivo. Por ejemplo, a través del empleo de fuerza física. Por su parte, el aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo o del auxilio de otras personas comprende distintos supuestos ya previstos en el antiguo Código Penal, como la nocturnidad, despoblado, cuadrilla, etc. Pero a diferencia de la anterior regulación, sólo podrán apreciarse en cuanto sirvan para debilitar la defensa o facilitar la impunidad y no como en dicha regulación, en la que el simple hecho de la nocturnidad o el número de personas era suficiente para apreciar la agravante.

c) Móvil de interés económico. Cuando se ejecuta el hecho mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

Considera circunstancia agravante el **arto. 36, inc. 3 Pn** cuando se procede a “ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria”. El fundamento de esta agravante radica en el mayor desvalor que se aprecia en el injusto cometido con una base retributiva o económica. Cabe apuntar sin embargo que la amplitud de los conceptos empleados (precio, recompensa o promesa) permite no limitar la agravante a una oferta de dinero,

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

sino que también podrá estimarse si se ofertan recompensas no dineradas (p. ej., un puesto de trabajo).

Hay que tener en cuenta que en los delitos contra la vida esta circunstancia convierte el homicidio en asesinato (**arto. 140 Pn**). La doctrina discute si la agravante se aplica únicamente a aquel que delinque mediante precio, promesa o recompensa, o también a aquel que ofrece pagar o recompensar, esto es, al inductor. Las dudas se presentan porque este último es partícipe, y por lo tanto no ejecuta el hecho, tal como exige el **arto. 36, inc. 3 Pn**. Con la actual redacción de este precepto, el Código parece limitar su aplicación al autor o autores del hecho, siendo inaplicable a los inductores.

d) Incendio, veneno, explosión.

El legislador, sanciona, con carácter de agravante, aquellos hechos que además de estar tipificados en la norma, el autor ejecute el hecho con ocasión o por medio de inmersión, incendio, veneno, explosión, varamiento de nave, accidente de aviación, avería causada a propósito, descarrilamiento ferroviario, alteración de orden público o empleo de algún artificio que pueda producir grandes estragos. No se ha pasado por alto, que este tipo de actos representan un particular peligro, pues además de ser mayor el dolo con el que mal hechor a actuado, sino, que además los medios empleados exponen al peligro una mayor cantidad de bienes jurídicamente protegidos. Por otro lado, este tipo de acciones son características de organizaciones vinculadas al terrorismo, mafia, crimen organizado, etc. Pretendiendo el legislador prevenir la proliferación de estas organizaciones en nuestro territorio.

e) Discriminación. Cuando se comete el delito por motivos raciales, u otra clase de discriminación referida a la ideología u opción política, religión o creencias de la víctima; etnia raza o razona la que pertenezca, sexo u orientación sexual u enfermedad o discapacidad que padezca.

Regula el **arto. 36, 5 inc. Pn** otra agravante, que consiste en “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas y otra clase de discriminación referente a la

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca”.

Las noticias nos presentan en los últimos tiempos un resurgir de actitudes racistas, xenófobas o discriminatorias, prácticas que son intolerables en un Estado social y democrático de Derecho. Sensible a la aparición de estos hechos, el legislador ha incorporado esta circunstancia agravante genérica, aplicable a cualquier delito motivado por estos objetivos aberrantes y por lo tanto inadmisibles en nuestra sociedad.

f) Ensañamiento

Dispone el **art. 36, inc. 6 Pn** que es circunstancia agravante “aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”. Este es otro supuesto que también tiene trascendencia en los delitos contra la vida, convirtiendo un homicidio en asesinato (**art. 140 Pn**). Hay que tener en cuenta que la producción de sufrimientos o padecimientos innecesarios incrementa el injusto. El sujeto influye un mal superior al necesario para conseguir el objetivo que se había propuesto (instrumentos de tortura que suponen especial sadismo, matar lentamente utilizando medios muy crueles, etc.).

g) Abuso de confianza.

Regulado en el **art. 36, inc. 7 Pn**, se estructura sobre la base de una relación de confianza que es violada por el autor del delito. Esa relación no debe ser circunstancial, sino justamente debe existir un cierto grado de confianza, que permita exigir un mínimo de lealtad. Por ejemplo, en la mayor confianza dejo firmado un papel en blanco para que un amigo redacte una instancia ante La Administración. El amigo, en cambio, redacta un reconocimiento de deuda por varios millones de pesetas, que pretende hacer valer en juicio.

h) Prevalerse del carácter público

Esta agravante, regulada por el **arto. 36, inc. 8 Pn**, se caracteriza por estar limitada a los delitos comunes cometidos por funcionarios públicos que actúan con la finalidad de prevalerse de su cargo. No es aplicable a los delitos especiales cometidos por los funcionarios públicos, es decir, los delitos que únicamente puede cometer un funcionario como autor, pues la circunstancia es inherente a ellos (inherencia tácita).

i) Reincidencia

Dispone el **arto. 36, inc. 9 Pn** que es circunstancia agravante ser reincidente. Y que *“hay reincidencia quien habiendo sido condenado por sentencia firme en los últimos cinco años por un delito doloso, comete otro delito cometido dentro del mismo Título”*. A los efectos de este número, no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

La reincidencia es una circunstancia agravante muy polémica. La doctrina la ha cuestionado extensamente, considerando que no se aprecia ni mayor injusto ni mayor culpabilidad en el sujeto, sino simplemente un mayor desprecio por el Derecho o una rebeldía hacia los valores jurídicos. El papel fundamental de la agravante se basa en la personalidad defectuosa del autor, sin tomar demasiado en cuenta el hecho concretamente cometido (Derecho penal de autor).

