

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Mecanismos Internos de Protección

Johnny Múa



AMÉRISQUE

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Mecanismos Internos de Protección

Johnny Múa



N

800

M941 Múa, Johnny

Derecho internacional de los Derechos Humanos:
Mecanismos Internos de Protección / Johnny Múa. --
1a ed. -- Managua : Johnny Múa, Amerrisque, 2011

620 p.

ISBN : 978-99964-0-057-5

1. DERECHOS HUMANOS 2. DERECHOS
CIVILES 3. GARANTIAS CONSTITUCIONALES
4. LIBERTADES CIVILES

Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Mecanismos Internos de Protección

© Johnny Múa

© Editorial Amerrisque

Arte y Diseño: María Marcela Múa

Diseño de portada: Johnny Múa

Foto de portada: Johnny Múa

Impresión: Impresiones y Troqueles, S. A.

Managua, Nicaragua.

Julio, 2011.

El contenido de este libro es responsabilidad exclusiva del autor, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión de organización alguna.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Mecanismos Internos de Protección

Índice

Capítulo 1. Derecho a la vida	14
Capítulo 2. Derecho a la integridad personal	37
Capítulo 3. Derecho a protección contra la esclavitud y las formas contemporáneas de esclavitud.....	68
Capítulo 4. Derecho a la libertad personal	104
Capítulo 5. Derecho a las debidas garantías judiciales: Parte general	145
5.1. La garantía estatal de respetar los derechos y la prohibición de la discriminación	157
5.2. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas	170
5.3. El derecho a ser oído por juez competente, independiente e imparcial.....	175
5.4. El derecho a igual protección de la ley	198
5.5. El derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo	208
Capítulo 6. Derecho a las debidas garantías judiciales: Parte especial	225
6.1. Principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal.....	227
6.2. Derecho a la presunción de inocencia.....	239
6.3. Derecho a la asistencia gratuita de traductor o intérprete	249
6.4. Derecho a asistencia legal (derecho a la defensa).....	255
6.4.1. Derecho a conocer previa y detalladamente la acusación.....	256
6.4.2. Derecho al tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa	264
6.4.3. Derecho a asistencia legal de su preferencia y a comunicarse libre y privadamente con su defensor.....	275
6.4.4. Derecho a la defensa eficaz y gratuita	293
6.4.5. Derecho a presentar e interrogar testigos	305
6.5. Derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable	315
6.6. Derecho a recurrir las sentencias penales.....	330

6.7. Derecho a no ser juzgado de nuevo por los mismos hechos (El principio non bis in ídem).....	341
6.8. Derecho a ser oído y juzgado en juicio público	348
Capítulo 7. Derecho a la honra, la dignidad y la privacidad	357
Capítulo 8. Derecho a la libertad de conciencia y de religión	387
Capítulo 9. Libertad de pensamiento y de expresión	399
Capítulo 10. Derecho de reunión pacífica y sin armas.....	414
Capítulo 11. Derecho a la libre asociación.....	425
Capítulo 12. Derecho a contraer matrimonio y establecer relaciones familiares en condiciones de igualdad	436
Capítulo 13. Derechos de los niños y los adolescentes.....	454
Capítulo 14. Derecho a la nacionalidad	470
Capítulo 15. Derecho a la libre circulación y elección de la residencia.....	484
Capítulo 16. Derecho de asilo y derechos de los extranjeros	499
Capítulo 17. Los derechos políticos	526
17. 1. Derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos.....	532
17. 2. El derecho a votar y ser elegido en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto	552
17.3. El derecho a acceder en iguales condiciones a la función pública	573
Capítulo 18. El proceso de verificación de las violaciones de derechos humanos en el ámbito local	596
Bibliografía	617

Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Mecanismos Internos de Protección

Introducción

Este trabajo centra su atención en la protección de los derechos humanos como deber del Estado que presume la tutela de los derechos y libertades de las personas sin discriminación y que se concreta por medio de mecanismos establecidos en el derecho interno. Deber estatal que se manifiesta tanto dentro de las fronteras del estado nacional como a nivel internacional y corresponde brindar al estado nacional y a la comunidad internacional respectivamente. En los casos en los que el deber de protección de los derechos humanos es omitido, sus consecuencias engendran y derivan en la responsabilidad estatal. Responsabilidad que asume diversas formas y consecuencias.

En primer lugar, las omisiones y violaciones de los derechos y libertades de las personas se concretan por medio de la legislación nacional y tienen como consecuencia la intervención del Estado protegiendo y restituyendo los derechos de las víctimas y sancionando a los responsables de dichas violaciones, utilizando para ello la legislación nacional la que ha de ser invocada ante las instancias nacionales; lo que pone en evidencia el deber estatal de protección en el ámbito nacional o local, es decir aquel que es ejercido dentro de las fronteras nacionales. Situación que plantea dos condiciones: primero implica activar los mecanismos establecidos en la legislación nacional y recurrir a la administración de justicia, considerados estos como el primer mecanismo de protección. Segundo presume la intervención de instituciones nacionales que se rigen por medio de la legislación nacional.

Las omisiones del deber estatal de protección de los derechos y libertades de las personas, que se concretan a través de la inacción o ausencia de intervención estatal, generan como consecuencia la responsabilidad estatal tanto nacional como internacional. En el ámbito nacional la legislación nacional ofrece los diversos mecanismos de protección de los derechos y libertades a ser ejercidos ante las instancias nacionales. En caso que los derechos y libertades no son adecuadamente protegidos, queda en evidencia la incapacidad estatal de protección que se manifiesta por medio de omisiones a la legislación nacional. Lo que abre la posibilidad de acudir ante instancias internacionales de protección de los derechos humanos para demandar la responsabilidad del Estado por las violaciones de los derechos y libertades ocurridas dentro de las fronteras del Estado nacional. Omisiones de la ley nacional que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos asumen la forma de violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El proceso de transformación de las omisiones a los derechos y libertades de las personas ocurridas en la aplicación u omisión de la legislación nacional deriva en violaciones de los derechos humanos que se encuentran establecidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta situación genera tres procesos. Primero: No existe violación de los derechos humanos puesto

que los derechos y libertades de las personas han sido adecuadamente protegidos por la administración de justicia y las instancias nacionales del país en mención. Lo que se conoce la tutela judicial efectiva de los derechos y libertades de las personas y ello presume el funcionamiento apropiado de la administración de justicia regido por los principios democráticos y el Estado de Derecho.

Segundo, las omisiones del deber estatal de tutela y protección de los derechos y libertades de las personas, engendran responsabilidad estatal a nivel interno. La que se concreta por medio de inacción u omisión estatal que implica daño y perjuicio en contra de las personas. En estos casos, las personas cuyos derechos y libertades han sido omitidas a consecuencia de la inacción u omisión estatal les asiste la posibilidad de recurrir ante las instituciones encargadas de hacer cumplir las leyes para reclamar y restituir los derechos afectados o violados. Entre estas instituciones se encuentra la Policía, los Tribunales de Justicia, las instancias estatales de Promoción de los Derechos Humanos, y cualquier otra institución de naturaleza pública que administra funciones públicas.

En este último proceso, lo que se gestiona y demanda es el deber de tutela y protección de los derechos y libertades a favor de las personas afectadas. En este nivel la protección y tutela de los derechos y libertades se ejerce por medio de la legislación nacional, ante instancias nacionales de carácter estatal. La intermediación de este proceso suele ser diversa, puesto que supone la intervención de personas, organizaciones e instituciones, en ocasiones con intereses y pretensiones antagónicas. Y, deriva en la adecuada protección de los derechos o libertades personales, que implica la corrección de la infracción o el ilícito por medio de una decisión judicial o administrativa, y la restitución de los derechos omitidos a causa de la inacción estatal.

Tercero, la omisión del deber estatal de protección de los derechos y libertades de las personas establecidas por la legislación nacional deriva en violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en aquellos casos en los que la actuación de los funcionarios que ejercen funciones públicas omiten o conculcan los derechos o las libertades de sus connacionales. Dichas omisiones asumen la forma de delitos conforme a la legislación local, lo que presume la omisión o ruptura de la legislación nacional, puesto que corresponde al Estado nacional en forma exclusiva ejercer el deber de proteger los derechos y libertades de las personas dentro de sus fronteras por medio de Jueces, Magistrados, y cualquier otra institución que ejerce funciones públicas, haciendo uso y aplicando la legislación. Estas omisiones generan la responsabilidad estatal a nivel internacional dada la incapacidad del Estado para proteger los derechos y libertades de sus ciudadanos, la que se ejerce por medio de instancias internacionales de protección reguladas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo, en aquellos casos en los que el Estado omite el deber de protección y tutela de los derechos y libertades de las personas, la inacción estatal deriva en violaciones y omisiones de los derechos y las libertades de las personas, creando brechas y rupturas en la legislación nacional, las que suponen omisiones a los compromisos internacionales que los Estados han asumido en forma

de tratados, convenciones, pactos, resoluciones declaraciones de derechos humanos, que conforman el fundamento de actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este trabajo se inscribe en la tradición de protección de los derechos humanos ejercida por activistas y organizaciones de derechos humanos, que trabajan a favor de aquellas personas cuyos derechos y libertades han sido omitidos o violados en el ámbito local, es decir dentro de las fronteras nacionales.

En este sentido, el primer objetivo que este trabajo pretende, consiste en ofrecer a cualquier persona y en especial a los activistas y las organizaciones de derechos humanos el catalogo de derechos y libertades que consignan los principales instrumentos de derechos humanos. Asume como premisa fundamental que corresponde en primer lugar a la legislación nacional y las instituciones que ejercen funciones públicas dentro de los límites del Estado nacional la protección de la protección de los derechos humanos. Constituyéndose de esta manera en el primer mecanismo de protección de los derechos humanos que asiste a las personas dentro de los límites del Estado nacional.

Integra las dos dimensiones normativas por las que se construyen los derechos y las libertades de las personas, por un lado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos identificando sus principales instituciones, y en la legislación nacional, identifica la ruta de recepción y desarrollo de los derechos y libertades en el sistema normativo nacional. Y por el otro toma como punto de referencia el tratamiento que hace la Constitución Política como principal mecanismo de internalización y recepción en la legislación nacional de los principales compromisos establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En un tercer nivel identifica el tratamiento que se le brinda a cada derecho en la legislación de desarrollo, ello remite al sistema de fuentes del derecho local y explica las necesarias menciones a Leyes Orgánicas, Códigos, Reglamentos, etc. En este ultimo nivel, se debe tener en cuenta que este trabajo no pretende ser una compilación exhaustiva de la legislación nacional. Se han seleccionado únicamente los principales cuerpos normativos, que por su pertinencia son de obligatoria mención.

El segundo objetivo consiste en proponer a la comunidad de derechos humanos en Nicaragua, sugerencias para el tratamiento de las violaciones de derechos humanos en dos grandes direcciones. En primer lugar, proponiendo las principales intervenciones y procedimientos que los activistas y organizaciones de derechos humanos pueden realizar y activar con el fin de proteger a las víctimas de violaciones de derechos humanos. En segundo lugar, propone las acciones que las organizaciones de derechos humanos pueden implementar para la documentación y verificación de las violaciones de derechos humanos. Este segundo aspecto es de suma importancia, tomando en consideración que en el ámbito internacional la documentación de las violaciones de los derechos humanos es sumamente exigente y establece como requisito indispensable el previo agotamiento de las instancias que establece la legislación nacional. Lo que requiere de un proceso de documentación de las violaciones de derechos humanos realizado en forma rigurosa y exigente.

El tercer objetivo de este trabajo es hacer una propuesta metodológica de verificación de las violaciones de derechos humanos a nivel local, que tiene como finalidad asegurar la protección de los derechos y libertades de las víctimas ante las instancias nacionales de protección. La propuesta metodológica de verificación se asienta en tres supuestos. En primer lugar considera que corresponde en primer lugar a la legislación nacional y las diversas instituciones que ejercen funciones públicas la protección de los derechos humanos de sus connacionales. En segundo lugar, se considera que el proceso de verificación de las violaciones de derechos humanos permite observar, analizar y desafiar los paradigmas de justicia y legitimidad estatal. Paradigmas contemporáneos por los que se justifica, fundamenta y asienta la sociedad democrática actual. En tercer lugar, considera el proceso de verificación de las violaciones de derechos humanos como un proceso metodológico, ordenado y sistemático. Lo que permite identificar las principales etapas metodológicas así como los insumos y productos en cada uno, así como identificar las diversas instancias de protección a invocar en aquellos casos de omisiones a los derechos y libertades de las personas ocurridas ante las instancias nacionales o internacionales.

La propuesta metodológica de verificación de las violaciones de derechos humanos a nivel local, centra su atención en las intervenciones que los promotores y organizaciones de derechos humanos han de realizar en la protección de los derechos de las víctimas ante las instituciones del país, haciendo uso en primer lugar de la legislación nacional. En ocasiones trabajando ante verdaderos vacíos normativos lo que impone dificultades, y omisiones reales de los operadores de justicia y las instituciones públicas, al considerar que ante la ausencia de un marco normativo adecuado, las intervenciones de estos, son de carácter rogativo y por tanto sujeto a la discrecionalidad de los funcionarios. Lo que entraña un profundo desconocimiento jurídico además la intolerancia que ello presume, tomando en consideración que el proceso de verificación de las violaciones de los derechos humanos implementado por promotores de derechos humanos, implica la participación de la sociedad en la administración de justicia y a la postre consiste en el ejercicio de derechos de ciudadanía, que fortalece el Estado de Derecho y la democracia misma.

Ante la limitada bibliografía especializada acerca de la verificación de las violaciones de los derechos humanos en el ámbito local, este trabajo llama la atención sobre temas sensibles como son los diversos mecanismos de protección de los derechos humanos y el rol que corresponde jugar a las instituciones del Estado. Por lo general los trabajos existentes sobre verificación de violaciones de derechos humanos centran su atención en la verificación internacional de las violaciones de derechos humanos, a partir de las experiencias desarrolladas por organizaciones o tribunales internacionales, actuando con mandatos internacionales en un país determinado, sea documentando y verificando las violaciones, o sea juzgando a los responsables de las violaciones. Que por lo general se instala con amplias credenciales brindadas por la comunidad internacional y opera con generosas fuentes de recursos.

Los mandatos y las experiencias de verificación, documentación y funciones jurisdiccionales que generan, normalmente se asientan en el reconocimiento de regímenes internacionales, como mecanismos de regulación de las relaciones internacionales. En este contexto los derechos humanos se han constituido en uno de los valores emblemáticos de consenso de la comunidad internacional que posibilita la cooperación y, en casos extremos ha justificado las intervenciones humanitarias omitiendo en muchos casos el principio de soberanía estatal. Sin embargo, a pesar de la abundante literatura acerca de la verificación y documentación de las violaciones de derechos humanos gestada y promovida por organismos y la comunidad internacional, aun los trabajos acerca de la verificación de violaciones de derechos humanos dentro de los límites del Estado nacional, es escasa. Queda como desafío futuro ahondar sobre el tema.

Cuatro son los fundamentos teóricos que inspiran esta obra. En primer lugar, este trabajo asume y explora la doble naturaleza con que cuenta el Estado en materia de derechos humanos, *dicotomía* que puede ser definida en primer lugar como el principal protector, de forma que no es posible pensar en la protección de los derechos y libertades sin la intervención del Estado. Pero en segundo lugar se considera que la inacción estatal o la omisión de los derechos y libertades de las personas solo es atinente al Estado, considerándole por tanto en el principal violador de los derechos humanos (Donnelly, 2003). Lo que permite afirmar, que la tutela y la protección de los derechos y libertades de las personas, así como las omisiones a estos no es posible concebirlas sin la intervención del Estado y sus instituciones. Lo que pone en evidencia la naturaleza ambigua, dialéctica y en permanente contradicción que se genera en la relación Estado – Derechos Humanos.

El segundo argumento considera que los derechos humanos son parámetros de legitimidad política, que sirven para *organizar las relaciones entre las personas, la sociedad y el Estado* y establecer el marco por el que individuos iguales y autónomos, actuando individual o colectivamente tienen como meta construir un mundo de *verdaderos seres humanos* (Donnelly, 2008). Esta argumentación pregona y asume el modelo de derechos personales que establece la Declaración Universal de Derechos Humanos. En este sentido la Declaración Universal de Derechos Humanos hace un doble aporte, puesto que por un lado reconoce derechos individuales a todas las personas sin distinción y por el otro delinea los parámetros mínimos por los que se organiza el sistema político. Establece derechos civiles y políticos (arts. 1 – 17). Enumera los parámetros mínimos de funcionamiento del sistema político por medio de establecer derechos políticos de los ciudadanos, la alternabilidad en el ejercicio del poder, los requisitos de legitimidad política de la democracia electoral (arts. 18 – 21). Establece los derechos económicos, sociales y culturales (arts. 22 – 27). Establece el derecho a la protección local e internacional de los derechos individuales (arts. 28 – 30) salvaguardando a las personas de cualquier acto encaminado a suprimir cualquier derecho reconocido por la Declaración.

De esta forma la Convención deposita y reconoce derechos individuales y personales sin distinción, creando simultáneamente el marco de relaciones entre las personas, la sociedad y Estado.

Conformando de esta forma el *modelo de derechos de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, el que ha sido el punto de referencia obligatoria en la construcción del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. La propuesta metodológica para la verificación de las violaciones de derechos humanos que hace este trabajo toma en cuenta los argumentos anteriores, puesto que integra por un lado la doble naturaleza de la interacción Estado – Derechos Humanos y ubica en el centro a los derechos humanos como parámetros de legitimidad política estatal. Lo que justifica la verificación de las violaciones de derechos humanos como el mecanismo que observa, evalúa y desafía los paradigmas de justicia y legitimidad con que opera un sistema político determinado.

El tercer argumento teórico que fundamenta este trabajo es el de la *tesis monista* del derecho internacional, la que considera que el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra en interacción permanente con la legislación nacional, sin que ello implique ruptura o contradicción (O'Donnell, 1989). Lo que pone en evidencia la relación de complementariedad que existe en la protección internacional de los derechos humanos, que se considera es *de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria* con el derecho interno (Preámbulo CASDH).

Complementariedad que ha sido reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ha sido refrendado sistemáticamente por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo que propone establecer las diversas interacciones que regulan ambas dimensiones normativas que comparten un objetivo común que no es más que la protección de los derechos y libertades de las personas. Aspecto que este trabajo pretende articular al identificar el marco normativo internacional, establecido en los principales instrumentos de Derechos Humanos y los principales mecanismos de protección establecidos por la legislación nacional.

