

**Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua.
UNAN –León**

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Departamento de Derecho Penal.



Tema:
***Artículos Inconstitucionales del Nuevo Código Penal de
Nicaragua - Parte General.***

**Monografía
Previo a optar al Título de
Licenciado en Derecho.**

AUTORES:

Br. Miguel Alejandro Arce Mayorga.

Br. Kriguer Alberto Artola Narváez.

TUTOR:

Msc. Luís Hernández.

“A la Libertad por la Universidad”

León, mayo 2009.

AL HONORABLE TRIBUNAL

Con nuestro más caros respeto,
nos dirigimos a vosotros para ofrecer, este modesto y esforzado trabajo que sobre Derecho Penal hemos escrito.

Estimamos que vuestra intachable benevolencia se pondrá de manifiesta al disimular cualquier error que encontréis en él.

Animados de la mejor buena voluntad por presentar, algo que sea indispensable para el estudio del Derecho Penal, no vacilamos en escoger como punto de tesis, la Inconstitucionalidad del Código Penal de Nicaragua. Y confiamos en que vosotros que habéis hecho del derecho un santuario, sabrás darle la debida importancia.

Nuestro eterno agradecimiento a todos vosotros, que sabéis, estudiáis, y gustáis enseñar Derecho.

Los autores.

Con la mayor muestra de gratitud a:

Msc. Sonía María Ruíz de León.

Msc. María Orfa Mena Solís.

Msc. Isabel Mayorga Saavedra.

Msc. Luis Hernández León.

Msc. Marcos Lorenzo Cortés.

DEDICATORIA

A mi Madre, Isabel T. Mayorga Saavedra, quien me ha brindado su amor incondicional, me ha impulsado siempre a superarme en la vida y sobre todas las cosas, me ha enseñado a ser una persona humilde, responsable y dedicado al estudio.

A mi Futura Esposa, Tamara Mercedes López, quien me ha enseñado el verdadero significado del amor; por ser mi inspiración del vivir diario; por estar conmigo en los momentos cuando más te necesitaba; por motivarme a culminar mis metas y ser la luz que ilumina mi camino.

Miguel Alejandro Arce Mayorga.

DEDICATORIA

A mi Madre: María Teresa Narváez, por enseñarme el amor al estudio, a quien debo todo: horas de consejos, de regaños, de reprimendas y de alegrías de las cuales estoy muy seguro que lo ha hecho con todo el amor del mundo para formarme como un ser integral y de lo cual me siento extremadamente orgulloso.

A mis sobrinas Kleydi Guadalupe Artola y Emily Alejandra Espinoza, que son la alegría inocente de mi hogar.

A mis Hermanos Kenia y Kervy Artola Narváez con quienes he compartido todos esos secretos y aventuras que solo se pueden vivir entre hermanos.

A Cristhel Lorena Mendoza y Evangelina Silva, a mis tías y abuelita: son quienes me dan ese cariño y calor humano necesario, son las que han velado por mi salud, mis estudios, mi educación moral y espiritual.

A mis amigos más cercanos, Michael Álvarez, Francis Guadamuz y Miguel Arce: amigos que siempre me han acompañado y con los cuales he contado desde que los conocí y con quienes he compartido aventuras durante nuestra estadía en la Universidad.

Kaan.

INDICE

Agradecimiento

Dedicatoria

Introducción

Nº de Pág.

CAPÍTULO I. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL 1

1.- La Constitución Política como Norma Suprema del Ordenamiento Jurídico.	1
2.- Consideración General sobre la Incidencia de la Constitución Política en el Código Penal Nicaragüense.	4
3.- Garantías Fundamentales de la Constitución Política.	7
I.- <i>La vida es Inviolable e Inherente a la persona humana.</i>	7
II.- <i>Derecho: A la libertad individual; a su seguridad; al reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica.</i>	8
III.- <i>Derecho a la vida privada y a la de su familia. A la inviolabilidad de domicilio, correspondencia y comunicaciones. Al respeto de la honra y reputación.</i>	10
IV.- <i>Igualdad ante la ley. No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social.</i>	11
V.- <i>Los nicaragüenses en el extranjero gozan del amparo y protección del Estado por medio de las representaciones diplomáticas del país.</i>	12
VI.- <i>Libertad de conciencia, de pensamiento y de profesar o no una religión.</i>	12

VII.- <i>Derecho a expresar libremente su pensamiento en público o en privado, individual o colectivamente, y en todas sus formas.</i>	13
VIII.- <i>Derecho a circular y fijar residencia en cualquier parte del territorio nacional; a entrar y salir libremente del país.</i>	13
IX.- <i>Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe.</i>	14
X.- <i>Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria, ni ser privado de su libertad.</i>	15
XI.- <i>Garantías mínimas del procesado.</i>	15
XII.- <i>Administración de Justicia Penal Especializada.</i>	17
XIV.- <i>La pena no trasciende de la persona condenada.</i>	19
XV.- <i>Irretroactividad de la Ley en materia Penal.</i>	20
XVII.- <i>No hay cárcel por deuda.</i>	22
XX.- <i>Derecho a la propiedad privada.</i>	24
XXI.- <i>Recurso de Exhibición Personal o de Amparo.</i>	24
XXII.- <i>Protección Estatal y reconocimiento de los derechos, inherentes a la persona humana. Del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos.</i>	25
4.- <i>La Posición Preferencial de los Derechos Fundamentales en la Función del Control Constitucional.</i>	26
5.- <i>Principios Constitucionales en la Determinación Legal del Marco Penal.</i>	30
I.- <i>El Principio de Legalidad Penal.</i>	32
II.- <i>El principio de humanidad de las penas.</i>	33

	Nº de Pág.
III.- El principio de proporcionalidad.	34
IV. El principio de proporcionalidad y el necesario margen de arbitrio judicial en la individualización judicial de la pena.	41
6.- La Constitución como Parámetro de Control.	45
7.- Aspectos de la Garantía Constitucional en Nuestra Legislación.	46
I.- Naturaleza del Recurso por Inconstitucionalidad y del Recurso de Amparo.	46
II.- Materia y objeto del recurso por inconstitucionalidad.	48
Vicios denunciables.	48
III.- Control constitucional de la ley.	49
8.- Gravedad de Leyes Inconstitucionales en Nuestro Ordenamiento Jurídico.	50
9.- La Ley con Disposiciones Inconstitucionales no es Convalidable.	51
 CAPÍTULO II ARTÍCULOS INCONSTITUCIONALES DEL NUEVO CÓDIGO PENAL DE NICARAGUA – PARTE GENERAL.	 52
1.- La Reforma Penal Sustantiva en Nicaragua	52
2.- Espíritu y Contexto de la Reforma del Código Penal.....	56
3.- ARTÍCULOS DEL NUEVO CÓDIGO PENAL – PARTE GENERAL QUE SE OPONEN A NUESTRA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.	59
Concurso Aparente de Leyes, Arto 11.	59
Leyes Penales Especiales Arto 20 párr. 2do.....	64
Omisión y Comisión por Omisión. Arto 23.....	67

La Reincidencia como Circunstancia Agravante, Arto 36 inc. 9.....	70
Inhabilitación Absoluta. De las Penas Accesorias. Arto: 55 y 66 párrafo segundo.	76
Reglas para la Aplicación de las Penas. Arto 78, literal a.....	79
Suspensión de la Pena de Prisión. Arto 87 primer párrafo.	81
Medidas de Seguridad, Arto 98.	86
Medidas de Protección de Urgencia para la Víctima de Violencia Intrafamiliar o Doméstica, arto 111, literal a) y b).....	88
Extinción de la Responsabilidad Penal, arto 130	94
Prescripción de la Acción Penal y de la Pena. Artos 131 y 133.....	95
CONCLUSIONES	102
BIBLIOGRAFIA.....	107
ANEXO	111

INTRODUCCIÓN

Estamos claro que la Constitución Política es la norma suprema del ordenamiento jurídico; siendo el instrumento fundamental, para que el hombre alcance su realización de la forma más humana posible. Por ello, podemos decir, que la Constitución contiene proclamaciones a las que han de amoldarse todas las disciplinas jurídicas, en especial, el marco jurídico de la normativa penal; consecuentemente, dicha norma debe contener principios y garantías consagrados en nuestra Constitución para que su contenido y aplicación no sea contrario a la ley suprema y no se alteren derechos inherentes al ser humano.

La redacción de un nuevo Código Penal se calificaba de urgente necesidad para nuestro país, ya que se tomaban en cuenta que las normas penales no se adecuaban a las exigencias jurídicas, sociales y políticas de un Estado Social Democrático de Derecho, pues el código penal de 1974 no era más que un texto parchado y remendado por todas sus partes y carente de un derecho penal moderno. Después de aproximadamente diez años de debates, polémicas y negociaciones políticas, el pasado 13 de noviembre del año dos mil siete, la Asamblea Nacional de Nicaragua aprobó el nuevo Código Penal que entró en vigencia sesenta días después de su sanción, promulgación y publicación en el Diario Oficial. Así, en julio del año dos mil ocho, entró en vigencia el nuevo Código Penal de Nicaragua publicado en Las Gacetas No. 83, 84, 85, 86, y 87, Ley N 641, de mayo del 2008, derogando el Código Penal de 1974, aprobado durante la dictadura somocista y unas 40 leyes accesorias que contenían decretos y normas dispersas, producto del dinamismo del derecho penal.

El Nuevo Código Penal, es más adecuado a los principios y garantías consagrados en la Constitución nicaragüense. La parte general se fundamenta en la moderna teoría del delito y su sistemática se sustenta en el más actual derecho comparado, mayormente influenciado por el código penal español. El presidente de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, Dr. José Pilláis Arana, considera que el nuevo Código Penal, es uno de los más modernos de América Latina, aunque aclaró que aún puede mejorarse en lo concerniente a algunos temas como el aborto terapéutico, siendo éste el de mayor polémica ya que en el nuevo código se derogó esta figura. Una vez aprobada esta reforma, diversos sectores de la sociedad civil han interpuesto en su contra más de 30 recursos de inconstitucionalidad por considerar que los legisladores violan los derechos constitucionales de la vida, de privacidad, de libertad, igualdad, por otro lado, sectores más conservadores aplaudían la decisión. Pero de lo que no cabe duda, es del espíritu moderno y novedoso que trajo consigo el nuevo Código Penal, regulando conductas típicas y antijurídicas que en el anterior código no estaban reguladas como delito, para muestra mencionamos alguno de los nuevos delitos: Aborto imprudente, Manipulación genética y Clonación, Contagio provocado, Estupro agravado, Turismo sexual, Intercepción de comunicaciones, Hurto de uso, Propaganda dañina, Gestión abusiva, Falsedad material, Falsedad ideológica, Tráfico de órganos humanos. En fin, son más de cien nuevos tipos penales que crea el legislador con el nuevo código penal y un Título Preliminar que recoge las garantías penales constitucionales y la aplicación de la ley penal; y de esta forma Nicaragua se pone a tono con el ordenamiento jurídico penal existente en toda América Latina.

Para los estudiosos del derecho, el código penal es la segunda Constitución de un país. Después de las normas generales contenidas en la Constitución, el código penal, es el instrumento jurídico que sirve para la convivencia social y armónica de los habitantes de este país; pues, es en éste donde se regula y controla la conducta humana y quien quebrante uno de sus principios o artículos sabe que pende sobre él una sanción, ya sea corporal, pecuniaria o la privación de un derecho.

No obstante, ante el desarrollo normativo que ha obtenido el derecho penal en nuestro país con la entrada en vigencia de un código actualizado y moderno que satisface nuestra problemática, se hace necesario determinar si el nuevo código penal, se ajusta en todo su cuerpo legal a los principios y garantías que la Constitución Política prescribe; pero, debido al tiempo y recursos nos limitaremos a la parte general del código; los códigos modernos de Latinoamérica se caracterizan, por estar estructurados en una parte general y una especial. La parte general del derecho penal constituye, el objeto de nuestra investigación monográfica; es sólo, un campo parcial del derecho penal material o sustantivo, y se encuentra en nuestro nuevo código penal del artículo uno al artículo ciento treinta y siete. Comprende disposiciones válidas para todos los delitos, sobre los presupuestos, y consecuencias de la conducta punible. La parte general del código penal se trata por tanto, por una parte de instituciones jurídicas como el principio de legalidad (arto 1), la legítima defensa (arto 34 inc. 4), el error (arto 25), la tentativa (arto 28), autoría y participación (arto 42), culpabilidad (arto 9) y por otra parte, se regulan las consecuencias jurídicas del hecho, es decir, sobre todas las diversas penas (arto 47) y medidas de seguridad (arto 98).

Así pues, la parte general del código penal vigente es un producto de la abstracción; y contiene todo lo que de los presupuestos y consecuencias de la actuación punible se puede extraer y se antepone a los delitos en concreto que se describen en la parte especial. Por ello, explicamos el carácter básico de este campo material en el que encontraremos las cuestiones centrales de la teoría del derecho penal, como la teoría de la función del derecho penal y del fin de la pena.

En un Estado de derecho existen ciertos principios constitucionales que vinculan al legislador a la hora de fijar la pena de un delito y que limita al arbitrio. No se trata solo de principios rectores de la política criminal, sino, de auténticos mandatos constitucionales de obligado respeto por el legislador penal, pertenecientes a lo que se denomina derecho penal constitucional. La entrada en vigencia, el nueve de julio del año dos mil ocho de un código penal, supone nuevos retos y obstáculos para todos los actores; pues, se trata de una norma moderna, dejando atrás un código desvinculado con la modernidad y la actualización del nuevo derecho penal. El hecho de tener un nuevo código ajustado a las necesidades de una sociedad, no se traduce en una norma respetuosa a la constitución, mucho menos, en ley perfecta, y es motivado en ello que hemos decidido investigar cuáles son los artículos en la parte general del código penal que no se someten a la supremacía de nuestra Constitución.

En base a lo anterior, nos enfrentamos al problema de que si ¿contiene el nuevo Código Penal en la Parte General, artículos que violen disposiciones de nuestra Constitución Política?, para ello, hemos establecido como objetivos el análisis jurídico de la Parte General del código, basándonos en criterios constitucionales para establecer la

existencia de transgresiones a nuestra Constitución Política; identificar los artículos que contravengan garantías y principios rectores de la misma; singularizar el análisis de cada uno de los artículos identificados del nuevo código como inconstitucionales. Existen claros síntomas de que, en nuestro derecho positivo, hay normas que contienen disposiciones de carácter inconstitucional, basándonos en estos hechos nuestra hipótesis es afirmar que el nuevo código penal no es la excepción y contiene artículos en la parte general que violan nuestra Constitución Política.

Para sustentar la hipótesis y dar respuesta al problema planteado, fue necesario realizar un análisis contextual, bajo un modelo jurídico basado en el método analítico – deductivo, no descartando por ello la presencia del analítico – descriptivo. Las fuentes de información provienen de una diversidad de autores juristas e intelectuales en la materia constitucional y penal, que si bien es cierto se encuentran en posturas contradictorias; esto permite dar un margen más amplio a la controversia y poder desarrollar el estudio de nuestro tema con una diversidad de planteamientos.

Al presentar a consideración el presente trabajo, para la obtención del Título de Licenciado en Derecho, que hemos titulado Inconstitucionalidad del Nuevo Código Penal - Parte General, buscamos aportar conocimiento y mayor bibliografía al área de investigaciones jurídico-penal, para que otros estudiantes tengan una guía de datos y estudios previos, así podrán contar con algún soporte para posteriores estudios sobre el tema.

Todos estos aspectos nos han supuesto una motivación y un reto muy importante, al permitirnos profundizar en lo que nuestra formación anterior estaba poco o casi nada sedimentada, como es el nuevo código penal, permitiéndonos además, avanzar en nuestro conocimiento con el desarrollo de este estudio más particularizado, específico y práctico en este campo de conocimiento.

Intentando lograr los objetivos planteados, la investigación se divide en dos capítulos que van de un panorama general a un particular. El primero de los capítulos tiene la finalidad de mostrar a grandes rasgos la supremacía de la Constitución y la relación de esta con el derecho penal. Posteriormente, se describen las garantías fundamentales que consagra la Constitución Política.

El segundo capítulo, el que consideramos el de mayor delicadeza por tratarse del análisis de los trece artículos del código penal, en el que se podrá leer la argumentación de su inconstitucionalidad.

Queremos destacar que nuestro trabajo monográfico está orientado a la inconstitucionalidad de trece artículos identificados como tal, en la parte general de nuestro código penal; en ningún momento, nuestra intención es catalogar los artículos de necesarios o innecesarios en la presente ley, este es un criterio que le corresponde al lector.

Al inicio de la tesis nos acompañaba un espíritu de inseguridad por sugerir en la hipótesis violaciones a la Constitución Política de parte de un código penal moderno que goza de la buena acepción de los conocedores del derecho penal. A lo largo de la misma, fue más fácil continuar con

nuestra postura inicialmente planteada, puesto que con la información ofrecida por distintos estudiosos del derecho, aunados a las inquietudes que constantemente surgían, nos permitieron reiterar el deseo de ofrecer una visión distinta del código penal, y poder desarrollar un tema con suficientes fundamentación jurídica.

CAPÍTULO I.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL.

1.- La Constitución Política como Norma Suprema del Ordenamiento Jurídico.

Para comprender este ente jurídico, habrá que ver desde su significado gramatical, hasta la concepción del mismo, partiendo desde las consideraciones clásicas que distintas escuelas presentaron referente al tema planteado, para así poder concebirlo con la importancia que se le debe.

La palabra Constitución Política, significa forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado y ley fundamental que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos. En cuanto a la supremacía, la Real Academia de la Lengua Española, sostiene que significa preeminencia, superioridad jerárquica.

Ahora bien, la doctrina define la Constitución como el ordenamiento jurídico que proclama los principios políticos, sociales, económicos, culturales y humanos que derivan del ser, del modo de ser y del querer ser de un pueblo en su devenir histórico mismo. En nuestra Constitución Política, está claramente determinado el Principio de la Supremacía Constitucional en el artículo 182 que establece: **“La Constitución es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, ordenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones”**.

En ese sentido, la estructura jerárquica de competencias que determinó Kelsen¹ del orden jurídico en su obra “Teoría pura del derecho”, se refiere a la constitución, como la norma superior, ya que esta regula la producción de otras normas, es decir, normas inferiores. También establece, que el orden jurídico, no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, sino, una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas, en el cual, la Constitución, es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las demás leyes que constituyen un orden jurídico determinado, y que establece un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y la certeza necesaria para la existencia del Estado y del orden jurídico.

Al existir una serie jerárquica de competencias vinculadas siempre al contenido real y teleológico del ordenamiento jurídico, la cúspide de la estructura, está ocupada por la Constitución que regula y determina la suprema competencia del sistema jurídico, llamada también ley fundamental por ser el apoyo, cimiento, el fundamento del edificio social.

La supremacía de la Constitución no solamente responde a ser la expresión de la soberanía, sino que también, está por encima de todas las leyes y todas las autoridades.

Una de las consecuencias importantes de la supremacía de la Constitución, es la necesidad de que las normas jurídicas no se opongan a la carta fundamental. Así resultaría contradictorio que una ley ordinaria, pueda aplicarse violando normas que requieran la concurrencia de condiciones excepcionales para ser modificadas. Si pudieran prevalecer

¹ Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, 2da ed. 1960, p. 198 y SS.

disposiciones legales contraria a la Constitución, la rigidez constitucional no tendría razón de ser. La supremacía de la Constitución está sobre el resto del ordenamiento jurídico, sobre todo si esta es rígida. Si la Constitución instituye al poder legislativo, delimita su competencia y le impone por tanto restricciones; todo acto en el que excede de sus facultades expresas, es jurídicamente nulo y no debe producir efectos jurídicos; pues, con el quebrantamiento de la Constitución se destruiría la base de la propia actividad legislativa, y en el caso de que una ley entre en vigencia y constituyan disposiciones contrarias a la norma suprema, es indispensable recurrir de inconstitucionalidad sobre esa ley, para que no existan transgresiones a derechos inherentes al ser humano.

En la sentencia del 6 de agosto de 1929 la Corte Suprema de Justicia deja clara la supremacía al expresar: ... *“la Constitución es fundamental y soberana, y por consiguiente superior al derecho común y estatutario; los jueces son los guardianes especiales de las disposiciones contenidas en la Constitución que tiene carácter de imperativas, y por lo mismo la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos comparándolos con el texto y espíritu de la constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con esta y rehusar la aplicación de lo que no lo guarde, constituye uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial y una de las mayores garantías consignadas en la Constitución y en las leyes contra los abusos posibles o involuntarios de los poderes públicos...”*²

² Ramos Mendoza, Josefina. Jurisprudencia Constitucional de Nicaragua 1913 – 2000. Tomo III, 1ra ed. Managua. Corte Suprema de Justicia, 2001. pág. 1734.

2.- Consideración General sobre la Incidencia de la Constitución Política en el Código Penal Nicaragüense.

Históricamente el derecho penal, en cuanto a su forma jurídica, ha sido visto sobre todo como un poder material, represivo, expansivo e insaciable, frente al cual la tarea política y jurídica más noble era ponerle límites, es decir, construir y desarrollar principios o postulados capaces de limitar el qué y el cómo castigar, para garantizar así los derechos individuales.

Hoy en día, por el contrario, existe amplio consenso en estimar que un poder del Estado como es el punitivo, debe establecer claramente sus fines, debido a que, ese poder del Estado debe realizarse mediante normas y decisiones jurídicas, ya que, tanto el legislador que las elabora, como el juez que las aplica, están vinculados por las prescripciones de la Constitución.

Por ello, los principios rectores del sistema penal no deben considerarse hoy como meros límites del *ius puniendi*, sino como principios constituyentes del derecho de corregir conductas realmente perjudiciales para la sociedad o, dicho de otro modo, el derecho penal debe ser considerado como derecho penal constitucional, pues, es consustancial al mismo la función de garantía de los valores y derechos que el texto constitucional recoge.