Se exige una condena anterior firme por un delito comprendido en el mismo título del Código Penal y que sea de la misma naturaleza. Quedan excluidos por ello las faltas y los delitos comprendidos en otros Títulos e, incluso, los previstos en leyes especiales. A los efectos de la agravante no se computan los antecedentes cancelados o que debieran serlo.

k) Prevalimiento en razón de género. Cuando el hecho realizado se ejecuta aprovechándose de una relación de dependencia autoridad o afinidad para causar perjuicio a otra persona en razón de su sexo, ya sea que deriven en esas relaciones del matrimonio, unión de hecho estable u otra relación de afinidad o laboral y aun cuando la relación hubiera cesado.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Los estudios de género se desprenden de la teoría feminista, cuyo principal objetivo en sus inicios fue sensibilizar a la sociedad de las desigualdades entre hombres y mujeres y conseguir derechos para éstas últimas. El género lo define *Light, Keller y Calhoun* (1991) como "todas las características no biológicas asignadas a hombres y mujeres", es decir, el asignar cualidades, roles, creencias, que no están en la persona por su sexo, sino que se asocian a la persona por lo que piensa y cree la sociedad donde nace. En ocasiones se han considerado las diferencias como naturales cuando estas diferencias se sustentaban de expectativas, intereses o necesidades de la sociedad, confundiendo lo natural con las creencias de la sociedad en el momento histórico.

En los años ochenta, presionados por los movimientos feministas, varios foros internacionales acuerdan impulsar políticas a favor de las niñas y las mujeres. En todos estos foros se avanzó sobre el reconocimiento de sexo y género, separándolos y, a la vez, estudiando las discriminaciones que sufrían las mujeres en todos los ámbitos de la vida para poner medidas contra esas discriminaciones y conseguir la igualdad entre ambos sexos. La contribución más importante de los estudios de género ha sido poner de relieve que se construye a partir del proceso de socialización, y este proceso ha sido diferente según seas hombre o mujer. Es decir, las actitudes sexistas dependen de cómo se realice la enculturación de las personas, el lugar geográfico donde nacen, la religión dominante, las tradiciones etc. No sufre las mismas discriminaciones una mujer blanca en Occidente que una mujer negra en un país de África. Las dos son mujeres pero los roles de cada una son diferentes, así como las expectativas de vida y de condiciones, porque la percepción que se tiene sobre la identidad, los roles asignados, las expectativas no nacen por ser mujer, sino por ser mujer en Occidente o en países no desarrollados.

Las políticas públicas hasta ahora sólo han puesto parches y no se han ocupado seriamente de este tema y tampoco en realizar una prevención eficaz de la violencia contra las mujeres. Precisamente el legislador ha querido regular un poco este tipo de conductas, y destacado en el **arto. 36, inc. 11 Pn**, donde sanciona como agravante, de

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

manera especial, el prevaricato cuando es en razón de género. El codificador, no solo valora como negativo el hecho de que facultades, medios, o situaciones favorables específicamente proporcionados por la condición poseída por el autor como consecuencia de su pertenencia a un determinado cuerpo funcional: de los «poderes inherentes a su cargo y función» de su «condición pública o del ejercicio de su oficio público» («ascendente, prestigio o influjo que dicho cargo le daba»), de «su actividad funcional», de «las variadas ventajas que le ofrece» su cualidad «importancia», «influencia» o «poder», para cometer un delito, sino que, también toma en cuenta elementos como es el aprovecharse, de esos medios para lograr una conducta ilícita pero que se encuentre directamente en contradicción con los bienes jurídicos y derecho protegidos de referidos a la igualdad de género regulados y protegidos por la ley.

Sobre todo, el legislador busca, que el juzgador, tome en cuenta como algo particularmente negativo, en una conducta delictiva, que el autor, ponga en peligro un bien jurídico, que además de verse vulnerado por las facilidades con las que cuenta el mal hechor, este bien, este revestido de una especial sensibilidad para la sociedad, como en efecto lo es el abuso de otros en razón de género, concepto que esta relacionado con una serie de bienes jurídicos como la libertad, la dignidad, la igualdad, etc. Por lo que es sumamente positivo esta regulación que se ha hecho en el código.

Con esta norma, indirectamente, también se quiere combatir la violencia contra las mujeres, se busca erradicar el sexismo, y este sexismo se podrá eliminar si se eliminan las actitudes sexistas en la educación, si eliminamos el concepto peyorativo de género. Anteriormente se ha asegurado que los estudios de género se desprenden de la teoría feminista, cuyo principal objetivo era buscar los derechos de las mujeres. Actualmente han proliferado estos estudios y si bien, algunos dudan sobre utilizar el término "género", se sigue utilizando para diferenciarlo del sexo, porque el género añade al sexo las creencias de la sociedad en un momento determinado sobre cada uno de los sexos y porque los estudios de la diferencia sexual, no pretenden tanto denunciar la discriminación de las mujeres, sino dar luz a la existencia libre de las mujeres en un mundo común.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

La elaboración del concepto de género es un avance cualitativo, es decir, el entender que los roles y las tareas asociadas a la mujer o al hombre se deben a la sociedad y no a las diferencias biológicas, ha supuesto analizar esos roles y esas tareas con otra óptica diferente. Siguiendo a la autora anterior: "Desde esta perspectiva el significado de ser hombre o de ser mujer, los contenidos de las relaciones entre hombre y mujeres, los deberes y las prohibiciones para las mujeres por ser mujeres y para los hombres por ser hombres, se entienden como pautas culturales que, por ser culturales y no naturales, son susceptibles de modificación."