Para la identificación de las interacciones, complementariedad y armonía que plantea la tesis monista, este trabajo utiliza el *marco normativo* desarrollado por el Prof. Daniel O'Donnell en su análisis del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se asienta en la observación de *los dos sistemas de derechos humanos* vigentes en las Américas: el Sistema Universal y el Sistema Americano. Y, retoma como *marco de referencia* los cuatro instrumentos de derechos humanos más relevantes para este continente: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (O'Donnell, 2004). Además incorpora otras fuentes, como son otros tratados internacionales de derechos humanos gestados tanto dentro del Sistema de las Naciones Unidas como dentro del Sistema de la Organización de los Estados Americanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto a la legislación nacional, este trabajo hace un esfuerzo por identificar el desarrollo normativo del derecho internacional de los derechos humanos y los mecanismos de recepción en la legislación nacional. La legislación nacional es considerada como el primer mecanismo de protección de los derechos humanos en el país, prestando especial atención al desarrollo

normativo de los derechos humanos en el texto constitucional. Al que se considera como el principal mecanismo de recepción o de entrada del derecho internacional de los derechos humanos en la legislación nacional. Se auxilia del sistema de fuentes del derecho para identificar y trazar el desarrollo de los principales derechos y libertades consignadas en los principales instrumentos internacionales en la legislación doméstica. Lo que ha permitido identificar a las leyes orgánicas, códigos, leyes, reglamentos y otras normas de desarrollo como mecanismos de protección de los derechos humanos en el país.

El cuarto argumento teórico que adscribe este trabajo es la teoría del cambio institucional que se genera en la interacción del binomio personas – instituciones públicas. La que se encuentra presente en la protección de los derechos humanos y en particular en las violaciones de derechos y libertades de las personas. Esta interacción deriva presiones y tensiones de parte de ambos componentes del binomio, encaminados a propiciar cambios y reacciones recíprocas. Tanto en la dirección de asegurar la protección y tutela de los derechos de las personas como también introducir cambios en las instituciones que gestionan la protección de los derechos y libertades de las personas. En este sentido, este trabajo explora la tesis de *cambio institucional*, en especial el cambio que se genera en las instituciones que conforman el régimen político, por las que un sistema político determinado gestiona sus demandas y asigna valores (Alcántara, 1994). En especial las instituciones de la administración de justicia, las que son vitales para la protección y adecuada tutela de los derechos humanos.

En una segunda perspectiva del cambio institucional está planteada en el paradigma de cambio que las políticas públicas presumen (Meny y Thoenig, 1992). Ello permite plantear que estas son los mecanismos e intervenciones por las que se implementa un programa político determinado, y son consideradas como intervenciones de los poderes públicos en áreas específicas y particulares de lo público (Birkland, 2005). Lo que propone que las políticas públicas son intervenciones e interacciones concebidas y organizadas de previo con el fin de generar cambios, tanto en los entornos institucionales como en la interacción de las personas y las instituciones públicas (Anderson, 2006). Argumentos que resultan de suma importancia para explicar los ámbitos institucionales por los que se manifiestan y transcurren los derechos humanos y sus opuestos como son las violaciones de derechos humanos, así como el proceso de restitución de los derechos y libertades de las personas, en aquellos casos que han sido omitidos o violados.

El libro está compuesto por dieciocho capítulos que abordan derechos específicos como también familias de derechos. Entre los derechos individualizados se mencionan a guisa de empleo: el derecho a la libertad, derecho a la integridad personal, derecho a la honra, la dignidad y la privacidad, derecho a la libertad de conciencia y de religión, derecho a la libre asociación, entre otros. El trabajo dedica tres capítulos a las familias de derechos, por un lado la familia de los derechos que conforman el derecho al debido proceso y la familia de los derechos políticos. En cuanto a los derechos que conforman el derecho al debido proceso y juicio justo, es tratado en dos partes: general y especial.

En la parte general de la familia de derechos que confirman el derecho al debido proceso se ubican los principios generales en los que se fundamenta el sistema de protección de derechos y libertades que conforman esta familia: la garantía estatal de respetar los derechos y la prohibición de la discriminación, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas, el derecho a ser oído por juez competente, independiente e imparcial, el derecho a igual protección de la ley, el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo. En la parte especial se abordan los derechos particulares que conforman el derecho al debido proceso y juicio justo: el derecho a la presunción de inocencia, derecho a la asistencia gratuita de traductor o intérprete, el derecho a la defensa. En tercer lugar el trabajo dedica un capítulo a la familia de los derechos políticos, como son el derecho a participar en la dirección de los asuntos público, el derecho a votar y ser elegido en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto, y el derecho a acceder en iguales condiciones a la función pública.

Cada capítulo estudia un derecho o libertad particular a partir de cinco elementos principales: Primero, el marco normativo que regula cada derecho en el derecho internacional de los derechos humanos, tomando como referencia inicial ambos sistemas de protección internacional. Segundo, identifica el marco normativo de cada derecho en la legislación nacional, prestando especial atención a los mecanismos de recepción empleados por la Constitución Política y las leyes de desarrollo. Tercero, una breve explicación de los elementos y fuentes que componen cada derecho, estableciendo las fuentes teóricas y el contenido de cada derecho tanto en el ámbito internacional como su recepción en el país. Cuarto, identifica los principales patrones y modalidades de violaciones de cada uno de los derechos, lo que permite identificar las formas específicas por las que se suelen violar los derechos. Quinto, cada capítulo concluye haciendo sugerencias para la protección de las víctimas de las violaciones de derechos humanos, como también sugiere acciones concretas a implementar por los activistas de derechos humanos encaminadas a verificar y documentar las denuncias de violaciones de derechos humanos. Se debe tener en cuenta que la enumeración de los patrones y modalidades de violaciones de derechos humanos, como las sugerencias brindadas a cada derecho no constituyen un listado exhaustivo que agotan estos temas.

El orden de aparición de cada derecho o libertad está determinado por el orden de mención que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos desarrollando un total de treinta y cinco derechos y libertades, agrupados en diecisiete capítulos. Es necesario aclarar que este trabajo no se ocupa de tres derechos en particular que están mencionados en la Convención: derecho a la indemnización, a rectificación o respuesta y a la propiedad privada. Ni tampoco desarrolla los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los que en sí mismos entrañan y proponen desafíos a futuros trabajos.

El libro concluye con el capítulo dedicado al proceso de verificación de denuncias de violaciones de derechos humanos a nivel local. Es decir aquella que se realiza dentro de los límites del Estado nacional y es realizada por personas sujetas a la legislación y jurisdicción estatal. Propone un

proceso metodológico racional, sistemático y ordenado que permite diagnosticar y concluir acerca de la existencia o no de las violaciones de derechos humanos. La metodología de verificación de las violaciones de derechos humanos propuesta parte de reconocer que la democracia, el desarrollo y los derechos humanos son *conceptos interdependientes que se refuerzan íntimamente*. Y, reconoce que la verificación de las violaciones de derechos humanos requiere de la conjunción de procedimientos lógicos y racionales comprometidos con la objetividad, imparcialidad y el reconocimiento de derechos iguales y sin discriminación para todas las personas.

La metodología propuesta hace un esfuerzo por identificar el marco normativo y los valores en juego que requiere el proceso de verificación de denuncias de violaciones derechos humanos. Hace la necesaria diferencia de los elementos y las diferencias que existen entre delitos y violaciones de derechos humanos como punto de partida y presupuesto del proceso de verificación. Además propone cada una de las etapas que el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos requiere observar, considerando a este como un proceso lógico, ordenado y racional que permite arribar a conclusiones acerca de la existencia o no de las violaciones, sin que este sea una receta ortodoxa y estática. Identifica y sugiere acciones a implementar en cada etapa del proceso de verificación, encaminadas a proteger a las víctimas y documentar ordenadamente las violaciones.

Concluye identificando los principales productos del proceso de verificación de las denuncias de violaciones de derechos humanos. Por un lado, propiciando el cambio institucional por medio del fortalecimiento de las instituciones y la participación activa en el proceso de diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas. Y por el otro, propone la protección y la restitución de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos, recurriendo a mecanismos internacionales de protección. En ambos casos los resultados del proceso de verificación de las violaciones de derechos humanos aquí propuesto es indispensable y se constituye en la materia prima para construir estos productos o resultados.

Managua, Nicaragua.
2011.

Capítulo 1. Derecho a la vida

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 6

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.
3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.
4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.
5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹

Artículo 5. Crímenes de la competencia de la Corte.

¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ONU Doc. A/CONF.183/9 (1998). Entra en vigor el día 1 de julio de 2002.

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:
 - a. El crimen de genocidio;
 - b. Los crímenes de lesa humanidad;
 - c. Los crímenes de guerra;
 - d. El crimen de agresión.
2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 6. Genocidio.

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a. Matanza de miembros del grupo;
- b. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d. Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad. (Párrafo primero).

1.- A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a. Asesinato;
- b. Exterminio;
- c. Esclavitud;
- d. Deportación o traslado forzoso de población;
- e. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f. Tortura;

- g. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h. Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i. Desaparición forzada de personas;
- j. El crimen de apartheid;
- k. Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo I. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona.

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas²

Artículo I

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a:

- a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;
- b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;
- c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y
- d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias, para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

Artículo II

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley³

Disposiciones generales (principios 4 y 5)

4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

² Sistema de Estados Americanos. Adoptada en el XXIV Periodo de Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 9 de Junio de 1994 en Belém do Pará, Brasil.

³ Sistema Naciones Unidas. Adoptados en el Octavo Congreso sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado del 27 Agosto al 7 Septiembre 1990 en La Habana, Cuba.

5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

- a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;
- b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;
- c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas;
- d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas.

6. Cuando al emplear la fuerza o armas de fuego los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley ocasionen lesiones o muerte, comunicarán el hecho inmediatamente a sus superiores de conformidad con el principio 22. (...)

Disposiciones especiales (principio 9)

9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 23

El derecho a la vida es inviolable e inherente a la persona humana. En Nicaragua no hay pena de muerte.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 287/1998

Artículo 12 (Párrafo primero)

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho intrínseco a la vida desde su concepción y a la protección del Estado a través de políticas que permitan su nacimiento, supervivencia y desarrollo integral y armonioso en condiciones de una existencia digna.

Artículo 13 (inciso a.)

Durante la ejecución de las medidas, el adolescente tendrá los siguientes derechos:

- a) Derecho a la vida, la dignidad y la integridad física y moral;

Código Penal, Ley 641/2007

Artículo 138. Homicidio. Quien prive de la vida a otro será sancionado con pena de diez a quince años de prisión.

Artículo 140. Asesinato. El que prive de la vida a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Alevosía;
- b) Ensañamiento;
- c) Precio, recompensa o promesa remuneratoria.

Se le impondrá una pena de quince a veinte años de prisión.

Cuando concurren dos o más de las circunstancias señaladas en este artículo, el responsable de asesinato será penado con prisión de veinte a treinta años.

Artículo 484. Genocidio. Se impondrá de veinte a veinticinco años de prisión, a quien con el propósito de destruir total o parcialmente a un determinado grupo de personas, por razón de su nacionalidad, grupo étnico o raza, creencia religiosa o ideología política, realice alguno de los siguientes actos:

- a) Causar la muerte a uno o más miembros del grupo.
- b) Lesionar gravemente la integridad física o psíquica, o atentar contra la libertad, o integridad sexual de uno o más miembros del grupo.
- c) Someter a uno o más miembros del grupo a condiciones de existencia que acarreen su destrucción física, total o parcial.
- d) Llevar a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros o imponer medidas destinadas a impedir su reproducción, dificultar los nacimientos en el seno del grupo o desplazar con violencia a los niños, niñas o adolescentes del grupo a otro distinto.

Artículo 488. Desaparición forzada de personas. La autoridad, funcionario, empleado público o agente de autoridad que detenga legal o ilegalmente a una persona y no dé razones sobre su paradero, será sancionado con la pena de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta del cargo o empleo público de seis a diez años.

Breve reseña del derecho a la vida y su contenido.

El derecho a la vida por su naturaleza intrínseca y su contenido, se le considera como uno de los valores más altos en todos los sistemas normativos, a pesar que la teoría de los derechos humanos se resiste a establecer la jerarquía a los derechos. Sin embargo es necesario resaltar el *carácter especial* del derecho a la vida, puesto que este derecho se constituye en el contenido material que permite a los individuos construir y disfrutar los demás derechos por medio de la máxima: sin vida no hay derechos. Lo que le imprime especial importancia y carácter fundamental. El derecho a la vida ocupa un lugar privilegiado, a partir de considerar que únicamente las personas vivas están en condiciones de disfrutar, gozar y hacer uso de sus derechos. En sentido contrario implica afirmar que cuando se omite el derecho a la vida, no es posible el disfrute de ningún otro derecho.

El derecho a la vida es ampliamente reconocido y admitido sin discusión alguna como un derecho supremo. Sin embargo, el derecho a la vida no es tan absoluto ni tan inviolable como aparenta ser. Existen ciertas situaciones en las que es posible privar de la vida a los individuos, sin que el derecho internacional de los derechos humanos y las leyes internacionales *las puedan objetar*⁴. Entre estas situaciones están: la pena de muerte, la guerra, el aborto, la eutanasia. En estos casos corresponde al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos establecer salvaguardas, prohibiciones y mecanismos de protección particulares a cada caso, especialmente en aquellos casos en los que el Estado puede privar de la vida a los individuos.

Por medio del Derecho Internacional Humanitario, se aspira a regular los conflictos armados, es decir la guerra como escenario privativo de la vida de las personas. Este se rige por las cuatro Convenciones de Ginebra. En la actualidad la Cuarta Convención de Ginebra reviste especial importancia, aprobada el 12 de Agosto de 1949 y entró en vigencia el 21 de Octubre de 1950, y está compuesta por cuatro convenios: I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III. Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra, y; IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra.

Por su parte el derecho internacional de los derechos humanos no prohíbe la pena de muerte, sin embargo alienta a los Estados en los que aún está vigente, a su abolición y la reducción de su aplicación. Establece prohibiciones específicas en las que no es posible aplicar la pena de muerte, como en casos de mujeres embarazadas, menores de edad, o por la comisión de delitos políticos. Además establece requisitos que han de ser observados en los casos en que la pena de muerte aplique, por ejemplo: solo será aplicable en delitos graves, en cumplimiento estricto de las reglas del debido proceso, no es posible su restablecimiento en aquellos países que la han abolido previamente.

⁴ Derecho a la vida. Human Rights Education Associates (HREA) <http://www.hrea.net/learn/guides/derecho-a-la-vida.html>

La organización internacional defensora de los derechos humanos, Amnistía Internacional estima que durante el año 2007, fueron ejecutadas 1,252 personas en 24 países en los que aún está vigente la pena de muerte, y que por lo menos 3,347 personas fueron condenadas en 51 países. Se calcula que a nivel global existen unas 27,500 personas pendientes de ser ejecutadas. Amnistía Internacional estima que el 88 % del total de las ejecuciones en el mundo se realizaron en solo cinco países: Arabia Saudita, China, Estados Unidos, y Pakistán⁵. La aplicación de la pena de muerte se reduce durante el año 2008, que registra al menos 2,390 ejecuciones en 25 países. Los países con las cifras más altas de ejecuciones fueron China, Irán, Arabia Saudita, Paquistán y los Estados Unidos de América⁶. Se debe considerar que las ejecuciones y la aplicación de la pena de muerte *continúa descendiendo*⁷, lo que refleja el grado de sensibilidad con el que la comunidad de estados ha asumido la tendencia abolicionista.

En este trabajo no pretende profundizar en el aborto como uno de los *dilemas éticos* del derecho a la vida, por considerar que existen suficientes argumentos históricos, científicos y sociales que fortalecen el derecho de las mujeres a concebir y ejercer este derecho por sí mismas. Tampoco este trabajo profundiza en la eutanasia, la que se considera como las acciones u omisiones con el objeto de privar de la vida a una persona, por lo general, en estado terminal sometida *a un sufrimiento insoportable sin que exista posibilidad alguna de mejorar*, aliviando de esta forma los dolores y sufrimientos incurables sufridos por el paciente y evitando la prolongación de su vida por medios artificiales⁸. En la actualidad, existe un acalorado debate acerca la legalidad y judicialización de la eutanasia. En las últimas décadas algunos países europeos han promulgado leyes que regulan esta situación⁹.

⁵ Secretismo en torno a la pena de muerte. Amnistía Internacional. 15 Abril 2008. <http://www.amnesty.org/es/news-and-updates/report/secret-surrounds-death-penalty-20080415>

⁶ Amnistía Internacional. Condenas a Muerte y Ejecuciones en 2008. Londres, 2009. ps. 5 y 6.

⁷ Amnistía Internacional. El Estado de los Derechos Humanos en el Mundo. Informe 2008 Amnistía Internacional. Madrid, 2008. P. 27.

⁸ En Holanda la eutanasia esta despenalizada desde el año 2002. Sin embargo para aplicarla se deben observar ciertas condiciones establecidas en las leyes: el paciente ha de estar *sometido a sufrimiento insoportable, sin que existe posibilidad* de mejoría, y debe ser *solicitada expresamente* a un médico, éste debe consultar otro colega y tiene la obligación de reportarla a las autoridades de salud. Se recomienda ver “Eutanasia despenalizada sorprende” en BBC MUNDO.com 28 Junio 2007 en pagina web: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_7037000/7037427.stm

⁹ La eutanasia y los suicidios asistidos por doctores *son legales* en Holanda, Bélgica y Suiza, *pero siguen siendo ilegales en la mayor parte del mundo*. Se recomienda ver “Chantal murió en casa” en BBC MUNDO.com 20 Marzo 2008 en pagina web: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/science/newsid_7306000/7306075.stm

El marco normativo del derecho a la vida

El derecho a la vida en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos

El derecho a la vida está reconocido por los principales instrumentos internacionales de los derechos humanos: La Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 4), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo I) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 4) del Sistema de la Organización de Estados Americanos.

En los instrumentos internacionales mencionados, el derecho a la vida ha sido acuñado de dos diferentes formas. La primera, ocurre en los años cincuenta con la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948). Ambos instrumentos reconocen de forma similar el derecho a la vida, lo establecen en forma escueta como una garantía general aplicable a todas las personas, y en estos instrumentos el derecho a la vida es reconocido junto a los derechos a la libertad y la seguridad personal, mediante la fórmula: *Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*¹⁰.

La segunda forma por la que se acuña el derecho a la vida en el derecho internacional de los derechos humanos, surge en la década de los setentas, cuando se suscriben el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). En ambos instrumentos internacionales, el derecho a la vida tiene un tratamiento similar, adquiriendo mayor evolución en comparación con sus predecesores, se presenta en forma individualizada como derecho independiente, además se desarrollan mecanismos adicionales de protección. En la actualidad la CASDH es la que presenta un mayor desarrollo.

A diferencia de los instrumentos de derechos humanos adoptados en los cincuenta, en los que el derecho a la vida es tratado en forma general anclado en el derecho natural, en los instrumentos posteriores el derecho a la vida pasa a ser regulado como garantía ciudadana, depositando su protección en la actividad estatal. Las técnicas empleadas fueron: conceder garantías ciudadanas por un lado, y establecer prohibiciones al Estado dirigidas a proteger el derecho a la vida, por el otro.

