

La Reforma del Código Penal en Nicaragua

María Asunción Moreno Castillo*

Resumen.- La redacción de un nuevo Código Penal podría calificarse de urgente necesidad si tenemos en cuenta que nuestras normas penales no se adecuan a las exigencias jurídicas, sociales y políticas de un Estado Social Democrático y de Derecho, pues el Código Penal vigente (1974) no es más que un texto parchado por todas partes, e incluso en alguna ocasión doblemente parchado, que no aguanta más remiendos. De ahí la necesidad de la redacción y aprobación de un texto penal que obedezca a las nuevas tendencias político criminales y postulados del Derecho penal moderno.

El Derecho Penal y la Protección de la sociedad mediante la prevención

El Derecho penal es el sector del ordenamiento jurídico que se encarga de establecer cuáles son las conductas prohibidas (los delitos) en una sociedad y cuáles van a ser las consecuencias jurídicas (penas, medidas de seguridad, penas accesorias) que se van a imponer a los ciudadanos que las realicen. De tal forma que, entre las normas que integran el ordenamiento jurídico en su sentido amplio, están las normas jurídico penales cuya característica es que contienen una amenaza de imposición de penas.

Conviene tener esto en cuenta para que se utilice la ley penal de acuerdo con su naturaleza: el Derecho penal, como rama del ordenamiento jurídico, es el instrumento más fuerte con el que contamos y su finalidad es la prevención de delitos, y no su castigo. Por ello, no debe ser utilizado como instrumento que institucionalice determinadas ideas o intereses (ya sean éstos políticos, morales, religiosos o éticos), sino que debe aspirar a proteger a la sociedad a través de la prevención de delitos.

Dentro del marco de estas consideraciones, el Derecho penal como medio para solucionar los problemas sociales, debe atender una serie de principios rectores. Entre ellos, el *principio de intervención mínima*, un postulado básico de política criminal moderna que limita el ejercicio del *ius puniendi*. Conforme a este principio, el Derecho Penal sólo debe utilizarse cuando resulten insuficientes otros mecanismos de reacción jurídica de menor gravedad. Es decir, que se debe acudir a él como último recurso (*ultima ratio*) para atender los conflictos sociales. Además, este principio es una exigencia ética dirigida al legislador. No obstante, no debe entenderse como un reblandecimiento del sistema punitivo, sino todo lo contrario: castigo a los ataques más graves de forma efectiva, y reconquista de la confianza en el sistema penal.

Para ello es necesario que la ley tenga concordancia interna, lo que se logra con una visión sistémica y coherente para evitar repeticiones, o equivalencia de penas entre delitos de distinta gravedad lo que, además de ser injusto, constituiría una flagrante violación del principio de proporcionalidad.

* Directora de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCA.

Necesidad de la reforma: el proyecto del Código Penal como expresión de las nuevas corrientes penales y político criminales

La actualización del Código Penal a través del planteamiento de una reforma completa y total es una necesidad indiscutible, si se tiene en cuenta que la técnica legislativa de reformas parciales hasta ahora empleada por el legislador nicaragüense, no ha solventado los vacíos que nuestro ordenamiento jurídico penal presenta ante la sofisticación y surgimiento de nuevas formas de delincuencia. No obstante, se debe tener presente la poca conveniencia de recurrir al Derecho penal como la "varita mágica" que solucione todos los problemas sociales o, peor aún, utilizarlo como un instrumento para imponer valores morales, políticos o religiosos, lo que sería incompatible - como señala Roxin - con las nuevas tendencias de la dogmática penal moderna.

El Proyecto de Código Penal presenta una serie de novedades que, en términos generales, se adecuan a los avances de la doctrina penal moderna y a líneas legislativas del derecho comparado. En su primer Título (denominado Título Preliminar) encontramos el reconocimiento expreso de las llamadas *garantías penales* que abarcan el aspecto criminal, penal, jurisdiccional y ejecutivo del sistema penal. Este es uno de los pilares básicos del sistema punitivo: el *Principio de legalidad* según el cual no hay delito ni pena si previamente no está establecido en la ley penal

No obstante, el reconocimiento de este principio no debe quedar en una simple proclamación formal, sino que debe ser

una realidad reflejada en todo el Código. En caso contrario, mostraría una grave incongruencia interna. Al respecto, preocupa que el Proyecto, contra el progresismo que se le atribuye, tiende a criminalizar más conductas de las que descriminaliza. Además, es evidente el uso desmedido de normas penales en blanco en la penalización de nuevas conductas. Por ejemplo, los delitos contra la propiedad intelectual, delitos bursátiles, delitos relativos al mercado y a los consumidores, delitos socioeconómicos, cuando en su Título Preliminar se encuentra expresamente reconocido *el principio de legalidad*. Este principio supone taxatividad y claridad en las normas jurídicas. Es decir: los ciudadanos, además de saber qué conductas están prohibidas, deben comprender el significado de la norma porque el Derecho Penal no sólo se dirige a especialistas. El ciudadano medio va ha tener muchas dudas sobre si su conducta está o no penalizada, lo que nos llevaría a la inseguridad jurídica.