Se trata de la libertad de ser aceptada en un plano de igualdad. No se pretende pasar de patriarcado al matriarcado, ni la masculinización de la mujer o de ampliar los espacios tradicionalmente masculinos para ser asumidos por mujeres. Se trata de construir un mundo basado en el respeto a la semejanza y a la diferencia en libertad.

13.4. La Circunstancia Mixta: Atenuante y Agravante (Parentesco)

Dispone el **artículo 37 del Código Penal** que son circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados del ofensor.

14. Concepto de Medidas de Seguridad

Podemos definir las medias de seguridad como la privación o limitación de bienes jurídicos impuesta al individuo declarado peligroso, para que no delinca en el futuro.

En el Código penal hay previstas un conjunto de medidas, generalmente consideradas como de seguridad, orientadas a impedir que el individuo merecedor

de ella pueda cometer nuevos delitos. Estas medidas son “pos delincuenciales” casi en su totalidad. Se aplican, por tanto, por la comisión de un delito determinado. Una vez dirigida a que el sujeto no cometa delito alguno de cualquier clase que sea, como la impuesta a los enajenados, con la que se pretende que estos no cometan delitos de ningún tipo. Otras medidas van encaminadas a que el delincuente no perpetre un delito concreto que se trate de prevenir. ³⁶ BITECSA, edición.

Noviembre del 2007 Op. Cit. Págs. 35.

14.1 Medidas de Seguridad en General.

Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. Las medidas de seguridad se aplicaran exclusivamente por el juez o tribunal en sentencia, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este título, siempre que concurren estas circunstancias:

a) Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito, según sentencia firme; que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

b) Las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del sujeto. En todo caso deberán de ser proporcionadas a la peligrosidad del sujeto y a la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que aquel pueda cometer. **(Arto. 99 Pn).**

A tales efectos, el juez o tribunal establecerá en la sentencia razonadamente, el límite máximo de duración. En todo caso, cuando la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido no fuera privativa de libertad, el juez o tribunal únicamente podrá imponer una o varias medidas privativas de libertad. Las medidas de seguridad privativas de libertad no podrán tener mayor duración que el límite máximo de la pena señalada por la ley por el delito

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

cometido. El juez o tribunal decretara el cese de las medidas en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto conforme a los correspondientes informes periciales.

14.2. Clasificación

Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este código son privativas de libertad y privativas de otros derechos.

Son medidas privativas de libertad:

- a) El internamiento en centro psiquiátrico;
- b) El internamiento en centro de deshabilitación;
- c) El internamiento en centro educativos especiales y;
- d) El internamiento en centro de terapia social.

Son medidas no privativas de otros derechos.

- Sujeción a la vigilancia de la autoridad o libertad vigilada, que obligara al penado a presentarse personalmente de manera periódica;
- La prohibición de estancia y residencia en determinados lugares;
- La privación del derecho de conducir vehículos automotores;
- La privación de licencia o del permiso de portar armas;
- La inhabilitación profesional;
- La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en Nicaragua.

Las demás previstas en el código penal.

Concurrencia de penas y medidas de seguridad: En el caso de concurrencia de penas y medidas privativas de libertad, el juez o tribunal ordenara el cumplimiento de la medida, que se abordara en la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquellas, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a su duración, o aplicar una de las medidas prevista en el código penal.

Quebrantamiento: El quebrantamiento de una de las medidas de seguridad de privativa de libertad dará lugar al reingreso del sujeto en el mismo centro del que se haya evadido o en otro que corresponda a su estado.

Si se trata de otras medidas, el juez o tribunal podrá acordar la sustitución de la medida quebrantada por una privativa de libertad, si está prevista para el supuesto de que se trate, y si el quebrantamiento demuestra su necesidad.³⁷ Arroyo de la Heras. Op. Cit. Págs. 221 y ss.

14.3. Aplicación de las Medidas de Seguridad.

De las medidas privativas de libertad. (Arto. 103Pn). Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad penal conforme al numeral 1 del **arto. 34Pn**, se le podrá aplicara, si es necesario, la medida de internamiento para tratamiento medico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie. Alternativamente el juez o tribunal podrá aplicar cualquier otra de las medidas de seguridad señaladas en el **arto. 100 Pn** de Nicaragua.

El sometimiento a estas medidas no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del juez o tribunal sentenciador. Lo anteriormente dispuesto es aplicable a las medidas de seguridad previstas en los dos artículos siguientes:

a) Internamiento por deshabilitación. (arto. 104 Pn).