La adopción, en el año 2002, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional vendría a aportar los criterios que permiten sistematizar las diversas tipicidades del derecho penal internacional, como un mecanismo de protección internacional de los derechos humanos. El Estatuto de Roma establece la competencia e identifica en forma contundente los delitos penados por el orden internacional en los que la Corte Penal Internacional tiene competencia: genocidio,

¹⁰ Artículo 3, Declaración Universal de Derechos Humanos

crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. De esta forma el derecho internacional de los derechos humanos ha derivado impactos en los ordenamientos penales nacionales obligando su actualización conforme a parámetros internacionales acordes a los tiempos modernos.

El contenido normativo del derecho a la vida

La pena de muerte.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Declaración Americana sobre Derechos Humanos (DASDH) establecen, cuatro líneas maestras por las que se construye el derecho a la vida.

En primer lugar, ambos instrumentos consideran al derecho a la vida como una garantía ciudadana general y absoluta, derivando su protección desde el ámbito internacional hacia las leyes nacionales. En segundo lugar, por primera vez en forma contundente se establece la prohibición a la privación de la vida *arbitrariamente*, que implica la interdicción de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, imponiendo restricciones a la acción del Estado y sus agentes, con la pretensión de someterlos al control judicial. Cabe mencionar que el derecho a la vida desarrollado por el PIDCP y la DASDH acusa influencias del derecho natural, considerándolo como inherente a la persona humana en el caso del PIDCP y la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción en el caso de la DASDH.

La tercera línea maestra, plantea que ambos instrumentos internacionales establecen mecanismos especializados de protección al derecho a la vida, por medio de la creación de restricciones y prohibiciones en la aplicación de la pena de muerte. En cuarto lugar, estos mecanismos especializados de protección al derecho a la vida, han de convivir con la posición abolicionista que tiene el derecho internacional de los derechos humanos en relación a la pena de muerte, el que sin prohibirla rotundamente llama a los estados a su abolición paulatina, y a la disminución de su uso en aquellos países en los que aún se encuentra vigente.

En cuanto a la aplicación de la pena de muerte en aquellos países en las que aún se encuentra vigente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen como principales restricciones y prohibiciones las siguientes:

- Solo se impondrá por la comisión de los delitos más graves.
- Se hace hincapié en la necesaria observancia al debido proceso.
- Se prohíbe la pena de muerte en aquellos países que la han abolido con anterioridad.
- No es aplicable por la comisión de delitos políticos, ni por delitos comunes conexos con los políticos.

- No es aplicable a personas menores de dieciocho años, ni a mayores de setenta; tampoco es aplicable en casos de mujeres embarazadas.
- Se establece como derecho de los condenados a solicitar indulto, amnistía o la conmutación de la pena, los que *podrán ser concedidos en todos los casos*.

La desaparición forzada de personas.

En cuanto al *marco normativo complementario* al derecho a la vida, conviene mencionar dos situaciones que atentan contra el derecho a la vida: La desaparición forzada de personas y, el empleo de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas considera como tal, a *la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes*¹¹. Es necesario mencionar que esta convención aún no ha sido ratificada por el estado de Nicaragua, únicamente fue suscrita el 10 de Junio de 1994, un día después de la promulgación de la convención¹².

En el informe final presentando al Presidente de África del Sur Thabo Mbeki el 23 de Marzo de 2003 por el Arzobispo Desmond Tutu, quien presidió la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sur África, se identificaron dos tipos de desapariciones forzadas de personas. El primer tipo, consiste en la *desaparición temporal* de las personas objeto de secuestros por los agentes del Estado, que implica un largo período de incomunicación y de prisión de la víctima. El segundo, ocurre cuando la persona desaparecida *ha sido muerta o asesinada en circunstancias desconocidas*, sin que exista posibilidad alguna de dar seguimiento a los hechos. En la mayoría de las desapariciones, los perpetradores son desconocidos. El secuestro de la persona se realiza en secreto e ilegalmente. Los perpetradores hacen todo lo posible para no ser identificados. La máxima de los agentes del estado involucrados en estas violaciones es *“en tanto el cadáver no sea encontrado, no existe violación y por tanto no existe violador”*.

Adicionalmente se identifican otras características de este segundo tipo de violaciones como son: las decisiones para la realización de las desapariciones forzadas de personas, se toma por lo general de forma centralizada, sin embargo la ejecución de estas se realizan en forma descentralizada. Es decir la planificación y ejecución se realizan por medio de *pequeñas unidades*

¹¹ Artículo II Convención Americana sobre la Desaparición Forzada de Personas, promulgada el 9 de Junio de 1994 y entró en vigencia el 28 Marzo de 1996 de conformidad con el artículo XX.

¹² En cuanto a la ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por países, ver: Tratado A-60. Tratados Multilaterales, Oficina de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos en la página <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>

*secretas de militares, grupos paramilitares y de policía, o escuadrones de la muerte, las que operan dentro de la estructura de policía y militares, las que operan con gran margen de autonomía. Adicionalmente uno de los elementos más importantes de esta modalidad de violaciones del derecho a la vida es la secretividad de las operaciones*¹³.

En aquellos casos de desapariciones forzadas de personas en los que las víctimas no es posible encontrarlas, se presume que están muertas, que han sido ejecutadas, lo que deriva implicaciones a la protección del derecho a la vida, y por tanto la violación deriva en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias. Las que por simple definición implican la privación del derecho a la vida de las personas previamente desaparecidas.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiterado que las desapariciones forzadas de personas constituye una *forma compleja de violación múltiple y continuada* de los derechos humanos¹⁴. La Corte ha señalado que las desapariciones forzadas de personas como violaciones de derechos humanos implican la comisión simultánea y continua de múltiples violaciones de derechos humanos como son el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad y el derecho a juez debido a quien corresponde determinar la naturaleza jurídica de la detención¹⁵.

El Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Internacional Penal establece los principales elementos por los que se concretan las desapariciones forzadas de personas la Corte. Estas se constituyen a partir de la *aprehensión, detención o secuestro* de personas realizadas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguidas de *negativa a admitir* tal privación de libertad, o dar información sobre la suerte o el paradero de las víctimas, con el fin de *dejarlas fuera* del control judicial, por el que normalmente se revisa la legalidad de la detención (Estatuto de Roma art. 7.2.1.).

Con frecuencia las desapariciones forzadas además de ser violaciones al derecho a la libertad personal y el derecho a la justicia, también, han derivado en *la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa*

¹³ Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Secuestros, desapariciones y personas desaparecidas. (Abductions, Disappearances and Missing Persons) Volumen 6, Sección 4, Capítulo 1, ps. 515 y 516. Pretoria, República de África del Sur, 2003.

¹⁴ Caso Velásquez Rodríguez versus el Estado de Honduras. Sentencia del 29 de Julio de 1988. (Ser. C) No. 4 (1988), párrafos 150 y 155. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

¹⁵ Caso Godínez Cruz versus el Estado de Honduras. Sentencia de 20 de Enero de 1989, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) No. 5 (1989). Párrafos, 196, 197, 198. En ese mismo sentido, ver Caso Fairén Garbí y Solís Corrales versus el Estado de Honduras. Sentencia del 15 de Marzo de 1989, Corte I.D.H. (Ser. C) No. 6 (1989). Párrafos 148, 149 y 150.

*una brutal violación del derecho a la vida*¹⁶. Lo que se constituye en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y engendra diversos tipos de violaciones de derechos humanos.

El empleo de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley del Sistema de las Naciones Unidas¹⁷, establecen las premisas, las condiciones y los parámetros operativos en los que se admite el empleo de la fuerza y/o armas letales por los agentes del estado. Entre los principales requisitos impuestos a los estados y sus agentes están: la obligatoriedad de informar de aquellos casos en que hayan derivado en lesiones o muertes, así como la revisión administrativa y judicial de estos hechos (principios 6 y 22); los estados han de crear mecanismos jurídicos en las legislaciones internas, encaminados a castigar como delitos el empleo arbitrario de la fuerza o de las armas de fuego (principio 7).

Se establece como premisa para el empleo de la fuerza o de las armas de fuego, que estas se emplearan *solamente* cuando otros medios menos letales resulten ineficaces (principio 4). Es decir el empleo de la fuerza y las armas de fuego, se admite como última opción cuando todas las demás posibles han sido agotadas.

Además los Principios Básicos, establecen las condiciones que deberán ser observados por los agentes encargados de hacer cumplir la ley para poder hacer uso de la fuerza y de las armas de fuego. Estas condiciones son aplicables solo en el caso de que otras medidas menos extremas *resulten ineficientes* (principio 9), previamente se han de agotar otros medios antes de emplear la fuerza o las armas de fuego. Entre las condiciones a observar por los agentes para hacer uso de armas de fuego y otras letales están: a.- se emplearan en defensa propia o en defensa de otra persona; b.- en casos inminentes de muerte o lesiones graves; c.- se emplearan para evitar la comisión de un delito grave que *entrañe una seria amenaza para la vida*; d.- para detener una persona peligrosa y cuando ésta oponga resistencia a la autoridad; e.- se podrán emplear para impedir una fuga de persona peligrosa.

Los parámetros operativos que han de observar los agentes encargados de hacer cumplir la ley para hacer uso la fuerza y/o de armas de fuego, son: a.- los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se han identificar como tales; b.- deberán advertir con claridad y tiempo suficiente de la *intención* de hacer uso de la fuerza y/o de las armas de fuego; c.- tanto el uso de la fuerza como de las armas de fuego se deberán emplear con moderación y en proporción al objetivo perseguido; d.- se reducirán al mínimo los daños y lesiones y se protegerá la vida humana; e.- se deberá asegurar la atención médica a las personas heridas y/o afectadas lo antes posible; f.- se

¹⁶ Caso Velásquez Rodríguez versus el Estado de Honduras. Op. Cit., párrafo 157.

¹⁷ Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley fueron adoptados en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado entre el 27 de Agosto al 7 de Septiembre de 1990, en La Habana, Cuba.

deberá notificar sin dilación a parientes y amigos de las personas heridas o muertas (principios 5, 9, 10).

El derecho a la vida en la legislación nicaragüense

La Constitución Política de Nicaragua protege el derecho a la vida por medio del artículo 23, declarando: *El derecho a la vida es inviolable e inherente a la persona humana. En Nicaragua no hay pena de muerte.* En este artículo, queda en evidencia la influencia del derecho internacional de los derechos humanos, en especial el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que con similar redacción en el artículo 6.1. establece que, el derecho a la vida es *inherente* a la persona humana.

En cuanto al derecho a la vida que establece la Constitución Política conviene profundizar en dos temas. Por un lado, está la declaración contundente e inequívoca del derecho a la vida, acuñado como una garantía general válida para todas las personas sin ninguna discriminación, sean nacionales o extranjeras. Ello deriva consecuencias prácticas y evidentes como es la plena vigencia y la admisión por el estado nicaragüense que *nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*. Los antecedentes inmediatos de esta prohibición se pueden ubicar en el mismo PIDCP (art. 6.1) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4.1), ambos instrumentos establecen como prohibición la privación arbitraria de la vida, que la Constitución Política la integra y la establece como un derecho sin distinción.

El segundo tema que conviene destacar es la declaración y el compromiso que la Constitución Política adquiere con el derecho a la vida, al establecer que en Nicaragua *no hay pena de muerte*, declaración que se encuentra en armonía con el Segundo Protocolo Opcional del PIDCP dirigido a la abolición de la pena de muerte¹⁸ y ubica al sistema legal nicaragüense en la corriente abolicionista de la pena de muerte.

Adicionalmente, la prohibición de pena de muerte que establece la Constitución, impone prohibiciones al estado, en especial a la administración de justicia, la que no podrá transgredir el derecho a la vida, con lo que se establece el derecho a protección frente a cualquier intento de aplicación de esta, los que por simple mandato de la Constitución devienen en ilegales y por tanto, constitutivos de violaciones al derecho a la vida.

En cuanto a la legislación de desarrollo, el derecho a la vida está protegido en el nuevo Código Penal, Ley 641/2007. En materia de derechos humanos revisten especial atención el homicidio y el asesinato, los que se encuentran previstos en los artículos 138 y 140. El nuevo código dedica un capítulo completo a los “Delitos contra la vida”, estableciendo penas que oscilan desde dos años

¹⁸ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, entra en vigor el 11 Julio de 1991.

de prisión en el caso de “Inducción o auxilio al suicidio” hasta el máximo de treinta años en el caso del asesinato.

El nuevo Código Penal ha incluido la desaparición forzada de personas como delito específico que atenta contra la vida. Sin embargo la ubica dentro del Capítulo reservado a los Delitos contra Lesa Humanidad (art. 488 Pn.), en armonía con los compromisos internacionales de derechos humanos. En particular con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Por medio de esta convención, los estados signatarios asumieron como compromiso *adoptar medidas legislativas que fueran necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad* (artículos I y III). Los desafíos que plantea esta Convención son entre otros: el castigo a los autores de las desapariciones y el acceso a la justicia para las víctimas. Situación que revela algunas tensiones que pondrán a prueba a la administración de justicia nacional ante eventuales casos de desapariciones forzadas de personas.

Los mecanismos internos de protección del derecho a la vida

Conforme al sistema de fuentes que los crea, estos se pueden clasificar en dos grupos: los establecidos en las leyes constitucionales y los establecidos en leyes de desarrollo. En este último grupo, se ubican aquellos creados por el derecho penal, a través del Código Penal.

Mecanismos internos de protección establecidos por el derecho constitucional

El Recurso de Amparo

El Recurso de Amparo se establece en el artículo 188 de la Constitución Política y es desarrollado por el artículo 3 de la Ley de Amparo. Aspira a proteger los derechos y las libertades de todas las personas en contra de toda disposición, acto o resolución y *en general en contra de toda acción u omisión* de cualquier funcionario, o cualquier otra persona que ejerce funciones oficiales, que viole o trate de violar los derechos y las garantías que establece la Constitución Política.

Es considerado como un mecanismo interno de protección tomando en cuenta las aspiraciones que el Recurso de Amparo aspira proteger. Puede ser utilizado en contra de actos, disposiciones, o resoluciones de cualquier autoridad estatal que violenta los derechos y las libertades que establece la Constitución Política. Tomando en cuenta la amplia cobertura que corresponde brindar a este recurso, también es posible su aplicación en cualquier acción u omisión perpetrada por persona en ejercicio de funciones públicas, violen, atenten o pongan en riesgo el derecho a la vida.

El Recurso de Exhibición Personal

El Recurso de Exhibición Personal fue establecido por el artículo 189 de la Constitución Política y es desarrollado por el artículo 4 de la Ley de Amparo. Está diseñado para proteger a las personas cuya libertad, integridad física y seguridad *sean violadas o estén en peligro de serlo*. Como mecanismo interno de protección al derecho a la vida y conforme a la Ley de Amparo el Recurso de Exhibición Personal puede ser utilizado en dos diversas circunstancias: a.- Contra de actos que violentan la libertad, integridad física y la seguridad personal, cometidos por cualquier persona que ejerce funciones públicas; b.- Contra de actos restrictivos de la libertad personal realizados por particulares.

Se debe tener presente que en las circunstancias antes mencionadas, la protección de los derechos a la libertad, integridad física y seguridad personal, a los que el Recurso de Exhibición Personal corresponde proteger, también tiene aparejado la protección del derecho a la vida, por presumirse la existencia de un riesgo que no puede cuantificado ni evaluado de antemano. Haciendo obligatoria de esta manera la intervención estatal, la que se conforma como un mecanismo interno de protección al derecho a la vida por extensión.

Mecanismos internos de protección establecidos por el derecho penal

El derecho penal como mecanismo interno de protección del derecho a la vida cuenta con diversos alcances. En primer lugar funciona como un mecanismo correctivo, contingente más que mecanismo de protección en sentido estricto, puesto que puede ser utilizado para proteger a las personas cuyas vidas se encuentra en peligro, forzando la actuación estatal contra los funcionarios judiciales que omiten sus deberes, como sucede en los delitos contra la Administración de Justicia.

En segundo lugar, en aquellos casos en los que el derecho a la vida ha sido violentado, el derecho penal también puede ser utilizado como un mecanismo de restitución, para alcanzar la justicia. En esta segunda posibilidad, el derecho penal no funciona como un mecanismo interno de protección en sentido estricto, sino que debe ser considerado como un mecanismo correctivo de derechos violados. Se debe tener en cuenta que esta segunda alternativa funciona únicamente, en aquellos casos en que se presume que la violación del derecho a la vida ha ocurrido. Es decir, la muerte de la persona es un hecho. En estos casos la función del derecho penal será investigar y sancionar las violaciones al derecho a la vida. La que opera en clave de derecho penal interno, lo que permite abrir en última instancia el proceso de restitución, como consecuencia de la comprobación de la privación del derecho a la vida de las víctimas.

El juicio penal como mecanismo interno de protección al derecho a la vida: los delitos contra la administración de justicia

El establecimiento en el Código Penal de los delitos contra la Administración de Justicia, plantea la posibilidad de su utilización como mecanismo interno de protección al derecho a la vida por medio de acusar a los funcionarios de la administración de justicia y otros sujetos equiparados, por alguno de los delitos típicos de estos funcionarios. Lo que tiene como fundamento y consecuencia la obligatoriedad de investigar y sancionar las omisiones de estos funcionarios.

En aquellos casos en los que los mecanismos internos de protección establecidos por la Constitución Política no han funcionado y persiste el riesgo de muerte en contra de cualquier persona, cometida por funcionarios que ejercen funciones públicas, se debe considerar la acusación penal en contra de los funcionarios responsables de brindar la protección que los mecanismos internos presumen. En estos casos el Código Penal establece el delito de denegación de justicia (art. 464 Pn.), retardo malicioso (art. 465 Pn.).

Además de los anteriores delitos, también el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el deber estatal de *prevenir, investigar y sancionar los delitos*, los que en el Código Penal nicaragüense se conocen como la omisión del deber de perseguir delitos y promover su persecución. Lo que posibilita iniciar el juicio penal en contra de los funcionarios que omitiendo sus deberes han facilitado sea por acción u omisión eventuales violaciones del derecho a la vida. En este sentido el Código Penal acorde con el derecho internacional de los derechos humanos, establece como obligación y deber estatal el *perseguir delitos y promover su persecución*. Los que se tipifican en el Código Penal, Libro Segundo, Título XXI, Capítulo Segundo, Artículo 468. *Omisión del deber de perseguir delitos*; y el artículo 469. *Omisión del deber de impedir delitos*.

El juicio penal como mecanismo interno de protección al derecho a la vida: los delitos contra la vida

En forma similar a las antes mencionadas, el derecho penal como mecanismo interno de protección al derecho a la vida actúa más como mecanismo de restitución de los derechos violentados, en este caso la vida misma, que como mecanismo de protección en sentido estricto. La mención que este trabajo hace del derecho penal como mecanismo interno, presume la situación en la que el derecho a la vida ha sido omitido y violado, es decir la persona a quien se pretende proteger está muerta. Quedando en manos de la justicia la restitución de los derechos omitidos. En estos casos el derecho penal surge como mecanismo interno de protección frente a eventuales delitos que han atentado contra la vida. Por lo que conviene analizar la pertinencia de iniciar el juicio penal por medio de someter acusaciones por alguno de los delitos contra la vida tipificados por el Código Penal. En estas circunstancias la utilización del derecho penal es uno de los mecanismos disponibles, que se activa por medio de la acusación penal en los delitos: Homicidio (art. 138 Pn.), parricidio (art. 139 Pn.), asesinato (art. 140 Pn.) y homicidio imprudente (art. 141 Pn.).