En conclusión, hay una verdadera inflación legislativa con evidentes problemas político criminales que, afortunadamente, aún se pueden corregir.

Orientación y estructura del proyecto del Código Penal de 1999

El Proyecto de Código Penal sigue la tendencia - al igual que el CP vigente - mayoritaria de los Códigos Penales contemporáneos al contemplar su estructura una Parte General y una Parte Especial. Este hecho indica una sistematización del Derecho Penal que debe reflejarse en su aplicación a través de una sistematización de la Parte General con la Parte Especial.

Aspectos generales de la parte general

El Libro I del Proyecto establece las cláusulas generales que regirán para todas las figuras delictivas. Supone un gran paso adelante en relación con el Código Penal vigente, aunque tiene algunas debilidades que afectan al sistema de penas que pondrían en duda su eficacia y adecuación. Por ejemplo, en el aspecto del cumplimiento de la prestación de trabajo de utilidad pública o la pena de multa, la responsabilidad penal subsidiaria por la falta de pago, o la suspensión de la pena privativa de libertad ante la ausencia de infraestructura, recursos económicos y humanos que se encargue de vigilar su cumplimiento.

En materia de formas imperfectas de ejecución del delito, el arto. 31, establece un criterio limitativo que castiga la conspiración y proposición para delinquir, así como la apología, provocación e inducción del delito (arto. 32) únicamente en los casos previstos por la ley.

En cuanto a las eximentes, en el arto. 34 hay un incremento de las causas eximentes de responsabilidad penal, así por ejemplo, el caso fortuito (arto. 34); la alteración psicológica temporal o permanente; la no exigibilidad de una conducta distinta, etc. Al respecto, el prelegislador no ha querido despojarse de la obediencia debida, aun cuando en el Derecho comparado esta eximente ha desaparecido.

El artículo 22 del Proyecto introduce una importante novedad respecto del Código Penal vigente, pues establece que sólo se castigará la comisión dolosa y la imprudente y, en este último caso, sólo cuando expresamente lo disponga

la ley. Se suprime la preterintencionalidad en contraste con la regulación vigente.

En materia de autoría y participación en el delito, el Proyecto de Código Penal (arts. 41 ss), a diferencia de las regulaciones precedentes, establece un sistema binario al reconocer expresamente las distintas formas de autoría (autoría inmediata individual, a la coautoría y a la autoría mediata) y participación cooperación necesaria, los inductores y cómplices). A estos efectos, se suprime la definición del art. 24.1 CP vigente, relativo a los cooperadores ejecutivos, y lo sustituye por "quienes conjuntamente realizan el delito", afirmando de esta manera que se trata de coautores, y diferenciándolos claramente de los partícipes en sentido estricto (inductores y cooperadores necesarios) a quienes solamente se le equipara a efectos de pena (arto. 41.2).

No obstante, la terminología empleada en el artículo 43 de "asimilados" no parece correcta cuando en el artículo 41.2 Proyecto, claramente se habla de autores y partícipes. Por ello, la expresión más adecuada es la de "partícipes asimilados" o simplemente "partícipes".

El encubrimiento ya no es considerado como una forma de participación en un delito ajeno, sino como un tipo penal autónomo que atenta contra la administración de justicia. Y se cierra el título con la regulación del actuar en nombre de otro, conforme al cual los directivos u órganos de una persona jurídica van a responder penalmente.

El Proyecto de Código penal ofrece el concepto de incapaz a efectos penales

en el arto. 40 que dispone: "*A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida por sí misma gobernar su persona o bienes*". Es decir, el prelegislador penal establece un concepto de incapaz más amplio que el establecido en el ordenamiento civil, pues no sólo incluye las incapacitaciones de derecho, sino también las de hecho. Esta previsión es coherente con la protección especial que se debe brindar a las personas especialmente vulnerables por su inmadurez física o psíquica.