A los exentos de responsabilidad penal conforme al **numeral 2 del arto. 34 Pn**, se les podrá aplicar, si fuere necesario, la medida de internamiento en un centro deshabilitación pública, o privado debidamente acreditado u homologado.

b) Internamiento en centro de educación. (arto. 105 Pn)

A los que fueran declarados exentos de responsabilidad penal conforme al **numeral 3 del arto. 34 Pn**, se les podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial.

c) Eximente incompleta. (arto. 106 Pn)

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

En los artículos de eximente incompleta en relación con los números 1, 2,3 del artículo 34, el Juez o Tribunal podrá imponer conforme a lo establecido en el artículo en el artículo 99, además de las penas correspondientes, las medidas previstas de los artículos 103,104 y 105. No obstante, las medidas de internamiento solo serán aplicables cuando la pena impuesta sea privativa de libertad.

d) De las medidas privativas de otro derecho. (arto. 107 Pn)

En los casos previstos en los **artículos 103 al 105 del Código penal**, el juez o tribunal podrá acordar razonadamente desde el principio o durante la ejecución de la sentencia, la imposición de la observancia de una o varias de las siguientes medidas, por un tiempo no superior a 5 años:

- Sumisión a tratamiento externo en centros médicos;
- Obligación a residir en un lugar determinado;
- Provisión de residir en lugar o territorio que se le designe. En este caso el sujeto quedara obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan;
- Prohibición acudir a determinado lugares o visitar establecimiento de bebidas alcohólicas;
- Custodia familiar; la persona sometida a custodia familiar quedara sujeta al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodias quien la ejerza con el juez de vigilancias y sin menoscabos de las actividades laborales del custodiado;
- Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otro similares.

Por un tiempo por diez años:

- La privación de licencia o de permiso de portar arma;
- La privación del derecho a la conducción de vehículos automotores.

e) Extranjero con entrada o permanencia ilegal. (arto. 108 Pn)

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Si el sujeto es extranjero con entrada y permanencia ilegal en Nicaragua, el juez o tribunal podrá acordar, previa audiencias de aquel, la expulsión del territorio nacional como su sustitutiva como medida de seguridad privativa de libertad que sea aplicable.

La persona sujeta a esta medida no podrá volver entrar a Nicaragua por un plazo no menor al doble de la duración de la medida de seguridad que se le sería aplicable sin que pueda exceder a 10 años.

f) Delincuencia habitual (arto. 109 Pn).

A los delincuentes habituales de delito sancionado con pena de prisión cuyo límite mínimo sea superior a 6 años, el juez o tribunal les impondrán, además de la pena correspondiente, un tratamiento de terapia social para su inserción por el periodo de su condena.

A los efectos de estos artículos se considera habitual al delincuente que hubiese sido condenado por 3 o mas delitos que, no habiendo sido cancelado registralmente, hagan presumible su inclinación a delinquir según declaración expresa del juez o tribunal, previo los informe periciales que sean preciso.

g) Internamiento de mujeres. (arto. 110 Pn).

Cuando el delito hubiese cometido por mujeres deberán ser internadas en cárceles distintas exclusivamente para ellas, o pabellones en los establecimientos penales debidamente separadas de la celda de los varones. Estas cárceles o pabellones deberán ser manejadas por funcionarias mujeres penitenciarias, como forme a la ley y reglamento de la materia.

h) Concepto de la causa de extinción de la responsabilidad civil.

Se entiende por causas de extinción de la responsabilidad penal aquellas que, después de cometido el delito, elimina la responsabilidad criminal del sujeto activo del mismo.

El primer problema que plantea estas causas de extinción de la

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

responsabilidad penales el de la diferenciación con las causas de exención de la responsabilidad criminal. Ello, sin embargo, no ofrece dificultad alguna, ya que las causas de exención de la responsabilidad criminal incidiendo sobre alguno de los elementos del delito, determinan su falta de concurrencia y, por tanto, imposibilitan el nacimiento, consecuencial siempre, de la responsabilidad criminal, mientras que las causas de extinción de la responsabilidad criminal presuponen, en todo caso, la existencia de un delito, concurrentes todos sus elementos.

En este mismo sentido afirma *Ferrer Sama* que las causas que eximen de responsabilidad impiden la apreciación de la responsabilidad penal porque cuando concurren queda excluido alguno de los elementos o caracteres del delito, mientras que las causas de extinción de la responsabilidad penal "obstaculizan los efectos penales del delito existen o anulan, total o parcialmente, los efectos de la condena dictada contra el sujeto declarado en virtud de sentencia responsable de un delito o falta".

14.4. Responsabilidad Civil.

Podemos definir esta responsabilidad civil como la obligación impuesta por sentencia firme, recaída en causa penal al responsable de un delito o a la persona a él vinculada que determina la ley, consistente en la retribución, en la reparación del daño o en la indemnización de daños y perjuicios, en favor de las personas que han resultado lesionadas en sus bienes jurídicos, materiales o morales, por el hecho criminal cometido.

Que la responsabilidad civil nacida del delito sea exigible en el proceso penal no quiere decir que esta goce de naturaleza jurídico-penal, su naturaleza es claramente civil, ya que, a diferencia de la pena, es disponible por parte de su titular, es decir, el acreedor a la reparación civil puede renunciar a ella, no pudiendo ejercer esta facultad la víctima del delito respecto a la responsabilidad criminal, salvo en casos muy específicos, como en los delitos perseguibles a instancia de parte, excepción la violación.

Por otra parte la responsabilidad civil es transmisible a personas diferentes de

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

las que perpetraron el delito, lo que no ocurre en ningún caso con la pena, dado su carácter personalísimo. Así pues, la pena es impuesta siempre al culpable, mientras que la responsabilidad civil puede ser exigible a este o a otras personas en la que no concurra dicha cualidad.