En aquellos los casos en los que sea pertinente recurrir a la acusación penal como mecanismo interno de protección al derecho a la vida, se debe identificar la totalidad de las violaciones al derecho internacional de los derechos humanos ocurridas así como a los eventuales violadores. Puesto que en esta última alternativa, su funcionamiento esta previsto bajo dos condiciones: a.- la omisión del derecho a la vida ha sido perpetrada por persona particular, adoptando alguna de las tipicidades delictivas enunciadas y, b.- la comisión de estos ilícitos coincide con una reiterada omisión al deber estatal de prevenir, investigar y sancionar los delitos. El agotamiento de este procedimiento funciona como mecanismo de agotamiento de las instancias o recursos internos.

El juicio penal como mecanismo interno de protección al derecho a la vida: los delitos contra el orden internacional

El derecho penal nicaragüense se ha visto influenciado por el derecho internacional de los derechos humanos, puesto que ha retomado en su esencia el listado de *crímenes de competencia* de la Corte Penal Internacional, introduciéndolos al ordenamiento penal nacional conforme a parámetros internacionales. El Código Penal funde los delitos contra el orden internacional en especial aquellos que atentan contra la vida, como son: el genocidio (art. 484 Pn.) y la desaparición forzada de personas (art. 488 Pn.). Los que por simple definición aluden la violación del derecho a la vida.

La recepción de la desaparición forzada de personas como delito punible, propone un debate aun no resuelto, referido a la adopción de las convenciones internacionales en contra de las desapariciones forzadas tanto en el Sistema de las Naciones Unidas como en el Sistema Americano de protección de los derechos humanos. Un efecto es evidente y tangible: la legislación penal nacional ha retomado en forma directa las instituciones del derecho internacional y las ha hecho propias, lo que permite invocar su protección. Lo que tiene como consecuencia que le Estado nicaragüense ha asumido el deber jurídico de prevenirlos, investigarlos y sancionarlos. Además faculta a todas las personas, sean nacionales o extranjeros, a requerir la protección en las instancias nacionales, es decir el derecho penal nacional posibilita invocar la protección y las debidas garantías en contra de estos delitos en el ámbito interno.

Patrones y modalidades de violaciones al derecho a la vida.

Entre los patrones más comunes de violaciones del derecho a la vida están:

Ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias

Se consideran como tales a la privación de la vida de las personas cometidas por agentes del estado, o cualquier persona que *ejerce* funciones públicas, en las que no ha habido ninguna intervención judicial y realizada al margen del ordenamiento jurídico de los países. También se consideran como violaciones al derecho a la vida las amenazas que implican la privación de la vida

de las personas por funcionarios del estado u otras personas que actúan en su representación o aquellas cometidas por grupos paramilitares, rebeldes y otros grupos armados apoyados o tolerados por el gobierno.

El mandato del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias¹⁹ ha identificado las diversas modalidades por las que estas se cometen y que requieren de su intervención, entre las que se citan:

- a) *Violaciones del derecho a la vida en relación con la pena de muerte.* Casos de pena capital en las que no se observaron las garantías judiciales y el debido proceso, en caso de infracciones al derecho de apelación o al derecho de solicitar conmutación de pena o indulto. Cuando la persona condenada *es menor de edad, retardada o enferma mental, una mujer embarazada o una madre que ha dado a luz hace poco tiempo.*
- b) *Amenazas de muerte y temor de inminentes ejecuciones extrajudiciales* llevadas a cabo por funcionarios del Estado, grupos paramilitares, particulares, o grupos que cooperan con los gobiernos o son tolerados por éste, así como por personas no identificadas que pueden estar vinculadas a las categorías mencionadas²⁰.
- c) *Muertes durante la detención* debidas a torturas, descuido o uso de la fuerza, o condiciones de privación de la libertad que entrañan peligro de muerte.
- d) *Muertes como consecuencia del uso de la fuerza por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley o personas que actúan en acuerdo directo o indirecto con el Estado* cuando el uso de la fuerza no es consecuente con los criterios de absoluta necesidad y proporcionalidad.
- e) *Muertes como consecuencia de ataques por fuerzas de seguridad del Estado, por grupos paramilitares, escuadrones de la muerte u otras fuerzas privadas, que cooperan con el Gobierno o son toleradas por éste.*

¹⁹ El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas por medio de la resolución 1982/35 creó y nombró el primer Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias o Sumarias. Se le concedió un primer mandato de tres años, y se identificaron las violaciones del derecho a la vida en las que el Relator Especial puede verificar, monitorear y *adaptar medidas*. Se recomienda ver Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu2/7/b/execut/exe_mand_sp.htm

²⁰ En Honduras durante el periodo Febrero 2006 a Enero 2008 se registra un incremento de las *acciones de exterminio o ejecuciones arbitrarias* en los que se reportan 998 asesinatos violentos *de menores de edad y jóvenes*; según Casa Alianza estas muertes *se continúan ejecutando porque no se realizan acciones efectivas y eficientes por parte de las autoridades*. Para mayor información se recomienda ver “Una ONG denuncia el aumento de los asesinatos de niños y jóvenes en Honduras” EL PAIS.com 9 de Marzo del 2008 en la página web: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/ONG/denuncia/aumento/asesinatos/ninos/jovenes/Honduras/elpepusoc/20080309elpepusoc_2/Tes

- f) *Violaciones del derecho a la vida durante conflictos armados*, especialmente entre la población civil y otros no combatientes, en forma contraria al derecho humanitario internacional.
- g) *Expulsión, devolución o retorno de personas a un país o lugar en que sus vidas están en peligro, así como cierre de las fronteras nacionales para impedir que las personas que buscan asilo dejen el país en que sus vidas están en peligro.*
- h) Genocidio.
- i) *Incumplimiento de la obligación de investigar* presuntas violaciones del derecho a la vida y de entablar juicio contra los responsables.
- j) *Incumplimiento de la obligación de ofrecer una compensación* adecuada a las víctimas de violaciones del derecho a la vida.

La limpieza social

Esta modalidad de violaciones al derecho a la vida, es una de las formas de ejecución extrajudicial, arbitraria o sumaria. Sin embargo en Centro América cuenta con características particulares que permiten su identificación como modalidad particular de violación al derecho a la vida. La principal característica de esta modalidad de violaciones, la constituye la marginalidad de las víctimas: prostitutas, delincuentes, jóvenes pandilleros “mareros”, homosexuales, indigentes²¹. En cuanto a los violadores han sido identificados policías, especialmente vinculados a las estructuras de investigaciones criminales e inteligencia criminal, es decir personal policial que opera generalmente de civil, que operan y se organizan como “escuadrones de la muerte”²².

²¹ Datos de Casa Alianza presentados en el estudio “Las ejecuciones extrajudiciales de jóvenes estigmatizados” coordinado por Claudia Samayoa, revela que al menos 600 jóvenes *en situación de calle* fueron ejecutados en Guatemala durante el año 2006, ver “Ejecuciones extrajudiciales” en Punto de Encuentro, Prensa Libre.com Guatemala, 15 Mayo 2007 en <http://www.prensalibre.com/pl/2007/mayo/15/170818.html> Adicionalmente se mencionan como víctimas de ejecuciones, asesinatos y linchamientos a delincuentes, mujeres, homosexuales y defensores de derechos humanos en “ONU vincula a policías de Guatemala en limpieza social” en Nacion.com Costa Rica, 24 Marzo 2007 en http://www.nacion.com/lm_ee/2007/marzo/24/mundo1041309.html En Honduras se registra información de la ejecución de *unas quinientas personas como parte de una “limpieza social” de pandilleros*, se recomienda ver El Heraldo.hn Honduras, 22 Octubre 2007 en <http://www.elheraldo.hn/nota.php?nid=85786&sec=12&fecha=2007-10-22> En El Salvador existe información de asesinatos de indigentes como “limpieza social” relacionados con agentes de policía en “Limpieza social en cuatro homicidios” laprensagrafica.com El Salvador, 14 de Marzo 2007, en <http://www.laprensagrafica.com/nacion/973924.asp>

²² Se han denunciado ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, realizadas por policías en varios países. Existe información de participación de policías en los llamados “escuadrones de la muerte” en Guatemala, se recomienda ver “La policía guatemalteca acusa a doce personas del asesinato de los tres diputados salvadoreños” en El PAIS Edición Impresa Internacional del 28 Febrero 2007, en <http://www.prensaescrita.com/diarios.php?codigo=AME&pagina=http://www.elpais.es> También existen denuncias sobre “escuadrones de la muerte” conformados por policías en Brasil en donde se señala a la policía brasileña como *la que mas*

La marginalización de las víctimas y su condición social hace que se les considere como “lacra social”, por lo que corresponde a los policías “limpiarla”, argumentando éstos, la ineficacia e incompetencia de la administración de justicia para frenar y sancionar la criminalidad, lo que justifica y da argumentos a algunos oficiales de policía para ejecutar a las personas que se consideran “peligrosas”. Entre los años 2006 – 2008 en Centro América existe información de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, bajo argumentos de “limpieza social” en Guatemala en donde se mencionan al menos 600 muertes de *jóvenes en situación de calle*, ocurridas en el año 2006. En El Salvador, se mencionan muertes de indigentes que se vinculan a policías y en Honduras, existe información que refleja la ejecución de *unas quinientas personas* como parte de una “limpieza social” de miembros de pandillas o “mareros” como se les conoce.

Las desapariciones forzadas de personas

Conforme el artículo II de la Convención Americana sobre desaparición forzada de personas, se considera como tal a *la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.*

La definición desarrollada por la Convención Americana sobre desaparición forzada de personas, brinda esta condición a aquellas personas a las que se les ha privado de la libertad, cuando el Estado y sus agentes se han negado reconocer dicha privación libertad con el objetivo de impedir el control y la protección judicial de la persona desaparecida. Por lo que se puede prestar a una limitada interpretación, consistente en que la desaparición forzada de personas únicamente viola los derechos a la libertad y la protección judicial. Esta interpretación cuenta con una visión estrecha, que deja por fuera otros derechos y no prevé las perversas consecuencias a las que son sometidas las personas desaparecidas, las que en la mayoría de veces son impunemente privadas de la vida, son asesinadas, lo que trasciende al ámbito específico del derecho a la libertad y a la protección judicial, que propone la definición.

Se debe considerar que las desapariciones forzadas de personas han sido el medio para violentar el derecho a la vida de aquellas personas durante el transcurso del tiempo no son encontradas, o en casos excepcionales, en los que son encontrados sus cadáveres. En estos casos se debe tener en cuenta que, las desapariciones forzadas de personas en los casos en que las personas no son

mata en el mundo en “Dura crítica a policía brasileña” en BBC MUNDO.com del 15 Noviembre 2007 http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/latin_america/newsid_7096000/7096026.stm Ver además “Sangre y fuego durante la vista del Relator Especial de la ONU a Brasil” en el EL PAIS.com del 9 Noviembre 2007 en <http://www.prensaescrita.com/diarios.php?codigo=AME&pagina=http://www.elpais.es> Además ver “Policía asesinado (en Guatemala) dirigía un escuadrón de la muerte”. LA PRENSA.com.ni Nicaragua, 2 de marzo de 2007 <http://www.laprensa.com.ni/archivo/2007/marzo/02/noticias/ultimahora/176769.shtml>

encontradas, además de violar el derecho a la libertad y a la protección judicial, también violan el derecho a la vida, y asumen la forma de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias. Por lo que este trabajo considera a las desapariciones forzadas de personas, son también modalidades de violación al derecho a la vida, cuando se presume que la persona o las personas desaparecidas han sido asesinadas o han sido ejecutadas.

Sugerencias para la verificación de denuncias por eventuales violaciones al derecho a la vida

Se debe tener en consideración que las sugerencias que a continuación se proponen, no son una exhaustiva lista de acciones de verificación y monitoreo de denuncias por eventuales violaciones de derechos humanos. Deben ser consideradas como sugerencias para la verificación, mas no son un recetario aplicable mecánicamente a todas las circunstancias a enfrentar. Será la práctica y la naturaleza de cada caso los que van a determinar las diversas acciones a desarrollar e implementar. En la verificación se debe tener en presente que cada caso es único y diferente de los demás.

- Establezca la calificación y los hechos con que cuenta para iniciar la verificación. Asegúrese que está tratando con una ejecución extrajudicial, arbitraria o sumaria. En caso contrario, asegúrese de los hechos que sugieren una eventual desaparición forzada de personas, los mecanismos de protección y los objetivos y la estrategia de la verificación, puesto que éstos varían en cada caso.
- Ante la certeza que la persona se encuentra en serio riesgo de muerte, que existen amenazas ciertas en contra de la vida de la persona u otras personas: No lo dude, denúncielo públicamente con la urgencia del caso. En ocasiones las denuncias públicas, funcionan como un mecanismo de protección de la vida de las víctimas, cuando sus vidas están en riesgo.
- Por el contrario, asegúrese de la veracidad de la denuncia y los hechos que la sustentan. Si usted tiene dudas acerca del paradero y/o situación de la eventual víctima, no denuncie el hecho públicamente como violación al derecho a la vida. Asegúrese que usted esta denunciando un hecho real, no sea que posteriormente la persona sea encontrada sana, “vivita y coleando” y usted deba presentar disculpas.
- Entreviste a las últimas personas que vieron viva y en libertad a la víctima.
- Entreviste a los familiares más cercanos de la víctima.
- Entreviste a los amigos cercanos y colegas de la víctima

- Averigüe si existían amenazas previas en contra de la víctima: ¿Cuándo sucedieron? ¿A través de qué medio se dieron? ¿Quiénes las profirieron? ¿Están grabadas? ¿Existe forma de reproducirlas?
- Reconstruya los últimos momentos e itinerarios de la víctima.
- Entreviste a las personas que encontraron el cadáver: ¿Quiénes fueron? ¿Cómo fue encontrado el cadáver y en qué estado estaba?
- Entreviste a los oficiales de policía y fiscales a cargo del caso para conocer de las evidencias recolectadas en el lugar donde fue encontrado el cadáver: ¿Con que instrumentos se dio muerte a la persona? ¿Fueron identificados y localizados? ¿En poder de quien se encuentran? ¿Qué hipótesis acerca de la muerte están trabajando las agencias encargadas de hacer cumplir la ley?
- Averigüe y responda la siguiente pregunta: ¿La persona falleció en donde fue encontrado el cadáver? o, ¿por el contrario fue muerta en otro lugar?
- Entreviste al médico forense: ¿Se hizo autopsia? ¿Qué resultados arrojó la autopsia? ¿Cuál es la causa de muerte? ¿Fue suicidio?
- Responda en conjunto con sus colegas: ¿Quién o quienes se benefician con esta muerte? ¿Cuál es el rédito y las ventajas que acarrea esta muerte y a quienes beneficia? ¿El móvil es pasional? ¿Delito común? ¿Político? ¿Cuál es el vínculo de la persona muerta con agencias del estado y sus funcionarios? ¿Cuál es la reacción de los medios de comunicación?
- Analice las reacciones de los funcionarios del estado eventualmente vinculados al caso, sea en forma directa o indirecta. ¿Qué posición que han tomado? ¿Que han declarado en relación a la muerte de la persona? ¿Qué posición han tomado los partidos políticos y otras organizaciones en relación al caso?
- Evalúe la ejecución de los diversos procedimientos investigativos y judiciales y su apego a la legislación, los plazos y las potestades de los funcionarios que los realizaron.
- Analice la cadena de protección de las evidencias presentadas y las formas por las que cada pieza de evidencia fueron obtenidas. ¿Se hicieron conforme a lo que establece la legislación, o por el contrario existen dudas racionales acerca de la forma en que se obtuvieron?
- Evalúe el agotamiento de los diversos recursos que ofrece la legislación nacional. ¿Se agotaron todos los que se establecen, o por el contrario aun queda alguno pendiente que no ha sido utilizado? Tenga presente que el agotamiento de las instancias internas es crucial para acudir a mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos.

Capítulo 2. Derecho a la integridad personal

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Artículo 3:

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 5:

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 7:

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley²³

Artículo 5. Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo XXV (párrafo 3). Derecho de protección contra la detención arbitraria

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

²³ Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979

Artículo XXVI. Derecho a proceso regular.

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 5(párrafos 1 y 2). Derecho a la Integridad Personal

1.- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2.- Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 37 (párrafos a, b, c)

Los Estados Partes velarán por qué:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales (...).

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²⁴

Artículo 1

1.- A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2.- El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

Artículo 2

1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura²⁵

Artículo 1

Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.

²⁴ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 39/46 del 10 de Diciembre de 1984, entra en vigor el 26 de Julio de 1987, conforme el artículo 27 (1)

²⁵ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su decimoquinto periodo ordinario de sesiones del 9 de diciembre de 1985, en Cartagena de Indias, Colombia. Entra en vigor el 28 de febrero de 1987 de conformidad con el Artículo 22 Serie sobre Tratados, OEA N° 67

Artículo 2

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos²⁶

Separación de categorías

8. Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles. Es decir que: **a)** Los hombres y las mujeres deberán ser reclusos, hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres, el conjunto de locales destinado a las mujeres deberá estar completamente separado; **b)** Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena; **c)** Las personas presas por deudas y los demás condenados a alguna forma de prisión por razones civiles deberán ser separadas de los detenidos por infracción penal; **d)** Los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos.

Disciplina y sanciones

30. **1)** Un recluso sólo podrá ser sancionado conforme a las prescripciones de la ley o reglamento, sin que pueda serlo nunca dos veces por la misma infracción. **2)** Ningún recluso será sancionado sin haber sido informado de la infracción que se le atribuye y sin que se le haya permitido previamente presentar su defensa. La autoridad competente procederá a un examen completo del caso. **3)** En la medida en que sea necesario y viable, se permitirá al recluso que presente su defensa por medio de un intérprete.

²⁶ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

31. Las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completamente prohibidas como sanciones disciplinarias.

32. **1)** Las penas de aislamiento y de reducción de alimentos sólo se aplicarán cuando el médico, después de haber examinado al recluso, haya certificado por escrito que éste puede soportarlas.

2) Esto mismo será aplicable a cualquier otra sanción que pueda perjudicar la salud física o mental del recluso. En todo caso, tales medidas no deberán nunca ser contrarias al principio formulado en la regla 31, ni apartarse del mismo. **3)** El médico visitará todos los días a los reclusos que estén cumpliendo tales sanciones disciplinarias e informará al director si considera necesario poner término o modificar la sanción por razones de salud física o mental.

Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley²⁷

Artículo 5

Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (1988)²⁸

Principio 6

Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Directrices sobre la Función de los Fiscales (1990)

16. Cuando los fiscales tengan en su poder pruebas contra sospechosos y sepan o tengan sospechas fundadas de que fueron obtenidas por métodos ilícitos que constituyan una violación grave de los derechos humanos del sospechoso, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes u otros abusos de los derechos humanos, se negarán a utilizar esas pruebas contra cualquier persona, salvo contra quienes hayan empleado esos métodos, o lo informarán a los tribunales, y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables de la utilización de dichos métodos comparezcan ante la justicia.