Igualmente, ofrece un concepto sobre efectos penales de Funcionario y empleado público (arto. 38) y de documento en el artículo 39, lo que contribuye a la interpretación y aplicación de los delitos especiales.

El sistema de penas es totalmente nuevo en relación con el vigente (arto. 65). Se incorporan instituciones novedosas sin arraigo en nuestra cultura jurídicopenal como la de trabajo de utilidad pública o el de la responsabilidad penal subsidiaria, entre otras. Al respecto, se observa un incremento de las penas, cuando las líneas legislativas modernas tienden a reducirlas. En cuanto al precepto que establece la libertad condicional extraordinaria (arto. 97) para los internos septuagenarios o con padecimientos incurables, manifiesta el carácter humanitario que debe tener el Derecho Penal.

También se establecen consecuencias accesorias a las personas jurídicas (arto. 113) (sociedades, empresas, asociaciones o fundaciones) que estuvieran

relacionadas con la comisión de hechos delictivos, los favorecieren o encubrieren. Entre estas consecuencias se prevén medidas de clausura, disolución, suspensión o prohibición de sus actividades.

Tipologías de la parte especial

En cuanto a la sistemática empleada, en la Parte Especial (Libro II) se ha optado por la posición doctrinal más moderna y de Derecho Comparado al iniciar con la regulación de los delitos contra las personas y derechos fundamentales y, posteriormente, regula las conductas que atentan contra la colectividad y el Estado.

Así pues, la ubicación sistemática, la rúbrica y el contenido de los Títulos y Capítulos que integran la Parte Especial del texto punitivo, ponen en evidencia el orden de valores que su sociedad considera como merecedores de mayor protección. El Código Penal de 1974 en el Título I del Libro II regula los denominados "*Delitos contra las personas y su integridad física, psíquica, moral y social*" en consonancia con la regulación de los derechos individuales establecidos en Título IV, Capítulo I de la Constitución que nos indica la preponderancia de la protección de los derechos individuales sobre cualquier otro en nuestro ordenamiento jurídico penal.

El Proyecto de Código Penal sigue esta misma línea. No obstante, la rúbrica "*Delitos contra las personas y su integridad física, psíquica, moral y social*" es sustituida por la expresión "*Delitos contra la vida, la integridad física y seguridad personal*", que es coherente con el contenido que abarca.

Además no sólo cambia la denominación del Título, sino que una simple lectura del texto propuesto muestra un cuadro normativo muy distinto en lo que respecta a los delitos contra la vida. Y este asunto interesa mucho a este trabajo.

A diferencia de la regulación penal vigente, el Proyecto refleja cuáles son los bienes jurídicos protegidos en el Título I del Libro II. También, la tipificación, en títulos separados, de los delitos de homicidio, de aborto, manipulaciones genéticas, lesiones, riña y agresión y la exposición de personas al peligro en el que encontramos nuevos delitos relativos a la omisión de auxilio y utilización de niños y niñas o discapacitados para la mendicidad o la delincuencia.

Sin embargo, los esfuerzos por actualizar el Código no concluyen porque en el Proyecto se encuentran figuras delictivas como el parricidio, cuyo ilícito se caracteriza por el vínculo de parentesco entre la víctima y el agresor. Por lo tanto, no hay razón de su vigencia, ya que el mismo resultado punitivo se obtiene si se aplica el arto. 138 relativo al homicidio con la circunstancia mixta de parentesco establecida en el arto. 37 del Proyecto.

Por otra parte, el artículo 142 del proyecto establece una regulación indiferenciada entre inducción al suicidio y el homicidio consentido. Evidentemente se trata de dos tipos de conductas totalmente distintas. Específicamente, el inciso 2 que se refiere a la eutanasia activa - o muerte producida con consentimiento a un enfermo desahuciado -, podría constituir un comportamiento justificado y con ello impune al mediar el con-

sentimiento. No obstante, si se decide la punición de la eutanasia, cuestión que es discutible, no hay razones sistémicas para que se trate conjuntamente con la inducción al suicidio.

En lo que respecta al asesinato, asombrosamente se encuentra entre las circunstancias "el que con motivo de un robo" (arto. 140.e), y es asombroso, porque los textos penales modernos indican cuál es la línea legislativa más correcta en lo que respecta a los delitos contra la vida, en los que se debería partir de un tipo básico de homicidio, y señalar las circunstancias agravantes. Con ello se evitarían *nomen iuris* que caracterizan a un Derecho penal dramático ya superado. Así pues, cuando se produzca la muerte de una persona (homicidio) con motivo de realizar un robo, cabe técnicamente aplicar el concurso de delito real establecido en el artículo 85 del Proyecto.