Resulta necesario examinar detenidamente la Constitución para extraer de su tenor literal, los principios generales que consagra, su espíritu y contenido, lo que podría denominarse: esquema penal de la constitución;

es decir, el conjunto de postulados político - jurídico y político - criminal que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal debe tomar sus decisiones, de igual manera, el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar. Importa precisar, que con el término “esquema” queremos referirnos a un conjunto de postulados genéricos con diferentes parámetros para la creación y la aplicación de la ley penal; y no a soluciones concretas para cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo. El legislador es y debe ser libre para resolver a su prudente arbitrio los concretos problemas que se le plantean. La Constitución, representa tan solo ese marco normativo en cuyos principios ha de inspirar sus decisiones.

Pero más allá de ese esquema, los principios generales de la Constitución y los preceptos de la misma configuran un derecho penal constitucional; ya que, en primer lugar, los principios generales que la Constitución consagra, y que tienen relevancia para el sistema penal, son los valores superiores de libertad, igualdad, pluralismo justicia, racionalidad, proporcionalidad, promoción de la libertad, entre otros.

En segundo lugar, en el texto constitucional se cuentan preceptos sobre mandatos y prohibiciones que afectan directamente al derecho penal, fundamentalmente los artículos que proscriben la tortura como pena, tratos inhumanos, degradantes y se elimina la pena capital; consagra las garantías de la libertad personal frente a la privación de la libertad; el catálogo de garantías que integra el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, con expresa consagración de la presunción de inocencia; la proclamación del principio de legalidad y de irretroactividad en

materia sancionatoria siempre que favorezca al reo; así como también el principio de resocialización.

En tercer lugar, constituyen también parte del derecho penal constitucional, aquellos preceptos que consagran derechos fundamentales y que, por lo tanto, delimitan el *ius puniendi*, tanto en lo que al poder legislativo se refiere como al poder judicial, siendo este último la instancia a la que se le confía la ejecución de las leyes penales. Ese catálogo de derechos fundamentales, constituye el núcleo específico de fundamentación del ordenamiento de bienes jurídicos del sistema penal, con efectos de legitimación y límite de la intervención penal y, a su vez, delimita el ámbito de lo punible en las conductas delictivas típicas cuya realización puede venir basada en el ejercicio de tales derechos. Estos derechos son, particularmente, los relativos a la igualdad, la vida, integridad física, libertad ideológica y religiosa, libertad personal, honor, a la intimidad y libertad de expresión.

La cláusula general de cierre del contenido del derecho penal constitucional, la constituye el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo ordenamiento penal vigente, principio que es expresión del supremo rango normativo de la Constitución Política.

3.- Garantías Fundamentales de la Constitución Política³.

Los derechos constitucionales (denominados también derechos fundamentales y garantías individuales), son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político y que nuestra Constitución protege, estos se encuentran especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del ordenamiento jurídico disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías (de tutela y reforma).

Es conocido el planteamiento filosófico-antropológico de que donde nace una necesidad surge un derecho; éste planteamiento tan lógico aparece por primera vez en obras como "La República" del filósofo Platón.

Hemos podido identificar en la Constitución Política de Nicaragua los siguientes derechos y garantías:

I.- *La vida es Inviolable e Inherente a la persona humana.*

Este reconocimiento tiene una doble operatividad. Por un lado reserva al individuo frente al Estado, el primero y más elemental de los derechos, el de la vida. Conforme a ello vulneraría el derecho fundamental cualquier acción del Estado tendiente a privar a un ciudadano de la vida o a ponerla en peligro. En Nicaragua ello se lleva a sus últimas consecuencias, con la abolición completa de la pena de muerte.

³ Castillo Masís, Ignacio y otros. Comentarios a la Constitución Política. Parte Dogmática 1994. Managua, Nicaragua. Pág. 147 – 303.

Por otro lado, establece una obligación positiva del Estado: la de intervenir en los mecanismos adecuados para proteger la vida de los ciudadanos, lo que vincula este derecho con los derechos sociales, especialmente el derecho a la salud, habitar en un ambiente saludable y a la protección contra el hambre.

II.- Derecho: A la libertad individual; a su seguridad; al reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica.

1. Derecho a la libertad individual.

La palabra, sin embargo, no es unívoca y admite, al menos, las tres siguientes acepciones:

Libertad como libre determinación. En este sentido se define en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos". Se trataría, en esta acepción, de la libertad como principio general que, en la Constitución, viene recogido en el art. 32 Cn ("Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe").

Libertad como condición del hombre no sujeto a ningún otro por vínculos de servidumbre o esclavitud. La Carta Magna recoge expresamente la prohibición de servidumbre, esclavitud y cualquier clase de trata en el art. 40 Cn. y por último, libertad física o deambulatoria, como opuesta a detención o prisión.

2. El derecho a la seguridad.

Seguridad admite dos acepciones básicas. Como seguridad jurídica, que se configuraría el derecho de los ciudadanos a la certeza en sus relaciones jurídicas especialmente en sus relaciones con el poder. Este sentido está íntimamente relacionado con el principio de legalidad en materia penal (arto. 34 Cn, Inciso 10) y con la prohibición de retroactividad (arto. 38 Cn).

Como seguridad material de las personas y bienes, que sería el derecho de los ciudadanos a exigir que la sociedad reconozca sus derechos y los proteja de forma adecuada.

3. Reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídica.

Con el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica se completa el marco de la libertad individual, al proscribir la posibilidad de que puedan existir personas privadas de la capacidad jurídica, esto es de la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Todos los ciudadanos independientemente de su edad o sus circunstancias personales, son *sui iuris*. Se relaciona así este reconocimiento con la prohibición de servidumbre o esclavitud (arto. 40 Cn); y también con el rechazo a cualquier concepción patrimonialista de la familia, en la que uno sólo de sus miembros es el único capaz de adquirir derechos y otro las obligaciones, no hay un único centro de imputación de relaciones jurídicas.

El reconocimiento de la capacidad jurídica para todas las personas no implica, sin embargo, que todas ellas tengan capacidad de obrar, esto es aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, la cual puede estar condicionada a que la persona alcance determinada edad (arto. 47

Cn) o limitada por una enfermedad o condición física o psíquica que impida a la persona gobernarse por sí misma.

III.- Derecho a la vida privada y a la de su familia. A la inviolabilidad de domicilio, correspondencia y comunicaciones. Al respeto de la honra y reputación.

La garantía del ámbito de privacidad se desarrolla a través de una declaración general de derecho a la vida privada y familiar, una protección del espacio físico en que se desarrolla, de su comunicación privada con otras personas y finalmente la garantía del respeto a uno de los bienes jurídicos íntimos más preciados por la persona, como es su honor y reputación.

El domicilio sólo puede ser allanado por orden escrita de juez competente o de autoridad expresamente facultada para ello, para impedir la comisión de un delito y para evitar daños a las personas o bienes, de acuerdo al procedimiento que prescriba la ley.

La ley fija los casos y procedimientos para el examen de documentos privados, libros contables y sus anexos cuando sea indispensable para esclarecer asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia o por motivos fiscales. Las cartas, documentos y demás papeles privados sustraídos ilegalmente no producen efecto alguno en juicio o fuera de él.

Con el reconocimiento del derecho al respeto de la honra y reputación se protege uno de los bienes más íntimos de la personalidad, como es el concepto en que uno mismo se tiene y en el que le tienen los demás.

IV.-Igualdad ante la ley. No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social.

Una vez establecida la ley, el principio de igualdad obliga a que sea aplicada efectivamente de un modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación.

La Constitución de Nicaragua garantiza la libertad individual y la igualdad ante la ley, prohibiendo expresamente la existencia de "...clase privilegiada...", "...privilegios personales..." o "...privilegio por razón de nacimiento, condición social, raza, ni por otra causa que no sean la capacidad o la virtud"

Como un refuerzo al principio de igualdad y con la finalidad de conceder una protección más enérgica frente a aquellas desigualdades que se estiman especialmente odiosas, e históricamente más enraizadas, la constitución contiene una prohibición expresa de que, tanto el legislador como el juez que la aplica, puedan tomar como criterio de distinción determinadas características o condiciones de la persona que enumera de modo específico. El efecto más específico de esta prohibición, es la introducción en el sistema jurídico de una presunción de desigualdad; de modo, que cuando en una ley, o en la aplicación ejecutiva o judicial de ella, o incluso en las relaciones privadas, especialmente en el trabajo o en el disfrute de los espacios o servicios públicos, se diferencie a las personas en base a alguno de los criterios señalados en la constitución, se presumirá vulnerado el principio de igualdad.

V.- Los nicaragüenses en el extranjero gozan del amparo y protección del Estado por medio de las representaciones diplomáticas del país.

El precepto tiene el significado básico de recordar que las representaciones diplomáticas, además de su función de representación del Estado, tienen como misión el amparo y protección de los nacionales que se encuentran temporalmente en el extranjero, lo cual se eleva a derecho constitucional, y como tal exigible, y no a una norma doméstica de organización del servicio exterior.

VI.- Libertad de conciencia, de pensamiento y de profesar o no una religión.

Desde el plano individual, la libertad religiosa se inscribe en el ámbito del derecho a la privacidad, se manifiesta, de modo primario, en el derecho de profesar libremente la religión que haya elegido, sin injerencias estatales, sin sufrir por ello discriminación o perjuicio alguno, también, trascendiendo a la mera privacidad, en el derecho a profesarla públicamente, tomar parte, asistir a sus ritos, ceremonias, observar sus preceptos, recibir instrucción y asistencia de un ministro de su confesión. Pero, la libertad religiosa, también incluye el derecho a no profesar religión alguna, a abandonar la religión que se profesaba, a cambiar de religión, sin que tampoco de ello se derive perjuicio ni discriminación, mucho menos, injerencias que provengan del Estado, o provengan de las mismas iglesias y confesiones religiosas, pues, también frente a éstas es ejercitable.

Complemento necesario de esta dimensión individual y del respeto a la privacidad en materia religiosa, es la prohibición de toda obligación de

declarar el credo, ideología o creencia, lo que también es un apoyo constitucional más, frente a la posibilidad de creación de archivos o bancos de datos, tanto en manos oficiales como privadas, en los que se clasifiquen datos personales relativos a la ideología, fe o creencias de la persona.

VII.- Derecho a expresar libremente su pensamiento en público o en privado, individual o colectivamente, y en todas sus formas.

La libertad de expresión, nace en íntima relación con la libertad de conciencia, reconocida en el arto 29 Cn. Concebida inicialmente esta última como un espacio de privacidad inmune al poder público, se va a afirmar con posterioridad su dimensión externa como libertad de expresar públicamente lo que se piensa con libertad. Pero la consolidación definitiva, en la forma en que hoy la conocemos viene dada por su relación con el emergente derecho a la participación en los asuntos públicos, que ha de sustentarse en la libertad del ejercicio de la crítica política y de la emisión de propuestas e ideas sobre el ejercicio del poder.

VIII.- Derecho a circular y fijar residencia en cualquier parte del territorio nacional; a entrar y salir libremente del país.

Las libertades de circulación y de residencia, reconocidas en este artículo, tienen un origen histórico vinculado a dos principios básicos: el de libertad personal, que se afirma frente a los confinamientos o adscripciones a un territorio determinado y el principio de residencia dentro del territorio nacional.

La Constitución reconoce ambas libertades, tanto en su aspecto interno -circulación y residencia dentro del país- como externo -entrada y salida- sin que, ni en uno ni en otro caso, exista la posibilidad que tales libertades queden sujetas a limitación de ningún tipo.

IX.- Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe.

La fórmula empleada, hoy ya clásica, modifica profundamente la frase de Montesquieu en la que tiene su origen remoto. Para el ilustrado francés, "La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten". Afirmada, por el contrario, la libertad como derecho originario e inherente al hombre, no es el legislador el que ha de "permitir" sus posibilidades de actuación. Estas son, en principio, ilimitadas. La posición del legislador es, entonces, la contraria: frente a la libertad podrá, en todo caso, imponer límites, que manden a la persona a comportarse de determinada manera de que le prohíban alguna conducta en particular. Por ello, la definición contemporánea invierte los términos de Montesquieu: "*La libertad es - ahora - el derecho de hacer todo lo que las leyes no prohíben*".

X.- Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria, ni ser privado de su libertad.

La constitución, nos garantiza que toda detención debe efectuarse en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente. Se exceptúa, el caso del delincuente sorprendido in fraganti. Debe ser informado de forma detallada, de las causas de su detención, de la acusación formulada en su contra y de informar a su familia o a quien estime conveniente.

Respecto al término para que el detenido sea puesto a la orden de autoridad competente, la Constitución de 1838 es la única del siglo pasado que aborda el tema, estableciendo dicho término en 72 horas. Por su parte, los textos constitucionales de 1939, 1948, 1950 y 1974 establecen dicho término en 24 horas. Con las reformas a la constitución de 1995 se estableció que el investigado debe de ser puesto en libertad o a la orden de autoridad competente dentro de 48 horas posteriores a su detención.

Se establece la responsabilidad civil y penal de la autoridad que ordene o ejecute detención ilegal.

XI.- Garantías mínimas del procesado.

El que se encuentra sujeto a un proceso tiene derecho, a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme la ley. A ser juzgado, sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley, a no ser sustraído de juez competente, excepto los casos previstos en esta constitución y las leyes. A que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados para

su defensa. A que se le nombre defensor de oficio cuando en la primera intervención no hubiera designado defensor; o cuando no fuere habido, previo llamamiento por edicto. El procesado tiene derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor, a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal. A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable. A que se le dicte sentencia absolutoria o condenatoria dentro de los términos legales, en cada una de las instancias correspondientes. A recurrir ante un tribunal superior a fin de que su caso sea revisado cuando hubiese sido condenado por cualquier delito; y no ser procesado nuevamente por el delito por el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme, a no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en el código penal de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. El proceso penal debe ser público, pero en caso de excepción la prensa y el público en general podrá ser excluido por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional.

La Constitución atribuye los derechos que especifica en los distintos numerales del arto 34 Cn. al "procesado". Ello, plantea la cuestión, de si la titularidad para ejercerlos sólo comienza cuando, tras un acto formal de inculpación, se adquiere tal condición procesal o si, por el contrario, hemos de atender a la situación material de aquella persona a la que; aún sin estar formalmente procesado, se le imputa un acto punible. La respuesta está, a nuestro juicio, en el numeral 4 del mismo artículo, por el cual se garantiza la

intervención y defensa del procesado "desde el inicio del proceso", o sea, desde un momento en el que aún no es posible que exista una imputación formal. También podrá el legislador utilizar los llamados sustitutos penales, esto es permitir, en determinados supuestos, que el tribunal, en vez de imponer la pena, opte por una solución distinta, teniendo en cuenta el objetivo fundamental de la reintegración social del condenado, señalada en el art 39 Cn como objetivo fundamental del sistema penitenciario, y del carácter reeducativo que ha de tener la pena.

XII.- Administración de Justicia Penal Especializada.

Los menores no pueden ser sujetos ni objeto de juzgamiento, ni sometidos a procedimiento judicial alguno. Los menores transgresores no pueden ser conducidos a los centros de readaptación penal común y serán atendidos en centros bajo la responsabilidad del organismo especializado. El texto del artículo 35 Cn. afronta, el problema de los menores que cometen hechos que el código define como delitos sobre la base de una total exclusión del sistema penal y penitenciario, estableciendo como alternativa la atención en centros especializados, cuya creación, organización, funciones y orientación se encomienda a lo que determine la ley.

Las personas, para efectos penales, son inimputables si son menores de 13 años según el art 95 párrafo in fine del Código de la Niñez y Adolescencia; además, se considera la minoría de los 21 años de edad como una atenuante de la responsabilidad penal, a favor de aquellos que, teniendo menos de 21 años de edad, incurrieran en una infracción de la ley penal.

XIII.- Respeto de la integridad física, psíquica y moral de todas las personas.

El derecho a la integridad física no se protege sólo frente al Estado, sino frente a todos, cualquiera que sea su condición, pública o privada.

Al igual que el derecho a la vida, que obliga al Estado tanto a respetar la vida, no privando de ella, como a protegerla legal y materialmente, también el derecho a la integridad física lleva consigo una doble obligación estatal: de respeto, no infringiendo malos tratos o atentando de otro modo a la integridad de las personas; y de protección, tanto material como legal, estableciendo, en este último punto una legislación adecuada que ampare a quien sufre malos tratos o ataques a su integridad por parte de otros y sancione al que los causa.

El propio texto constitucional precisa que la violación de este derecho, o sea, el derecho a la integridad física, psíquica o moral constituye delito, será penado por la ley. De este modo, una legislación que privara de protección al maltratado con la excusa, por ejemplo, de que el maltrato se ha producido dentro del ámbito familiar, vulneraría este precepto de la constitución, así mismo, el arto 27 Cn, garantiza la igualdad y proscribela discriminación, el arto 73 Cn, en cuanto establece que las relaciones familiares han de descansar en el respeto, la solidaridad, la igualdad absoluta de derechos y responsabilidades entre el hombre y la mujer.

La prohibición de la tortura como instrumento procesal. La tortura a que se refiere el artículo 36 Cn no sólo es la física sino también la psíquica o la moral, o sea, aquélla que, sin "tocar" a la víctima, la lleve a declarar contra ella empleando métodos que le agredan psíquicamente (ruidos

insuportables, privación de sueño o descanso, "lavado de cerebro"), o cualquier otra clase de amenaza o coacción.

Junto a la tortura propiamente dicha, que es aquel tratamiento a través del cual se persigue que el reo preste una declaración a la que no está dispuesto de modo voluntario, el precepto constitucional se refiere también a "procedimientos" crueles, inhumanos o degradantes, entre los cuales están comprendidas las violencias contra el imputado con una finalidad distinta.

Se prohíben penas crueles, inhumanas o degradantes ó, en general, incompatibles con la dignidad humana. Merecerán este calificativo no sólo las penas de mutilación, azotes u otras similares, sino también la privación de libertad en condiciones inhumanas u otras privaciones de derechos. Complemento de este es la limitación de la duración máxima de las penas que no puede ser mayor de treinta años a como se refleja en el artº 31 Cn.

XIV.- La pena no trasciende de la persona condenada.

En el precepto constitucional recogido en el artículo 37 se establecen dos principios: el de personalidad de la pena y la limitación de su duración máxima.

El principio de personalidad de la pena constituye una reacción frente a las arcaicas penas que extendían sus efectos a la familia del condenado, incluso por varias generaciones. Constituye, uno de los ejes del derecho penal moderno, junto con el derecho penal del hecho (sólo se podrá sancionar a una persona por una acción u omisión tipificadas como

punibles), el principio según el cual la pena ha de fundarse en la culpabilidad, de modo que puede imponerse pena a otro sujeto participe si hay, dolo, culpa, pena que exceda del grado de culpabilidad del primer sujeto, y el principio de legalidad, reconocido en el art 34, inciso 10 Cn., como consecuencia, respondiendo la pena, a la culpabilidad del sujeto no pudiendo trascender a los no culpables.

XV.- Irretroactividad de la Ley en materia Penal.

La irretroactividad es, pues, el complemento necesario del principio de legalidad. Sorprende, sin embargo, la prohibición absoluta de retroactividad que se establece, con la única excepción de las leyes penales en cuanto favorezcan al reo.

No cabe duda, que la retroactividad absoluta, esto es aquella que predicase que la nueva ley sólo afecta a las situaciones jurídicas nacidas con posterioridad a su promulgación, supondría una congelación inaceptable de las relaciones jurídicas, ya que los cambios legislativos sólo producirían sus efectos años o incluso generaciones después. Por otra parte, a nadie se le ocurriría sostener que una ley abolicionista de la esclavitud no afectase a quienes estuvieran en esa situación, o que la ley que reconociese derecho a determinadas prestaciones de seguridad social no pudiera aplicarse a los ya afiliados.

Por eso, la prohibición de retroactividad despliega toda su efectividad en lo relativo a leyes sancionadoras o restrictivas de derechos, esto es aquellas que impongan consecuencias desfavorables a situaciones anterio-

res o las que desconozcan derechos ya incorporados a la esfera jurídica del individuo.

La retroactividad de la ley penal más favorable plantea, pese a su aparente sencillez, agudos problemas interpretativos. En principio, la solución es fácil cuando la conducta queda despenalizada por la ley posterior, o cuando la nueva ley, señala una pena de la misma naturaleza pero de menor duración. El problema surge cuando las penas son de distinta naturaleza (una privativa de libertad, o pecuniaria y otra privativa de derechos), o cuando la nueva ley contiene elementos beneficiosos y otros perjudiciales (por ejemplo: reduce la duración de la pena pero también los beneficios penitenciarios).

XVI.- Sistema penitenciario humanitario; las penas tienen un carácter reeducativos para la transformación y reintegración del interno a la sociedad.

En el texto definitivo del artº 39 Cn. se sientan los principios básicos del sistema penitenciario nicaragüense y también se determina la finalidad de la pena. En un corolario de la Suprema exigencia constitucional de respetar la naturaleza racional de la personalidad humana la constitución tiene por fin salvaguardar la dignidad y los derechos de las personas privadas de libertad por sentencia de juez competente. Por ello, una pena que en su enunciación conceptual o en su ejecución no respete la dignidad física o moral de la persona, sería contraria a la norma suprema. Así por ejemplo los azotes, la mutilación, la castración, el tratamiento carcelario cruel, y la segregación celular permanente.

Esta garantía, no supone coartar la función penitenciaria como si fuese obligatoria, una mitigación gradual de la ejecución penal, tendiente a hacer desaparecer toda diferencia entre la vida dentro y fuera del sistema penitenciario, tal y como lo pretenden algunos humanistas de las penas, lo que supondría no adoptar modalidades de ejecución que obstaculicen o impidan el proceso de arrepentimiento del condenado. Se busca dar un trato digno al mismo.

XVII.- No hay cárcel por deuda.

La limitación responde al principio general de libertad y a la concepción general del Derecho Penal en una sociedad democrática que de él se deriva. El poder punitivo del Estado, ha de estar sometido a los principios de subsidiariedad y de intervención mínima, de modo que no todo incumplimiento puede desencadenar una respuesta penal. Este principio, no limita los mandatos de autoridad judicial competente por incumplimiento de deberes alimentarios. Es deber de cualquier ciudadano nacional o extranjero pagar lo que adeuda.