²⁷ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de Diciembre de 1979

²⁸ Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, A.G. res. 43/173, anexo, 43 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 298, ONU Doc. A/43/49 (1988).

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 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 de este derecho constituye delito y será penado por la ley.

Artículo 37

La pena no trasciende de la persona del condenado. No se impondrá penas que, aisladamente o en conjunto, duren más de treinta años.

Artículo 33 (inciso 5)

Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria, ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley con arreglo a un procedimiento legal. En consecuencia:

5. Los organismos correspondientes procuraran que los procesados y los condenados guarden prisión en centros diferentes.

Artículo 35

Los menores no pueden ser sujeto ni objeto de juzgamiento ni sometidos a procedimiento judicial alguno. Los menores transgresores no pueden ser conducidos a los centros de readaptación penal y serán atendidos en centros bajo la responsabilidad del organismo especializado. Una ley regulará esta materia.

Artículo 39

En Nicaragua, el sistema penitenciario es humanitario y tiene como objetivo fundamental la transformación del interno para reintegrarlo a la sociedad. Por medio del sistema progresivo promueve la unidad familiar, la salud, la superación educativa, cultural y la ocupación productiva con remuneración salarial para el interno. Las penas tienen un carácter reeducativo.

Código Penal, Ley 641/2007

Artículo 486. Tortura.

Quien someta a otra persona a cualquier tipo de tortura física o psíquica con fines de investigación penal, como medio intimidatorio, castigo personal, medida preventiva, pena o cualquier otro fin, será sancionado con pena de siete a diez años de prisión.

A la autoridad, funcionario o empleado público que realice alguna de las conductas descritas en el numeral anterior se le impondrá, además de la pena de prisión, la de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

La autoridad, funcionario o empleado público que no impida la comisión de alguno de los hechos tipificados en los párrafos anteriores, cuando tenga conocimiento y competencia para ello, será sancionado con pena de cinco a siete años de prisión e inhabilitación especial para ejercer el empleo o cargo público de cinco a nueve años. La misma pena se impondrá a la autoridad, funcionario o empleado público que, teniendo conocimiento de la comisión de alguno de los hechos señalados en los párrafos anteriores y careciendo de competencia, omita denunciar el hecho ante la autoridad competente dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, a partir del momento en que los conoció.

Para los efectos de este Código, se entenderá por tortura causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o psíquicos, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control, sin embargo no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se derivan únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuitas de ellas.

Código Procesal Penal

Artículo 3. Respeto a la dignidad humana.

En el proceso penal toda persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan y en condiciones de igualdad.

Artículo 95. Derechos. (Inciso 5).

El imputado o el acusado tendrán derechos a:

5. No ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de su dignidad personal.

Ley de Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena, Ley 473/2004

Artículo 9. Separación de procesados y condenados a causa del sexo.

Las internas mujeres bajo proceso de detención y/o condenadas, deberán permanecer en centros penales distintos a los que albergan a los hombres, debiendo ser el personal de custodia de orden interior del mismo sexo, salvo el personal de seguridad y traslado.

Artículo 10. Centros de atención especial para menores.

En los casos de los menores infractores, cuya edad oscile entre los 15 y 18 años de edad, se les procurara una atención provisional o definitiva en centros especializados dirigidos y administrados bajo la Dirección General del Sistema Penitenciario Nacional.

Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley 287/1998

Artículo 5

Ninguna niña, niño o adolescente, será objeto de cualquier forma de discriminación, explotación, traslado ilícito dentro o fuera del país, violencia, abuso o maltrato físico, psíquico y sexual, tratamiento inhumano, aterrador, humillante, opresivo, trato cruel, atentado o negligencia, por acción u omisión a sus derechos y libertades.

Es deber de toda persona velar por la dignidad de la niña, niño y adolescente, poniéndolo a salvo de cualquiera de las situaciones anteriormente señaladas.

La niña, niño y adolescente tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o ataques y los que los realizaren incurrirán en responsabilidad penal y civil.

Artículo 49

Se prohíbe a los maestros, autoridades, funcionarios, empleados o trabajadores del Sistema Educativo aplicar cualquier medida o sanción abusiva a los educandos que les cause daños físicos, morales, o psicológicos según dictamen calificado de especialistas o facultativos o que restrinja los derechos contemplados en el presente Código. Los responsables estarán sujetos a las sanciones administrativas o penales que correspondan.

Artículo 101

Las y los adolescentes sujetos a la Justicia Penal de Adolescentes gozaran de los derechos, libertades y garantías reconocidas en la Constitución Política, Tratados, Convenciones, Pactos y

demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Nicaragua y las leyes ordinarias, además de aquellas que les corresponde por su especial condición. En consecuencia deberá garantizarse el respeto, entre otros, de los siguientes derechos y garantías:

- a. A ser tratado con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano que incluye el derecho a que se proteja su integridad personal. (...)

Artículo 111

Los adolescentes mayores de 15 y menores de 18, tienen derecho en caso de que se les restrinja su libertad de manera provisional o definitiva, a ser ubicados en un centro destinado exclusivamente para adolescentes.

De ser detenido por la policía, en los casos de flagrante delito, esta destinara áreas exclusivas para los adolescentes y los deberá remitir en el termino no mayor de veinticuatro horas l centro de detención provisional de adolescente.

Breve reseña del derecho a la integridad personal y su contenido

La construcción del derecho a la integridad personal.

El derecho a la integridad personal puede ser enunciado como el derecho a la protección en contra de toda forma de agresión, violencia física y/o psíquica en contra de las personas, que causan *dolores o sufrimientos graves*, propinadas intencionalmente por agentes del estado o cualquier otra persona que ejerce funciones estatales. El derecho a protección se expresa en diversos mecanismos previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los que han sido asumidos por los estados. También están incluidos a otros agentes los que sin contar con la naturaleza estatal de los agentes del estado, son reconocidos por el derecho internacional, como lo son los grupos insurgentes.

Es importante identificar el ámbito en el que se cometen las violaciones al derecho a la integridad personal, las que por lo general ocurren durante interrogatorios, custodia, arresto, detención y prisión de personas sometidas a la jurisdicción estatal. Se debe tener en cuenta que estas circunstancias aplican tanto a situaciones en tiempo de paz, como en ocasión de conflicto armado. En estas circunstancias el objetivo perseguido por los agentes de estado está dirigido a escarmentar, obtener información, amedrentar, etc. por lo que la violencia, las agresiones intencionales que producen penas, dolores y sufrimientos graves se constituyen en el medio para alcanzar éstos objetivos, pero también son el medio por el que se perpetran las violaciones.

Entre los fines que persiguen los agentes del estado en estas violaciones, están:

- Investigación criminal o inteligencia: Por lo general dirigida a obtener confesiones, información de inteligencia, ubicaciones de personas o evidencias, reclutamiento forzado de agentes o informantes, acorde a la premisa que se debe *hacer hablar la verdad al cuerpo aun cuando la mente del torturado se resista*²⁹.
- Intimidación: Se infringen penas, dolores y sufrimientos con el ánimo de amedrentar a las víctimas, sus familiares, al grupo social o étnico al que esta pertenece.
- Prevención y/o castigo: Las penas, los dolores o sufrimientos propinados se tornan en un mensaje para otros de lo que les puede suceder en futuro y que los agentes del estado envían a las víctimas, sus familias, demás miembros de su comunidad o grupo étnico.
- Anulación de la personalidad de la víctima o la disminución de la capacidad física o mental, *aunque no causen dolor físico o angustia física*, en este último grupo se pueden mencionar el uso de drogas, hipnosis y técnicas por las que se anula la voluntad de las víctimas.
- Humillar a las víctimas, agotarlas física y psicológicamente de forma que cuando llegara el momento del interrogatorio, *su personalidad estuviera completamente anulada y se facilitara la tarea del torturador*³⁰.

Las premisas del derecho a la integridad personal.

El derecho a la integridad personal se construye a partir de dos premisas: a.- El derecho a ser tratado *con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*; b.- La responsabilidad estatal por la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

a. La prohibición de la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El derecho a ser tratado *con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*³¹, se encuentra ampliamente aceptado como una garantía de los ciudadanos, que el estado y sus agentes han de brindar en circunstancias en las que las personas se ven sometidas a la jurisdicción estatal. En especial en situaciones de interrogatorios, custodia, arresto, detención o prisión, en las que las personas enfrentan relaciones de autoridad y dominio ejercidas por agentes del estado y sus asociados, sea en épocas de paz como de conflicto armado.

El derecho a ser tratado *con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano* trasciende en dos direcciones. En primer lugar, se considera como una garantía *ex ante*, es decir previa, aplicable y valida a todos los ciudadanos en general en la forma más amplia posible, incorporada en principios de actuación que establecen y rigen el comportamiento de las instituciones públicas, sus agentes y asociados. De esta forma la dignidad humana se convierte en *justificación moral* y la

²⁹ Hunt, Lynn. *Inventing Human Rights: A history*. W.W. Norton & Company, Inc. USA. 2008, p. 99.

³⁰ La tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Cap. II, Vol. 2, párrafos 572 y 579. GUATEMALA: MEMORIA DEL SILENCIO. Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH). Guatemala, 1999.

³¹ Ver artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el mismo sentido ver el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

referencia obligatoria de la actuación estatal, que en última instancia es la justificación y el fundamento los derechos humanos³².

La dignidad humana alcanza una dimensión normativa estatal, incorporada por lo general en la legislación nacional. En esta primera dimensión la prohibición de la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ocupa un lugar muy especial, puesto que esta sirve para delimitar las fronteras de la actuación del estado y sus agentes, irradiando a todo el sistema institucional y normativo cuyo fundamento se encuentra en el estado de derecho moderno, el que preconiza el apego de las instituciones y los ciudadanos a las leyes.

La dignidad inherente al ser humano es el valor afectado por antonomasia en los casos de tortura, o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos pretende proteger. En ese sentido el Caso Velásquez Rodríguez es revelador, al establecer que,

“La desaparición de Manfredo Velásquez es violatoria del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5 de la Convención (*supra* 156). En primer lugar porque el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano que lesiona la integridad psíquica y moral de la persona y el derecho de todo detenido a un trato respetuoso de su dignidad, en contradicción con los párrafos 1 y 2 del citado artículo. En segundo lugar porque, aun cuando no ha sido demostrado de modo directo que Manfredo Velásquez fue torturado físicamente, la mera circunstancia de que su secuestro y cautiverio hayan quedado a cargo de autoridades que comprobablemente sometían a los detenidos a vejámenes, crueldades y torturas representa la inobservancia, por parte de Honduras, del deber que le impone el artículo 1.1, en relación con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 de la Convención. En efecto, la garantía de la integridad física de toda persona y de que todo aquél que sea privado de su libertad sea tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, implica la prevención razonable de situaciones virtualmente lesivas de los derechos protegidos³³”.

La prohibición de la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes está reconocida por el *ius cogens* que es uno de los pilares centrales del derecho internacional de los derechos humanos, que pretende salvaguardar a los ciudadanos de los dolores y los sufrimientos propinados por agentes del Estado. Los principales instrumentos internacionales de derechos humanos cuentan con prescripciones al respecto, como el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece la prohibición “*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*” (artículo 5), y en el sistema americano la Convención Americana sobre Derechos Humanos la incluye en el artículo 5 inciso 2, con similar redacción.

³² Donnelly, Jack. *Internacional Human Rights*. Third Edition. Westview Press. USA, 2007. p. 23.

³³ Caso Velásquez Rodríguez versus el Gobierno de Honduras. Op. Cit. Párrafo 187.

b. La responsabilidad estatal por la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Esta funciona desafortunadamente, cuando la primera dimensión ha sido omitida y quebrada, dando como resultado violaciones al derecho a la integridad personal, lo que deriva en el cumplimiento de un conjunto de acciones a las que los estados están obligados a cumplir y observar en casos de violaciones al derecho a la integridad personal, cuando este ha sido omitido o violado. Este conjunto de medidas estatales da forma al primer sistema de protección del derecho a la integridad personal. Es decir la protección de los derechos humanos por los estados nacionales, puesto que corresponde al estado mismo, por impulso propio, proteger y restituir los derechos omitidos y violentados de sus ciudadanos.

En los casos de violaciones al derecho a la integridad personal, el derecho internacional de los derechos humanos establece como principal medida de protección *ex post* para las víctimas el derecho a presentar la denuncia por las violaciones a este derecho, que ha sido violentado por causa de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Además del derecho a la protección estatal que implica la investigación *pronta e imparcial* de la denuncia, también el estado debe garantizar la protección de las víctimas, denunciantes y testigos contra *malos tratos e intimidación* como consecuencia de las denuncias y los testimonios ofrecidos³⁴.

Adicionalmente *cuando exista denuncia o razón fundada* que se ha cometido un acto de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el Estado, por medio de la administración de justicia en particular los Jueces y Magistrados, está obligado y compelido a realizar la investigación pertinente *de oficio y de inmediato*, así como establecer las responsabilidades penales del caso³⁵. Ambas convenciones establecen mecanismos adicionales encaminados a garantizar el derecho a la integridad personal, por medio de la revisión periódica de los protocolos de detención, interrogatorios, educación y entrenamiento al personal de las agencias encargadas de hacer cumplir la ley, etc.

En síntesis el derecho a la integridad personal es considerado, como la garantía amplia encaminada a proteger a los ciudadanos contra la violencia intencional y las agresiones que causan dolores y sufrimientos graves en las personas, propinadas por agentes del estado y otras personas que ejercen funciones públicas y pueden ser cometidas en situaciones de interrogatorio, arresto, detención, prisión y guarda de personas sometidas a la jurisdicción estatal. Y que tienen como finalidad la obtención de información, confesiones, castigo, intimidación, o coacción de la persona objeto de la violencia y agresión estatal.

³⁴ Ver artículo 13 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1)

³⁵ Ver artículo 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

En el contenido del derecho a la integridad personal se incluye el derecho a ser tratado con respeto de acuerdo a la dignidad inherente al ser humano, y la prohibición de la tortura las penas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Adicionalmente en eventuales casos de violación al derecho a la integridad personal se incluyen mecanismos de protección especial que han de ser garantizadas por cada estado encaminados a la restitución del derecho y el castigo a los violadores.

El marco normativo del derecho a la integridad personal.

La evolución del derecho a la integridad personal en el derecho internacional de los derechos humanos.

La primera referencia al derecho a la integridad personal fue establecida por la Declaración Universal de Derechos Humanos mediante la prohibición: *Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*, artículo 5. En ese mismo periodo en el continente americano la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece el derecho de toda persona *a un tratamiento humano durante la privación de su libertad*, artículo XXV. De esta forma, en los albores del derecho internacional de los derechos humanos contemporáneo, es que se delinean las bases de lo que se conoce en la actualidad como el derecho a la integridad personal.

Ambas declaraciones acuñan el derecho a la integridad en sentidos diversos, sea en forma de garantía, sea en forma de derecho. Mientras la Declaración Universal de Derechos Humanos centra su atención en la actuación estatal, mediante la prohibición de la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. La que impone prohibiciones a la actuación de los agentes del estado en uso de potestades públicas. Lo que brinda garantías a los ciudadanos, acerca de una actuación estatal predecible y conforme a ciertas reglas mínimas, en este caso observando la prohibición de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Por su parte la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, centra su atención en las personas, reconociendo en forma positiva el derecho a tratamiento humano durante la privación de libertad. Lo que posibilita la exigencia de mecanismos de protección tanto a nacionales como internacionales. Ambos instrumentos establecen regulaciones al derecho a la integridad personal, las que se complementan entre sí, siendo reconocido en su doble dimensión, como garantía y como derecho. Una de las limitaciones que se observan en este estadio, lo constituye su generalidad intrínseca, que deja espacios descubiertos, sujetos a amplias o arbitrarias interpretaciones.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado en 1966, el derecho a la integridad personal conserva el mismo espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos

de 1948. De nuevo se reedita la prohibición de la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Sin embargo el PIDCP aporta como novedad la prohibición de experimentos médicos y científicos, sin el *libre consentimiento* de las personas participantes (artículo 7). Ésta alusión está referida a los experimentos médicos perpetrados en contra de prisioneros en la Alemania nazi durante la Segunda Guerra Mundial, salvando de esta forma la ausencia de la DUDH en relación a este tema.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en 1969, será la síntesis del camino recorrido en el proceso de construcción del derecho a la integridad personal. Integrándolo como garantía y como derecho. Entre las novedades que aporta el artículo 5 de la CASDH se mencionan:

- Incorpora la prohibición de tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, como el derecho a trato acorde a la dignidad humana de las personas. Es decir establece el derecho a la integridad personal, tanto en su dimensión de garantía estatal como en su dimensión de derecho de las personas por medio de establecer: *Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*
- Desarrolla nuevos mecanismos de protección al derecho a la integridad personal, por medio de establecer prohibiciones a la actividad estatal. Entre los que destacan:
 - o Reconoce el principio de culpa en materia penal al reconocer que la pena *no puede* trascender de la persona del delincuente. Lo que permite proteger a otras personas relacionadas con este.
 - o Establece requisitos aplicables para la guarda, internamiento, arresto o prisión de las personas privadas de libertad, como es la separación de *procesados y condenados*, la separación entre *menores y adultos*, señalando a la justicia de menores como la justicia especializada para tramitar la causas de menores.
- Establece que la readaptación social como el fin de las penas privativas de libertad, rompiendo con la tradición punitiva con que estas eran consideradas. Introduciendo así un nuevo sentido humanista, el que ha de inspirar al derecho penal y a los establecimientos penitenciarios.

A pesar de la novedad y los aportes novedosos que introduce el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todavía en esta etapa el derecho a la integridad personal cuenta con una amplia generalidad normativa, lo que facilitó interpretaciones antojadizas, dejando al descubierto amplios espacios que serían utilizados en detrimento de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Fue hasta mediados de la década de los ochentas con la adopción de convenciones contra la tortura, las penas o tratos crueles inhumanos o degradantes, que la ambigüedad y vaguedad con que fue acuñado el derecho a la integridad personal sería solucionada.