El hecho que la responsabilidad civil se resuelva en el proceso penal, siempre que sea nacida de delito, tiene su principal razón en motivaciones de economía procesal, pues se pretende con ello evitar al perjudicado por el delito que tenga acudir a un proceso de naturaleza civil, lo que le ocasionaría molestias y gastos adicionales; sin que estos sea óbice para el perjudicado pueda renunciar a la acción civil o se reserve el derecho de ejercitar ante los tribunales de esa clase.

Asimismo, para que el tribunal de lo penal pueda pronunciarse sobre las consecuencias civiles "ex delicto", es absolutamente necesario que la fiscalía, de oficio, o una de las partes actuantes en el proceso así lo solicite expresamente, en caso contrario el juez penal se abstendrá de decidir sobre la cuestión civil. Motivaciones todas ellas mas que suficientes para afirmar la naturaleza civil de esta responsabilidad aunque se encajen en un proceso penal y se regulen por normas incluidas en el texto penal.

Para que pueda ser apreciada la responsabilidad civil es necesario que concurren los requisitos siguientes:

- Que exista un daño o perjuicio real.
- Que el daño o perjuicio, material o moral, sea valorable patrimonialmente, es decir, que pueda cuantificarse, con mas o menos aproximaciones, su valor económico.
- Que haya una relación causal entre el hecho delictivo y el perjuicio de carácter civil causado.
- Que pueda ser atribuida directa o indirectamente la responsabilidad civil a una o a varias personas, que conforme a la norma establecida en el código penal y complementado por el código civil.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

Como principio general, el código penal, en su **art.121 Pn**, dispone "*Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente*". Esta expresión legal, ha sido considerada como poco afortunada por *Bustos Ramírez Y Landrove Díaz*, ya que no de toda acción delictiva derivan necesariamente consecuencias civiles.

"De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible".

a) La restitución.

Esto significa esta modalidad de responsabilidad civil la vuelta de las cosas a la situación en que se encontraban antes de cometerse el delito. Representa la forma más elemental de las posibles dentro de la responsabilidad civil; si alguien, por haber sido sujeto pasivo de un delito de robo, se le ha privado de una cosa, lo inmediato es, una vez recuperada, entregársela.

La restitución, por imperio de la ley, en el **art. 115 Pn** del código penal, ha de hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, con abono de deterioros o menoscabos, a regulación del tribunal. Esto significa que la modalidad de restitución se limita al objeto material del delito, cosa hurtada, estafada, etc., y que si al entregarse no se halla como estaba al cometerse el hecho criminal, habrá de abonarse el detrimento que haya sufrido la misma.

Cabe la posibilidad de que la cosa haya aumentado de valor, por ejemplo, el vehículo sustraído al que el delincuente practica reparaciones que lo enriquecen, Según la doctrina penalista unánime, estos supuestos se resolverán por las normas de derecho civil.

También se contempla que aunque la cosa se halle en poder de un tercero y se la haya adquirido por un medio legal, salvando, como es lógico, el derecho de repetición del mismo contra quien corresponda. Ahora bien, puede ocurrir que el

tercero haya adquirido la cosa en forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable, lo que constituye una excepción al principio general de restitución.

b) La reparación.

La reparación se hará valorándose la entidad del daño por regulación del tribunal atendiendo al precio de la cosa, siempre que fuere posible, la afección del agraviado. La reparación ha de concretarse y afectar a cosas, a objetos que tengan la consideración jurídica de tales, entendiéndose que se refiere, para así diferenciar de la restitución y de la indemnización de daños y perjuicios, a la cosa objeto del delito, siempre y cuando no haya sido recuperada, puesto que si lo fue entraría en juego la restitución.

Dentro de la reparación, pues, se comprenden las cosas que han sido dañadas o han desaparecido o se han destruido como consecuencia de la acción criminal. La reparación se hará conjugando dos criterios, si concurrieren, cuales son, el precio de la cosa, estándose el valor de la misma en el mercado, y el de afección, teniendo en cuenta para ello la relación emocional entre la cosa dañada y su titular.

Es de advertir que aunque la cosa tenga precio determinado, no por ello se rechazara el de afección, pues si concurren los dos se hallara el montante de la reparación combinando ambas partes. Por otro lado, si la cosa carece de valor patrimonial, el único criterio para la reparación, si procediera, será el del valor sentimental en que la tenga su propietario. En todo caso el juez o tribunal será el que determine el valor a su libre arbitrio.

c) La indemnización de daños y perjuicios.

Comprende los perjuicios materiales y morales que se hubiesen causado no solo al agraviado, sino también los irrogados, por razón del delito, a su familia o a un tercero. La indemnización comprende todos los desplazamientos patrimoniales que se Khan causado por la comisión de un delito, incluyéndose en ellos el

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

llamado lucro cesante, es decir, todas aquellas cantidades o cosas patrimoniales valiables que no se hayan percibido y que si lo hubieran sido de no haberse dado el hecho criminal. Por otra parte, se encuadran en la indemnización los perjuicios morales, que siendo susceptibles, como señala *Landrove Díaz*, de compensación, no lo son, como dice, *Córdobas Roda*, de una apreciación directa de signos patrimoniales. Ejemplo específico de perjuicio o reparación moral, en relación con los delitos de calumnia e injuria, es el previsto en el **art. 202 del Código penal**, es decir, la inserción en los periódicos de la satisfacción o sentencia condenatoria. También entendemos que existe perjuicio moral e indemnizable en los delitos de abuso deshonesto, por el desequilibrio anímico que se le causa a la víctima, o en el caso de muerte de un familiar, por el desamparo sentimental que puede sufrir el allegado al fallecido.