La pena, que es la reacción más enérgica con que cuenta el ordenamiento jurídico y a través de la cual puede afectarse muy gravemente la libertad de las personas, ha de reservarse para la protección de los bienes jurídicos más importantes, de modo que sólo resulta adecuada como reacción frente a aquellos ataques muy graves que lleven consigo la lesión o la puesta en peligro de los bienes jurídicos merecedores de tal protección, especialmente aquéllos que aseguran las condiciones de ejercicio de la

vida, la libertad de las personas y de la convivencia social, siempre que necesiten ser protegidos de este modo.

XVIII.- *Garantía del derecho de asilo a los perseguidos por luchar en pro de la democracia, la paz, la justicia y los derechos humanos.*

Se reconoce en este precepto, tal como ha quedado finalmente redactado el derecho de asilo. La institución del asilo tiene gran arraigo en América Latina, quizás debido a las circunstancias especiales de inestabilidad política que ha conocido a lo largo de su historia, de modo que ya se estatuyó en el Tratado de Montevideo de 1889. Se trata, con él, de modo primario, de ofrecer un refugio seguro en el territorio del Estado a quienes son perseguidos en otros Estados.

XIX.- *Los nicaragüenses no podrán ser objeto de extradición del territorio nacional.*

La extradición es la entrega de una persona por parte de las autoridades de un Estado a las de otro, que la reclama por estar acusada de un delito, con la finalidad de juzgarle, o por haber sido ya juzgado y condenada por la comisión de un delito.

La extradición es prohibida por imperativo constitucional, protegiendo a los extranjeros perseguidos por delitos políticos o comunes conexos y remitiendo la calificación de éstos a la ley y a los tratados.

En cuanto a la entrega de los nacionales, se establece que el Estado "...no está obligado..." o "...no podrá..." hacerlo, pero deberá juzgarlo por el delito común cometido.

XX.- Derecho a la propiedad privada.

Lo más destacable de la formulación nicaragüense, es que el texto no sólo reconoce la propiedad privada, según formulación clásica, sino que da un paso más en el sentido de transformación social: se reconoce el derecho a una propiedad mínima en medida suficiente para garantizar el desarrollo integral.

Este reconocimiento de un derecho a una propiedad mínima, absolutamente original -aunque encuentre sus raíces en el derecho a un nivel de vida adecuado recogido en la Declaración Universal de la Organización de Naciones Unidas- tiene un doble efecto: el primero, el de constituir un programa de política económica y legislativa, tiende a conseguir que todos los nicaragüenses puedan llegar a tener los bienes necesarios y esenciales para su desarrollo integral.

XXI.- Recurso de Exhibición Personal o de Amparo.

Es precisamente, la posibilidad de invocar los derechos constitucionales ante los Tribunales de Justicia lo que dota de eficacia jurídica directa a la norma fundamental. Pero, además de esta protección judicial ordinaria, la Constitución ofrece dos mecanismos adicionales de protección, retomando la tradición nacional iniciada en la Constitución liberal

de 1893: el Recurso de Exhibición Personal o - *Habeas Corpus* - y el Recurso de Amparo, y es en situaciones de emergencia donde corren mayor riesgo los derechos constitucionales, especialmente la libertad personal. El recurso de exhibición personal, es de fundamental importancia, el cual, puede constituir una garantía eficaz contra desapariciones y otras prácticas aberrantes que, con notable frecuencia se han producido en América Latina.

XXII.- Protección Estatal y reconocimiento de los derechos, inherentes a la persona humana. Del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos.

El precepto comienza con una declaración general de protección estatal para toda persona, reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana e irrestricto respeto promoción y protección de los derechos humanos.

Se convierte así, el artículo 46 Cn en la cláusula general de cierre de todo el sistema de reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales y las libertades públicas, a las que se les dota de una coherencia sistemática. La importancia de esta declaración general no radica tanto en que añada derechos concretos que no estén ya reconocidos en otros artículos, como en encuadrar todo el sistema de protección de los derechos de las personas en un marco general que les va a conferir un sentido globalizado, de modo que todos y cada uno de los diferentes reconocimientos de derechos han de interpretarse teniendo en cuenta su mutua interrelación.

4.- La Posición Preferencial de los Derechos Fundamentales en la Función del Control Constitucional.

La Constitución, no puede ser considerada solamente como la suma de ciertas garantías jurídicas y disposiciones institucionales, sino que también hay que considerarla como una unidad, como un sistema de valores determinados, y muy especialmente como norma garantizadora de los derechos fundamentales, que han de jugar un papel especial como "criterio de referencia" (o parámetro) a la hora de enjuiciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas: son en concreto, *"el punto de referencia más importante"* para el control de la constitucionalidad.

El motivo que subyace a esta hipervaloración en Europa de las normas constitucionales ius fundamentales como criterio del enjuiciamiento material de las normas constitucionales es la recepción del modelo norteamericano de Constitución. Esta concepción, no es otra que la de la Constitución como una verdadera norma, no un simple programa, además, no se limita a establecer reglas procedimentales de juego, sino, lejos de ello, junto a esas reglas de mero procedimiento, realiza una regulación material por la que se trata de garantizar a todos los ciudadanos un ámbito básico de libertad, constituido por los derechos fundamentales, que se conciben como núcleo de la constitución y además, por ello mismo, no se les concibe solo como derechos subjetivos, sino también como principios objetivos del ordenamiento constitucional.

Esto lleva, entre otras muchas consecuencias, a que la protección o tutela de esos derechos fundamentales constituya el eje central sobre el que gire toda la jurisdicción constitucional, no ya solo a través de mecanismos

específicos de tutela de esos derechos (como pueda ser el de amparo), sino también y esto es lo que ahora importa por medio del control normativo (concreto y abstracto) de la constitucionalidad.

En efecto, los derechos fundamentales han de ser, en los procesos de control constitucional, el criterio fundamental de referencia a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, y ello no solo en términos cuantitativos, como, efectiva e inevitablemente, ocurre en todos los países con Tribunal Constitucional, sino también, y sobre todo, en términos cualitativos. Por expresarlo en términos de la jurisprudencia norteamericana: cuando, al enjuiciar la conformidad de una determinada ley a la Constitución, el Juicio de contraste se hace entre dicha ley y la constitución referida a un derecho fundamental, la ley, en tal caso, “tiene que estar sujeta a la modalidad más rigurosa de control de la constitución, es decir, al que hace que la normal presunción de constitucionalidad de las leyes⁴ tenga en este ámbito un juego mucho más limitado o, más exactamente, llegue a producirse una inversión de esa presunción, de manera tal que la ley solo será constitucional cuando se demuestre que la medida restrictiva

⁴ Dice Aubert que lo que permite hablar de presunción de constitucionalidad en los sistemas jurídicos angloamericanos y semejantes, es el hecho de que "las condiciones de la constitucionalidad de una ley [restrictiva de los derechos fundamentales], a saber, la legalidad de sus fines, la proporcionalidad de sus medios, la pertinencia de sus criterios, son tratados como puntos de hecho, mientras que en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental se ha considerado que las condiciones de la constitucionalidad de la ley son puntos de derecho, que no son objeto de presunciones, de pruebas, sino que el juez debe establecerlo de oficio. Aubert, Jean Francois, "Limitation des droits de l'homme: le role respectif du legislatureurs et des tribunaux", en Armand de Mestral (ed.), *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Quebec, Yron Blais, 1986, p. 213.

del derecho fundamental, es la alternativa menos restrictiva posible para evitar un "peligro claro e inminente".

También el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en una conocida sentencia, al referirse al control de los pronósticos del legislador (apreciación de datos no jurídicos en general, ya sean de carácter físico, económico o social: la evaluación de un riesgo para un bien o valor constitucional, por ejemplo), distingue entre un "control de evidencia", un "control de admisibilidad" y un "control material intensificado", haciéndose así depender la "prerrogativa de evaluación del legislador", y con ello la competencia de control del Tribunal, entre otras cosas, de la "importancia de los bienes jurídicos que están en juego". Esta solución ha sido aplaudida por la doctrina, subrayándose que esa es, efectivamente, la dirección a seguir para resolver el problema del alcance o ámbito del control constitucional, solución que ha de ser, necesariamente, una solución diferenciada".

De la posición preferencial o "mayor valor", de los derechos fundamentales ha de resultar, asimismo, no solo la inconstitucionalidad de todos aquellos actos del poder, cualquiera que sea su naturaleza y rango, que los lesionen, lo que resulta obvio, "sino también la necesidad de interpretar la Ley en la forma más favorable a la maximalización de su contenido", de forma que en caso de duda prevalezca siempre la interpretación que dote de mayor viabilidad y vigor al derecho fundamental (*principio pro libertatis*). Este criterio es importante para cualquier juez o tribunal, pero particularmente lo es para el órgano constitucional, en lo que al control normativo se refiere, dado que dicho órgano está en esos casos, llamado ineludiblemente no solo a determinar si una ley es o no

constitucional, sino también a actuar como "intérprete supremo de la constitución"⁵.

El criterio puede tener una especial relevancia en relación a las normas penales llevando justamente a una interpretación restrictiva de las restricciones,-valga la redundancia.-

Ahora bien, el principio *favor libertatis* presupone la existencia de alguna *res dubia*, esto es, de alguna variante en la interpretación de los preceptos legales, pues de lo contrario no se estaría protegiendo el derecho constitucional, sino confiriendo a las leyes un sentido y un alcance que las propias leyes no consienten. Este principio hermenéutico del *favor libertatis* es, como tal, no un simple dogma o teoría, sino un principio que ha encontrado en la jurisprudencia constitucional de los diversos países muchas implicaciones prácticas, por más que haya recibido ciertas críticas de algún sector doctrinal.

⁵ La ley española así lo proclama expresamente en su mismo frontispicio. Pero, nadie lo discute en ningún país donde funciona regularmente un Tribunal Constitucional. Ese carácter de intérprete supremo de la Constitución es patente en México: ante todo por las competencias que en esta materia le atribuye la Constitución, Pero también por lo que establece, con toda claridad, LR105 en su artículo 43. (Legislación Mexicana).

5.- Principios Constitucionales en la Determinación Legal del Marco Penal.

La búsqueda de un sistema que permita al juez imponer la pena justa al responsable de un delito ha sido, una constante en la ciencia del derecho penal. Por ello, la doctrina se ha ocupado intensamente de analizar los criterios con los que el juez debe determinar la pena exacta a imponer y el margen de arbitrio judicial que debe concedérsele para ello (la llamada individualización judicial de la pena). Pero presupuesto indispensable para que la individualización de la pena pueda llevar a una pena justa, es la previa fijación por el legislador del marco de pena que corresponde a cada delito (el llamado marco legal abstracto o genérico). A la fase de determinación legal de la pena no se ha dedicado, tanta atención en la doctrina jurídica, tal vez por el hecho de que se entendía que se trataba de una cuestión de política criminal. Al fin y al cabo el marco penal genérico representa “la cantidad de pena que el Estado considera lícito y necesario atribuir a la comisión de la conducta descrita, es decir, como decisión político-criminal en la que se refleja la gravedad que se atribuye a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de que se trate en un momento histórico determinado.”

Sin embargo, en un Estado de Derecho, la labor legislativa en este ámbito también está sometida a principios jurídicos de naturaleza constitucional. Es cierto que en esta tarea de fijación de los marcos penales, el legislador tiene un amplio margen de libertad, libertad que deriva de su legitimidad democrática. Al legislador corresponde seleccionar los bienes jurídicos que merecen protección penal dentro de un determinado modelo de convivencia social y fijar las sanciones penales necesarias para

preservar dicho modelo. A él le corresponde establecer las penas, atendiendo a los distintos fines legítimos que aquéllas pueden cumplir. No sólo al fin directo y esencial de protección al que responde la norma sino también a otros fines legítimos de la pena como son la intimidación, la consolidación de las convicciones éticas generalizadas, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento jurídico, resocialización, etc.

El legislador penal no es absolutamente libre en la fijación del marco penal. Nicaragua es un Estado de Derecho; esto implica, que existen ciertos principios constitucionales que vinculan al legislador a la hora de fijar la pena de un delito y que limitan su arbitrio. No se trata sólo de principios rectores de la política criminal, sino de auténticos mandatos constitucionales de obligado respeto por el legislador penal, pertenecientes a lo que se denomina derecho penal constitucional. El análisis de cuáles son esos principios y cómo deben operar en la decisión legislativa sobre los marcos penales, ha sido un tema que ha ocupado a la doctrina alemana y a la española en las últimas décadas y sobre el que existe ya relevante jurisprudencia constitucional, tanto del Tribunal Constitucional español como del alemán y el código penal de Nicaragua no escapa a la influencia de estas doctrinas.

Esencialmente esos principios son tres: 1) el principio de legalidad penal, 2) el principio de dignidad humana y 3) el principio de proporcionalidad. Los dos primeros cuentan ya con una larga tradición como principios propios de un Estado de Derecho, mientras que el último, el principio de proporcionalidad, es de más reciente configuración como criterio limitador del *ius puniendi* del Estado.

I.- El principio de legalidad penal.

El principio de legalidad, expresamente reconocido en la mayoría de las Constituciones europeas constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho: *nullum crimen nulla pena sine previa lege penale*. Este principio garantiza el derecho a saber qué es lo que está prohibido (qué conductas constituyen delito) y qué consecuencias tendrá (forma y características de la reacción penal) la realización de la conducta prohibida. Se exige, por tanto, no sólo que las conductas delictivas estén descritas previamente en la ley con suficiente precisión o determinación (la llamada “garantía criminal”), sino también que las penas de los delitos estén previstas en la ley y sean determinadas (la llamada “garantía penal”).

La necesidad de que las penas sean determinadas no significa, que el legislador deba fijar a priori y en cada caso la pena que corresponde a cada delito, ocupándose de sus más mínimos detalles y circunstancias, de modo que el juez no tenga más que aplicar automáticamente la pena correspondiente. Hoy se reconoce como imprescindible dar al juez un margen de apreciación para determinar la pena adecuada a las circunstancias del hecho cometido y de su autor. De hecho, sólo de forma excepcional prescribe la propia ley una pena absolutamente individualizada. En la generalidad de los casos, el legislador pone a disposición del juez un marco penal más o menos amplio, dentro del cual el juez debe individualizar la pena. Pero el principio de legalidad penal impide que se llegue al extremo de dejar la determinación de la pena totalmente al arbitrio judicial. Así, como advierte Claus Roxin, sería inconstitucional y nulo un precepto penal que se formulara del siguiente modo: “el que dañe una cosa ajena será castigado”, ya que quedaría sin determinar legalmente qué pena y en qué cuantía se

puede imponer. Tampoco sería admisible un marco penal que comprenda desde la pena de multa mínima hasta la pena de prisión perpetua. La doctrina exige en general, como mínimo, una fijación de la clase de pena.

La exigencia de determinación de la pena no impide que el legislador pueda prever penas alternativas para un delito, por ejemplo, que junto a la pena de prisión se contemple como alternativa una pena de multa, dejando que sea el juez o tribunal, el que elija la naturaleza de la pena más apropiada al caso pero siempre ajustada la resolución a derecho. Ello ocurre en muchas figuras delictivas de nuestro código penal.

II.- El principio de humanidad de las penas.

Con el principio de humanidad de las penas se pretenden excluir del sistema penal aquellas sanciones que por su contenido resulten especialmente crueles o denigrantes para el sometido a ellas, más allá del sufrimiento que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena. En nuestra Constitución, este principio está expresamente reconocido en el art. 36 “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie será sometido a torturas, procedimientos, penas, ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes. La violación a este derecho constituye delito y será penado por la ley.

Este principio tiene especial peso en la fase de ejecución pero también tiene trascendencia en la fase de determinación legal de las penas. Así, la prohibición de penas inhumanas o degradantes implica que el legislador penal no puede conminar ningún delito, por grave que se considere, con una pena incoizadora de carácter definitivo, es decir, destinada a destruir

física o moralmente al sometido a ellas como la pena de muerte, penas corporales por ejemplo, mutilaciones de partes del cuerpo o la cadena perpetua sin posibilidad alguna de reinserción social.

También el recurso por el legislador a penas cortas de prisión (las de duración inferior a seis meses) se entiende poco respetuoso con el principio de humanidad de las penas o la dignidad de la persona, pues está demostrado que en la mayoría de los casos estas penas causan más daño que beneficio.

Unido a este principio de humanidad de las penas aparece el principio de proporcionalidad ya que sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho cometido es humana y respetuosa con la dignidad de la persona. Pero el principio de proporcionalidad de las penas aparece unido también a otros principios constitucionales, y tiene una autonomía propia. De hecho, es el principio de mayor relevancia en el ámbito de la determinación legal de la pena.

III.- El principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad exige que exista proporción entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito; que las penas sean proporcionadas a la entidad del delito cometido. Esa proporcionalidad debe darse tanto en abstracto como en concreto, es decir, tanto en la relación entre la gravedad del delito y la pena con la que de forma general se conmina en la ley (proporcionalidad abstracta) como en la relación entre la pena exacta impuesta al autor y la gravedad del hecho concreto cometido (proporcionalidad concreta). La exigencia de proporcionalidad abstracta va

dirigida al legislador a la hora de fijar los marcos penales, la de proporcionalidad concreta al juez cuando impone una pena al responsable criminal de un hecho concreto. Aquí nos vamos a referir a la primera, a la proporcionalidad abstracta, que es la que afecta a la fijación por el legislador del marco penal (fase de determinación legal de la pena) y no a la cuestión de la proporcionalidad de la pena en el momento de su individualización, que es llevada a cabo por los tribunales dentro del marco legal (fase de individualización judicial). No obstante, como se verá, los marcos penales deben configurarse de tal forma que dejen margen al juez para poder buscar la pena proporcionada al hecho concreto enjuiciado. La exigencia de proporcionalidad de las penas tiene sus antecedentes más antiguos en las ideas que se desarrollan en Europa a partir del siglo XVIII, dentro de la preocupación humanitaria que aparece en la doctrina penal de la época. Así, en el art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se proclamó que: “la ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito”. De igual manera, esta preocupación por la proporcionalidad aparece en el pensamiento de Beccaria, quien sintetizara magistralmente los principios del Derecho Penal moderno: “para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes.”

Si bien en las Constituciones actuales no se suele proclamar de forma expresa el principio de proporcionalidad, la doctrina y la jurisprudencia constitucional de Alemania y España lo consideran implícitamente consagrado en la Constitución cuando afirma que la nación es un Estado de

Derecho, así también lo recoge nuestra Constitución Política en el artículo 130. De los principios generales de la Constitución, y en especial del principio del Estado de Derecho, se deriva para el derecho penal, que la pena con que se amenaza, ha de encontrarse en una relación justa con la gravedad del hecho y con la culpabilidad del autor; no debe ser, ni desproporcionada ni inhumana. Una ley penal que contravenga esto, no podría formar parte de un orden constitucional. Para la doctrina alemana, el principio de proporcionalidad es parte del postulado de justicia: “nadie puede ser incomodado o lesionado en sus derechos con medidas jurídicas desproporcionadas. El principio de proporcionalidad se deriva de otros principios constitucionales expresos. Así, se vincula con el precepto constitucional que configura a Nicaragua como un Estado de Derecho que propugna la justicia como principio superior de su ordenamiento y con el que establece que la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes son fundamentos del orden político y la paz social (art.5 Cn). También se ha vinculado el principio de proporcionalidad con el de legalidad (art. 130 y 160 Cn.) por parte de algunos autores. En cualquier caso, sea cual fuere el precepto constitucional al que se vincule, el rango constitucional del principio de proporcionalidad ha sido afirmado en reiteradas sentencias por la Corte Suprema de Justicia, quien se ha pronunciado sobre su contenido y alcance. Ahora bien, admitido que el respeto del principio de proporcionalidad es una exigencia constitucional para el legislador penal, lo importante a efectos prácticos es saber cuándo el legislador está incumpliendo esa exigencia; cuándo una ley penal puede ser declarada inconstitucional por establecer una pena desproporcionada.

Como ha reiterado la Corte, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que sólo al legislador corresponde y que en ningún caso se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado. Ahora bien, lo que no puede hacer el legislador en ese juicio de oportunidad es traspasar los límites constitucionales. Esos límites constitucionales, aunque no le imponen una solución unívoca y precisa, sí que prohíben la existencia de normas penales en las que se advierta, como dice la Corte Suprema, “un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma.”

Pero para poder valorar si una norma penal incurre efectivamente en ese desequilibrio, es decir, si vulnera el principio de proporcionalidad, se hace imprescindible establecer una serie de criterios o de directivas más precisas que debe respetar el legislador, porque, de lo contrario, el principio de proporcionalidad quedaría en una fórmula vacía. Esos criterios o directivas no han sido expuestos sistemáticamente ni de un modo cerrado. Precisamente uno de los puntos débiles que la doctrina ha señalado en relación con el principio de proporcionalidad es la ausencia de una teoría general y sistemática del mismo que lo dote de eficacia como canon de constitucionalidad de las leyes. No obstante, podemos señalar aquí algunos de los criterios que, a raíz de la valoración de concretos preceptos penales, se han ido admitiendo por la doctrina y la jurisprudencia constitucional:

a) La importancia del bien jurídico:

Como es sabido, una de las garantías del Derecho Penal moderno es el principio de “exclusiva protección de bienes jurídicos”: el derecho penal sólo debe intervenir cuando se trata de proteger bienes jurídicos (es decir, valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado democrático de Derecho) frente a conductas que lesionan o suponen un peligro para esos bienes jurídicos. Dentro de los bienes jurídicos protegidos penalmente existe una jerarquía de importancia. Así, es evidente que el bien jurídico “vida” es más importante que el bien jurídico “honor” o que el bien jurídico de la “integridad personal” es más importante que el de la propiedad.