En el complejo asunto de la vida dependiente, el Proyecto se adscribe a la tesis antiabortista, rechaza la denominada "teoría del plazo" y la "teoría de las indicaciones" y se castiga el aborto imprudente, las lesiones al feto y el autoaborto siempre que éste sea doloso". Muy discutida es la tipificación del aborto terapéutico cuya finalidad es la de eximir de responsabilidad penal a las mujeres que, por razones determinadas por especialistas, se practican un aborto. Este problema podría ser solucionado a través de una correcta interpretación de una eximente genérica, (arto. 34.5) como es el estado de necesidad.

En los delitos de lesiones, la penalidad se configura en atención a los medios comisivos empleados y se destierra el criterio temporal en la curación de las

lesiones ocasionadas. No obstante, no hay explicación técnica para que exista el arto. 157 relativo a las lesiones consentidas, cuando está claro que el consentimiento es una causa de exclusión penal. Los requisitos sobre su validez son también perfectamente conocidos. En cuanto a las lesiones producidas a quien está por nacer, no está muy claro que puedan producirse lesiones psíquicas.

Los denominados "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", terminología más correcta técnicamente que la clásica "Delitos contra la propiedad" establecida en el CP vigente, presentan una sustancial reforma pues abarcan los ataques a la posesión y derechos reales de ajena pertenencia. En efecto, bajo este título se agrupan nuevos supuestos delictivos como los delitos contra los derechos de autor y contra la propiedad industrial, entre otros.

En materia de robo también hay importantes novedades. El arto. 266 ss. CP vigente en el que se contemplan delitos complejos de robo con homicidio, las lesiones se adecuan escrupulosamente al principio de culpabilidad.

En los delitos contra la libertad sexual, se sigue una línea conservadora en relación con el delito de estupro, figura que ha desaparecido en algunos ordenamientos modernos, pues el elemento que lo caracteriza no es un ataque a la libertad sexual, sino el engaño, elemento subjetivo poco preciso que tiene como consecuencia el castigo por la discutible cuestión de incumplimiento de promesa. Además, se tipifica el incesto en una regresión a una concepción del Derecho penal ya superada,

pues la tendencia moderna apunta hacia el despojo de rasgos moralistas.

Una novedad es la creación de tipos que protegen la vida privada de las personas teniendo en cuenta los adelantos tecnológicos. No obstante, el uso de algún término como el de "descubrimiento", por citar algún ejemplo, no es el más adecuado para definir una conducta que atenta contra la esfera íntima de una persona.

En este capítulo se encuentra la tipificación de la violación del secreto profesional en el artículo 200, donde se emplean términos como "noticia" y "divulgación". Por lo tanto, se sanciona la divulgación sin causa justificada, pues si no, no habría delito, realizada por profesionales o personas que trabajan en los medios de comunicación. Este enunciado deja un vacío en cuanto a la revelación de datos o hechos conocidos por razón de su profesión, oficio o relaciones laborales no considerados noticia, pero que son importantes en la vida privada de una persona.

Al respecto, hay que señalar que este precepto es una reproducción reacomodada del artículo 239 del Código Penal vigente, cuya novedad consiste en el incremento del marco penal. Ahora bien, el artículo 199 denominado "Propalación", sanciona la divulgación de correspondencia, papeles o grabaciones de naturaleza privada por quien se convierte legítimamente en un garante de la esfera privada al estar dirigidos a él. Este supuesto bien podría incorporarse en el artículo 195 como un tercer acápite, después de corregir algunas expresiones poco precisas que podrían dar lugar a la confusión.

Así pues, el Proyecto de Código brinda una protección deficiente a la vida privada de las personas y plantea una regulación particular del delito de violación del secreto profesional dirigida a los profesionales de la comunicación. Aún se está a tiempo de corregir esta especificación mediante una nueva redacción del artículo 200, cuyo ilícito debe estar basado en el incumplimiento de un deber de sigilo.

Por otra parte, la protección a la vida privada como un derecho fundamental reconocido en el artículo 26. 1 de la Constitución, no puede ser absoluta e ilimitada, ya que hay situaciones concretas en las que es necesario reconocer sus límites. Por ejemplo, es frecuente que éste derecho colisione con el derecho a la información, también reconocido en la Constitución en el artículo 66. En esta situación se tendrían que establecer límites recíprocos que permitan ponderar uno u otro derecho. Al respecto, ya están reconocidas las causas de justificación, sean éstas voluntarias (consentimiento) o dimanantes del interés público, teniendo en cuenta la veracidad de los hechos *ex antes*.