Las personas acreedoras de la indemnización comprendidas en el código penal, como queda dicho, será no solo el agraviado por el delito, sino también su familia o un tercero, siempre que exista la correspondiente relación causal entre el detrimento material o moral de estas y del delito cometido. Lo mismo que en los supuestos de restitución el juez o tribunal actuara con libertad de criterio en la determinación de la indemnización, pero siempre dentro de los límites solicitados por las partes.

14.5. Personas Civilmente Responsable.

La situación más frecuente es que el autor del delito o falta responda penal y civilmente. Pero, a veces sucede que el agente, el sujeto activo, no llega a ser declarado culpable o resulta eximido de su responsabilidad penal subsistiendo, no obstante, la civil.

Toda persona penalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivan daños o perjuicios. Si son dos o mas los responsables de un delito o falta los jueces o tribunales señalaran la cuota de por la que deban responder cada uno. Los autores, los inductores, los cooperadores necesarios y los cómplices, cada uno dentro de sus respectivas clases, serán

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

responsables solidariamente entre si por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, los inductores, los cooperadores necesarios, y después, en lo de los cómplices.

Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedara a salvo la repetición del que haya pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.

Los aseguradores que asumen el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación económica de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en el código penal, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el limite de la indemnización legalmente establecido o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.

Sin embargo, son varias las cuestiones que se plantean en orden al establecimiento de la responsabilidad civil concreta de las personas a ella llamadas legalmente. Examinemos, seguidamente, los diferentes supuestos:

Que concurren en la comisión de un delito o falta, diversas personas en el mismo o en diferentes grados de participación. No existe lógicamente problema alguno cuando en la ejecución del delito o falta participa un solo individuo, este será el responsable civil.

Con esta fórmula pretende el legislador agotar el mayor numero de posibilidades para que la víctima o perjudicado por el delito o falta no quede desamparado por una eventual insolvencia del obligado. Por tanto, responden los autores del delito o falta solidariamente entre ellos y por sus cuotas, lo que motiva que si algunos de ellos no pueden hacer frente a las mismas, lo hará el total los que si puedan.

14.6. Eximentes sin Excepción de Responsabilidad Civil.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

La exención de la responsabilidad penal declarada en los **numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del arto. 34 Pn**, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:

En los casos de los **numerales 1 y 3 del arto. 34 Pn**, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado imprudencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pueda corresponder a los imputables. Los jueces o tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos. Son igualmente responsables las personas que obren conforme el **numeral 2 del arto 34 Pn**.

En caso del **numeral 5 del arto. 34 Pn**, serán responsables civiles las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se le haya evitado, si fuera estimable o, en otros casos, en la que el juez o tribunal establezca según su prudente arbitrio. Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equivalentes asignables por el juez o tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a la Administración Pública o a la mayor parte de la población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de su agente, se acordara, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales.

En los casos del **numeral 6 del arto. 34 Pn**, responderán principalmente los que hayan causado miedo, y en defecto de ello, lo que hayan ejecutado el hecho. En el caso del párrafo segundo del **arto. 26 Pn**, serán responsables civiles los autores del hecho.

En todos los supuestos anteriores, el juez o tribunal que dicte sentencia no culpabilidad por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a fijar las responsabilidades civiles, salvo que haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda.

14.7. Reclamación.

La responsabilidad civil a que se refiere el arto anterior, se podrá reclamar en sede penal conforme el código procesal penal o en sede civil, de acuerdo a las leyes de la materia.

14.8. Responsabilidad Patrimonial del Estado.

El Estado responde patrimonialmente de los daños y perjuicios causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o imprudentes cometidos por autoridad, funcionario o empleado público en ejercicio de sus cargos o en funciones, siempre que en el proceso penal se determine que la lesión es consecuencia directa del abuso, negligencia u omisión en su desempeño, salvo los casos e fuerza mayor. Si exigiera el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agente o contratada de la misma, funcionarios o empleados públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad del Estado ante la jurisdicción contenciosa administrativa, sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. A su vez el Estado podrá repetir contra la autoridad, funcionario o empleado público causante de lesión de lesión.

14.9. Corresponsabilidad.

Son también responsables civilmente, en defecto de los que sean penalmente:

- Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido dolosamente leyes, reglamentos administrativos o disposiciones de autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que esto no se hubiera producido sin dicha infracción;

- Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios, y; las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos automotor; nave o aeronave de transporte de personas o mercaderías susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquellos por sus empleados, dependientes o representantes o personas autorizadas, cuando el hecho se produzca por la falta de prevención, negligencia o imprudencia del propietario.

14.10. Limitación

La persona que por título lucrativo, participe de los efectos de un delito o falta, está obligada a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.

14.11. Cumplimiento de la Responsabilidad Civil y Demás Responsabilidades Pecuniarias.

a. Cumplimiento.

Cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez. Todas las responsabilidades pecuniarias, el juez o tribunal, previa audiencia a las partes, podrán fraccionar su pago, y señalar según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el periodo e importe de los plazos.

b. Orden.

Los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil subsidiario se imputarán por el orden siguiente:

- A la reparación del daño e indemnización de los perjuicios causados a la víctima u ofendido.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

- A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por cuenta en la causa.
- A la multa.