Por ello, el primer criterio que se puede apuntar en el juicio sobre la proporcionalidad entre sanción y delito es el de la importancia del bien jurídico protegido: las penas más graves han de reservarse para aquellos tipos a través de los cuales se pretende proteger los bienes jurídicos más importantes. Si desde el punto de vista del bien jurídico atacado por el delito, un delito se considera más grave que otro y, sin embargo, se sancionan con la misma pena o el que se considera más grave se sanciona con una pena menor, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad.

b) Grado de afección al bien jurídico protegido:

Otro factor que el legislador debe tener en cuenta a la hora de fijar la pena es el grado de afección al bien jurídico protegido, es decir, la gravedad del ataque. Así, por ejemplo, en el delito de lesiones debe castigarse de forma más grave las conductas que más daño hacen a la integridad física:

no es lo mismo una lesión que requiera únicamente una intervención quirúrgica para su curación que la que conlleva la pérdida de un ojo o de otro órgano principal. Desde este punto de vista, algunos preceptos del nuevo Código Penal nicaragüense resultan poco respetuosos con el principio de proporcionalidad.

c) La forma subjetiva de ataque al bien jurídico:

Otro factor que influye en la gravedad de la conducta y, por tanto, en la proporcionalidad de la sanción es el elemento subjetivo con que se realiza el hecho delictivo, el dato de que el hecho haya sido cometido dolosa o imprudentemente habrá de ser tenido en cuenta a la hora de fijar la pena. Por lo general no se puede imponer la misma pena a la comisión dolosa y a la comisión imprudente de un mismo hecho porque el comportamiento doloso contiene un mayor desvalor ético-social. Así, por ejemplo, un ataque doloso a la vida se sanciona mucho más severamente que una muerte causada por imprudencia.

d) La comparación con supuestos análogos:

Si la pena prevista para un determinado tipo penal se aparta arbitraria o irrazonablemente de la establecida por el legislador para supuestos análogos, puede afirmarse que la norma es arbitraria y que socava los principios de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho.

e) La trascendencia social del hecho:

Otro de los criterios que, según la doctrina, debe tener en cuenta el legislador en la determinación de la pena es la trascendencia social del hecho o lo que también se denomina la “dañosidad social objetiva de la conducta”. La significación social de un hecho en un momento dado debe reflejarse en la pena. Por ejemplo, si existe una gran conciencia social sobre la necesidad de preservar el medio ambiente, estaría justificada la agravación por el legislador de las penas previstas para los delitos contra el medio ambiente. Por el contrario, si un hecho deja de tener en un determinado momento histórico la trascendencia social que ha tenido tradicionalmente, deben atenuarse las penas previstas para ese hecho. Un claro ejemplo de esto se ha dado en Nicaragua en relación con el delito contra el derecho de autor.

f) El grado de ejecución y las formas de participación en el delito:

El legislador debe tener en cuenta también el grado de ejecución del delito, para castigar más gravemente la consumación que la tentativa, así como la forma de participación, porque no merece la misma pena el responsable como autor de un delito que el que meramente participa como cómplice.

IV. El principio de proporcionalidad y el necesario margen de arbitrio judicial en la individualización judicial de la pena.

Hemos afirmado anteriormente que, para que la decisión punitiva del legislador sea respetuosa con el principio de proporcionalidad, el marco penal señalado para un delito tiene que ser proporcional a la gravedad de la conducta que se incrimina en abstracto. Pero, además, ese marco penal debe dejar suficiente margen al juez para adecuar la gravedad de la pena al caso concreto, sin obligarle a imponer penas desproporcionadas en relación con las circunstancias del caso y con las circunstancias personales del reo. Del margen que tenga el juez en la fase de individualización judicial de la pena dependerá que resulte una pena respetuosa con el principio de proporcionalidad. La mayor o menor amplitud del arbitrio judicial en la determinación de la pena que corresponde imponer dependerá del sistema de determinación de la pena que siga el Código Penal de forma genérica, estos sistemas pueden sistematizarse en tres modelos posibles:

a) Ofrecer un complejo sistema métrico compuesto de grados, circunstancias etc, de manera que la labor del juez quede reducida a realizar una especie de operación aritmética. Como ejemplo, este ha sido el sistema tradicional en España. Los Códigos penales desde 1822, y hasta el nuevo Código Penal de 1995, dividían la extensión de las penas previstas en abstracto para los delitos en tres partes iguales (llamadas grados mínimo, medio y máximo) y establecían un catálogo general de circunstancias agravantes y atenuantes. La concurrencia de alguna de dichas circunstancias obligaba al juez a imponer la pena en un determinado grado, resultando así un nuevo marco de pena mucho más estrecho (el llamado marco de pena concreto), dentro del cual debía fijar el juez la pena

exacta. Además, en la descripción típica de muchos delitos se contemplaban circunstancias específicas que llevaban a imponer la pena en un determinado grado, con lo cual el marco de pena abstracto del que debía partir el juez era ya de por sí muy reducido.

b) Indicar unos criterios orientadores, aunque no vinculantes, que el juez debe tener en cuenta a la hora de individualizar el castigo a imponer dentro de un marco legal de pena que, en muchos casos, sólo fija un límite máximo y no mínimo de pena. Así, por ejemplo, el sistema alemán, se limita a enunciar una serie de circunstancias que el juez debe tomar en consideración en la individualización de la pena, pero dejando a su arbitrio los efectos que debe darle para la determinación de la pena exacta dentro del marco legal.

c) Establecer unos máximos y unos mínimos legales y unas reglas de medición (a través de circunstancias agravantes o atenuantes genéricas) vinculantes para el juez aunque dejándole a su vez un campo razonablemente amplio a la medición concreta a realizar por el juez. En nuestro código se contempla un catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes (artos. 35 y 36 CP), cuya apreciación obliga al juez a situar la pena dentro de una determinada extensión de la pena. Por ejemplo, la concurrencia de circunstancias agravantes le obliga a imponer una pena comprendida dentro de la mitad superior del marco legal previsto para el delito del que se trate y, por el contrario, la concurrencia de una atenuante, le lleva a una pena situada en la mitad inferior de dicho marco. Tal vez el sistema preferible sería uno que reuniera las siguientes características: a) Fijación de un marco punitivo relativamente amplio pero distinguiendo los casos especialmente graves de los menos graves. b) Que el marco penal

incluya, junto a su límite mínimo, y para posibles casos de desproporción o falta de sentido, la posibilidad de no imponer pena ningún si ello se entiende por el juez innecesario o incluso contraproducente para aquel caso y aquel autor. c) Que el juez pueda moverse en ese marco utilizando unos criterios legales orientadores y razonando expresamente su decisión punitiva, decisión cuya adecuación a los parámetros legales debe ser revisable en casación. De todas formas, cualquiera que sea el margen dejado al arbitrio judicial en la determinación de la pena, el respeto al principio de proporcionalidad lo que exige del legislador penal es que en la fijación del marco penal de un delito tenga en cuenta la diferente gravedad de las conductas que pueden subsumirse en él, de forma que no resulte para el juez la obligación de aplicar una pena que, en el caso concreto, aparezca como claramente injusta. El peligro de que esto pueda suceder se da especialmente en los casos de penas mínimas demasiado altas. Podemos considerar inconstitucional un precepto del código penal por vulneración del principio de proporcionalidad precisamente sobre la base de considerar que el marco penal previsto en dicho precepto tenía fijado un mínimo demasiado alto, de forma que obligaba al juez a imponer una pena que resultaba desproporcionada en los casos en que la conducta revestía una gravedad muy inferior a la del resto de conductas incriminadas en el mismo precepto

En definitiva, hay que aceptar lo complejo de la decisión legislativa a la hora de fijar los marcos penales porque el legislador penal pretende conseguir distintos fines con la fijación de una determinada pena. Ya a principios del siglo XX, el penalista español Dorado Montero advertía de esta dificultad cuando afirmaba: “me parece que el problema de la proporcionalidad o justicia de las penas, dentro del propio espíritu de los

que hablan de él, va resultando más complicado de lo que pudiera creerse. Y es que semejante problema no es otro que el de la finalidad penal, toda vez que pena proporcionada vale lo mismo que pena adecuada al fin por la misma persecución; y siendo variadísimos y a menudo hasta antitéticos los fines que con la pena se quiere obtener, forzosamente tiene que resultar difícil la organización del respectivo sistema de medios penales”. A pesar de esa dificultad, como hemos visto, la doctrina y sobre todo la jurisprudencia constitucional de las últimas décadas se esfuerza por ir señalando límites a la libertad de decisión del legislador penal, límites que son los propios de un Estado de Derecho respetuoso de la idea de Justicia y de la dignidad de la persona. En particular quisiéramos señalar la importancia de otorgar virtualidad práctica a estos límites para frenar la tendencia exagerada del legislador penal a tratar de prevenir ciertos fenómenos delictivos mediante una constante agravación de los marcos penales en lugar de una mayor eficacia en la persecución y sanción del delito.

6.- La Constitución como Parámetro de Control.

Como es sabido, el control constitucional supone realizar un contraste entre una norma legal y la constitución, para determinar si la primera, norma jerárquicamente inferior, es compatible con la segunda o si, por el contrario, la transgrede, en cuyo caso la sala constitucional tendrá, en principio, que declararla inconstitucional e inválida.

Así pues, la norma con la que se pone en contraste la ley impugnada es la Constitución y todo juicio formulado en la labor jurisdiccional de control constitucional ha de fundarse necesariamente, para que sea legítimo, en una interpretación razonable o plausible de la Constitución: tanto si se declara constitucional la ley, como si se la declara inconstitucional, es preciso siempre que ese juicio no sea arbitrario o libre, sino imputable al propio texto constitucional, límite absoluto para el intérprete y la labor creativa incita a todo proceso de interpretación y aplicación del derecho, y más cuando de derecho constitucional se trata.

Pero la utilización de la constitución como parámetro de control (integral) permite, y exige, distinguir tres o, al menos, dos tipos de vicios de inconstitucionalidad: a) vicios formales, que inciden sobre la norma en cuanto tal, independientemente de su contenido, atendiendo a la forma de su exteriorización: la norma, en su globalidad, está viciada en sus presupuestos, en su procedimiento de formación, en su forma final; b) vicios materiales o sustanciales, referidos al contenido de la norma, que contraria las normas o principios constitucionales: el vicio no suele afectar a la norma en su globalidad sino, más bien, a una o varias de sus disposiciones concretas; c) vicios procedimentales, que en realidad no son que una

variante de los vicios formales. Son aquellos vicios que infringen el procedimiento de formación, jurídicamente regulado, de las normas que tradicionalmente se han venido considerando vicios formales. Así, puede concluirse que, al menos en vía de principio, los vicios formales son vicios de la norma; los vicios materiales son vicios de las disposiciones singulares; y los vicios procedimentales son vicios relativos al complejo acto necesario para la producción final del acto normativo. Pero, en todos los casos, el parámetro para determinar la existencia o inexistencia de esos vicios es la Constitución.

7.- Aspectos de la Garantía Constitucional en Nuestra Legislación.

I.- Naturaleza del Recurso por Inconstitucionalidad y del Recurso de Amparo⁶.

Publicada la Ley de Amparo en la Gaceta N. 241 del 20 de diciembre de 1988, señala en su art 5 que los Tribunales de Justicia observarán siempre el principio de que la Constitución Política prevalece sobre cualquier ley y Tribunal Internacional. La Constitución Política en relación con la administración de justicia, dispone que los magistrados y jueces solo deban obediencia a la Constitución y en segundo lugar a las leyes. Todo ello nos indica la supremacía de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico ordinario, a fin de garantizar tal principio el artículo 41 Cn. que contempla el recurso de inconstitucionalidad, el cual puede ser interpuesto por cualquier ciudadano, en contra de cualquier ley, decreto o reglamento,

⁶ Justicia. Revista del Poder Judicial. Ediciones del centro de documentación e información judicial. Marzo 2003.

que se oponga a lo prescrito en la Constitución; el artículo 188 Cn. contempla el recurso de amparo que se interpondrá contra quien trate o viole los derechos y garantías consagrados en la constitución.

No cabe duda, que la Constitución proporciona los instrumentos jurídicos que permiten el control constitucional, con naturaleza y fines diferentes. Por un lado, el recurso por inconstitucional tiene por finalidad mantener o restablecer la supremacía de la constitución política, a la cual, están subordinadas todas las demás disposiciones, no teniendo valor alguno aquellas que se opongan o la alteren. La Corte Suprema de Justicia, considera que el recurso por inconstitucionalidad lo que pretende es el control constitucional de las leyes; es decir, asegurar que las leyes no vayan en contra de la Constitución, ni más allá de lo que ella expresa, lo cual no es solamente una protección de los derechos constitucionales de los individuos, sino más bien un medio de garantía de la supremacía de la constitución.

De lo anterior, podemos inferir que el recurso por inconstitucionalidad tiene como naturaleza mantener la supremacía de la constitución política, en contra de todas aquellas disposiciones que integrándose al ordenamiento jurídico, crean, modifican o extinguen situaciones de carácter general, abstracto, impersonal, y obligatoria, es decir, que contenga esencialmente una regla de derecho, una regla jurídica, siendo el bien jurídico, tutelado en función del interés público y en general de todos los ciudadanos.

II.- Materia y objeto del recurso por inconstitucionalidad.

El constitucionalista Ignacio Burgoa O. en su obra “Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparos” señala que la ley es un acto de autoridad que tiene como elemento característico la abstracción, la impersonalidad y la generalidad; en el cual, se distinguen de los actos administrativos y jurisdiccionales, en cuanto que estos son generalmente concretos, particulares e individualizados. El autor de manera cuidadosa expresa: “generalmente”, por cuanto de manera excepcional los funcionarios públicos dictan actos administrativos generales.

El recurso tiene por objeto directo y principal la declaración de la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento que se oponga a la Constitución como norma suprema. Es una confrontación entre esas normas inferiores y la Constitución como norma superior.

Vicios denunciables.

En la doctrina se conocen dos tipos de vicios que afectan a las leyes: las que provienen por la violación de las reglas de procedimiento establecidos en la constitución Política para la formación de la ley (*error in procedendo*); y los que provienen de la oposición de la ley a las disposiciones sustantivas constitucionales (*error in iudicando*).

La constitución, debe de ser protegida por el amparo, en toda su manifestación cuando sea violada, mediante las leyes, decretos, reglamentos, actos, acuerdos, disposiciones y órdenes. Deben ser protegidos no solo los derechos y garantías consagradas en la parte dogmática, sino también la parte orgánica y el resto de la constitución, incluyendo las leyes de rango constitucional.

III.- Control constitucional de la ley.⁷

Dentro de las formas de protección de los preceptos constitucionales cuando son infringidos por la creación de una ley ordinaria encontramos el control constitucional de la ley, que en términos jurídicos debe entenderse, en una primera y generalísima aproximación, como la competencia concedida por la ley a un órgano controlador de carácter jurisdiccional, para que, mediante la aplicación de determinados procedimientos o recursos propios de la justicia constitucional, mantener o restablecer en su caso la supremacía de la Constitución Política.

Pero, para hablar de control de constitucionalidad de las leyes, es preciso que se den cuatro condiciones: a) una limitación constitucional de la actividad legislativa o sea que es necesaria la existencia dentro del ordenamiento jurídico de ciertas reglas que limiten la actividad legislativa; b) una actividad legislativa, o sea una ley contraria a la Constitución; c) una pretensión o reclamo, aunque exista una limitación constitucional, una actividad legislativa inconstitucional, y, d) un órgano facultado para declarar la inconstitucionalidad.

En Nicaragua, el control es eminentemente jurídico, realizado por órganos judiciales o jurisdiccionales, y que de acuerdo con nuestra Constitución Política y Ley de Amparo vigente, el control constitucional se ejerce mediante el Recurso por Inconstitucionalidad.

⁷ García Vílchez, Julio Ramón. Control Constitucional en Nicaragua. Corte Suprema de Justicia, 2000. Pág.7

8.- Gravedad de Leyes Inconstitucionales en Nuestro Ordenamiento Jurídico.

El ordenamiento jurídico como nos indica Díez-Picazo, es el conjunto de reglas o directivas a través de las cuales se determina la organización de un grupo social y se realiza la función de resolución de conflictos en la satisfacción de necesidades. El concepto de ordenamiento alude no sólo a la pluralidad de reglas jurídicas, sino también a su estructura organizada, que presenta las características propias de un sistema, esto es, que sus elementos están entrelazados y relacionados entre sí, por lo que a través del conjunto de relaciones entre sus normas se obtiene una respuesta adecuada a los problemas sociales planteados. ¿Pero, qué sucede cuando una norma de esa pluralidad es contraria a la superior en jerarquía? La ley suprema de la república es la Constitución, por lo que la violación de sus principios, normas y valores constituye la más grave violación jurídica sancionada con la nulidad de lo opuesto a ella. Es así, que el artº 182 de la Constitución sanciona con nulidad, las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren.

9.- La Ley con Disposiciones Inconstitucionales no es Convalidable⁸.

Los actos violatorios a la constitución no pueden ser convalidados, ni subsanados retroactivamente. Se anulan retroactivamente, salvo situaciones adquiridas digna de protección, como lo dispone el arto 22 LA. Nuestra Ley de Amparo limita este principio al permitir la aceptación del acto como motivo de improcedencia del amparo.

Como no es convalidable la nulidad constitucional, el derecho para solicitar la nulidad es imprescriptible mientras dure la violación, salvo aceptación del acto. La acción para reclamar la violación a la Constitución y los derechos fundamentales en ella consagrados son imprescriptibles, salvo los derechos patrimoniales.

⁸ Escobar Fornos, Iván. Derecho Procesal Constitucional, La Constitución y su defensa, 1ra Ed. Hispamer, Managua, Nicaragua, 1999, pág. 120.

CAPÍTULO II

ARTÍCULOS INCONSTITUCIONALES DEL NUEVO CÓDIGO PENAL DE NICARAGUA – PARTE GENERAL.

1.- La Reforma Penal Sustantiva en Nicaragua

Resulta evidente que el proceso de transformación de las legislaciones penales en Centroamérica, ha generado una masa crítica de enorme importancia para la discusión de las orientaciones de la política criminal regional.

Ya no se trata solamente de reaccionar de manera inmediata y violenta al fenómeno criminal, sino, que resulta necesario construir puentes de entendimiento científico para comprender verdaderamente las causas del delito y medir la cantidad necesaria de derecho penal que ha de ser conservado, para que la sociedad pueda seguir siendo viable en la forma en que el consenso normativo y social ha determinado.

En Nicaragua, se ha pretendido dar respuesta al problema de la delincuencia con la promulgación de leyes represivas. Esta decisión apurada, no corresponde a un análisis detallado y concienzudo de los elementos en juego, sino más bien a una opinión pública, la cual, de la mano de los medios de comunicación colectiva, exige de sus representantes tales tipos de respuestas.

Este proceso, al cual conduce a una mayor represión y a la creación de más amplios poderes de control en manos de las delegaciones del sistema penal, genera una reacción totalmente distinta a la esperada, con mayor violencia en la actuación de ese sistema y una escalada de la así

denominada “guerra” en contra del delito y el delincuente que dicho proceso desencadena en la sociedad.

Pero, el lenguaje de combate y de la guerra se opone a una visión ponderada de los sucesos y los fenómenos sociales. Dicho ritualismo, exige del legislador medidas contundentes, sanciones desproporcionadas, la institucionalización de jueces castigadores y de instancias de control jurisdiccional proclives a la represión y a la limitación de derechos fundamentales.

En torno a ese debate, la víctima del delito se instrumentaliza como un medio para justificar todas esas desigualdades. El lema es sencillo y avasallador: “Quien quiera demostrar voluntad a favor del delito y al delincuente, habrá de combatirlos intensamente. Quien flaquee ante esta meta y este objetivo social y pretenda hablar de límites o contenciones al poder penal, no será más que un enemigo de la colectividad”.

Sin embargo, este lema referente al sistema penal ha representado un indudable obstáculo para las disposiciones de garantías y derechos elementales, el cual es observado como un discurso retardario e inconveniente para combatir de manera ejemplificante a la criminalidad.

Dichosamente, este lema de la “guerra sin fin” parece no haber afectado en su totalidad al nuevo código penal de Nicaragua, el Poder Legislativo ha estado consciente, de que la reacción jurídico penal, es solo una de las “reacciones” posibles frente al delito, y ni siquiera la más importante. Parece haber calado, poco a poco, la idea de que el fenómeno de la delincuencia es un fenómeno multifactorial y demasiado complejo para ser atendido exclusivamente con reformas de Códigos Penales.

El problema del delito está íntimamente unido a otros problemas de cualquier sociedad organizada como lo son: el urbanismo, la distribución de recursos, la educación, la salud, la atención a las necesidades de viviendas y acceso a bienes sociales, y otra cantidad de factores, que se constituyen así mismos como palabras claves que tiene la virtud de sugerir una dirección en el cual empezar a trabajar.

Es evidente, que una buena parte de la orquestación de estos esfuerzos del Estado para atacar el problema de la delincuencia, puede consistir también en una atención a la legislación penal y a las delegaciones encargadas de su aplicación e interpretación, pero en modo alguno puede ser éste un factor único y esencial, en el cual, se toma como referencia principios rectores en materia de prevención de delito y justicia penal en el contexto de desarrollo, cuando se dice que “...el sistema de justicia penal, además de ser un instrumento de control y disuasión, debe contribuir también al objetivo de mantener la paz, el orden, reparar las desigualdades y proteger los derechos humanos con miras al logro de un desarrollo económico y social equitativo...”

La reforma de la ley sustantiva se encuentra fuertemente influenciada, también, por otro orden de problemas, entre los que figura, de manera muy especial, el de la globalización del delito y sus consecuencias, los avances científicos y la tecnología. Por eso, la globalización de la criminalidad y la necesidad de atender a sus nuevas formas de organización y de distribución del trabajo criminal, ha provocado que se introduzcan en las nuevas legislaciones delitos de peligro abstracto, la punición de meras formas de colaboración y participación, todos estos cambios se aderezan con penas

cada vez más altas y con la eliminación, en algunos casos, de beneficios procesales existentes para otras formas de criminalidad más tradicional.

El legislador nicaragüense, ha tratado de manera ponderada estos problemas, ha preferido ser prudente y tratar de mantener una serie de principios de equilibrio que eviten la hipertrofia del sistema de delegaciones encargadas de su aplicación. Tomando como base fundamental el estricto principio de legalidad criminal, vinculándolo con el principio de lesividad, es decir, el legislador incorporó en nuestro código penal tipos penales que tutelen un bien jurídico, caso contrario tales tipos penales perderán la conexión con la Constitución y con la realidad social.