La problemática se plantea respecto de quienes ejercen un cargo público, cuya esfera privada es más restringida que la del ciudadano. Se suele decir que quien ocupa un cargo público, acepta voluntariamente que sus actividades sean conocidas, aun cuando sean extraoficiales. Sin embargo, se considera que su divulgación debe admitirse solamente cuando el interés de su conocimiento está vinculado con el cargo que desempeña o cuando exista de por medio la comisión de delitos. Es decir, cuando el conocimiento de algunos datos de la vida privada pueden servir para evaluar

la actividad pública. En este caso, el nivel de licitud resulta extenso en ciertas circunstancias, debido a la necesidad de controlar el buen desempeño de la función pública.

Por consiguiente, habrá que ir delineando progresivamente el camino, de forma que se tenga claro que todo acto que constituye un delito perseguible de oficio, aunque se produjese en el seno de la esfera privada, debe ser divulgado sin más límite que la verdad y la no utilización de elementos de averiguación prohibidos. En caso contrario, deberá exigirse responsabilidad penal como consecuencia de la prevalencia del derecho a la vida privada sobre el derecho a la información.

Por otra parte, cuando se trata de delitos cometidos por funcionarios (376 ss), también presentan interesantes innovaciones que tipifican una serie de conductas entre las que pueden destacarse: la corrupción, el tráfico de influencias, usurpación de funciones, enriquecimiento ilícito, etc. No obstante, llama la atención la suavidad de las penas frente a la tendencia criminalizadora del Proyecto.

Delitos contra la salud pública. El artículo 493 del proyecto que se refiere a la Ley 285/1999 "Ley de estupefacientes, sicotrópicos y sustancias controladas, lavado de dinero y activos provenientes de actividades ilícitas", no es muy claro en cuanto a la determinación de las penas. Pero no es eso lo más criticable, sino el hecho que la legislación relativa a las drogas se deja en una ley especial cuando se puede incorporar al Código diseñado para servir como marco de referencia de lo prohibido.

Vale la pena destacar algunas novedades de interés desde la perspectiva victimológica. Por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual, se habla en muchas ocasiones la víctima (arto. 189, 191), término que generalmente no aparece en los textos punitivos en los que se habla de ofendido o persona agraviada. En los delitos como el acoso sexual se toma en cuenta la vulnerabilidad de la víctima, y en el proxenitismo se introduce entre las víctimas a las personas incapaces; en la parte general se encuentran las medidas de protección urgentes a la víctima en los supuestos de violencia intrafamiliar. Y en el título preliminar se establece un principio de protección a la víctima, que constituye un logro a favor del personaje más importante pero maltratado y olvidado por el sistema penal.

En conclusión, se puede afirmar que el Proyecto en sí presenta un elevado nivel técnico-jurídico. Prueba de ello es la regulación de temas dogmáticos como el error de tipo y el error de prohibición; la comisión por omisión; la autoría y participación en el delito, por citar algunos de sus grandes méritos. No obstante, habría que examinar detenidamente la proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la conducta delictiva y las consecuencias jurídicas que se van a imponer, teniendo en cuenta la misma jerarquización de bienes jurídicos que establece el Proyecto

Los grandes retos de la reforma penal nicaragüense

El Proyecto de Código Penal constituye un gran paso dentro del proceso de modernización de nuestro Sistema de Justicia Penal. No obstante, el mayor mérito que se le puede atribuir es el de haber hecho renacer la esperanza de que se va a reformar seriamente la legislación penal. De forma que las críticas hechas este trabajo, no disminuyen la bondad fundamental de esta iniciativa reformista: *Brindar a la sociedad nicaragüense un nuevo orden jurídico penal acorde con las nuevas tendencias.*

Por ello, se considera un gran avance el que hoy contemos con un Proyecto de Código Penal, ya aprobado en lo general, y un gran esfuerzo en la elaboración del Proyecto de Código Procesal Penal cuyos frutos ojalá se puedan recoger en un tiempo razonable, de modo que pronto haya un Sistema de Justicia Penal inspirado en los postulados modernos de la dogmática penal y corrientes político criminales, y en el respeto a las garantías de un debido proceso a tono con las necesidades de nuestra sociedad. De tal forma que se dé vigencia al ideario de Beccaria cuando nos dice: "*¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las leyes sean claras, sencillas y que toda la fuerza de la nación se concentre en defenderlas, y que ninguna parte de ella se empeñe en destruirla*" ("De los delitos y de las penas").