15. Actos de Criminalización y Descriminalización.

Con el derecho penal cada sociedad tutela, mediante la amenaza del más severo sistema sancionatorio en que aquel consiste, sus más preciados valores o bienes jurídicos. Ahora bien el conjunto de valores de una sociedad no es constante, sino que poco a poco va variando en la misma forma en que van modificando sus usos y costumbres.

Debido a un cúmulo de factores de muy diversa naturaleza. Innovación tecnológica, crecimiento de la población, influencia de sociedades hegemónicas, migración, desarrollo, estancamiento o retroceso económico; índice de desempleo, grado de promoción social, acceso a la salud, la educación, la justicia, el esparcimiento; desigualdades de género, entre muchos otros. Las nuevas tendencias del delito esta sujetas a estos factores externos y a la extinción o modificación del tipo penal.

Los cambios sociales obligan a periódicos ajustes del código penal porque el paso del tiempo hace que algunas figuras penales ya no tengan razón de ser, lo que permite suprimir o modificar sustancialmente las figuras delictivas, como la adecuación de las penas más flexibles de carácter humanista propio de los Estados democráticos.

Estos son los casos de los delitos como: **Adulterio** y **Amancebamiento** que fue eliminado, el **Abigeato** que sufrió profundas modificaciones. Doctrinalmente es considerado como la sustracción o apoderamiento de ganado en el campo. La figura penal responde a la necesidad de dar protección a los semovientes cuya vigilancia, por estar en el campo, es difícil para el propietario. No cabe duda de la importancia de este tipo penal en Nicaragua, país en el que la ganadería es una de las principales fuentes de riqueza. El bien jurídico protegido en el delito de abigeato es el patrimonio, especialmente el constituido por ganado. La protección

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

de este bien jurídico, sin embargo, debe hacerse en armonía con los principios generales del derecho penal de un estado social y democrático de derecho.

Actos criminalizados:

- ❖ Error vencible e invencible de tipo y prohibición.
- ❖ Comparación y proposición para delinquir.
- ❖ Extensión de la autoría y la restricción de la participación criminal.
- ❖ Responsabilidad de personas jurídicas.
- ❖ Principio de responsabilidad subjetiva y de culpabilidad.
- ❖ Sistema de penas.
- ❖ Penas superior e inferior a los límites máximo y mínimo.
- ❖ Proporcionalidad y necesidad.
- ❖ Concurrencia de penas y medidas de seguridad.
- ❖ Delincuencia habitual.
- ❖ La pena privativa de libertad y las alternativas a la prisión.
- ❖ La legalidad en la individualización de la pena.
- ❖ Hurto de uso.
- ❖ Manipulación genética y clonación de células.
- ❖ Manipulación genética para producir armas biológicas.
- ❖ Inducción o auxilio al suicidio.
- ❖ Lesiones al que está por nacer.
- ❖ Lesiones imprudentes al que está por nacer
- ❖ La violencia domestica o intrafamiliar.
- ❖ Utilización de niños, niñas, adolescentes, discapacitados o personas de la tercera edad para Mendicidad.
- ❖ Acoso sexual.

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

- ❖ Homicidio imprudente.
- ❖ Inseminación sin consentimiento.
- ❖ Inseminación fraudulenta.
- ❖ Captación indebida de comunicaciones.
- ❖ Registros prohibidos.
- ❖ Tráfico ilícito de vehículos.
- ❖ Delitos societarios.
- ❖ Delitos contra la seguridad social.
- ❖ Delitos contra los derechos laborales.
- ❖ Delitos bancarios.
- ❖ Delitos contra la propiedad industrial.
- ❖ Experimentos Biológicos.
- ❖ Destrucción de bienes culturales.
- ❖ Tráfico y extracción de órganos y tejidos humanos.
- ❖ Aprovechamiento indebido de fluido eléctrico, agua y telecomunicaciones.
- ❖ Soborno internacional.
- ❖ Faltas Contra el Medio Ambiente.

Actos descriminalizados:

- Homicidio Culposos.
- Homicidio preterintencional
- Asesinato Atroz.
- Infanticidio.
- Adulterio y Amancebamiento.

Conclusiones

- La actualización de la ley penal a la realidad social, cultural y económica del país, es producto de una profunda reflexión de nuestros legisladores al crear un control penal flexible, más humano, de carácter garantista de los derechos fundamentales como componente más importante de la situación actual del pensamiento criminológico contemporáneo, que a la vez promueve la prevención del delito, lo que permite la humanización de la pena y la reinserción del infractor de la norma penal a la sociedad, como eje básico del nuevo modelo de jurídico penal, que ha llevado a descriminalización de varios tipos penales por considerarse violatorio a los derechos humanos, pero también ampliando o modificando la cobertura de delitos existentes así, como introduciendo nuevos tipos penales , ya solo una política criminal integral puede ofrecer respuesta a los complejos problemas delictuales de la sociedad moderna.
- El fenómeno del delito así como su castigo(la pena), ha estado presente en las primeras formas de organización humana, apareciendo con posterioridad reguladas en las grandes civilizaciones de la antigüedad, iniciando desde entonces, ambos conceptos, un proceso de evolución que ha permitido estudiarlos y desarrollarlos de forma sofisticada y compleja en las sociedad e instituciones jurídicas contemporáneas.
- El concepto del delito y su regulación, se vio influido por elementos culturales de cada sociedad tales como: la religión, apreciación del

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

concepto de género, desarrollo económico, etc., que desembocó en la creación de distintas teorías que, hasta el día de hoy siguen siendo estudiadas en el Derecho penal siendo las más importantes: la teoría causalista, la finalista y la mixta, predominando la teoría finalista en el Código penal vigente.