Hoy en día, luego de la efectiva incorporación del principio de lesividad en el nuevo código penal, el bien jurídico pasa a formar parte, ahora de manera ineludible de la descripción típica y constituye, por ende, un elemento esencial del análisis de la tipicidad penal y no puede ser más soslayado por ningún juez, mucho menos en la etapa de la investigación de un hecho delictivo, en el análisis del llamado encuadramiento típico; y para el establecimiento de criterios de persecución penal en manos del Ministerio Público. Es necesario tomar en cuenta, que nuestra ley penal sustantiva lleva concentrado esfuerzos vigorosos de supuestos que contribuyen a disminuir la cuota de violencia que involucra la aplicación de la ley penal y diseña un cuadro de garantías realizables a corto plazo que evitan la secuela casi inminente del desprestigio del sistema de justicia penal producto de sus propias y evidentes contradicciones.⁹

⁹ Material de Estudio para Discentes. Abril- mayo 2008. (Inédito).

2.- Espíritu y Contexto de la Reforma del Código Penal

Es indudable, que la discusión sobre la posibilidad de un control más humano es uno de los componentes más importante de la situación actual del pensamiento criminológico contemporáneo. Este panorama, lleva al derecho penal a convertirse en una herramienta de la prevención general, en donde la pena aplicable, tiene como objetivo fundamental el carácter resocializador y educativo.

Es importante señalar lo que repetidamente lo manifiestan múltiples autores penalistas de las corrientes modernas, solo una política integral puede ofrecer respuestas a los complejos problemas delictuales de las sociedades modernas; por ello, es que resulta fundamental, que el legislador comprenda las consecuencias accesorias y directas de sus decisiones y perciba que un ataque unitario con respuestas punitivas pasa de largo de los principales aspectos que componen la explicación de los fenómenos delictuales de una sociedad concreta.

Pero la transnacionalización del delito se observa en las organizaciones criminales, que utilizan hoy las facilidades del mundo globalizado para cometer los delitos, para aprovecharse de sus ganancias y extender sus ámbitos de acción a territorios insospechados. Este es un tema capital para la estabilidad política y social de los países del orbe, ya que, dichas organizaciones están minando la confiabilidad del sistema democrático de gobierno, aumentando la corrupción y generando procesos económicos que llegan tarde o temprano a afectar las decisiones políticas en campos clave de la vida social. La lucha frente a estos flagelos del mundo, sigue siendo, hoy muy difícil, aún cuando se apuntan algunos éxitos

en campos muy concretos, pero sin duda la existencia de este enorme riesgo para los países, está llevando al legislador a apartarse de los dictados de aquel viejo derecho penal, y optar por construcciones legislativas cada vez más efectistas, que a la postre lo único que hacen es poner en entredicho los fundamentos básicos del contrato social que hemos suscrito para salvaguardar nuestra libertad.

Yendo ahora a diversos elementos del panorama de la criminología y de la política criminal comparada, nos invitan a seguir demandando por la construcción de una sólida sociología del derecho, sin la cual no es posible informar al legislador acerca de los bienes jurídicos que deben ser tutelados y la herramienta más idónea, adecuada y proporcionada que debe utilizarse para su protección. No se trata de construir una mera tecnología social, sino de un saber que sea capaz de brindar algo de legitimidad Constitucional y de Derechos Humanos al quehacer del aparato represivo del Estado.

Junto a todos estos componentes, la dogmática jurídico penal parece articularse con los estudios sociales y político criminales pretendiendo ofrecer una respuesta de prevención general por medio de herramientas conceptuales de las teorías del positivismo, que permiten un ideario capaz de construir un derecho penal que pone en primer lugar de jerarquías, la majestad de la prevención.

La buena y antigua política criminal, con su confianza permanente en la metodología criminológica, nos invita a permanecer vigilantes frente a los cambios en las formas delictivas y sobre los efectos inmediatos y posteriores de la reacción penal, pero es necesario que los legisladores capten los elementos necesarios que ofrece la política criminal, para

establecer soluciones basadas en una reflexión constante y preclara, decididamente humanista y consciente de los graves riesgos de la utilización de la ultima ratio del derecho penal.

Es necesario explicar las líneas rectoras del nuevo código penal, tomando en consideración su raigambre ideológica, el cual, es la esencia que trae consigo la reforma de la ley sustantiva, que puede resumirse de la siguiente forma: a.- La actualización de la ley penal a la realidad social, cultural y económica del país; y, en segundo término, su adecuación a los principios y contenidos axiológicos de la Constitución; b.- Un elenco de principios generales aplicables a la interpretación y aplicación de ley penal; c.- Un catálogo de penas alternativas y un sistemas de individualización de las mismas. Esta sistemática, son, a nuestro modo de ver, los aspectos más importante del proceso de reforma del derecho sustantivo¹⁰.

¹⁰ Material de Estudio para Discentes. Abril- mayo 2008. (Inédito).

3.- Artículos del Nuevo Código Penal – Parte General que se oponen a nuestra Constitución Política.

Concurso Aparente de Leyes, Arto 11.

Arto 11 CP: Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este código, y no comprendido en los artos 84 y 85 se sancionarán de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) La norma especial prevalece sobre la general;
- b) El precepto subsidiario solo se aplicará en defecto del principal, tanto cuando se declare expresamente dicha subsidiariedad, como cuando sea ésta tácitamente deducible.
- c) El precepto complejo o el precepto cuya infracción implique normalmente la de otra sanción menos grave, absorberá a los que castiguen las infracciones subsumidas en aquél;
- d) Cuando no sea posible de alguna de las tres reglas anteriores, el precepto penal que sancione más gravemente excluirá a los que castiguen con menor pena.

Al analizar el presente artículo, constatamos que uno de los aspectos de la labor del juez, consiste en comprender el sentido de las normas jurídicas y en confrontar si la acción a reprimir reúne las notas señaladas en algunos de los tipos legales; es decir, que el juez ha de determinar cuál es la ley aplicable al caso particular. Pero, para llegar a tal afirmación, frecuentemente sucede que el juez ha decidido entre varias disposiciones legales, en las cuales, desde un punto de vista formal parece adecuarse la acción delictiva. Esto se debe a las especiales relaciones existentes entre los tipos legales, que son el resultado de la técnica legislativa utilizada.

Cuando se presenta la aplicación de la figura jurídica del concurso aparente de leyes, es decir, cuando a una acción podría aplicársele dos o más disposiciones legales; pero, de las cuales sólo una será realmente aplicada; ya que las restantes quedan excluidas, debido a las relaciones existentes entre ellas.

Esta disposición señala una serie de métodos que el juzgador debe realizar para determinar en caso de que existan dos o más preceptos legales del código penal, cual es el precepto aplicable de acuerdo al estudio del caso concreto que se determina por cuatro principios fundamentales:

1. Principio de Especialidad:

Consiste en que, ante dos leyes penales protectoras del mismo bien jurídico, una de ellas contiene, respecto de la otra, algún elemento singular que concrete más el supuesto, y debe ser aplicada con exclusión de la otra.

2. Principio de Subsidiariedad:

Interviene cuando un precepto penal solo pretende regir en el caso que no entre en juego otro precepto penal, el tipo penal está condicionado a la no aplicación de otra figura punitiva más grave (Precepto es subsidiario respecto del segundo y queda desplazado cuando este aparece). En este principio, el método puede ser de dos formas: a) por vía explícitamente consignada en la ley, cuando un concreto precepto penal condiciona expresamente su aplicación a que el hecho previsto no constituya un delito más grave. b) o por vía interpretación del sentido y del fin de las normas que se encuentren en conflicto. La interpretación del sentido de un precepto pone de manifiesto que no pretende ser aplicado cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho, por constituir este una forma de

ataque más del mismo bien jurídico, sin demostrar que el hecho se ajusta a la norma subsidiariamente menos grave, ya que un hecho más grave desvincula la subsunción y tipicidad del mismo.

3. Principio de Consunción o absorción:

Es aquel que interviene cuando un tipo penal determinado, absorbiendo en si el desvalor de otro excluye a este de su función punitiva. (Ejemplo: No se aplicarán las circunstancias agravantes cuando la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni las que sean de tal manera al delito...”).

4. Principio de Alternatividad:

En defecto de los criterios anteriores se aplicará el precepto penal más grave.

Al estudiar el referente tipo penal, nos limitaremos a determinar que la regla del literal d): “Cuando no sea posible alguna de las tres reglas anteriores, el precepto penal que sancione más gravemente excluirá a los que castiguen con menor pena”, resulta contradictorio a las disposiciones contenidas en nuestra Constitución Política por la particularidad de que se aplicará la sanción más grave, la cual suprimirá a las sanciones menos graves para el acusado.

El principio de alternatividad, regla d, dispone que en defecto de los criterios anteriores (especialidad, subsidiariedad, consunción o absorción), el precepto penal más grave, excluirá a los que castiguen el hecho con pena menor.

Pero, frente a la interrogativa de cómo se elegirá el precepto penal más grave, Delgado García explica que, han de ponderarse todas las circunstancias que, pueden influir en la pena.

Por esta razón, el criterio de la alternatividad resulta contradictorio con el principio *in dubio pro reo*, derivado del Derecho Fundamental a la presunción de inocencia contenido en el art. 34 inc. 1 Cn, ya que, desde la valoración del hecho que se subsume en la disposición legal, entra en la valoración la presunción de inocencia a favor del reo, y siempre es imprescindible establecer la favorabilidad del mismo.

Resulta elemental mencionar que, en el acápite d. del concurso aparente de leyes contradice nuestra Constitución Política, por cuanto, lesiona los principios indispensables del ser humanos *pro homine y pro libertates*, ya que, estos principios implican que ante diferentes interpretaciones de una disposición legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales del ser humano, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Principios que pertenecen a sistemas de interpretación de la Constitución, en el sentido que se suscriben en los derechos fundamentales. Los artos que lesiona el literal d) del art. 11 de nuestro Código Penal, son el art. 5 Cn que señala que son principios de la nación nicaragüense: La libertad, la justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana, el pluralismo político, social y étnico, el reconocimiento a las distintas formas de propiedad, la libre cooperación internacional y el respeto a la libre autodeterminación; de igual forma viola el art. 25 núm. 1, que dispone que toda persona tiene derecho: 1) A la libertad individual: en ese sentido, es notorio señalar que dicha inconstitucionalidad se produce, porque introduce

la regla de la alternatividad para resolver el conflicto normativo, que obliga a elegir el precepto que castiga más gravemente la conducta, es decir, “aquí la duda es aplicada en contra del derecho de libertad, en el sentido que lo restringe en mayor medida al aplicar el precepto sancionatorio más grave, pudiendo haberse adoptado la sanción más leve a favor de la garantía de libertad del ciudadano”, misma que se encuentra establecida en los instrumentos internacionales que tienen reconocimiento constitucional en el art 46 Cn., particularmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos art 3 dispone: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” Dicha Declaración tiene como objetivo primordial el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre; de igual manera, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art 1 dice: Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y la seguridad de su persona; en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 1 dispone el derecho a la libertad; de igual forma en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas en el Arto 9 que instituye: el derecho a la libertad y la seguridad personal, y en la Convención Americana de los Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos en el art 7 inc. 1 en el cual se establece que toda persona tiene derecho a la libertad. De todo lo expuesto se puede desprender que el mencionado artículo referente al concurso aparente de leyes, debe hacerse una interpretación basado en principios constitucionales, en virtud del principio *pro homine* que resalta la interpretación y aplicación del derecho de la manera que más favorezca al ser humano, y en virtud del principio *pro libertates* debe interpretarse

extensivamente todo lo que favorezca la libertad del ser humano y restringirse todo lo que limite su libertad.

Leyes Penales Especiales Arto 20 párr. 2do.

Los delitos y faltas cometidos por miembros de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de la Costa Atlántica en el seno de ellas y entre comunitarios, cuya pena no exceda de cinco años de prisión, serán juzgados de acuerdo al derecho consuetudinario, el que en ningún caso puede contradecir a la Constitución Política de Nicaragua. No obstante, queda a salvo el derecho de la víctima de escoger el sistema de justicia estatal al inicio del mismo de la persecución y con respeto absoluto a la prohibición de persecución penal múltiple.

Nos referiremos al párrafo segundo de esta disposición contenida en el nuevo código penal, que es incluida como un nuevo elemento innovador del cuerpo normativo penal y trata de establecer el juzgamiento conforme al derecho consuetudinario, es acogido por nuestros legisladores y enmarcado en el arto 20 párr. 2º y se reconoce su aplicación cuando el delito o falta no exceda de cinco años de prisión. Pero este acápite es inconstitucional, porque no cumple con las exigencias contenidas en las disposiciones que nuestra carta magna expresa; por consiguiente, es contradictorio hablar del juzgamiento de una persona de acuerdo al derecho consuetudinario si éste violenta el arto 34. Inc. 2 Cn que señala: “Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones a las siguientes garantías mínimas:

2) A ser juzgado sin dilación por tribunal competente establecidos por la ley. No hay fuero atractivo. Nadie puede ser sustraído de su Juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción.

Así mismo contradice el art 27 Cn que reza: “toda las personas son iguales y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, origen, posición económico o condición social...”. Por cuanto se debe establecer un proceso en igualdad de condiciones para todas las personas que habitan en el territorio nacional. Así mismo violenta el artículo 89 Cn que declara que las regiones de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y como tal, gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones.

Es violatorio a la Constitución, en el sentido que, en los caso de delitos menos graves, se otorga la facultad a la víctima de escoger el sistema de justicia penal o el consuetudinario bajo el cual se va a someter; por ello, se lesiona las siguientes garantías consagradas en nuestra Constitución Política:

- a) La garantía de Juez natural: derecho que tiene todo ciudadano de ser juzgado por un juez ordinario, previamente constituido como tal, que la persona que ocupa el cargo, cumpla los requisitos mínimos esenciales, y entre ellos se encuentra la calidad de abogado. De tal manera, que en un Estado de Derecho, debe exigirse que la persona que ha actuado en calidad de Juez, cumpla con los requisitos legales, porque solo eso asegura, al menos medianamente, que su actuación va a ser ajustada a derecho. De acuerdo a la Convención Americana

de Derechos Humanos de conformidad con el art 8, constituye un atributo integrante del debido proceso el derecho a ser juzgado por un tribunal competente. Este derecho se ve afectado cuando "se somete a una persona ante autoridad que no se encuentra investida de las funciones de *juris dictio*, por cuanto, se debe tutelar y resguardar los derechos fundamentales del procesado.

- b) No hay fuero atractivo. Ni mucho menos llevar a una persona a jurisdicción de excepción: se trata con ello de evitar que un procesado pueda ser juzgado por un órgano no jurisdiccional y que, por ello, carezca de garantías de independencia e imparcialidad propias de los integrantes del Poder Judicial. Pero, además, dentro de éste, garantiza que el proceso va a tener lugar precisamente ante el órgano previamente designado para ello, de forma objetiva y sin relación al caso concreto, conforme a la Constitución y a las leyes; pues solo así, se asegura la imparcialidad. De este modo, el derecho al juez competente se relaciona con la estructura constitucional del Poder Judicial, concretamente con los principios de unidad jurisdiccional (art 159), legalidad (art 160) e independencia (art 165). Pero es necesario determinar, que el carácter de cosa juzgada que vincula una resolución de un juez competente en un caso determinado, no podrá dictarla un juez que no éste previamente calificado por el Poder Judicial para ello; en ese sentido, dichos órgano de excepción que conocerán la causa de acuerdo a un derecho consuetudinario las resoluciones que emitan no tendrán carácter de ineludible cumplimiento; ya que, las únicas resoluciones que tendrán carácter

coactivo y de ineludible cumplimiento serán las sentencias dictadas por un Juez competente (arto 167 Cn).

Verdaderamente que el legislador al incorporar el párr. 2º del arto 20 CP, violenta también los instrumentos internacionales ratificados e incorporados en nuestra Constitución Política en su arto 46, los cuales son: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre arto 26, Convención americana de los derechos del hombre arto 8.1, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos arto 14.1, que contemplan la garantía de juez natural.

Omisión y Comisión por Omisión. Arto 23.

Arto 23: “Los delitos o faltas pueden ser realizados por acción u omisión. Aquellos que consistan en la producción de un resultado, podrán entenderse realizados por omisión sólo cuando el no evitarlo infrinja un especial deber jurídico del autor y equivalga, según el sentido estricto de la ley, a causar el resultado.

Comisión y omisiones se distinguen normativamente. La primera expresa injerencia en la esfera jurídica de terceros, (empeoramiento del estado de los bienes jurídicos ajenos), lesiones de su autonomía. La segunda expresa la ausencia de una intervención en salvaguarda de los bienes jurídicos de terceros, y, por tanto, vulneran principio de solidaridad.

La Comisión por omisión es una institución compleja: es comisión y es omisión.¹¹

En aquellas omisiones que, pese a infringir su autor un deber jurídico especial, no lleguen a equivaler a la causación activa del resultado, se impondrá la pena agravada hasta el doble del límite máximo de la del delito omisivo. No obstante, dicha pena no podrá superar en ningún caso el límite mínimo de la pena asignada al delito de resultado que correspondería aplicar si hubiera comisión por omisión”.

Esta disposición sustantiva violenta el arto. 34.11 Cn que establece: “Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones a las siguientes garantías mínimas: “11) A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se prohíbe dictar leyes proscriptivas o aplicar al reo penas o tratos infamantes”.

Si bien es cierto, esta norma trata de describir una conducta (omisión) en una forma general, no es menos cierto que la misma no es clara ni determinada en cuanto a qué debemos entender por deberes jurídicos especiales; por lo tanto, se incumplen los parámetros del principio de legalidad, en su carácter estricto, cierto e inequívoco, por lo que consideremos es un exceso del principio de legalidad.

Si tomamos en cuenta las características primordiales del principio de estricta legalidad que nuestra Constitución Política consagra, como son, la

¹¹ Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho judicial. La comisión por omisión. Madrid, junio 1994. Pág. 14

necesidad que la ley sea previa a la comisión de delito, debido a que, los ciudadanos tienen derecho a conocer con antelación por qué conductas pueden ser sancionados, para poder acomodar su actuación y evitar así la sanción, sin que sea admisible una sanción sorpresiva. El principio se completa con la exigencia de que la ley conste por escrito y haya adquirido publicidad, conforme este carácter se pretende que el derecho penal sea exclusivamente derecho positivo, lo que excluye la posibilidad de que mediante la costumbre o los principios generales no escritos se establezcan delitos y penas. Y que sea estricta, o sea, que defina con claridad qué conductas son sancionables, evitando el empleo de conceptos ambiguos, a través de las cuales no pueda saberse con certeza su contenido y la imposición de una pena pueda quedar al libre arbitrio del Juez. Es importante señalar, que, se impide la analogía en contra del reo, a través de la cual no pueda imponerse una pena por un hecho no previsto, ni plasmado como delito en la ley, ya que, por mucho que guarde similitud con otro tipificado como delito, el espíritu de tal precepto no es vinculante, con el hecho que se pretende subsumir. Todo ello lo expresa nuestra Constitución al indicar que la conducta ha de estar calificada “de manera expresa e inequívoca como punible”

Con esta norma penal se evidencia un alto componente de inseguridad jurídica, en tanto no existe una estricta indicación de las fuentes de garantías (que el sujeto tuviera un deber jurídico especial de evitar el resultado), lo que aún doctrinariamente constituye uno de los temas más debatidos de la teoría del delito; por lo tanto, dejar en manos de los jueces la determinación de ¿qué deberes jurídicos son especiales y cuáles no?, claramente constituye una violación al principio de legalidad, pues el judicial

se convertiría en un apéndice del ejercicio legislativo, contraviniendo el arto. 160 Cn que establece: “La administración de la justicia garantiza el principio de la legalidad; protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia”; de tal suerte, que el actuar del judicial no estaría únicamente sometido a la aplicación de la Constitución y las leyes, sino a criterios extralegales de un comportamiento normativamente desvalorado que debe tener consecuencias jurídicas.

La Reincidencia como Circunstancia Agravante, Arto 36 inc. 9.

Arto 36, inc. 9: Reincidencia: Es reincidente quien, habiendo sido condenado por sentencia firme en los últimos cinco años por un delito doloso, comete otro delito doloso comprendido dentro del mismo título.

Para considerar la reincidencia como circunstancia agravante el legislador establece:

- a) Que la persona haya sido condenada por sentencia firme por un delito doloso.
- b) Que el periodo de la comisión de un delito a otro se encuentre dentro los cinco años posterior al cumplimiento de la condena del primer delito.
- c) Que el delito cometido dentro de ese periodo sea de la misma naturaleza o familia de delitos.

No se contempla como reincidencia los delitos imprudentes cometidos dentro de ese mismo período.

Para determinar claramente la institución de Reincidencia, es preciso indicar su concepto y alcance del mismo, y es que, para Cabanellas: “Reincidencia es la repetición de la misma falta o delito; insistencia en lo mismo. Estrictamente hablando se dice que reincidencia es la comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado”.¹²

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 es la “personalidad defectuosa del autor, sin tomar demasiado en cuenta el hecho concretamente cometido.

Contrario a esa posición existen otros autores penalistas, que afirman que la reincidencia debe considerarse como una causa de atenuación de la pena; ya sea porque la repetición del delito obedece a una disminución de la imputabilidad, o porque la repetición se deriva de fallas en la organización social y de los malos sistemas penales y penitenciarios, por cuanto, tanto la pena tiene un carácter reeducativo, y el sistema penitenciario tiene como objetivo fundamental la transformación del interno para reintegrarlo a la sociedad, y no cumple con los objetivos fundamentales del sistema penitenciario y jurídico.

¹² Cabanellas, Guillermo. Diccionario Jurídico Enciclopédico. 27° Edición, Editorial Heliasta, Tomo VII, pp. 112.