Otros instrumentos internacionales de derechos humanos

Tres instrumentos internacionales de derechos humanos, cabe mencionar: a). Las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; b). El Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; c). La Convención sobre los Derechos del Niño. Cada uno aporta nuevos elementos a la construcción actual con que cuenta el derecho a la integridad personal.

a. Las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

Esta fueron adoptadas dentro del Sistema de Naciones Unidas en 1977, en ellas se establecen los criterios de separación aplicables a las personas privadas de libertad (regla 8). Por medio de estas reglas se fijan cuatro criterios principales:

- Separación conforme a sexo: Hombres separados de las mujeres.
- Separación conforme a situación legal: Procesados separados de los condenados.
- Separación de acuerdo a la naturaleza de la causa: Detenidos por causas civiles separados de aquellos detenidos por causas penales.
- Separación etaria: Los jóvenes separados de los adultos.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos regulan además las sanciones y la disciplina a observar en los centros penales. Establece regulaciones en tres mecanismos de protección: a. las sanciones a imponer a los reclusos solo serán aquellas establecida de previo en las leyes o regulaciones administrativas; b. establece total y completa prohibición a *las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante, como sanciones a imponer a los reclusos*; y, c. regula las *penas de aislamiento y de reducción de alimentos* las que únicamente serán impuestas bajo certificaciones medica escrita (reglas 30 – 32).

b. El Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Adoptado en el Sistema de las Naciones Unidas en el año de 1979. Por medio de este instrumento internacional se pretende establecer principios y normas generales de comportamiento tanto ético como operativo, las que serán aplicables a todos los funcionarios, empleados y oficiales encargados de hacer cumplir la ley. Dentro de esta categoría se ubican: policías, fiscales, jueces, funcionarios penitenciarios, etc.

En cuanto a la protección al derecho a la integridad personal, el Código de Conducta (artículo 5) contiene prohibiciones relativas a la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Destacan entre estas las siguientes:

- Prohibición absoluta a todos los funcionarios para *infligir, instigar o tolerar* torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- No se admiten como eximentes o justificaciones en casos de tortura, y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: el principio de obediencia debida, el estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, ni la alegada peligrosidad del delincuente.

El aporte del Código de Conducta resulta valioso y digno de destacar, puesto que no admite justificación alguna en casos de *infligir, instigar o tolerar* torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Lo que marca un hito en la investigación y sanción de las estas violaciones de derechos abriendo las posibilidades de castigar a los torturadores y violadores del derecho a la integridad personal. Lo abonaría el camino para incluir estos principios en convenciones especializadas posteriores.

c. *La Convención sobre los Derechos del Niño*³⁶

El artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece los principales mecanismos de protección al derecho a la integridad personal, aplicables a la niñez. En especial aplicables a la justicia de menores y los jóvenes en conflicto con las leyes. La Convención las establece como obligaciones de los *Estados Partes*, erigiéndose en garantías válidas aplicables sin ninguna discriminación a todo niño y niña.

Entre los principales mecanismos que adopta la Convención relativos al derecho a la integridad personal, aplicables en la protección a niños y niñas, están:

- Prohibición de tortura, y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- La detención de los niños y niñas se considera como el último recurso a aplicar.
- El reconocimiento del derecho de los niños y niñas a ser tratados con *la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana*, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad.
- Se establece y reconoce el principio de separación por el que los niños y niñas estarán separados de los adultos.

³⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 44/25 del 20 Noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de Septiembre de 1990 conforme el artículo 49.

Las convenciones contra la tortura, y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La adopción de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT) en 1984 en el seno del Sistema de las Naciones Unidas permite establecer una definición de la tortura, así como los elementos a tener en cuenta para su identificación, superando la generalidad y la vaguedad con que era tratada anteriormente. En 1985 en similares términos se adopta la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³⁷, la que retoma los principales postulados de su antecesora, haciéndola válida y aplicable en el contexto de los países del Sistema de la Organización de Estados Americanos. Ambas convenciones aportan diversos elementos novedosos en el derecho internacional de los derechos humanos, entre los que destacan los siguientes:

a. La definición de tortura establecida por las convenciones contra la tortura.

En el derecho internacional de los derechos humanos no existía una definición aceptada y sistemática que permitiera la identificación apropiada de la tortura, esto solo fue posible con la definición que estableció el artículo 1 de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en la forma siguiente:

“... se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Esta definición es retomada en lo fundamental por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Al contrastar ambas definiciones se observan diferencias que aparentemente pueden parecer mínimas. Sin embargo conviene identificarlas a fin de establecer el alcance de ambas. En primer lugar la CCT posibilita su identificación estableciendo que será cometida *por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas*, aspecto

³⁷ El estado de Nicaragua hasta la fecha no ha ratificado la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Esta convención únicamente fue suscrita el 10 de Diciembre de 1985, sin embargo no ha sido ratificada. Para detalles acerca del estado de ratificaciones de esta convención por países, se recomienda ver: Tratados Multilaterales, Organización de los Estados Americanos, Tratado A-51 en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-51.html>

que es desarrollado con mayor profundidad por la CI puesto que esta permite identificar a los responsables materiales, cómplices y encubridores (CIPPST artículo 3).

En segundo lugar, existen variaciones en cuanto a la definición de tortura, por un lado la CCT identifica como tales: los *dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales*, mientras que la CI establece como tales a las *penas o sufrimientos físicos o mentales*. De la comparación, este trabajo considera más completa la alusión de la CCT, tomando en consideración que esta alude a la gravedad de los dolores y sufrimientos propinados. Este aspecto es de suma importancia tomando en consideración la ausencia de criterios confiables que permitan establecer la diferencia e identificación posterior entre la tortura, y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En tercer lugar el Comité Contra la Tortura en las en las recomendaciones del Comité (CAT/C/USA/CO/2, 25 Julio 2006) a propósito del informe de la situación de los detenidos en Guantánamo, presentado por el Gobierno de los Estados Unidos de América amplía el concepto de tortura y lo define como una *amplia categoría de hechos que causan sufrimiento mental severo, independientemente de la duración* de estos. Además el Comité identifica dos características constitutivas de la tortura. En primer lugar, refiere al secreto que rodea los centros de detención, lo que impide el acceso a la información, como también impide acceso de cualquier otras personas o instituciones, lo que no permite verificar las condiciones de la detención. En segundo lugar, las víctimas se encuentran desprovistas de protección judicial, que no permite la *evaluación legal* acerca la justificación de la detención de las víctimas³⁸. Evaluación legal que los instrumentos internacionales delegan en autoridades judiciales por excelencia.

b. La tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no admiten justificaciones ni eximentes: La influencia del ius cogens

Ambas convenciones retoman el artículo 5 del Código de Conducta de los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, en cuanto a la prohibición absoluta de tortura, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Mediante este artículo se anula cualquier intento de justificación de las violaciones sea basada en el principio de obediencia debida, guerra, calamidad o catástrofe nacional, incluyendo la eventual peligrosidad del delincuente, artículo 2 CCT y artículos 4 y 5 CIPPST. Lo que implica que los comisores de las violaciones han de ser investigados y sancionados en todos los casos, y sin que exista posibilidad alguna de justificación.

La no admisión de justificaciones se asientan en el ius cogens, al considerarse que los valores que tutela el derecho a la integridad personal y su debida protección rebasan el ámbito de las instituciones nacionales e internacionales, con lo que se torna en una norma que *ocupa una jerarquía en la normativa internacional superior al derecho contractual (treaty law) y aun al*

³⁸ Steiner, Henry J., Alston, Phillip and Goodman, Ryan. International Human Rights in Context: Law, Politics and Moral. Third Edition. Oxford University Press. New York, 2008. p. 260.

derecho consuetudinario. Ello implica que no será necesario establecer tratado alguno, encaminado a regular la existencia de las supuestas causales de justificación, puesto que la prohibición de tortura y ha llegado a ser *una de las normas más fundamentales* de la comunidad internacional vinculante por tanto a todos los estados³⁹. La prohibición de tortura es considerada con carácter de norma consuetudinaria tanto en el derecho internacional humanitario, como en el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que no *necesitan acuerdo en contrario*⁴⁰.

c. El deber de prevenir, investigar y sancionar la tortura, y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes por los estados nacionales

La adopción de las convenciones contra la tortura, tanto en el ámbito del Sistema de las Naciones Unidas como en el Sistema de la Organización de los Estados Americanos, impone el deber de prevenir, investigar y sancionar la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes a cada estado por medio de sus propias autoridades. De esta forma la comunidad internacional delega en los estados la protección primaria del derecho a la integridad personal. Por medio de las convenciones los estados se comprometen a investigar y sancionar la tortura, y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes por cada estado nacional, creando obligaciones concretas:

- Los estados se comprometen a implementar medidas legislativas, administrativas judiciales, *para impedir actos de tortura* en el territorio bajo su jurisdicción.
- Los estados se comprometen a penalizar y castigar la tortura, y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, lo que implica la tipificación de estos como delito conforme las legislaciones nacionales, artículo 4 CCT y artículo 6 CIPPST.
- Ambas convenciones establecen que la tortura será considera como delito que *da lugar a extradición*. En el caso nicaragüense, existe la prohibición de extradición a sus nacionales, lo que deriva en la obligación de perseguir la tortura cometida por sus nacionales y los extranjeros que se encuentren bajo la jurisdicción nicaragüense. Lo que tiene profundas implicaciones en el ámbito internacional tomando en consideración que la Corte Penal Internacional tiene competencia para juzgar los *crímenes de lesa humanidad* entre los que se incluye la tortura⁴¹.

³⁹ Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia caso IT-95-17/1-T del 10 de Diciembre de 1998. O'Donnel, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá, 2004. ps. 74 y 75.

⁴⁰ O'Donnel, Daniel. Op. cit.

⁴¹ Se recomienda ver los artículos 7, 8 y 9 del Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal Internacional en el Sistema de Naciones Unidas, aprobado el 17 de Julio 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el establecimiento de una corte penal internacional. El estado de Nicaragua hasta la fecha no ratifica el Estatuto de Roma.

d. Se reconocen los derechos de las víctimas de tortura, y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

En casos en los que se presume la comisión de tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en ambas convenciones se reconocen derechos de las víctimas, entre los principales están: **a.** La inadmisibilidad en juicio de ninguna aseveración obtenida mediante tortura; **b.** El derecho a presentar “queja” que en el contexto nicaragüense se traduce en el derecho a presentar una denuncia. La que deberá ser investigada en forma *pronta, imparcial* y de oficio; **c.** El derecho a protección para las víctimas y los testigos; **d.** El derecho de las víctimas a reparación, indemnización y compensación en ocasión de torturas, y otros tratos o penas crueles, inhumanos, crueles o degradantes.

En el caso nicaragüense se debe señalar la escasa protección a los derechos de las víctimas, tomando en consideración que la justicia penal obliga a las víctimas de los delitos a recorrer el camino: policía, jueces, penitenciaría. Sin embargo no existen mecanismos que aseguren investigaciones imparciales de las eventuales denuncias por tortura, y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Ni tampoco obliga a los Jueces y Magistrados a iniciar la investigación imparcial de propio impulso que establecen las convenciones. En eventuales casos de reparación, indemnización o reparación, hasta la fecha la legislación nacional no cuenta con procedimientos efectivos que propicien la protección efectiva de estos derechos.

Mediante un largo proceso de desarrollo histórico, las convenciones contra la tortura han perfeccionado el concepto del derecho a la integridad personal, por medio de la prohibición contra tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, reivindicando para ello el derecho a ser tratado conforme a la dignidad inherente de la persona humana. Sin embargo el mayor aporte de ambas ha sido crear nuevos compromisos a los estados por los que el derecho internacional de los derechos humanos, delega y establece compromisos a los estados nacionales, los que por medio de sus instituciones se convierten en el primer mecanismo de protección del derecho a la integridad personal de sus ciudadanos.

En el caso de Nicaragua, aun queda largo trecho por recorrer tomando en consideración que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ni la Convención Interamericana para prevenir y Sancionar la Tortura, ni el Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal Internacional aun no han sido ratificados. Tampoco existen mecanismos eficaces en la legislación nacional que aseguren los derechos de las víctimas. Esta situación tiene dos consecuencias, por un lado las posibilidades de prevención y sanción de la tortura son limitadas lo que facilita la eventual impunidad de los torturadores, y por el otro el derecho a la protección estatal para las víctimas, y los derechos derivados de las convenciones aun son frágiles y débiles.

La ambigüedad de los criterios diferenciadores entre tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: Claroscuros de las convenciones contra la tortura

A pesar de los aportes que ambas convenciones han hecho en el derecho a la integridad personal, hasta ahora no existen criterios objetivos que permitan establecer adecuadamente la diferencia entre tortura, y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Ambas tipicidades fueron acuñadas por medio de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del en el Sistema de Naciones Unidas en el año 1984. Esta convención prohíbe los Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, sin llegar a establecer una diferenciación apropiada, ausencia que tampoco es solventada por la Convención Interamericana para la prevención y sanción de la tortura de 1985.

Este trabajo propone tres argumentos operativos que permiten proponer criterios diferenciadores entre ambas violaciones. Se apercibe que este ejercicio cuenta con un alto riesgo, que implica su generalización, magnificación o infravaloración, por lo que solo se deben considerar como únicamente como argumentos operativos, cuya aplicación pueden orientar nuestro trabajo de verificación. En primer lugar, la CCTOTPCID al definir la tortura establece como tales los dolores o sufrimientos *graves* ya sean físicos o mentales, a los efectos de la verificación y diferencia entre ambas violaciones, en primer lugar, se deben considerar la gravedad de los dolores o los sufrimientos infringidos deliberadamente. En segundo lugar las agresiones o violencia propinadas en forma intencional sin que lleguen a considerarse como dolores, penas o sufrimientos graves y *que no lleguen a ser tortura* los que se constituyen tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁴².

En tercer lugar, a los efectos de la verificación, además se debe tomar en cuenta la intencionalidad de los violadores y el grado de sometimiento de las víctimas, es importante considerar el contexto o las circunstancias en que los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes suceden. En ese sentido la CCTOTPCID establece como contextos y las circunstancias en la que eventualmente conviene prevenir la comisión de tortura y demás, como los

⁴² Se recomienda ver crónica de Luís Alemán "Torturas para disciplinar estudiantes" en El Nuevo Diario del 19 de Abril 2007, se mencionan castigos corporales o tratos crueles como es el "*florero*", *que consiste en ubicar al estudiante a un lado de la pizarra con una silla en la cabeza*, los que se acercan más a la definición de penas o tratos crueles inhumanos o degradantes que a tortura. En el mismo sentido se recomienda ver crónica de Tania Sirías "Sospechosos de abigeato denuncian graves torturas" en El Nuevo Diario del 21 Febrero 2007, que cita el caso de ciudadanos detenidos por la policía, golpeados en el pecho, piernas e inclusive en sus genitales por efectivos policiales, a vista y paciencia de miembros del ejército. La crónica menciona que uno de los ciudadanos *luego de ser bajado del árbol, lo colgaron de sus genitales utilizando una manila, al extremo de defecarse durante la tortura, y que los malos tratos le fueron infringidos con el propósito de que aceptara su participación en el delito que le estaban imputando*. Se llama la atención hacia los riesgos de confusión que acarrear los dos tipos de violaciones, las que son diferentes, pero que a simple vista pueden parecer similares. En este segundo caso, el hecho se ajusta más a la definición tortura que a los *malos tratos*. Para detalles ver:

<http://impreso.elnuevodiario.com.ni/2007/02/21/nacionales/41928>

<http://impreso.elnuevodiario.com.ni/2007/04/19/nacionales/46617>

interrogatorios, *cualquier forma de arresto, detención o prisión*, a las que sean sometidas las víctimas⁴³.

Adicionalmente se deben incluir dentro de las circunstancias y contextos en las que transcurren la tortura, los tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes, todas aquellas circunstancias y contextos en las que las víctimas se encuentran sometidas a una relación de autoridad, mando o dominio ejercida por funcionarios del estado o personas ejerciendo funciones públicas. Dentro de esta categoría se ubican como víctimas potenciales las personas internadas en hospitales, estudiantes en centros educativos, militares en servicio, huérfanos, etc. En estas circunstancias y contextos es importante identificar al menos tres elementos: a. la relación de autoridad o dominación a la que las víctimas se encuentran sujetas; b. el ejercicio de funciones o potestades públicas de los violadores, sean regladas o delegadas; c. la intencionalidad y gravedad de los dolores y sufrimientos propinados.

Se advierte que es muy fácil caer en la tentación de magnificar o minimizar hechos que atentan contra el derecho a la integridad personal, los que pueden ser interpretados en forma diversa, considerándose algunos como torturas, y otros, como tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Sin embargo su verificación no es un acto de fe, sino un proceso racional en donde la magnitud de la violencia y las agresiones sufridas, la gravedad de los dolores y sufrimientos causados y el contexto en que estos sus propinados, podrían ser la clave para establecer las diferencias.

El derecho a la integridad personal en la legislación nicaragüense

a. Constitución Política de la República de Nicaragua

La Constitución Política incorpora el derecho a la integridad personal por medio del artículo 36 que cita: *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 de este derecho constituye delito y será penado por la ley.*

En este se incorporan los tres elementos constitutivos del derecho a la integridad personal establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos:

- La prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecida por la Declaración Universal de Derechos Humanos y retomada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- El derecho de toda persona *a que se respete* su integridad física, psíquica y moral, establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴³ Artículo 11 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

- El derecho de *toda persona privada de libertad* a ser tratada con el *respeto debido a la dignidad inherente al ser humano* el que fue inicialmente acuñado por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y retomada en 1969 por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cuanto a las demás derechos relacionados con el derecho a la integridad personal establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estos se encuentran incorporados en el texto constitucional de la siguiente forma:

- El principio de culpa en materia penal, por el que se establece que la pena no trasciende de la persona del delincuente (artículo 5 párrafo 3 CASDH), la Constitución lo incorpora en el artículo 37 por medio de establecer que *la pena no trasciende de la persona del condenado*.
- Los mecanismos de protección de integridad personal de las personas privadas de libertad mediante el principio de separación de estos (art. 5 párrafos 4 y 5 CASDH), la Constitución Política los incorpora en los artículos 33.5 y 35 por los que se dispone que los procesados, los condenados guardaran prisión en centros diferentes y los menores transgresores serán atendidos en centros especializados.
- La readaptación social como fin de las penas privativas de libertad (art. 5 párrafo 6 CASDH), la Constitución Política lo reconoce en el artículo 39 y deposita esta aspiración en el Sistema Penitenciario al que se le asigna carácter humanitario y tiene como *objetivo fundamental* la transformación del interno para reintegrarlo a la sociedad.

Se puede afirmar que en el plano normativo la Constitución Política se encuentra en armonía con los principales compromisos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos, puesto que en ella se encuentran incorporados los principales derechos y garantías reconocidas por los instrumentos internacionales referidos al derecho a la integridad personal.

b. Código Penal

El Código Penal, Ley 641/2007 por el que se desarrolla la prohibición de tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el que se establece como delito a investigar y castigar. Identifica a los autores, sean estos *autoridad, funcionario o empleado público*, de lo que se infiere la naturaleza calificada de los presuntos autores y su vínculo estatal. Impone tres tipos diferentes de penas: prisión, inhabilitación absoluta e inhabilitación especial; además establece tres supuestos penales aplicables a los involucrados en la comisión de la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Primero. Los autores directos, es decir *aquellos que realizan* el supuesto punible, es decir aquellos que torturan o infligen tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Estos serán castigados con siete a diez años de prisión e inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

Segundo. Las autoridades, funcionarios o empleados públicos que teniendo *conocimiento y competencia* para impedir la comisión de la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, serán sancionados con cinco a siete años de prisión *e inhabilitación especial* para ejercer el empleo o cargo público de cinco a nueve años.