- La finalidad de la pena en nuestra legislación tiene un carácter humanitario, donde el condenado debe ser tratado con respeto y dignidad, pues se busca que sea resocializado para que este vuelva a integrarse a la sociedad como un ciudadano respetuoso de la ley, que a la vez, busca fortalecer el Estado Social de Derecho, proclamado en nuestra carta magna.
- La doctrina ha influido en nuestro legislador para que incluya en la norma penal una serie de elementos que deben ser tomados en cuenta para que un hecho sea considerado como delito (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) y también, otra serie de aspectos que el juzgador debe observar para imponer y la pena así como para determinar la duración de esta.
- Para finalizar queremos agregar que a pesar que en el actual Derecho penal ha tomado en cuenta la experiencia de los estudios arrojados por la criminología la cual recomienda que el sistema sea en primer lugar, preventiva y, en segundo lugar resocializador; las limitantes son muchas para que esto pueda materializarse de manera plena y efectiva pues, por el actual sistema penal tiene muchas debilidades tanto de forma como de fondo que debe superar; nos referimos por ejemplo a que asegura un alto grado de impunidad a los grupos económicos poderosos de Nicaragua, además de estar dirigida ha perseguir sobre todo a las masas pobres desprovistas de medios y recursos económicos.
- Es indispensable, a la vez, que el Estado asegure todas las condiciones necesarias para que la materialización del modelo dispuesto en el Código

Las Nuevas Tendencias del Delito en el Código Penal Nicaragüense

penal sea una realidad; nos referimos a distintas acciones tales como: capacitación al personal correspondiente del poder judicial, Policía Nacional y penitenciarias; construcción de edificios y establecimientos penitenciarios que presten las condiciones y medios necesarios para que el proceso de resocialización del reo se lleve a cabo de manera efectiva y el fortalecimiento de la institucionalidad del poder judicial, para que este no sea manipulado por la fuerza económicas y políticas que utilicen el poder punitivo como un arma política y de control de masas.

BIBLIOGRAFIA

- **Anitua Gabriel Ignacio.** Historia de los Pensamientos Criminológicos. --Buenos Aires: Editores del Puerto, C2006.
- **Arroyo de las Heras, Alfonso.** Manual de Derecho Penal, Introducción de la Ley Penal. --Pamplona, España: Editorial Aranzada, 1985-1986.
- **Baquero Vernier Ulises.** Derecho Penal General. --Santiago de Cuba: Universidad de Oriente, 1984.
- **BITECSA,** edición Noviembre 2007. Código Penal de La República de Nicaragua.
- **Castellón Barreto Ernesto, Luis Manuel Hernández León.** Apuntes de Derecho Penal.--2ª.ed.--León, Nicaragua.: Editorial Universitaria, UNAN-León 1999.
- **Constitución Política de la República de Nicaragua.** 14ª Edición, Editorial Jurídica 2007.
- **Cuarezma Terán, Sergio J.** Código Penal, Comentado, Concordado y Actualizado. --2ª ed.--Managua, Nic.: HISPAMER, 2001. --Colección Jurídica.
- **Cuarezma Terán, Sergio J.** Derecho Penal, Criminología y Derecho Procesal Penal. --2ª ed. --Managua, Nic.: HISPAMER, 2000.
- **Demetrio Crespo Eduardo.** Prevención General e Individualización Judicial de la Pena. --Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.
- **Espinoza Mondragón, Braulio.** Política Criminal y prevención del delito Hoy. --León, Nic.: Editorial Universitaria, UNAN-León.2008.
- **Gómez de La Torre Ignacio Berdugo.** Lecciones de Derecho Penal, Parte General. --2ª ed. --Barcelona: Praxis Universidad, 1999.
- **Hernández González Pablo.** Maestría en Criminología, Antología, 06251 "Psicopatología".
- **Hernández Lezama Ligia Dominga.** La Pena en el Derecho Criminal (Tesis).León, Nicaragua.1984.
- **López Vergara, Jorge.** Criminología, Introducción al Estudio de la Conducta Antisocial. --México: Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), C 1991.

- **Luzón Peña, Diego Manuel.** Curso de Derecho Penal: Parte General. Presentado por Sergio J. Cuarezma Terán. – Managua, Nic.: HISPAMER, [199?].
- **Material de Estudio Para Discentes.** Plan Nacional de Capacitación Sobre el Nuevo Código Penal. Comisión Nacional de Coordinación Interinstitucional del Sistema Justicia Penal. Abril-Mayo 2008.
- **Muñoz Conde Francisco.** Derecho Penal Parte General. -- Valencia: Tiran lo Blanch, 1993.
- **Muñoz Conde, Francisco.** Teoría General del Delito. --Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS, 1984.
- **Roxin Claus.** Derecho Penal, Parte General. Traducción de la 2ª ed. Alemana y notas por Diego Manuel. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. --Madrid: Civitas, 1997.
- **Zaffaroni Eugenio Raúl, Alogia Alejandro, Sloka Alejandro.** Manual de Derecho Penal, Parte General.--2ª Edición, 2ª reimpresión. Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora.2008.

Acervo Informático.

www.aadi.org.ar. Consultada en Marzo 2009

www.cepc.es/revista.asp. Consultada en Abril 2009.

www.revista.indret. Consultada en Mayo 2009.