Al incorporar la Reincidencia como circunstancia agravante dentro de nuestro sistema jurídico penal, se puede determinar una inconsistencia con nuestra Constitución, ya que, contraviene uno de los principios más conocidos en el Derecho Penal y Constitucional como es el de “Ne bis in ídem” (No ser juzgado ni sancionado por la misma causa) contenido en nuestra carta fundamental en el art 34 inc. 10 y en los convenios internacionales ratificados por Nicaragua y con perfil Constitucional tal y como lo dispone el art 46 Cn. Este derecho a “no ser juzgado dos veces por el mismo delito”, guarda estrecha relación con los fines de la pena, tales como el protector, resocializador y el preventivo, así como el principio de cosa juzgada, regulados constitucionalmente. El citado principio constitucional es violentado por la agregación de la reincidencia como una circunstancia agravante, ya que, "toda pretensión de agravar la pena de un delito posterior en razón de un delito anterior ya juzgado, importa una violación del principio de que no se puede juzgar a nadie dos veces por el mismo hecho (non bis in ídem)". Para Eugenio Raúl Zaffaroni en su obra Manual de Derecho Penal, Parte General: "la agravación por reincidencia es inconstitucional, debido a que, existe una convincente afectación a la intangibilidad de la cosa juzgada, en el sentido que se afecta la personalidad propia del autor, porque no se encuentra ningún vínculo con el bien jurídico afectado.

Así mismo, la Reincidencia contradice el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el cual contiene en su art 14 inc 7: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. Entonces, no es admisible que un

condenado pueda ser tratado más severamente al ser juzgado por otro hecho, en consideración al hecho antes juzgado y sancionado, se lo estaría volviendo a sancionar por el hecho anterior. Por ello, si "sancionado" quisiera decir lo mismo que "juzgado", no tendría sentido el doble componente atribuido por el Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos, por el cual nadie, por el mismo hecho, puede ser nuevamente juzgado y, además, como un aspecto diferente, nadie puede (en un nuevo juicio por un hecho distinto) ser sancionado más severamente por el hecho anterior, sino que su sanción debe limitarse al hecho que es materia de su nuevo juzgamiento.

Pero, el legislador al incluir la referida agravante, no solo quebranta el principio Constitucional "ne bis in ídem", sino que también, violenta un principio Constitucional, en el cual se rige nuestro régimen penal, dicho principio se encuentra consagrado en el arto 7 y 130 Cn. que reza: "La nación Nicaragüense se constituye en un Estado social y democrático de derecho. Ningún cargo concede a quien lo ejerce, más funciones que las que le confiere la Constitución Política y las leyes". Debe enunciarse que nuestra constitución política contiene además de preceptos específicos que limitan y definen el *ius puniendi*, preceptos generales que afectan y conforman el sistema punitivo y que vincula al legislador y a los tribunales en la conformación de todo el ordenamiento y lógicamente, también, el ordenamiento penal. Son estos principios generales lo que permiten captar adecuadamente el sentido de los preceptos concretos, por ende, el hecho que nuestra nación se constituye en un estado social de derecho; significa, que el derecho penal, debe desarrollarse dentro de las pautas y principios de este sistema, respetando las garantías y derechos fundamentales de los

ciudadanos, consecuentemente, no es admisible en un estado social de derecho la aplicación de un derecho penal de autor a como se pretende dejar establecido en el 36 numeral 9 (reincidencia), circunstancia preceptiva de un sistema autoritario¹³. Es así que la reincidencia es una circunstancia agravante que no debe estar contenida en nuestro código penal, considerando que lo único que se aprecia es un mayor desprecio por el derecho o una rebeldía hacia los valores jurídicos.

Nuestra Constitución al consagrar como base fundamental un Estado Social de Derecho, lleva implícito consigo términos directos y precisos del principio de culpabilidad, que se encuentra incorporado en las disposiciones que consagran los derechos y garantías de todo ciudadano que es sometido a proceso, por lo tanto, violenta flagrantemente el principio de culpabilidad como derivado del principio de legalidad (arto 34.1 Cn). Así como lo señala Fernando Velásquez Velásquez “en toda la dogmática jurídico penal se discute si el principio de culpabilidad se deriva del principio de legalidad o sucede lo contrario o si deviene del postulado del derecho al respeto a la dignidad de la persona humana”. Resulta claro que tanto uno como otro postulado constituyen consagraciones de rango constitucional.

El principio de culpabilidad tiene como punto de partida que la pena debe ser la justa medida de la culpabilidad lo que hace inadmisibles la aplicación de penas antojadizas o sencillamente basadas en criterios no objetivos. La reincidencia no es otra cosa que hacer cumplir al acusado por un hecho concreto, una pena mayor como consecuencia de haber realizado

¹³ Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y otros, *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, 1ra edición, Ed. Praxis, 1996, Pág. 34.

con anterioridad un ilícito por el que resultó condenado y que no guarda relación alguna con el hecho por el que ya fue juzgado y sancionado. Entonces, se trata de castigar una forma especial del modo de conducción de vida, que es lo que constituye el uso de la reincidencia para aumentar la intensidad de la violencia que se le puede aplicar a la persona que ha cometido el hecho, es decir, lo que se está castigando es una característica personal del autor, lo que es inadmisibles según el contenido del principio de culpabilidad.

Así mismo, dicho Estado Social de Derecho implica que nuestro sistema de justicia de control social, se va a fijar en un derecho penal de acto¹⁴, tal y como lo señala nuestra ley suprema en su arto 34.11 que señala que nuestro sistema penal se va a procesar por “acto u omisión...”, es decir, que en ningún momento del proceso nuestra carta fundamental consagra que al autor de un delito se le debe procesar de acuerdo a su personalidad. La vulneración, pues no puede resultar más evidente que cuando el arto. 36 Inciso 9 del nuevo código penal toma en cuenta la reincidencia a efectos de elevar los límites de la pena, con ello se está violentando de manera insoslayable una garantía de rango constitucional.

Podemos concluir, a como nos dice el maestro Enrique Bacigalupo “básicamente la incompatibilidad de la agravante de reincidencia con el principio de culpabilidad que tiene jerarquía constitucional es ajeno a la culpabilidad por el hecho... no es constitucionalmente legítimo un derecho

¹⁴ Nuestra Constitución señala, en primer lugar, como sancionables los “actos u omisiones”. Se garantiza, así, el llamado “Derecho Penal de Hecho o de acto”: una persona sólo puede ser sancionada por un hecho, del que sea culpable. Definido en la ley como delito; nunca su personalidad, peligrosidad, o circunstancias similares.

penal de autor que determine las penas en atención a la personalidad del reo y no según a la culpabilidad de este en la comisión de los hechos. Nadie puede ser culpable jurídicamente por su forma de ser”.

Inhabilitación Absoluta. De las Penas Accesorias. Arto: 55 y 66 párrafo segundo.

El artículo 55 del nuevo Código Penal establece que la pena de inhabilitación absoluta es la que consiste en la pérdida del cargo o empleo público, aunque provenga de una elección popular, la privación de todos los honores públicos, así como la incapacidad para obtener cualquier otro honor, cargo o empleo público y la pérdida del derecho a elegir o ser electo durante el tiempo de la condena. El artículo 55 violenta el artículo 39 Cn que establece: “En Nicaragua, el sistema penitenciario es humanitario y tiene como objetivo fundamental la transformación del interno para reintegrarlo a la sociedad...” además este mismo artículo establece que la pena tiene un carácter reeducativo. El legislador, debió tener en cuenta que el condenado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un régimen jurídico particular, motivado por el acto antisocial que cometió y encaminado a preparar su regreso a la libertad en las mejores condiciones para ejercitarla sociablemente; es por ello, que imponer una pena que despoja a una persona de todos sus honores atenta contra el artículo 39 de nuestra Constitución; pues, el espíritu de imponer la pena no es humanitario, sino degradante, al buscar como despojar al condenado de sus honores recibidos, la pena sobrepasa los límites del *ius puniendi*.

El diccionario de la Real Academia Española apunta que el honor, es la buena reputación; por tanto, el denominador común de todos los ataques e intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho, es el desmerecimiento en la consideración ajena, como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público como deshonrosas.

En **sentido objetivo** el honor es la reputación, buen nombre o fama de que goza, ante los demás, una determinada persona. Constituye una evaluación social de la persona medible por sus cualidades en el trabajo, la familia, la vida cotidiana y su participación en la vida política, económica, social y cultural.

En **sentido subjetivo** el honor es el sentimiento de estimación que la persona tiene por sí misma en relación con la conciencia de la propia dignidad moral.

En el ámbito de los derechos inherentes a la personalidad el derecho al honor ocupa un lugar primordial y preponderante, dentro de los valores morales más valiosos de la persona. La importancia del honor estriba en dar razón de un atributo tan vehemente como es la dimensión y valoración social de la personalidad. Se nutre de principios éticos y estimaciones colectivas determinantes de un patrimonio espiritual que no es lícito lesionar con ataques al prestigio ajeno. Es el honor, un bien de gran valía, pues a toda persona corresponde un mínimo de respetabilidad y honorabilidad, sin que nadie quede excluido de esta tutela. Por tanto, la protección del honor constituye un postulado jurídico fundamental, al poseer rango constitucional así lo recoge el artículo 26 inc. 3 Cn. y una profusa tutela penológica.

Y aún agudiza más la situación del condenado despojándolo del derecho al trabajo, garantizado en el artículo 80 de nuestra Constitución Política.

El trabajo es un derecho fundamental y un bien para el hombre: un bien útil, digno de él, porque es idóneo para expresar y acrecentar la dignidad humana. El trabajo es necesario para formar y mantener una familia, adquirir el derecho a la propiedad y contribuir al bien común de la familia humana. El trabajo es uno de los recursos más poderosos del desarrollo humano. A través de la actividad en el campo de la economía, la política, la cultura y la sanidad, el ser humano se desarrolla a sí mismo, construye de manera positiva su lugar en la sociedad, aporta riqueza a los demás y prepara un presente y un futuro mejor para las generaciones de hoy y de mañana. El derecho al trabajo, es un derecho también económico y está estrechamente vinculado a otros, como el derecho a una existencia digna y a la alimentación. A través del trabajo, el ser humano no sólo produce bienes y alimentos necesarios, sino también condiciones básicas para adquirirlos. Y como lo afirma nuestra Constitución es el medio fundamental para satisfacer las necesidades de la sociedad, de las personas y es fuente de riquezas y prosperidad de la nación. Cabe recordar que el nuevo código penal contiene un derecho penal en el que se desarrolla el llamado principio de humanidad de las penas, según el cual la pena aplicada al delincuente no puede degradarlo en su dignidad. Penas como las corporales o infamantes e incluso la pena de muerte y la cadena perpetua se han considerado como contrarias a dicha dignidad absoluta del ser humano; por lo tanto, la pena impuesta debe de cumplir con el carácter reeducativa y de reinserción del individuo a la sociedad.

Reglas para la Aplicación de las Penas. Arto 78, literal a.

Este artículo en el inciso a), a su letra dice “si no concurren circunstancias agravantes y atenuantes o cuando concurren unas u otras, se tendrán en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.”

En el artículo 130 Cn se establece que Nicaragua como nación se constituye en un Estado Social de Derecho y ningún cargo concede más funciones que las que están establecidas en la Constitución y las leyes. Siendo el juez un funcionario del Poder Judicial, está limitado por este artículo en el ejercicio de sus funciones, así mismo el artículo 165 de la Constitución Política y el arto 2 de la Ley de Carrera Judicial que declaran la independencia de los magistrados y jueces quienes deben exclusiva obediencia a la constitución política y la ley.

Por todo lo anterior, no es admisible en un Estado Social de Derecho que el reproche penal se efectúe basado en las circunstancias personales del acusado, es decir, por su forma de ser o de conducirse habitualmente; pues se estaría aplicando un derecho penal de autor y no de acto a como lo manda la Constitución en el arto 34 inc. 11 “a no ser procesado o condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no este previamente calificado en la ley...”

Es conveniente que nuestra justicia penal instaure el sistema de determinación legal relativa que supone o permite combinar la exigencia del legalismo –señalamiento de una cantidad genérica de pena para el delito- con las propias del principio de igualdad; esto es, por la necesidad de distinguir en cada caso concreto las específicas modulaciones de la

gravedad del hecho, pero lo que no es correcto, ni admisible, es que en la concreción de la pena, el juez tome en consideraciones las circunstancias personales del sancionado; además de ser una evidente violación al principio de legalidad ya que estas valoraciones son proclives al arbitrio del judicial; el término “circunstancias personales” es ambiguo. ¿Que deberá tomar en cuenta el juez para sancionar?, porque si hablamos de circunstancias personales pueden ser muchas cosas tales como sociales, económicas, culturales, etc. hay una gran cantidad de circunstancias personales entre las cuales el juez valorará.

Para fundamentar mejor citamos como ejemplo la mujer delincuente, que es una persona común y corriente, a quien circunstancias personales, familiares y sobre todo, socioeconómicas, propiciaron y estimularon para llevar a cabo actos al margen de la ley; esto es, la impotencia y frustración por no poder satisfacer sus necesidades más elementales, la orillan a cometer actos irracionales, desesperados (pero estos factores en ningún momento justifican la conducta ilícita dentro de nuestro sistema jurídico). En otras mujeres, la influencia del hombre y el tipo de relación que mantienen con él, es lo que determina que se vean involucradas en actos delictivos, ¿en estos dos casos qué tomará como criterios el juez para aplicar la pena? Según el nuevo código penal las circunstancias personales si no hay atenuantes o agravantes o aunque las hubiera. En el primer caso, el juez sancionará, suponemos que fundamentando su resolución a como lo mandata la ley basado en las circunstancias familiares, socioeconómicas que propiciaron el que la mujer realizara una conducta contraria a la ley y el segundo de los casos el juez tomara la influencia de su pareja y la relación

que tenía con este. El juez está aplicando una pena basado, en su forma de vivir y no por el hecho, por la infracción a la ley.

Suspensión de la Pena de Prisión. Arto 87 primer párrafo.

Para algunos autores la institución de la suspensión de la pena es, especialmente un acto de gracia, para otros un modo de extinción del delito, o de la pena, o una pena o sanción moral, e incluso una forma de absolución¹⁵.

El jurista Florián opina que su carácter jurídico debe estudiarse en cada una de las legislaciones que adoptarán esta institución, si bien en general y considerándola en relación a sus fines, estimaba que venía a ser un sustitutivo de la pena destinado a ejercer una acción preventiva y moral sobre el condenado¹⁶.

El artículo 87 del nuevo Código Penal establece, que los jueces o tribunales sentenciadores podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad de hasta cinco años mediante resolución

¹⁵ La institución surge en Francia con la ley del 25 de marzo de 1891, cuyo espíritu era la de prevenir la reincidencia, dándole al sentenciado, un interés o aliciente para conducirse bien, bajo la amenaza de ejecutar la pena si no lo hace. La institución fue muy debatida pues para BINDING la “condena condicional” desacredita a la autoridad penal por ser contradictorio que el tribunal condene y en al mismo momento otorgue la gracia. Para otros es una forma de extinguir la pena, MANZINI afirma que no es así, ya que realmente la pena se mantiene viva esperando ser aplicada cuando el condenado incumpla.

¹⁶ Núñez Barbero, Ruperto. Suspensión Condicional de la Pena y “provation,” Universidad de Salamanca. 1970, Pág. 12.

motivada; para ello atenderán fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto.

Este párrafo primero deja a discreción del juez la suspensión de la pena sin darle más parámetro que la “peligrosidad del sujeto criminal”, lo cual es violatorio al art. 130 de nuestra Constitución, el cual establece que Nicaragua se constituye en un Estado Social de Derecho. Esta valoración individual de la peligrosidad al momento de resolver la suspensión de la pena de prisión, le da una apreciación subjetiva e indeterminada al juez basado en aspectos propios de la personalidad del sentenciado, y en todo caso le cercena el beneficio por la forma del ser, por su personalidad, o modo de conducirse habitualmente y no propiamente por la conducta realizada o cometida, que es lo que debe de tomarse en cuenta en un Estado democrático a como lo establece el art. 7 de nuestra Constitución.

Si bien es cierto que en el momento de la fase del análisis para otorgar o no el beneficio a la suspensión de la pena de prisión, concurren los criterios de prevención general y especial, que en el primer de los casos nos referimos a la predicción de que el castigo de un delincuente influye en otro para que se abstenga de cometer el mismo delito; y con respecto al segundo es especulativa, ya que, el condenado se abstendrá de cometer otros delitos. No obstante, frente a éstas, según el presente artículo, se suma también la de considerar por parte del juez las circunstancias indeterminadas de la peligrosidad criminal del sujeto, violentando los límites del *ius puniendi* y los preceptos que conforman el sistema punitivo y que vincula al legislador y a los tribunales en la conformación del ordenamiento jurídico; es por ello, que al constituirse nuestro país en un Estado Social de Derecho, está en la obligación de desarrollar el derecho penal dentro de las

pautas y principios de este sistema; en consecuencia, el legislador no puede otorgar al judicial una función bajo el arbitrio de circunstancias subjetivas que no se encuentren señalada por la ley a como lo exige el principio de legalidad, característica propia de un sistema penal de acto y no de autor, violentando el arto 34 numeral 11, el cual afirma, que todo procesado tiene derecho en igualdad de condiciones a no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse, no este previamente calificado en la ley, es decir, que se le juzgará por el hecho, acción u omisión que comete o deje de realizar y no por su personalidad o presunta peligrosidad.

El arto 34 numeral once de nuestra Constitución Política, orienta al juez a tomar en consideración el acto y no la personalidad ya que la personalidad constituye una complejidad, una estructura psíquica compleja, que le da identidad al ser humano; estructura compleja, que se ha formado interactivamente, entre la constitución psíquica originaria del individuo, incluida su carga genética, por un lado, y el entramado de influencias y estímulos externos, por el otro.

El comportamiento tiene desde luego que ver, con esa estructura psíquica compleja, no hay un factor de conversión único y unívoco que permita equiparar el delito con el comportamiento de las personas; además las predicciones, no pueden dar cuenta de las imprevisibles variantes con las que tropezará en el futuro la persona. Una personalidad se desarrolla, en su interacción con el contexto social y la realidad que la circunda. La complejidad de la personalidad se revela en gran parte, en la dificultad e imposibilidad de predicción del comportamiento; hay numerosas variables, internas y externas, que influyen en el comportamiento humano, y aunque las conociéramos todas, no podríamos concluir en un determinismo causal,

dada la constatación que surge de la experiencia, de que individuos en similares condiciones, actúan de las maneras más diversas, y de que un mismo individuo en circunstancias similares puede variar su comportamiento.

Si la ecuación entre delito y personalidad fuera perfecta, aunque lo fuera solamente en el momento de la infracción, el diagnóstico de delincuencia debería conducir irremediablemente a un pronóstico de reincidencia, que es refutado por el considerado índice de delincuentes ocasionales, teniendo en cuenta de otro lado, que el alto índice de delincuentes reincidentes, obedece a la supervivencia de las condiciones criminógenos de sociedades en las que las aberrantes desigualdades socio-económicas empujan a sectores subalternos de la sociedad a la transgresión penal (en apoyo de esta afirmación están las estadísticas que revelan, un primer lugar para el número de atentados contra el patrimonio económico). Contra esa ecuación, personalidad es igual a delito, están los mismos textos de psicología, que establecen como causas del comportamiento humano: la herencia, las causas orgánicas, el entorno social - ambiental y las de la personalidad. De acuerdo a ello, la conducta humana obedece a esa serie de factores, entre los cuales la personalidad es solo uno de ellos; la ecuación en consecuencia debería ser más bien:

Delito = genética + f. orgánico + f. ambientales + personalidad

Sin embargo, la cuestión no es tan esquemática, ni debe colocarnos en riesgo de caer en una teoría factorial, pero si hay que reconocer que su origen se ancla en la dinámica complejidad de esas coordenadas, teniendo

en cuenta que el delito es una variante comportamental, y en una quinta estructural ignorada en la psicología funcionalista predominante.

Aunque para los Psicólogos de la personalidad, los principales determinantes de la conducta lo constituyen las variables sociales-ambientales y de personalidad, ciertas condiciones orgánicas y la herencia constitucional, guardan cierta incidencia en el comportamiento humano, sea normal o desviado. De todos modos, queda claro que aún con aquella restricción de influencias en la conducta, la personalidad no se puede equiparar al delito.

La conclusión es, que reprimir la personalidad es claramente violatorio a la Constitución Política, empezando por su principio vertebral de la dignidad humana y prosiguiendo con los derechos fundamentales de la intimidad personal, libertad de conciencia, libre desarrollo de la personalidad. El derecho penal de autor viola frontalmente la dignidad humana; frente a él, el derecho penal de acto, es ordenado por la misma Constitución, en el arto. 33, plantea la autorización estatal de intervención en la vida del ciudadano por causas previamente fijadas en la ley, en concordancia con lo que dispone el arto. 34 de la misma Carta de que “nadie podrá ser juzgado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no este previamente calificado en la ley; estos dos artículos de la Constitución despliegan líneas directrices que en el código penal se desarrollan con los artículos 1 (reiteración del principio de legalidad), arto. 7 (conducta punible), arto. 21 (tipicidad), arto. 22 (antijuridicidad) y arto 9 (culpabilidad). Todas estas normas se refieren a conductas, sinónimo de actos o comportamientos; para nada se habla de personalidad, de temperamentos o de condiciones personales.

En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado y ratificado por el Decreto N° 255, del ocho de enero de 1980. Consagra el derecho penal del acto en su arto. 15: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...”. Este instrumento resulta de aplicación preferente, de acuerdo al arto. 34 numeral 11 de nuestra Carta Política.

Solamente podemos hablar de predicciones como probabilidades; la pretensión de pronosticar certeramente el comportamiento de una persona, ha sido refutada reiteradamente por la experiencia. Incluso debemos tener en cuenta fenómenos de conversión de muchas personas que pasan de incendiarios a bomberos, como el bíblico Paulo de Tarso, quien después de perseguir a los cristianos, se convirtió súbitamente al cristianismo llegando a ser uno de los apóstoles más celosos hasta culminar en la santidad. El comportamiento delictivo no está determinado solamente por la variante-personalidad, sino también por los estímulos exteriores y la interacción (apremios y necesidades personales, comportamiento de la víctima, presión social, pulsiones y desarrollos inconscientes, etc.).

Medidas de Seguridad, Arto 98.