Tercero. Las autoridades, funcionarios o empleados públicos sin competencia, pero con conocimiento de los delitos omitieren denunciar los hechos *dentro de las siguientes cuarenta y ocho hora siguientes* a partir del momento en que conoció de lo ocurrido, los que serán sancionados con cinco a siete años de prisión *e inhabilitación especial* para ejercer el empleo o cargo público de cinco a nueve años.

El artículo arriba citado resulta apropiado para la sanción y aplicación de penas a los autores de tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, tomando en consideración que es la única norma penal aplicable a estos delitos. Sin embargo no es suficiente ya que el énfasis único del Código Penal apunta hacia la sanción de eventuales torturadores.

La definición de tortura que establece el Código Penal nicaragüense, redactada en el último párrafo del artículo 486, es calcada casi textualmente del artículo 7.2.e del Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal Internacional⁴⁴ promulgado en el año 1998. La definición del Estatuto de Roma es una versión resumida de la definición de tortura que establece la Convención contra la Tortura y Otros o Penas, Crueles, Inhumanos o Degradantes promulgada en el sistema de Naciones Unidas en el año 1984. El derecho internacional de los derechos humanos considera la definición acuñada por la Convención contra la Tortura como una referencia obligatoria para construir la definición de tortura, puesto que esta definición contiene mayores argumentos que permiten una perspectiva mucho mayor del delito de tortura como delito internacional, desafortunadamente el Código Penal únicamente toma la definición del Estatuto omitiendo la de la Convención. Lo que deja por fuera ámbitos prácticos que posibilitan una definición con mayor alcance y profundidad, ello explica la redacción caótica del artículo en mención.

c. *Otras leyes de desarrollo*

- Código Procesal Penal

Rescata la vocación de protección de los instrumentos internacionales de derechos humanos en especial el artículo 5 de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, referido al derecho de *toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*, y lo integra por medio del artículo 3 CPP. Sin embargo por las pretensiones de toda declaración de principios deriva en ambigüedades y falta de precisión al momento de su aplicación.

⁴⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. ONU Doc. A/CONF.183/9 (1998). Entra en vigor el 1 de Julio de 2002.

Por lo que su contenido deviene más en una declaración de buenas intenciones que en prácticas de protección concretas.

- Ley de Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena, Ley 473/2004.

Esta ley establece los principios para la separación de las personas privadas de libertad. Pone el énfasis en la separación de mujeres de los hombres, y establece la atención de los menores infractores con edades que oscilan entre los quince y diez y ocho años de edad, los que serán atendidos en centros especializados que estarán bajo la administración de la Dirección General del Sistema Penitenciario Nacional (artículos 9 y 10).

Sin embargo, esta ley no cuenta con previsiones acerca de la separación de los procesados de los condenados, establecidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

- Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley 287/1998

El Código pretende desarrollar la Convención sobre los Derechos del Niño. Este reconoce el derecho a la integridad personal de los niños y niñas en conflicto con la ley. Se establece con claridad el derecho a ser tratado conforme *a la dignidad inherente al ser humano*. También el Código establece el derecho a protección contra cualquier forma de discriminación, explotación, violencia o maltrato (art. 5 CNA). En la misma dirección apunta la prohibición de castigos corporales y/o *sanciones abusivas* propinadas por empleados del Sistema Educativo, en particular los maestros, infringidas a los educandos que *les cause daños* físicos, morales o psicológicos, establecida el artículo 49. Desafortunadamente la responsabilidad administrativa o penal, causada por los daños causados no se encuentra regulada en ninguna norma de desarrollo posterior, lo que deriva en una bienintencionada medida, pero que no tiene ninguna posibilidad de aplicación práctica, ni brinda ninguna protección adicional, debido al insuficiente marco normativo.

Además establece como derecho de los adolescentes mayores de quince años y menores de diez y ocho, con restricciones a su libertad individual, serán internados en centros especializados para adolescentes en armonía con la Ley de Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena, Ley 473/2004 y la Constitución Política (artículos 101 y 111)

Los antecedentes que preceden a la actual legislación nicaragüense por la que se regula el derecho a la integridad personal están marcados por la invisibilidad absoluta de la tortura, y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En Nicaragua, durante el último siglo la administración de justicia ha sido incapaz de investigar y sancionar estos delitos, los que han sido cubiertos por la impunidad, que ha acarreado como consecuencia que los derechos de las víctimas han sido flagrantemente violados. Adicionalmente el estado nicaragüense se ha rehusado a ratificar las dos convenciones internacionales contra la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Ello propone un mínimo compromiso del estado nicaragüense con los estándares

internacionales de protección a los derechos humanos. Lo que crea impactos de diversa naturaleza, por un lado no ha permitido desarrollar eficaces mecanismos de protección para las víctimas, ni permite fortalecer el estado de derecho por medio de investigar y sancionar a los violadores, muchos menos prevenir estas violaciones.

La legislación nicaragüense trata al derecho a la integridad personal en forma contradictoria e incoherente, por un lado la Constitución Política establece ambiciosos derechos y garantías para sus ciudadanos. Sin embargo la legislación de desarrollo no brinda los mecanismos propicios y eficaces para asegurar las ambiciones constitucionales. En especial lo referido a la protección contra la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes.

Es evidente la armonía del texto constitucional con los principales compromisos internacionales establecidos en materia de derecho a la integridad personal. Sin embargo al analizar los mecanismos de protección reglados mediante leyes de desarrollo, en especial el Código Penal y el Código Procesal Penal, estos ofrecen limitada protección en materia de derechos y garantías a los ciudadanos en materia de protección contra la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Quedan por fuera y al descubierto aspectos como la protección de las víctimas y las garantías que el estado está en obligación de brindar, como son la protección de las víctimas y los testigos por denuncias o testimonios ofrecidos, los procedimientos para investigar eventuales denuncias en forma *pronta e imparcial*. No se incluye la obligatoriedad de las investigaciones de *oficio y de inmediato* en casos que exista *denuncia o razón fundada* que se han cometido torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Además quedan por fuera todas las medidas de prevención de la tortura, y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, como son la educación e información completa acerca de la prohibición de la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes dirigida a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, el examen sistemático de *las normas e instrucciones, métodos y prácticas* de interrogatorios, custodia y tratamiento de las personas privadas de libertad, sea durante interrogatorios, o bajo arresto, detención o prisión.

En este sentido se puede afirmar que lo establecido por el Código Penal Ley 641/2007 y el Código Procesal Penal no son suficientes para proteger adecuadamente a las víctimas ni a los testigos por eventuales delitos de tortura, y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Lo que aleja a la legislación nicaragüense de los estándares internacionales y compromisos establecidos en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, así como la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

Mecanismos internos de protección al derecho a la integridad personal.

En la legislación nacional destacan dos mecanismos internos de protección al derecho a la integridad personal, que por sí mismos engendran derechos a las víctimas de violaciones de este derecho. Por lado se ubican los mecanismos creados por el derecho constitucional por los que se regula el derecho a recurrir y por el otro la protección que establece el derecho penal, que hace posible el derecho a la protección estatal frente a los delitos. Por el otro se encuentra la legislación penal la que establece la tortura como tipo punible.

Mecanismos internos de protección al derecho a la integridad personal creados por el derecho constitucional: El Recurso de Amparo y el Recurso de Exhibición Personal

La Constitución Política establece dos mecanismos de control constitucional encaminados a proteger a las personas de eventuales omisiones o violaciones a los derechos y libertades que esta establece. En primer lugar el Recurso de Amparo faculta a cualquier persona a invocar la protección estatal *contra de toda acción u omisión* de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política (art. 188 Cn.). Lo que permite impugnar cualquier *disposición, acto o resolución* así como los actos de funcionarios que causan omisiones y violaciones de los derechos de las personas establecidos por la Constitución Política, entre los que ocupa una privilegiada posición el derecho a la integridad personal.

En segundo lugar el Recurso de Exhibición Personal establece la protección de cualquier persona cuya libertad, integridad física y seguridad, *sean violadas o estén en peligro de serlo* (art. 189 Cn.). La norma constitucional por medio del Recurso de Exhibición Personal establece márgenes amplios de protección, puesto que el recurso no solo se encamina hacia hechos consumados, sino que también aspira a proteger a las personas de cualquier amenaza.

Para mayores detalles acerca del Recurso de Amparo y el Recurso de Exhibición Personal, se recomienda consultar los mecanismos internos de protección establecidos por norma constitucional relativos al derecho a la vida y al derecho a las debidas garantías (parte general) desarrollados en los capítulos 1 y 5 de este trabajo.

Mecanismos internos de protección creados por el derecho penal: el delito de tortura.

Por medio del artículo 486 del Código Penal el derecho penal nacional ha introducido en el ordenamiento jurídico nicaragüense el delito de tortura como hecho punible, clasificándola como un delito de lesa humanidad. Las penas para los delitos de tortura son de prisión e inhabilitación absoluta, las que oscilan entre siete y diez años y entre ocho a doce años respectivamente.

El derecho penal como mecanismo interno disponible de naturaleza correctiva y contingente, es decir funciona en los casos que el derecho a la integridad personal ha sido violado. Opera contra a

actos constitutivos de tortura, también en casos de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Se activa por medio de una acusación penal que inicia con una denuncia, que implica iniciar o activar el deber jurídico de prevenir, investigar y sancionar los delitos. No debe ser considerada como un mecanismo de protección en sí mismo, puesto que este pretende castigar a los violadores del derecho a la integridad personal. Lo que permite a las víctimas iniciar eventuales acciones de restitución de sus derechos violados.

La inclusión del delito de tortura como conducta punible en la legislación nacional, ha sido una de las consecuencias que en el ordenamiento interno ha derivado el Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal Internacional. Entre las consecuencias más importantes están: a. se crea la posibilidad de enjuiciar a los eventuales torturadores en los tribunales nacionales, b. el estado de Nicaragua asume el deber de prevenir, investigar y sancionar la tortura, c. se reconoce el derecho de las personas a ser protegido contra la tortura, y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Eventuales formas y modalidades de violaciones al derecho a la integridad personal

Estos se pueden clasificar en dos grandes modalidades: Tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Tortura

La definición establecida por el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, resulta de suma utilidad, *se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.*

Entre los principales patrones de violaciones están:

- Golpes en diversas partes del cuerpo, especialmente en los genitales.
- Violación sexual, amenazas de violación y abusos sexuales, cuando son perpetrados como *arma de guerra* en conflictos armados. Entre los abusos sexuales se deben mencionar también: violación múltiple, esclavitud sexual, traumas genitales

causados por violencia sexual, violación forzada entre las víctimas, violación en presencia de los miembros de la familia⁴⁵.

- El *tormento de toca*: La víctima es atada a una tabla con los pies hacia arriba y se le cubre la cabeza con papel de celofán. A continuación se deja correr agua en su cara *lo que produce una fuerte sensación de ahogamiento*⁴⁶.
- La víctima es obligada a permanecer en una celda fría por largos periodo de tiempo *y se le moja con agua*.
- Agotamiento físico: Sea obligando a la victima a realizar esfuerzo físico extenuante, como obligarla a permanecer de pie, o en incómodas posiciones por prolongados periodos de tiempo sin ningún descanso, sin dormir, ni ingerir alimento alguno.
- Palmadas en el vientre: palmadas en el estomago son propinadas a las víctimas.
- Descargas eléctricas: La víctima es atada y mojada con agua para acrecentar el impacto de la descarga eléctrica.
- Cualquier amenaza a la integridad personal de la víctima, su familia o miembros de su grupo social y/o étnico, dirigida a castigar, amedrentar o escarmentar.
- La anulación de la condición y personalidad humana de las victimas por medio de humillaciones, vejaciones y tratos inhumanos, crueles o degradantes, como obligar las victimas a *comer sus propios excrementos, u obligarles a hacer sus necesidades fisiológicas* con las ropas puestas⁴⁷.

Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes

Se pueden considerar como tales a todas las formas de agresión o violencia, sea física o psíquica propinada en forma intencional y *que no lleguen a ser tortura* los que derivan en tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Entre los principales patrones o modalidades de violaciones se pueden mencionar:

- Castigos corporales: Estos abarcan toda forma de agresión física que puede ser golpes, azotes, hincar de rodillas sobre piedras, hacer cargar pesos a las víctimas.
- Privación de alimentos, u obligar a las víctimas a ingerir alimentos en contra de sus creencias religiosas.

⁴⁵ Harvard Humanitarian Initiative / Oxfam International. "Now, the world is without me": An Investigation on Sexual Violence in Eastern Democratic Republic of Congo. USA, April 2010, ps. 3y 5.

⁴⁶ Se recomienda ver artículo "CIA: ex-agente reconoce tortura" del 11 de Diciembre 2007 en BBC MUNDO.com en el que se admite que la técnica de ahogamiento podría ser considerada como tortura, sin embargo *logra su cometido al "quebrar" al detenido en pocos segundos*. Adicionalmente se recomienda ver artículo "CIA admite uso de tormento de toca" del 6 Febrero 2008, en BBC MUNDO.com en el que se mencionan algunas de las "técnicas" de tortura empleadas para interrogar prisioneros. Ver páginas de Internet:

http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_7137000/7137810.stm

http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_7230000/7230084.stm

⁴⁷ La tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Cap. II Vol. 2, párrafos 578 – 580. GUATEMALA: MEMORIA DEL SILENCIO. Opus citus.

- Amenazas de castigo físico.
- Ejercicios físicos extenuantes y obligatorios.
- Confinamiento en celdas de castigo o áreas de castigo.
- Castigos ejemplarizantes como cortes de cabello forzados y sin consentimiento de las víctimas y realizados durante arresto o prisión⁴⁸.
- Exposición o vergüenza pública de las víctimas, así como el uso forzado de prendas, vestuario impropio o denigrante o en contra de creencias religiosas o culturales.
- Aislamiento del mundo exterior, en el que se incluyen privación de visitas, comunicación con familiares y abogados, etc.
- Aislamiento sensorial: Empleo de capuchas, vendas o mecanismos que impiden ver, escuchar y percibir al mundo circundante.
- La utilización de alias, números, o cualquier otro medio que apunte a anular la identidad de las personas privadas de libertad.

Sugerencias para la verificación de denuncias por eventuales violaciones al derecho a la integridad personal

- En los casos en que las víctimas y testigos se encuentren en detención y en riesgo inminente para su integridad personal, analice y valore los riesgos de cada intervención. Recuerde que la protección de la vida y la integridad personal de las víctimas y los testigos es su prioridad.
- Asegúrese tener acceso directo a la víctima, en caso que aun se encuentre detenida solicite entrevistarla en privado.
- Entreviste a los familiares y amigos de la víctima para conocer el estado físico de esta antes de la detención o arresto.
- Identifique a los testigos, no los exponga innecesariamente a ser identificados por los presuntos violadores.
- Solicite la intervención en el caso de la Fiscalía así como de la institución gubernamental encargada de la promoción y protección de los derechos humanos.
- Consulte a la víctima y su familia acerca de la presentación de la denuncia por tortura ante las instituciones de la administración de justicia correspondiente. Tenga en cuenta y respete sus temores, no se recomienda ir en contra de la voluntad de estos.
- Verifique la reacción de los Jueces y Magistrados ante la denuncia o ante el conocimiento de la violación. Verifique el derecho de las víctimas a una investigación imparcial, pronta y de oficio. En caso de inacción judicial, cabe iniciar la verificación del derecho a la justicia y el derecho al debido proceso. Tenga presente que los Jueces están obligados a realizar una investigación pronta e imparcial por impulso propia, sin que ello requiera denuncia formal.
- En caso de presentar y formalizar la denuncia por eventuales torturas, asegúrese que las agencias encargadas de hacer cumplir la ley brinden garantías suficientes que la víctima y los

⁴⁸ Ver artículo: *MIL, "primer reo político"* por el que su abogado defensor denuncia que a la persona detenida por incumplimiento de alimentos *le raparon la cabeza y le afeitaron la barba*, sin su consentimiento, en: <http://www.laprensa.com.ni/archivo/2007/junio/27/noticias/politica/> LA PRENSA.com.ni 26 de Junio 2007.

testigos no serán objeto de represalias. Asegúrese que la víctima se encuentre en lugar diferente de aquel en donde fue torturada o mal tratada, y fuera del control del torturador. En estos casos conviene solicitar el traslado de la víctima a otro centro de detención.

- En aquellos casos en que la vida de las víctimas y los testigos se encuentran amenazadas o en riesgo inminente, analice las ventajas y posibilidades de iniciar procedimiento de amparo a fin establecer la situación legal y la eventual protección jurídica de estas.
- Solicite el reconocimiento médico legal y la asistencia médica necesaria en aquellos casos en que las víctimas están sometidas a cualquier forma de interrogatorio, arresto, detención o prisión.
- Solicite la versión de los funcionarios señalados en la denuncia, así como la de los representantes de las agencias encargadas de hacer cumplir la ley, señaladas en el caso. De ser posible entreviste a los funcionarios señalados.
- En los casos de denuncias o juicios iniciados en la administración de justicia, asegure la adecuada prestación de asistencia legal las víctimas y el seguimiento del caso.
- En casos de mujeres víctimas de violación, torturas o malos tratos que han implicado agresiones de naturaleza sexual, es recomendable que las entrevistas y las intervenciones de protección sean dirigidas y brindadas, de ser posible, por personal femenino, y evitar la duplicidad de la verificación, es decir evitar hacer varias entrevistas a las víctimas por los mismos hechos.
- En casos de niños y niñas, asegure la intervención del Ministerio de la Familia, así como el traslado y protección de las víctimas a centros de protección apropiados. Además asegure que las víctimas están fuera del alcance y control de los agresores.
- Analice la reacción de los funcionarios de las agencias encargadas de hacer cumplir la ley en cuanto a la denuncia por eventual tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Recuerde que tanto la fiscalía como los jueces tienen el deber de investigar la denuncia *imparcialmente, de oficio y de inmediato*: ¿Han actuado con la diligencia debida? ¿Por el contrario han actuado con evidente complicidad?
- Evalúe la ejecución de los diversos procedimientos investigativos y judiciales, el apego a la legislación, los plazos y las potestades de los funcionarios que los realizaron.
- Analice la cadena de protección de las evidencias presentadas y las formas por las que cada pieza de evidencia fueron obtenidas. ¿Se hicieron conforme a lo que establece la legislación, o por el contrario existen dudas racionales acerca de la forma en que se obtuvieron?
- Evalúe el agotamiento de los diversos recursos que ofrece la legislación nacional. ¿Se agotaron todos los que se establecen, o por el contrario aun queda alguno pendiente que no ha sido utilizado?

Capítulo 3. Derecho a protección contra la esclavitud y las formas contemporáneas de esclavitud

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 4

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 8

1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.
2. Nadie estará sometido a servidumbre.
3.
 - a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;
 - b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíba, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;
 - c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párrafo:
 - i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso *b*, se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;
 - ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia;
 - iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad;
 - iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Artículo 6

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio;
- b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; (...)

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio⁴⁹

Artículo 1 (primer párrafo)

1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas.