No hace falta una amplia explicación para destacar que las medidas de seguridad y corrección, a diferencia de las penas, son fruto del pensamiento del derecho penal de autor. Las mismas se han desarrollado a partir de la teoría de la prevención especial del jurista Liszt y se orientan por principio totalmente a la personalidad del autor, y como no requieren culpabilidad hay

un amplio retroceso del derecho concreto como fundamento de la responsabilidad. Si bien es cierto, el Estado de Derecho ha introducido garantías en el sistema de medidas de seguridad, y en esa medida tampoco es irrelevante el hecho y el peso del mismo. Pero en comparación con la pena se han invertido los signos: la personalidad del autor está en primer plano, y el hecho sólo sirve para dar lugar a la sanción y para impedir excesos desproporcionados en su aplicación¹⁷. Es clara la violación a los principios constitucionales visibles en el artículo 34 de la Constitución, se pretende poner una sanción basándose exclusivamente en la personalidad del sujeto y no por el acto cometido y más aun el juez deberá, tomar en cuenta el comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos por parte del procesado.

Cabe destacar que de toda la gama de conductas que se dan en realidad, la norma penal selecciona una parte que valora negativamente y sanciona con una pena. Cuando el derecho desvalora una conducta, la conoce, realiza a su respecto un acto de conocimiento y el legislador se limita a considerarla desvalorada (mala).

El punto de partida de toda reacción jurídico penal, es la conducta humana; esta, se le agregan algunos predicados: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, que convierten esa conducta humana en delito.

¹⁷ Roxín, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. 2da ed. SIVITAS, Madrid España. 1999. pág. 189.

“El nuestro es un derecho penal de acto y no de actor” y las medidas de seguridad son propias de un derecho penal de autor, en el cual se pone mayor importancia a la personalidad y no a la acción que se realizó.

El derecho penal no puede alterar esa conducta, debe de respetar su ser o sea, su estructura óntica (onto-ente), ontológico – lo que pertenece a la ciencia o estudio del ente- óntico lo que pertenece al ente.

La base del delito es la conducta – (sinónimo de “ACCIÓN” y de “acto”), reconocida en su estructura óntico- ontológica, y por ello el principio “*nullum crimen sine conducta*” es una elemental gramática jurídica.¹⁸

Medidas de Protección de Urgencia para la Víctima de Violencia Intrafamiliar o Doméstica, arto 111, literal a) y b).

El artículo 111 de código penal, faculta al juez a imponer como medida de protección hacia la víctima; ordenar el abandono inmediato del hogar del imputado o acusado y, prohibir o restringir la presencia de la persona denunciado en la casa de habitación. El artículo 111 del código Penal violenta lo dispuesto en el arto 34 inc. 1, de nuestra Constitución Política que garantiza la presunción de inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; y a que se le garantice su intervención y defensa.

¹⁸ Sergio Cuarezma Terán, Mario Houed Vega. Derecho penal, criminología y derecho procesal penal. 1ra ed. Hispamer, Managua, Nicaragua. 2000.

Al ser las medidas de protección de urgencias señaladas en el art. 111 del nuevo Código Penal, de naturaleza preventiva, por cuanto se dicen que son aplicables sin que exista un proceso penal en contra del denunciado, violenta el debido proceso, en especial la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho de ser oído y el derecho a recurrir contra el auto del juez.

El reconocimiento constitucional del derecho de defensa como derecho fundamental y, por tanto, su directa aplicabilidad, exige que haya de ser respetado y promovido por todos los poderes públicos y comporta al propio tiempo una especial y privilegiada protección, a través del amparo, tanto ordinario, como constitucional. El derecho fundamental de defensa se integra con todo un catálogo de derechos también fundamentales de carácter instrumental, cuya mayoría se encuentra recogida en el art. 34 Cn (derecho a la asistencia de un defensor, derecho al silencio, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, derecho a no confesarse culpable ni a declarar contra su cónyuge, a la presunción de inocencia, etc.), aunque algunos de ellos se encuentren en otros preceptos como sucede con la protección de la libertad a través del habeas corpus o los plazos máximos de la detención y de la prisión que se prevén en el art. 33 Cn.

El derecho de defensa, debe de entenderse como un derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su defensor a comparecer inmediatamente en la investigación y a lo largo de todo el proceso penal, a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no estar

condenado, se presume inocente. De tal manera que la defensa opera, como un factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal. También confluyen en la defensa otras garantías y derechos como la audiencia del procesado, la contradicción procesal, el derecho a la asistencia técnica del abogado. El uso de medios de prueba, el derecho a no declarar contra sí mismo o declararse culpable.

La base esencial del derecho a defenderse, reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación, incluyendo la posibilidad de agregar, además todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar las consecuencias jurídicas posibles o para inhibir la persecución penal. No es sólo la posibilidad literal de verter palabras, sino que la norma constitucional le da un contenido mucho más profundo, debiendo la ley de enjuiciamiento prever actividades previas y posteriores en relación al ejercicio de esta garantía, a fin de que ella se pueda constituir en el núcleo del derecho de defensa en juicio. El desarrollo de estas necesidades formales, es lo que se conoce como el *principio de contradicción*.

Desde el punto de vista del derecho a la defensa del imputado, comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier otra circunstancia que la excluya o atenúe. Estas actividades pueden sintetizarse en: facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente, la de probar los hechos que el mismo invoca para excluir o

atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener una resolución favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal.

Esta facultad de intervenir comienza, desde el mismo momento en que la persona es indicada como autor o participe del hecho que resulta objeto del procedimiento, por parte de la autoridad competente.

Por otra parte la defensa técnica, constituye una actividad esencial del proceso penal y admite dos modalidades: a) la defensa material que realiza el propio imputado ante el interrogatorio de la autoridad policial o judicial; y, b) la defensa técnica que está confiada a un abogado que asiste y asesora jurídicamente al imputado y lo representa en todos los actos procesales no personales. Los pactos internacionales ratificados por nuestro país, también regulan la defensa oficial, como el derecho irrenunciable del imputado a ser asistido gratuitamente por un defensor proporcionado por el Estado, cuando no designare defensor.

El arto 111 del nuevo código penal omite todo lo anteriormente referido pues sin darle lugar al acusado de ejercer su derecho a la defensa y de probar su inocencia, faculta al juez a ordenar el abandono inmediato, prohibir o restringir la presencia del acusado en la casa de habitación.

En el párrafo segundo del mismo artículo se lee que en el caso de los pueblos indígenas de la Costa Atlántica las medidas, serán aplicadas por la autoridad comunal de acuerdo con el derecho consuetudinario y las leyes vigentes.

El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley exige, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta lo haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. Pero exige también que la composición del tribunal venga determinada por la ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente.

La protección efectiva de los derechos humanos requiere, no solo el establecimiento de las garantías y derechos contenidos en la Constitución Política o leyes ordinarias, sino también que las leyes sean aplicadas por jueces y tribunales cuya organización, estructura e independencia sea capaz de asegurar el cumplimiento de las mencionadas garantías. Por tal motivo, la conformación y organización de los tribunales de justicia, tiene una influencia notoria en la protección y garantía de los derechos humanos. Cuando hablarnos de tribunales penales nos referirnos a lo establecido por la Constitución Política, en su artículo 158, en el sentido de que 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. La Constitución señala que los tribunales de justicia forman un sistema unitario cuyo órgano superior es la Corte Suprema de Justicia, y que habrá Tribunales de Apelación, Juzgados de Distrito y Juzgados Locales, cuya organización y funcionamiento serán determinados por la ley. Establece también la carrera judicial, que será regulada por la ley (art. 159 Cn). De lo

anterior se desprende que las facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponden exclusivamente al Poder Judicial.

La Constitución garantiza a la persona procesada este derecho, al expresar que el acusado tiene derecho a ser juzgado en igualdad de condiciones y sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley. No hay fuero atractivo¹⁹. Nadie puede ser sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción (art. 34, núm. 2 Cn). Con esta garantía se pretende que todos los procesados por delito o falta puedan ser juzgados por un órgano competente independiente e imparcial conforme a la ley, acorde con los procedimientos establecidos por ella y en igualdad de condiciones.

Aunque en determinado momento existieron tribunales especiales (o tribunales de excepción) y el fuero militar atractivo es ejemplo de ello, la Constitución Política de la República -reformada por la Ley N°. 192/1995- fortalece la seguridad jurídica del ciudadano y la protección de los derechos humanos al cerrar toda posibilidad (o tentación) al establecimiento de tribunales atractivos. Así prescribe, que todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a ser juzgado sin dilaciones por tribunal

¹⁹ Cuando se dice que un individuo tiene fuero, se está afirmando que debe comparecer, no ante el tribunal establecido por la ley para todos los ciudadanos por la naturaleza del hecho, del territorio en que tuvo ocurrencia o de la cuantía, sino ante otro tribunal señalado especialmente en razón de la investidura o del título que ostenta.

"Como el significado más común que se tiene es la competencia de un tribunal para conocer de aquellos hechos atribuidos a determinadas personas, en razón de su especial condición, de su profesión o de la función que desempeñan en la organización. No es lo mismo competencia de un tribunal que fuero; como se dijo antes, el fuero se entiende como la competencia de un tribunal para juzgar determinadas personas, pero en consideración a su profesión o a su investidura; esta es su característica".

competente establecido por la ley. No hay fuero atractivo. Nadie puede ser sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción. Por lo tanto los “Tribunales” de los pueblos indígenas de la Costa Atlántica no forman parte de los tribunales de justicia común y no están facultados para conocer de los delitos y mucho menos para aplicar las medidas señaladas en el art 111 del Nuevo Código Penal. Este artículo viola lo prescrito en los artos 27, 34, 158, 159, 160 de nuestra Constitución Política.

Extinción de la Responsabilidad Penal, art 130

La vigente Constitución Política de la República de Nicaragua de agosto de 1987 y sus reformas, establece que los Magistrados y Jueces en su actividad judicial, son independientes y sólo deben obediencia a la Constitución Política y la ley; se regirán, entre otros, por los principios de igualdad, publicidad y derecho a la defensa. La justicia en Nicaragua es gratuita. (arto. 165 Cn.). En este enunciado podemos observar, de forma clara y directa, el principio esencial de independencia de los jueces en un Estado de Derecho, como garantía primigenia de una correcta administración de justicia.

El artículo 130 del código penal, en el penúltimo de sus párrafos establece: “En los delitos o faltas contra niñas, niños, adolescentes menores de dieciocho años o personas con problemas de discapacidad, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Público, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos y ordenar el cumplimiento de la condena o la continuación del procedimiento.

Para rechazar el perdón al que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante de los niños, niñas, adolescentes o discapacitados.”

En los referidos párrafos del artículo 130 se deja claro el derecho de defensa de la víctima ya sea a través del fiscal o de su representante a intervenir al momento en que el juez resuelva sobre la viabilidad del perdón, excluyendo de participación al acusado y a su defensor. El legislador al permitir que el juez escuche al fiscal y al representante de la víctima, deja en indefensión al acusado, no pudiendo replicar sobre los argumentos de estos en el proceso, violentando el debido proceso, el derecho a la defensa, la igualdad ante la ley. Ambas partes deben de ser escuchadas.

Prescripción de la Acción Penal y de la Pena. Artos 131 y 133.

La figura de la Extinción de la Responsabilidad Penal y Prescripción de la Pena se encuentran reguladas en el Título VII, capítulo I del libro I del nuevo código penal. En el artículo 131 se regula la prescripción de la acción penal y se detallan una serie de circunstancias por las cuales esta puede prescribir. Sin embargo, en el artículo hay una excepción para los delitos del artículo 16 del mismo código, párrafo que consideramos inconstitucional y que a su letra dice “la acción penal en los delitos señalados en el artículo 16 de este Código, no prescribirán en ningún caso.” Seguidamente el artículo 133 referido a la prescripción de la pena en el últimos de sus párrafos se lee “las penas impuestas por los delitos señalados en el artículo 16 de este código no prescribirán en ningún caso.”

La prescripción se fundamenta en diversos principios basados en preceptos constitucionales, que se pueden sintetizar en los siguientes:

Principio de seguridad jurídica prescrito en el art 25 Cn. Todos los ciudadanos tienen derecho a una seguridad jurídica, no pudiendo tener la incertidumbre permanente de que en cualquier momento posterior, la ley puede inculparles. Este principio ha de ponerse en relación con un derecho fundamental consagrado en la Constitución, el derecho a un proceso sin dilaciones.

Finalidad rehabilitadora de la pena art 39 Cn. La pena ya no cumple sus finalidades de prevención general y resulta inhábil para la reinserción social del delincuente. Aparece también como un derecho fundamental la orientación de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad hacia la reeducación y la reinserción social. Así, la política criminal imperante en un momento determinado, no debe suponer para el reo una pena complementaria, lo cual sería un estado de incertidumbre que se prolonga en el tiempo más allá de lo estrictamente necesario.

Es una renuncia expresa del Estado al ejercicio del ius puniendi. Si el fundamento y razón de ser de la prescripción de la responsabilidad penal es, en definitiva, la renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi*, ningún reproche cabe hacer, desde la perspectiva constitucional, a que el ordenamiento limite temporalmente el ejercicio por el Estado del derecho a castigar. El hecho de que los derechos fundamentales sean permanentes e imprescriptibles, es compatible con el ejercicio de la correspondiente acción que permite reclamar jurisdiccionalmente ante una presunta y determinada violación, y esté sujeto a un plazo de prescripción.

Motivos de orden público y utilidad social. El tiempo produce un desvalor social en los delitos y en la alarma social que provocaron, con el paso del tiempo la perturbación social se pacifica.

Garantía para el reo. Además, el paso del tiempo dificulta la reproducción de la prueba y debilita la fiabilidad de la prueba (los testigos fallecen, se olvidan de los hechos, los vestigios desaparecen, o los testigos se confunden o se contradicen), la prescripción es una garantía para el reo.

Garantía para la víctima. La prescripción le da la posibilidad de cerrar la vía penal e iniciar la vía civil para resarcirse económicamente.

Límite al poder judicial. En conexión a la limitación del *ius puniendi*, si se proclama el principio de independencia judicial, por el que los jueces son independientes del poder político, la prescripción lo que supone es un límite al poder judicial y una garantía para los ciudadanos frente al posible uso arbitrario o abusivo de dicho poder.

La prescripción puede producirse de dos formas distintas, pero las consecuencias son idénticas:

- 1) Inicio tardío del procedimiento: Tiene lugar cuando desde que se ha cometido un delito hasta que el procedimiento se ha iniciado y dirigido contra el culpable, ha transcurrido el lapso de tiempo que fija la ley según la gravedad del delito.
- 2) Paralización del procedimiento: La responsabilidad penal también se extingue por prescripción, cuando el procedimiento penal dirigido contra el

presunto culpable se paraliza interrumpidamente durante el mismo lapso de tiempo marcado por la ley.

Las dos formas de prescripción tienen idénticas consecuencias, pues la única leve diferencia que les separa, es el momento en que se desarrolla el plazo de prescripción; es decir, antes del inicio del procedimiento o durante la tramitación del mismo, sin que exista ninguna otra diferencia.

Nuestra Constitución Política en los artículos 33 y 34 inc 2 impone la existencia de un proceso como condición ineludible para la realización del derecho penal, al establecer que para poder ser privados de libertad por la comisión de algún delito se debe de hacer conforme al procedimiento legal y ser juzgados sin dilaciones. En este orden de ideas, se ubica la exigencia de que el proceso penal sea tramitado en un plazo razonable; pauta que si bien no es privativa de aquél, no cabe duda que se acentúa en materia penal por el respeto que merece la dignidad del hombre, que proclama el derecho de toda persona sospechosa de la comisión de un delito, a poner fin a dicha situación de incertidumbre y eventualmente, de privación de libertad.

En consonancia con nuestra Constitución, la normativa supra-nacional de igual jerarquía a partir de la reforma del año 1995 en su artículo 46 recepta igualmente este derecho. Así, el arto. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos expresa que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías "dentro de un plazo razonable", en tanto que el arto. 7.5 del mismo cuerpo legal vincula el plazo razonable con la libertad personal al disponer que "toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario

autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable: "tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan un largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente."

El fenómeno de la excesiva duración de los procesos penales, lamentablemente es una realidad que se impone en nuestro sistema de justicia; razón por la cual, priva a aquél de su principal objetivo de asegurar el ejercicio de los derechos y garantías del imputado. Así mismo, afecta la confianza que el sistema de derecho le debe brindar a la población; no debiéndose perder de vista que "el proceso" es una institución legalmente regulado para hacer realizable la administración de justicia y una sentencia tardía en modo alguno puede ser considerada como cumplimiento constitucionalmente válido de la administración de justicia pero solo basados en la carga de trabajo y en los pobres recursos destinados a la impartición de justicia.

La prescripción de la acción penal por la excesiva duración del proceso, encuentra su fundamento, en que un proceso que se prolonga indebidamente, constituye una afectación intolerable de los derechos y garantías del imputado. No es saludable que una persona soporte una incierta situación de duda delictual por períodos de cinco, diez o quince años. En este sentido, la garantía a obtener un pronunciamiento judicial que defina de una vez y para siempre la situación ante la ley y la sociedad, se basa en que el Estado con todos sus recursos y poder no tiene derecho

a llevar a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos, sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar también la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable.

Al no ser aplicables la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena a los delitos del artículo 16 como son entre otros el terrorismo, piratería, la esclavitud, etc., se viola una gran cantidad de derechos y garantías constitucionales tales como el derecho a la seguridad arto 25 inc. 2; igualdad ante la ley consagrado en el arto 27; A que al procesado se le dicte sentencia dentro de los términos legales y a ser juzgado sin dilaciones artículo 34; el arto 160 que afirma que la administración de justicia garantiza el principio de legalidad y vela por los derechos humanos mediante la aplicación correcta de la ley en los procesos.

Con respecto a la prescripción de la pena, aún cuando con una menor relevancia práctica, la prescripción de la pena implica la imposibilidad jurídica de materializar la sanción penal impuesta por el juez mediante sentencia al responsable de la comisión de un delito y la extinción, por tanto, de la responsabilidad penal adquirida como en la prescripción de la infracción, en esta modalidad prescriptiva contiene una renuncia del Estado a completar el ejercicio del *ius puniendi* ya iniciado, que culminaría con la ejecución de la pena impuesta, motivada por el transcurso del plazo legal previsto desde la fecha de la sentencia firme condenatoria o desde el quebrantamiento de la condena.

La prescripción de las penas y de las medidas de seguridad tienen, a nuestro entender, el mismo fundamento e idéntica naturaleza que la prescripción de la infracción penal. Así, lo que justificaría básicamente la renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi* es, de nuevo, la consideración de que un prolongado período de tiempo desde la imposición de la pena y hasta su efectiva ejecución disminuye o anula la función preventiva general asociada a la misma. Como argumento complementario, deberá apelarse igualmente a la seguridad jurídica, entendida como necesidad social de poner fin a todas las cosas y de impedir que el ejercicio del *ius puniendi* pueda quedar indefinidamente en la incertidumbre y más aún los derechos del condenado.

El código penal, al no hacer extensivo los efectos de los artículos 131 y 133 respectivos a la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena al artículos 16 del mismo cuerpo de ley, causa inseguridad jurídica y un estado permanente de sospecha al determinar la imprescriptibilidad de los delitos.

CONCLUSIONES

Después de un arduo trabajo de investigación, es necesario enfocarnos en los objetivos planteados para poder presentarles la resolución de nuestro trabajo monográfico, el que titulamos: Inconstitucionalidad del Nuevo Código Penal - Parte General. A lo largo de este período investigativo adquirimos nuevos conocimientos en la materia de Derecho Constitucional y Penal, fortalecimos nuestras técnicas de investigación jurídica, gracias al tiempo invertido en el análisis de los 137 artículos que comprenden la parte general del código, identificando así 13: **Concurso Aparente de Leyes Arto 11; Leyes Penales Especiales Arto 20; Omisión y Comisión por Omisión. Arto 23; La Reincidencia como Circunstancia Agravante Arto 36 inc. 9; Inhabilitación Absoluta. De las Penas Accesorias. Arto: 55 y 66 párrafo segundo; Reglas para la Aplicación de las Penas. Arto 78, literal a; Suspensión de la Pena de Prisión. Arto 87 primer párrafo; Medidas de Seguridad, Arto 98; Medidas de Protección de Urgencia para la Víctima de Violencia Intrafamiliar o Doméstica, arto 111; Extinción de la Responsabilidad Penal, arto 130; Prescripción de la Acción Penal y de la Pena. Artos 131 y 133** artículos que transgreden principios, derechos y garantías constitucionales, en los cuales orientamos nuestros esfuerzos y energías para poder argumentar en qué consiste la inconstitucionalidad y cuál es el precepto constitucional pasado en alto por el legislador. Nos sentimos satisfechos en la argumentación que a consideración de nuestro Tutor el Msc. Luis Hernández León, es lógica y coherente.

La mayoría de estos artículos que consideramos inconstitucionales se fundamentan en el Derecho Penal de Autor, derecho que se encuentra proscrito en nuestra Constitución, cuando afirma que tenemos derecho a no ser procesado ni recaerá condena por acto u omisión que en el momento de cometerse no esté previamente establecida en la ley, este artículo 34 inciso 11Cn, deja claro que nuestro derecho penal es un derecho penal de acto; de igual manera el arto. 130 Cn, lo acoge al señalar que la nación nicaragüense se constituye en un Estado Social de Derecho, de manera categórica nuestra norma suprema dispone de un Derecho Penal de Acto; el arto. 98 referente a las medidas de seguridad, es un claro ejemplo de derecho penal de autor cuya pretensión es proteger a la sociedad ante un “peligro inminente”, basándose únicamente en la personalidad del sujeto para imponer alguna medida, lo cual, roza con el artículo 34 y 130 de la Constitución anteriormente referido. Otro ejemplo más claro, es la novedad de la reincidencia como agravante, que a consideración del jurista Luis Jiménez de Asúa resulta absurdo imponer una pena agravada, el delincuente al término de ella, volverá a ser un peligro para la sociedad. A nuestro parecer castigar más gravemente a un hombre a causa de un delito anterior cuya condena ya cumplió, constituye una gran injusticia, además en la cárcel el sujeto no aprende a vivir en sociedad, sino a perseguir y aún perfeccionar su carrera criminal a través del contacto y las relaciones con otros delincuentes, de esta manera, resulta claro que el derecho penal y la ejecución de medidas privativas de libertad no han cumplido la función de evitar el delito y la transformación del interno para reintegrarlo en la sociedad, ya que, nuestro sistema penitenciario no cumple con sus finalidades, y resulta inadecuado justificar que la sobrepoblación de las cárceles refleja el combate frontal a la delincuencia, cuando la estadística al

respecto en la ciudad no disminuye. Este hecho da cuenta de que el sistema penitenciario está en crisis.

Dividir el sistema penal en ordinario para el delincuente ciudadano y, en especial, para el delincuente organizado o terrorista, a como lo pretende hacer el legislador en los artículos 131 y 133 referentes a la prescripción de la acción penal y de la pena con respecto a los delitos referidos en el artículo 16 del código penal afirma que estos delitos no prescriben, deben ser cuestiones muy discutidas que los nicaragüenses necesitamos conocer a profundidad. El llamado derecho penal del enemigo, que desarrolló el ilustre académico alemán Günther Jakobs, independientemente de su viabilidad y justificación filosófica, tiene el inconveniente de construir un derecho sustantivo y procesal especial o de excepción, pero, principalmente, la reducción peligrosa de los derechos fundamentales.

Un tema de vital importancia al que debemos estudiar junto al análisis de los artículos, es la Política Criminal y en una breve referencia a la situación de ésta, en nuestro país con respecto a la criminalidad, en el cual, existen dos tendencias: la primera, la reintegración social del autor, y segundo, hacerle frente a éste mediante la firmeza y la disuasión, que es la que está en boga. Gran parte de la política criminal en sí misma, al ser parte de la política en general, es usada para dar más popularidad a los políticos, los cuales no tienen la menor idea de lo que realmente ocurre con el problema de la criminalidad. Desde el punto de vista de Claus Roxin, sólo se debe aplicar la pena privativa de libertad a casos realmente graves como lo son los delitos capitales, y no se debería aplicar a delitos menores, porque: las penas no son medios adecuados para luchar contra la criminalidad: primero, porque el delito siempre va a estar presente en la sociedad, debido a que al

ser la sociedad tan múltiple en sus facetas, van a existir individuos que no van a estar preparados mental ni emocionalmente para la vida, donde encontrarán al delito como una salida de su situación desesperante; o personas que al no querer perder su riqueza, encontrarán en delitos macro (desfalcos o delitos económicos) solución a sus problemas, como también existirán las relaciones familiares desavenidas o por último la miseria del mundo que provocará delitos patrimoniales o los clásicos delitos contra la propiedad.

No es posible construir soluciones mágicas y automáticas para la prevención del delito pero, sí se puede estructurar una Política Criminal Integral, procurando que el delincuente no pueda delinquir, pero fundamentalmente procurando que el niño o joven, especialmente el marginal, aquél abandonado por su familia, por el Estado y por la sociedad, no se convierta en delincuente; que otros no se hagan adictos a las drogas o al alcohol; que se reduzca la circulación ilegítima de armas de fuego, que se refuercen los sistemas educativos y recreativos para la niñez y la juventud, con énfasis en la formación en valores; que se brinde apoyo a la familia de bajos recursos; que se organicen los barrios y las comunidades participativamente para la prevención de conductas inadecuadas que alteren el orden público y que en cada zona se creen espacios propicios para la prevención del delito en coordinación con la policía y que se involucren todos en recuperar el espacio urbano muchas veces “desertizado” por haber sido abandonado por los vecinos y cedido a los delincuentes, quienes rápidamente se instalan en él, sembrando el ambiente de inseguridad y temor en la sociedad.

La educación permanente y participación del ciudadano para reconocer junto a nuestros derechos el derecho de los otros, es quizás, la primera y única medida eficaz para lograr ese Estado de Derecho al que todos aspiramos y no sea la utopía en la literatura de renombrados juristas. La prevención de los delitos y la sanción de aquellos que determinaron violentar las normas, son elementos posteriores y de igual importancia que el tema de la educación, pero no actuar en los tres ámbitos sería un error que nos lleva a la ineficacia de nuevas leyes y de las instituciones que constituyamos para su aplicación.

Reconocemos el reclamo permanente de la sociedad nicaragüense para vivir en armonía y paz social, pero es necesario aceptar que los problemas del país los debemos resolver todos como miembros de la sociedad.

BIBLIOGRAFIA

Acosta Castellón, María Luisa y otros. Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua. 1ra Ed. Hispamer, Managua Nicaragua.1999.

Aguilar García, Marvin Ramiro y otros. Comentarios al Nuevo Código Penal Parte General. 1ra ed. Auspiciado por USAID, Estado de Derecho, Managua Nicaragua, 2008.

Antón Oneca, José y otro. Derecho Penal Parte General. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1940.

Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal y Estado de derecho. Ed. Jurídico de Chile. Santiago Chile. 2005.

Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal – Parte General. 3ra Ed. Editorial TEMIS S.A. Bogotá – Colombia, 1996.

Bettioli, Giuseppe. Derecho Penal Parte General. 4ta ed, editorial Temis Bogotá. 1965.

Código Penal de España, 1995. Editorial Colex, edición 2005.

Código Penal de la República de Nicaragua.

Constitución Política de Nicaragua.

Creus, Carlos. Derecho Penal – Parte General. 4ta Ed. Actualizada y Ampliada. 1ra Reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1999.

Cuarezma Terán, Sergio. Recopilación de los tratados Internacionales en Materia Penal. 1ra Ed. HISPAMER. Managua, Nicaragua, 2005.

Cuello Calón, E. Derecho Penal. 14va Ed. Casa Editorial Bosh, Barcelona España, 1982.

Escobar Fornos, Iván. Manual de Derecho Constitucional. 2da Ed. Hispamer. Managua Nicaragua.2005.

Escobar Fornos, Iván. Constitución y derechos humanos. 1ra Ed. Editorial HISPAMER, Managua, Nicaragua, 1996.

Gómez de la Torre, Ignacio Berdugo, Arroyo Zapatero, Luis y otros. Lecciones de Derecho Penal – Parte General. 2da Ed. Editorial La Ley, 1999.

Jiménez de Asúa, Luis. Lecciones de derecho penal. Compilación y datación Enrique Figueroa Alonso, México 1997.

Luzón Peña, Manuel. Pedraz Penalva, Ernesto. Cuarezma Terán, Sergio. Documentos penales y criminológicos. Vol.1, 1ra ed. HISPAMER, Managua 2001.

Luzón Peña, Diego- Manuel. Curso de Derecho Penal- parte general. ed. HISPAMER, VOL. 1 Managua Nicaragua.

Marvis Jirón, María. Lecciones de Derechos Humanos. 1ra ed. Editorial Complejos Gráficos TMC, Managua, Nicaragua, 2007.

Meléndez, Florentín. Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la Administración de Justicia, Estudio Constitucional Comparado. 4ta Ed. Imprenta Criterio. San Salvador, El Salvador, 2006.

Mora Mora, Luis Paulino. Constitución y Derecho Penal. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 1995.

Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis. Bogota Colombia. 1984.

Núñez Barbero, Ruperto. Suspensión condicional de la pena y probation, (Problemática acerca de su naturaleza jurídica). Universidad de Salamanca, Gráficas Europa 1970.

Piura López, Julio. Introducción a la metodología de la investigación científica. 3ra Ed. Litografía y Tipografía Rojas. Managua Nicaragua.1998.

Queralt Jiménez, Joan. Estudios sobre Derecho Penal y Protección de los Derechos Fundamentales, 1ra ed. Editorial Servicios Gráficos. Managua, Nicaragua, 2007.

Ramos Mendoza, Josefina. Jurisprudencia Constitucional de Nicaragua 1913 – 2000. Tomo III, 1ra ed. Managua. Corte Suprema de Justicia, 2001.

Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. 2da ed. SIVITAS, Madrid España. 1999.

Sánchez Romero, Cecilia. Derecho Penal. Parte General y Jurisprudencia. Segunda Ed. San José, Costa Rica, Editorial Jurídica continental, 2000.

Ubertone, Fermín Pedro. Como hacer una monografía jurídica. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1991.

Witker, Jorge. Como elaborar una tesis en derecho. 1ra ed. Editorial Civitas, Madrid España. 1986.

Zulueta, Endika, Del “derecho penal de autor a la abolición del “Estado de derecho”, disponible en:
<http://www.diagonalperiodico.net/spip.php?article5177>

Trujillo Gastelum, Bernardo. La Supremacía Constitucional, disponible en
<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/070626110600.htm>

Dal Bello, Paola E. Supremacía de la constitución y control de constitucionalidad, disponible en:
<http://www.monografias.com/trabajos10/supre/supre.shtml?relacionados>.

Rodríguez Morales, Alejandro J, Derecho penal de autor y Derecho penal del acto disponible en:
http://www.geocities.com/cienciaspenales/Derecho_penal_de_autor.pdf

Aparicio, Julio Enrique, Política Criminal y Prevención del Delito Breves consideraciones sobre Política Criminal, disponible en:
<http://revista-cpc.kennedy.edu.ar/Edicion001/PoliticaCriminal.aspx>.

<http://www.monografias.com/trabajos44/derecho-penal-constitucion/derecho-penal-constitucion.shtml>

<http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/01/00108-principios-constitucionales-de-derecho-penal-enrique-bacigalupo.html>.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr9.pdf>

<http://apuntes.rincondelvago.com/constitucion-como-norma-juridica-suprema.html>

<http://www.ua.es/personal/jant/GAP/1/DC/01.pdf>

http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_17.pdf

<http://www.monografias.com/trabajos42/politica-criminal/politica-criminal.shtml>
<http://www.monografias.com/trabajos55/tesis-penitenciaria/tesis-penitenciaria.shtml>

ANEXO

Artículos del nuevo Código Penal de Nicaragua – Parte General, que se oponen a nuestra Constitución Política.

Los artículos y párrafos que aparecen destacados en letra negrita en el texto de los presentes artículos del Código Penal Vigente, corresponden a la identificación como disposición inconstitucional.

(N de los A)

Art. 11. Concurso aparente de leyes.

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 84 y 85 se sancionarán de acuerdo con las siguientes reglas:

La norma especial prevalece sobre la general;

El precepto subsidiario sólo se aplicará en defecto del principal, tanto cuando se declare expresamente dicha subsidiariedad, como cuando sea ésta tácitamente deducible.

El precepto complejo o el precepto cuya infracción implique normalmente la de otra sanción menos grave, absorberá a los que castiguen las infracciones subsumidas en aquél;

Cuando no sea posible la aplicación de alguna de las tres reglas anteriores, el precepto penal que sancione más gravemente excluirá a los que castiguen con menor pena.

Art. 20. Leyes penales especiales.

Las disposiciones del Título Preliminar y del Libro Primero de este Código, se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas.

Los delitos y las faltas cometidos por miembros de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de la Costa Atlántica en el seno de ellas y entre comunitarios, cuya pena no exceda de cinco años de prisión, serán juzgados conforme al derecho consuetudinario, el que en ningún caso puede contradecir a la Constitución Política de Nicaragua. No obstante, queda a salvo el derecho de la víctima de escoger el sistema de justicia estatal al inicio mismo de la persecución y con respeto absoluto a la prohibición de persecución penal múltiple.

Art. 23. Omisión y comisión por omisión.

Los delitos o faltas pueden ser realizados por acción u omisión. Aquellos que consistan en la producción de un resultado, podrán entenderse realizados por omisión sólo cuando el no evitarlo infrinja un especial deber jurídico del autor y equivalga, según el sentido estricto de la ley, a causar el resultado.

En aquellas omisiones que, pese a infringir su autor un deber jurídico especial, no lleguen a equivaler a la causación activa del resultado, se impondrá la pena agravada hasta el doble del límite máximo de la del delito omisivo. No obstante, dicha pena no podrá superar en ningún caso el límite mínimo de la pena asignada al delito de resultado que correspondería aplicar si hubiera comisión por omisión.

Art. 36. Circunstancias agravantes

Son circunstancias agravantes:

1. 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 directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. Asimismo actuará con alevosía quien se aproveche de las circunstancias de indefensión en la que se encontrare la víctima al momento del ataque.

2. 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 que debilitan la defensa del ofendido o facilitan la impunidad del delincuente.

3. Móvil de interés económico. Cuando se ejecuta el hecho mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

4. Incendio, veneno, explosión. Cuando se ejecuta el hecho con ocasión o por medio de inundación, 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.

5. 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 nación a la que pertenezca; sexo u orientación sexual; o enfermedad o discapacidad que padezca.

6. Ensañamiento. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, y causar a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

7. Abuso de confianza. Cuando para ejecutar el hecho se aprovecha de la posición alcanzada como consecuencia de la confianza depositada por la víctima o perjudicado, en violación de los principios de lealtad y fidelidad derivados por los vínculos de amistad, parentesco o de servicio.

8. Prevalimiento. Valerse del carácter de funcionario o empleado público que tenga el culpable o valerse del cargo de dirección o empleo que se tenga en una empresa prestadora de un servicio público.

9. Reincidencia. Es reincidente quien, habiendo sido condenado por sentencia firme en los últimos cinco años por un delito doloso, comete otro delito doloso comprendido dentro del mismo Título.

10. Personas protegidas por el derecho internacional. Las personas a quienes se les reconoce este estatuto en virtud de instrumentos internacionales ratificados por Nicaragua.

11. 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 esas relaciones del matrimonio, unión de hecho estable u otra relación de afinidad o laboral, y aún cuando la relación hubiera cesado.

El aumento de la pena no podrá superar, por ningún motivo, el máximo establecido para el delito cometido.

Art. 55. Inhabilitación absoluta

La pena de inhabilitación absoluta tendrá una duración de seis a veinte años y consiste en la pérdida del cargo o empleo público, aunque provenga de una elección popular, la privación de todos los honores públicos, así como la incapacidad para obtener cualquier otro honor, cargo o empleo público y la pérdida del derecho a elegir y ser electo durante el tiempo de la condena.

Art. 66. De las penas accesorias.

Las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la ley declare que otras penas las llevan consigo.

La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate.

En las penas de prisión de hasta diez años, los jueces o tribunales podrán imponer, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias alguna de las siguientes: inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otra actividad relacionada, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate.

También podrán imponerse las penas establecidas en el presente artículo por un período de tiempo que no excederá de tres meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas.

Art. 78. Reglas para la aplicación de las penas.

Los jueces y tribunales determinarán la pena dentro del máximo y el mínimo que la ley señala al delito o falta, tomando en consideración las siguientes reglas:

- 1. Si no concurren circunstancias agravantes y atenuantes o cuando concurren unas y otras se tendrán en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.**
- 2. Si solo hay agravantes se aplicará la pena media hasta su límite superior, salvo que lo desaconsejen la circunstancias personales del sujeto.**
3. Si concurre sólo alguna atenuante, se impondrá la pena en su mitad inferior.
4. Si concurren varias atenuantes o una sola muy cualificada, se podrá imponer una pena atenuada cuyo límite máximo será el límite inferior de la

pena prevista en la ley para el delito o falta de que se trate y cuyo límite mínimo podrá ser la mitad o la cuarta parte de éste, teniendo en cuenta al fijar su extensión, la naturaleza y número de las atenuantes.

Los jueces y tribunales deberán, so pena de nulidad, razonar o motivar en los fundamentos de la sentencia la aplicación de la pena.

Art. 87. Suspensión de la pena de prisión.

Los jueces o tribunales sentenciadores podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad de hasta cinco años mediante resolución motivada; para ello atenderán fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto.

El plazo de suspensión será por un período de prueba de dos a cinco años para las penas privativas de libertad de hasta cinco años, y de tres meses a dos años para las penas leves y se fijará por los jueces o tribunales, previa audiencia a las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados.

Los jueces y tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de la pena de prisión impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

Art. 98. Medidas de seguridad

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 aplicarán 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 concurran estas circunstancias:

a. Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito, según sentencia firme;

b. 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.

Art. 111. Medidas de protección de urgencia para la víctima de violencia intrafamiliar o doméstica.

Cuando la acción u omisión hubiere sido cometida por un miembro de la familia hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad dentro de la familia conviviente, o en unión de hecho estable, la autoridad judicial del lugar donde ocurrió el hecho a petición de parte, podrá aplicar según el caso las siguientes medidas de protección:

Ordenar el abandono inmediato del hogar del imputado o acusado y, tomando en cuenta la voluntad de la víctima, reintegrarla al hogar del que fue sacada con violencia o intimidación;

Prohibir o restringir la presencia de la persona denunciada en el casa de habitación de la ofendida u ofendido dentro de un radio mínimo de ciento cincuenta metros;

Ordenar la reintegración de la persona ofendida al hogar del que fue sacada con violencia o intimidación;

Prohibir o limitar la presencia de la persona denunciada al lugar del trabajo de la persona ofendida u ofendido dentro de un radio mínimo de ciento cincuenta metros;

Garantizar a la persona ofendida la atención médica, psicológica o psiquiátrica en caso de que sea necesaria. A igual atención se someterá en caso necesario a la persona denunciada para su rehabilitación y evitar las reincidencias;

Ordenar el examen bio-psico-social a los menores de edad involucrados en hechos de violencia doméstica o intrafamiliar y brindarles su debida atención;

En caso de denuncias de maltrato infantil se solicitará a la autoridad correspondiente la intervención de organismos especializados que realicen la investigación y brinden apoyo, protección, asesoría, consejería y seguimiento respectivo;

La persona denunciada deberá prestar las garantías suficientes que determine el Juez para compensar los posibles daños ocasionados a la persona ofendida;

En caso de que la víctima sea un menor de edad o persona con problemas de discapacidad, la autoridad judicial competente podrá confiar provisionalmente la guarda protectora a quien considere idóneo para tal función, si estaba confiada al agresor;

Prohibir toda forma de hostigamiento que perturbe la tranquilidad de la ofendida u ofendido incluyendo los medios electromagnéticos o de otra índole;

Ordenar el decomiso de armas de la persona denunciada.

En el caso de los pueblos indígenas de la Costa Atlántica las medidas serán aplicadas por la autoridad comunal de acuerdo con el derecho consuetudinario y las leyes vigentes;

El Juez o Tribunal podrá ordenar las medidas de protección referidas en los incisos anteriores al momento de tener conocimiento de los delitos. Para su cumplimiento, podrá solicitar el auxilio de la Policía Nacional.

La Policía Nacional y el Ministerio Público en la etapa investigativa solicitarán a la autoridad judicial la aplicación de las medidas de protección referidas en este artículo de forma preventiva, por un plazo que no exceda de diez días.

Cuando el Ministerio Público resuelva no ejercer la acción penal, la víctima o su representante podrán solicitar al juez penal que se apliquen o se mantengan las medidas de protección por el período que tarde en resolver los recursos respectivos.

En caso de incumplimiento por parte del imputado a las medidas de protección ordenadas por el juez, éste procederá a aplicar una medida más grave, a instancia de parte.

Art. 130. Extinción.

La responsabilidad penal se extingue por:

- a) La muerte del imputado, acusado o sentenciado;
- b) El cumplimiento de la condena;
- c) El indulto, cuyo efecto se limita a la extinción total o parcial de la pena, será determinado en cada caso por la Asamblea Nacional. Se excluye de este beneficio a los sentenciados por delitos contra el orden internacional;
- d) La amnistía, la cual extingue por completo las penas principales y accesorias y todos sus efectos. Se excluye de este beneficio a los sentenciados por delitos contra el orden internacional;
- e) El perdón del ofendido, cuando la ley así lo prevea;
- f) La prescripción de la acción penal;
- g) La prescripción de la pena;
- h) La aplicación firme de una de las manifestaciones del principio de oportunidad; y
- i) Los demás casos expresamente señalados por la ley.

En los casos en que la ley lo permita, el perdón del ofendido podrá ser otorgado en cualquier momento del proceso y de la ejecución de la pena.

En los delitos o faltas contra niñas, niños, adolescentes menores de dieciocho años o personas con problemas de discapacidad, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Público, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, y ordenar el cumplimiento de la condena o la continuación del procedimiento.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el Juez o Tribunal deberá oír nuevamente al representante de los niños, niñas, adolescentes o discapacitados.

Art. 131. Prescripción de la acción penal

La acción penal prescribe:

A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años;

A los quince años, cuando la pena máxima señalada por la ley sea de prisión de entre más de diez años y menos de quince años; a los diez años, cuando la pena máxima señalada por la ley sea de prisión de entre más de cinco y menos de diez años;

A los cinco años, los restantes delitos graves;

A los tres años, los delitos menos graves;

Los delitos de calumnia e injuria prescriben a los treinta días.

Las faltas prescriben a los tres meses.

Cuando la pena señalada por la ley es compuesta, se usará para la aplicación de las penas comprendidas en este artículo, la que exija mayor tiempo para la prescripción.

La acción penal en los delitos señalados en el artículo 16 de este Código, no prescribirán en ningún caso.

Cuando se trate de delitos cometidos por autoridad, funcionario o empleado público con ocasión del ejercicio de sus funciones, se interrumpirá el plazo de prescripción de la acción penal mientras la persona disfrute de inmunidad o se sustraiga a la justicia.

El termino de prescripción de la acción penal en los delitos propios de los funcionarios que gocen de inmunidad y que se cometieren a partir de la vigencia de este Código, iniciara a partir del cese de sus funciones, sin

perjuicio de las facultades que les corresponden a la Asamblea Nacional en materia de inmunidad.

Art. 133. Prescripción de penas.

Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

- a) A los veinticinco años, las de prisión de quince o más años;
- b) A los veinte años, las de inhabilitación por más de diez años y las de prisión por más de diez y menos de quince años;
- c) A los quince años, las de inhabilitación por más de seis y menos de diez años y las de prisión por más de cinco y menos de diez años;
- d) A los diez años, las restantes penas graves;
- e) A los cinco años, las penas menos graves.
- f) Al año, las penas leves y faltas.

Las penas impuestas por los delitos señalados en el artículo 16 de este Código no prescribirán en ningún caso.