Artículo 2

1. A los efectos del presente Convenio, la expresión *trabajo forzoso u obligatorio* designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

2. Sin embargo, a los efectos del presente Convenio, la expresión *trabajo forzoso u obligatorio* no comprende:

a) cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;

b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;

c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población;

e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la

⁴⁹ Adoptado por la Conferencia General de la OIT el 28 de Junio de 1930 en Ginebra, Suiza. Entra en vigencia el 1 de Mayo de 1932, y ratificado por Nicaragua el 12 de Abril de 1934.

comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.

Convención 105 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso⁵⁰

Artículo 1

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio:

- a) como medio de coerción o de educación política o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido;
- b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;
- c) como medida de disciplina en el trabajo;
- d) como castigo por haber participado en huelgas;
- e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

Artículo 2

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a tomar medidas eficaces para la abolición inmediata y completa del trabajo forzoso u obligatorio, según se describe en el artículo 1 de este Convenio.

Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Abolición⁵¹

Artículo 1

Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia.

⁵⁰ Adoptado el 25 de Junio de de 1957 por la Conferencia General de la OIT en su cuagragésima reunión, entra en vigor el 17 de Enero de 1959 de conformidad con el artículo 4. Ratificado por Nicaragua el 31 de Octubre de 1967.

⁵¹ Adoptado por la Conferencia General de la OIT en 87ª reunión en Junio 1999, entra en vigor el 19 de Noviembre 2000. Ratificado por Nicaragua el 6 de Noviembre 2000.

Artículo 3

A los efectos del presente Convenio, la expresión «las peores formas de trabajo infantil» abarca:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y
- d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Convención sobre la esclavitud⁵²

Artículo 1

A los fines de la presente Convención se entiende que:

1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.
2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos.

Artículo 2

Las Altas Partes contratantes se obligan, en tanto no hayan tomado ya las medidas necesarias, y cada una en lo que concierne a los territorios colocados bajo su soberanía, jurisdicción, protección, dominio (suzeraineté) o tutela:

- a) A prevenir y reprimir la trata de esclavos;

⁵² Adoptada el 25 de Septiembre de 1926 en Ginebra, Suiza. Entra en vigor el 9 de Marzo de 1927 de Conformidad al artículo 12. Será modificada por el protocolo que la modifica adoptado por la Asamblea General mediante la resolución 794 (VIII) del 23 Octubre de 1953, y retomada en sus partes sustantivas por la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Practicas Análogas a la Esclavitud de 1956.

b) A procurar de una manera progresiva, y tan pronto como sea posible, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas.

Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena⁵³

Artículo 1

Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona.

Artículo 2

Las Partes en el presente Convenio se comprometen asimismo a castigar a toda persona que: 1) Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; 2) Diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena.

Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Practicas Análogas a la Esclavitud⁵⁴

Artículo 1

Cada uno de los Estados Partes en la Convención adoptará todas aquellas medidas legislativas o de cualquier otra índole que sean factibles y necesarias para lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la completa abolición o el abandono de las instituciones y prácticas que se indican a continuación, dondequiera que subsistan, les sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo 1 del Convenio sobre la Esclavitud, firmado en Ginebra en 25 de septiembre de 1926:

a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

⁵³ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la 264ª. sesión plenaria el 2 de Diciembre de 1949. Entra en vigor el 25 de Julio de 1951 conforme al artículo 24. El estado de Nicaragua no es parte de este convenio.

⁵⁴ Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI) del 30 Abril de 1956. Entra en vigor en la misma fecha conforme el artículo 13. Ratificada por Nicaragua el 14 de Enero de 1986.

b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;

c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:

i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;

ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;

iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;

d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁵⁵

Artículo 2 Finalidad

Los fines del presente Protocolo son:

a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños;

b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y

c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

Artículo 3 Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de

⁵⁵ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la resolución 55/25 el 15 de Noviembre 2000. Entra en vigor el 25 de Diciembre 2003.

explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo I. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona.

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

- a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
- b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;
- c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y
- d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores⁵⁶

Artículo 1

El objeto de la presente Convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo.

En tal sentido, los Estados Parte de esta Convención se obligan a:

- a) asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior;
- b) instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados Parte que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito; y
- c) asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Artículo 2

Esta Convención se aplicará a cualquier menor que se encuentre o resida habitualmente en un Estado Parte al tiempo de la comisión de un acto de tráfico internacional contra dicho menor.

Para los efectos de la presente Convención:

- a) "Menor" significa todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años.
- b) "Tráfico internacional de menores" significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos.
- c) "Propósitos ilícitos" incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado.
- d) "Medios ilícitos" incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio

⁵⁶ Adoptada durante la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado el 18 de Marzo de 1994 en México D.F. México. Entra en vigor el 15 de Agosto de 1997 conforme el artículo 33. El estado nicaragüense la ratificó el 7 de Octubre de 2005.

ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política

Artículo 40

Nadie será sometido a servidumbre. La esclavitud y la trata de cualquier naturaleza, están prohibidas en todas sus formas.

Código Penal, Ley 641/2007

Artículo 175. Explotación sexual, pornografía y acto sexual con adolescentes mediante pago.

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

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

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

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

Artículo 177. Promoción del turismo con fines de explotación sexual.

Los que dentro o fuera del territorio nacional, en forma individual o a través de operadores turísticos, campañas publicitarias, reproducción de textos e imágenes, promuevan al país como un atractivo o destino turístico sexual, utilizando personas menores de dieciocho años, serán

sancionados con la pena de cinco a siete años de prisión y ciento cincuenta a quinientos días de multa.

Artículo 182. Trata de personas con fines de esclavitud, explotación sexual o adopción.

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

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

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

Artículo 315. Discriminación, servidumbre, explotación.

Quien discrimine en el empleo por razón de nacimiento, nacionalidad, afiliación política, raza, origen étnico, opción sexual, género, religión, opinión, posición económica, discapacidad, condición física, o cualquier otra condición social, será penado con prisión de seis meses a un año y de noventa a ciento cincuenta días de multa.

Quien someta, reduzca o mantenga a otra persona en esclavitud o condiciones similares a la esclavitud, o trabajo forzoso u obligatorio, régimen de servidumbre o cualquier otra situación en contra de la dignidad humana, en la actividad laboral, será castigado con prisión de cinco a ocho años.

Se impondrá pena de prisión de cinco a ocho años y de ciento cincuenta a trescientos días de multa, a quienes trafiquen a personas, con el fin de someterlas a actividades de explotación laboral, así como el reclutamiento forzado para participar en conflictos armados.

La pena para los delitos señalados en los párrafos anteriores se agravara hasta la mitad del límite máximo del delito de que se trate, cuando sean cometidos:

- a) En perjuicio de niños o niñas, o,

b) Mediante violencia o intimidación.

Si concurren ambas circunstancias, la pena se agravara hasta las tres cuartas partes del límite máximo del delito respectivo.

Quien contrata para el empleo a una persona menor de dieciocho años fuera de los casos autorizados por la ley con fines de explotación laboral, será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión.

Código de la Niñez y de la Adolescencia

Artículo 26 (segundo párrafo)

En caso de maltrato físico, psíquico, moral, abuso sexual o explotación en contra de niñas, niños y adolescentes por parte de sus padres, madres, tutores o cualquier otra persona, podrán ser juzgados y sancionados conforme la legislación penal vigente.

Breve reseña del derecho a ser protegido contra la esclavitud, las formas contemporáneas de esclavitud y su contenido

La definición clásica de esclavitud implica la reducción del esclavo a la condición similar de los semovientes, tomando en consideración que los esclavistas podían disponer de los esclavos como animales de trabajo, los que igual que estos podían ser comprados y vendidos. Las personas esclavizadas fueron sometidas a la crueldad absoluta y el desconocimiento total de su condición humana. En el continente americano se registra el comercio de esclavos africanos los que fueron explotados principalmente en plantaciones agrícolas y mineras de las colonias americanas y sirvió para apuntalar el *crecimiento preindustrial* europeo. Abarca un periodo de cuatro siglos durante los siglos XXVI hasta el XIX. Se estima que el tráfico de esclavos alcanzó una cifra *entre 10 y 28 millones de personas*.

En los países occidentales las primeras acciones encaminadas a erradicar la esclavitud se ubican al inicio del siglo XIX en los Estados Unidos e Inglaterra, en donde *las ganancias del comercio de esclavos eran evidentes*. Especial mención merece la intervención de representantes religiosos que alentaron movimientos abolicionistas. En 1863 que la Proclama de Emancipación del Presidente Abraham Lincoln inicia la liberación de los esclavos en Estados Unidos, la que culmina 1865 con la promulgación de la Treceava Enmienda a la Constitución norteamericana y marca el fin de la Guerra de Secesión y la derrota de los estados sureños. Otro hito de la emancipación de esclavos lo constituyó la promulgación del Acta General para la Represión del Comercio de Esclavos Africanos, la que estableció acciones en contra del comercio de esclavos en los lugares de origen, las rutas de transito, caravanas, transito de navíos, así como crea sanciones para los captores y comerciantes, y establece un mecanismo de protección por medio de establecer la Oficina de Comercio de

Esclavos. Se adhieren a este instrumento internacional y proclaman sus intenciones de poner fin a *los crímenes y la devastación que engendra el comercio de esclavos*, desde los grandes poderes de Europa, los Estados Unidos, Países Escandinavos, el Imperio Otomano, Persia hasta países pequeños como el Congo y Zanzíbar⁵⁷.

La definición tradicional de esclavitud refiere al ejercicio de derechos de propiedad sobre la persona esclavizada, la que es reducida a una condición de objeto, en donde la persona se encuentra sometida bajo control absoluto, sometida con crueldad y violencia, y es marcada con fuego. Estas prácticas de esclavitud en la actualidad *son muy infrecuentes*. Sin embargo en nuestros días, aun existen otras prácticas por las que perpetúa la esclavitud, las que se conocen como las *formas contemporáneas* de esclavitud⁵⁸. La organización Internacional del Trabajo estima que a nivel global se encuentran 12,3 millones de personas *atrapadas* en el trabajo forzoso y otras formas de esclavitud⁵⁹.

Los elementos esenciales por los que es posible identificar una relación de esclavitud, sea en su forma tradicional o en las formas contemporánea son: a. la restricción al *derecho inherente de las personas* a la libre circulación, b. la restricción de las personas sobre sus derechos de propiedad, es decir el reducido o ningún *grado de control* sobre sus pertenencias, c. la ausencia y conocimiento de la naturaleza de *la relación entre las partes*. Además de los elementos de control y propiedad, estos *van acompañados* de la amenaza de violencia en cualquiera de sus formas⁶⁰.

Las diversas formas contemporáneas de esclavitud

El trabajo forzoso

Afecta a personas que se encuentran ilegalmente contratadas y forzadas a trabajar bajo amenaza de violencia y otros sufrimientos. El Convenio 29 de la OIT sobre el Trabajo Forzoso define como trabajo forzoso u obligatorio a *todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*⁶¹

⁵⁷ Gordon Lauren, Paul. The Evolution of International Human Rights. Second Edition. University of Pennsylvania Press. USA 2003, ps. 37 – 45.

⁵⁸ Weissbrodt, David y La Liga contra la Esclavitud (Michael Dottridge, Director). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Naciones Unidas: Nueva York, Ginebra. 2002.

⁵⁹ Organización Internacional del Trabajo. “Trabajo Forzoso” http://www.ilo.org/global/Themes/Forced_Labour/lang-es/index.htm

⁶⁰ Weissbrodt, David y la Liga Contra la Esclavitud. Opus citus, p. 7.

⁶¹ Artículo 2 Convenio sobre el Trabajo Forzoso, conocido como Convenio numero 29 de la OIT. Adoptado el 28 de Junio de 1930 y el que entra en vigor el 11 de Mayo de 1932.

La servidumbre de la gleba

Esta forma de esclavitud fue el resultado del tránsito de la sociedad esclavista al feudalismo. Donde los siervos estaban obligados a trabajar y brindar ofrendas al señor feudal, quien era el dueño de la tierra y les permitía a sus siervos obtener alimentos únicamente para su subsistencia. En la actualidad esta modalidad existe y conserva en esencia las mismas características. Las personas se encuentran *obligadas por la ley, por la costumbre o por un acuerdo* a vivir y trabajar la tierra que pertenece a otra persona, sea en forma gratuita o adquiriendo únicamente bienes para su estricta subsistencia, y *sin libertad para cambiar de condición*⁶².

La servidumbre por deudas

Ha sido practicada por siglos como medio de sometimiento de familias enteras a la esclavitud. A la persona sometida a este tipo de servidumbre se le requiere su trabajo como forma de pago por una deuda contraída anteriormente. La persona puede o no recibir un pago, que la mayoría de veces es ridículo. El trabajo ejecutado no se aplica al pago de la deuda, generalmente en vez de reducirse se incrementa, puesto que se agregan a la deuda costos adicionales como son comida, medicinas y otros gastos de subsistencia.

Tampoco *se limita su duración, ni se limita la naturaleza de los servicios prestados*. La persona no puede revelarse contra esta situación y se encuentra obligada a continuar perpetuando la servidumbre. La mayoría de veces la deuda se hereda de padres a hijos⁶³.

Trabajadores migrantes

Los trabajadores migrantes son vulnerables a esta forma de esclavitud constitutiva de trabajo forzado. Los empleadores se apoderan y *secuestran los pasaportes*, además controlan y administran sus salarios. En el caso de las empleadas domesticas esta práctica se constituye en *cautiverio*⁶⁴. Los trabajadores se encuentran bajo el absoluto control del empleador y se les obliga a trabajar sin horarios y bajo amenaza de ser entregados a las autoridades de migración del país receptor.

La trata de personas, en especial trata de mujeres

Las personas son reclutadas mediante el ofrecimiento de un empleo. Las personas son obligadas a trabajar mediante el uso de violencia o amenazas de violencia. Las mujeres y los niños víctimas de

62 HREA. Human Rights Education Associates. "La Esclavitud y el Trabajo Forzoso". <http://www.hrea.net/learn/guides/esclavitud.html>

63 Que es la esclavitud moderna? (What is the modern slavery?) En "antislavery.org" <http://www.antislavery.org/homepage/antislavery/modern.htm>

64 Weissbrodt, David y La Liga contra la Esclavitud. Opus citus, p. 17.

trata de personas son obligados a prostituirse⁶⁵. Existen estimaciones que calculan que cada año en los países del continente americano *cerca de 700,000 a 2 millones de personas son víctimas de trata de personas* entre países de origen, tránsito y destino⁶⁶. Según información de la Organización Internacional de Migraciones el 81% de las víctimas son mujeres, en el 74 % de estas tienen edades de 25 años o más jóvenes en promedio⁶⁷.

Trata de niños

El tráfico de niños involucra el traslado de estos hacia lugares distantes de los lugares de residencia. Los niños son obligados a trabajar mediante el uso de violencia y la coacción, son vendidos para realizar trabajos de construcción, agricultura, trabajos domésticos, prostitución o para mendigar. Se conocen casos de niños vendidos para ser combatientes en conflictos armados o para extraerles órganos con fines comerciales.

Prostitución

La trata de personas con fines de explotación sexual y prostitución es considerada como *las más grande subcategoría* de esclavitud contemporánea. Las personas obligadas a ejercer prostitución por lo general son mujeres y niños. La prostitución está relacionada con otras actividades como son los burdeles, los que son una fachada para el sometimiento a mujeres y niños en esclavitud con fines de explotación sexual⁶⁸.

Matrimonios forzados y venta de esposas

Se consideran como tales, aquellos que se realizan sin el consentimiento de alguna de las partes. En la mayoría de los casos la novia es ofrecida en matrimonio, *sin que le asista el derecho a oponerse, es dada en matrimonio mediando alguna forma de pago, sea en dinero o en bienes los que se ofrecen a los padres, a los tutores o familia*, esta modalidad es frecuente en algunos países de Asia y África⁶⁹. El marido, la familia o el clan del marido tiene derecho a ceder a la mujer a un tercero, sea mediando dinero u otra forma de arreglo. La mujer, a la muerte del marido, es forzada a quedar dentro de la familia o el clan del marido, pasando a ser la esposa de uno de los familiares

⁶⁵ Se recomienda ver artículo *Drama de víctimas, negocio de tratantes* de Elizabeth Romero en LA PRENSA.com.ni del 26 de Octubre 2007. Ver página de Internet:

<http://www.laprensa.com.ni/archivo/2007/octubre/26/noticias/nacionales/223483.shtml>

⁶⁶ Trata de Personas, en Especial Mujeres y Niños en los Países de América. The Protection Project. Universidad Johns Hopkins. Escuela de Estudios Internacionales Avanzados. USA, S/F. p.2.

⁶⁷ Omelaniuk, Irena. Tráfico de Seres Humanos (Trafficking in Human Beings). Documento de Trabajo de la Reunión de Expertos de las Naciones Unidas en Migraciones y Desarrollo celebrada en Nueva York del 6 al 8 de Julio 2005. p. 4.

⁶⁸ Informe sobre el Tráfico de Personas. Las formas e impacto del Tráfico Humano (Victims of trafficking and Violence Protection Act 2000: Trafficking in Persons Report 2007). Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, 12 Junio 2007. <http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2007/>

⁶⁹ Ver el caso de la niña yemenita de ocho años que fue forzada por sus padres a casarse y obligada a *consumar el matrimonio* con un hombre veintiocho años mayor. EL NUEVO DIARIO 16 Abril 2008, edición 9938. <http://impreso.elnuevodiario.com.ni/2008/04/16/nacionales/74387>

cercanos del difunto, por lo general de uno de los hermanos, caso de algunos países africanos; además la mujer puede ser transmitida por herencia a otra persona⁷⁰.

Trabajo infantil y servidumbre infantil

Los niños son esclavizados para desempeñar trabajos que van desde explotaciones agrícolas, manufactura de vidrio, ladrillos, minería, tejido de alfombras, minas, y trabajos peligrosos. Trabajan en *condiciones similares a la esclavitud* durante largas y agotadoras jornadas, manipulando sustancias químicas, levantando pesadas cargas y manejando maquinaria. Los niños realizan trabajo domestico sin remuneración, además del riesgo de explotación sexual y pornografía infantil. La Organización Internacional de Trabajo calculó que a fines del milenio trabajaban aproximadamente 250 millones de niños con edades de 5 a 14 años, de los que casi la mitad 120 millones, *trabajan a tiempo completo y al menos un tercio de ellos* estaban empleados en ocupaciones peligrosas⁷¹.

Los derechos omitidos y/o violados

Además de los elementos principales que caracterizan a la esclavitud señalados por David Weissbrodt y la Liga Contra la Esclavitud, como son la evidente restricción al derecho a la libre circulación de las personas sometidas a esclavitud, la imposibilidad de la persona esclavizada para ejercer algún control sobre sus propiedades personales, y la relación de dominación ejercida mediante la violencia, ponen de manifiesto los principales derechos violentados por la esclavitud y las formas contemporáneas por las que se ejerce. La persona se encuentra totalmente sometida a la voluntad de otra persona y esta imposibilitada de ejercer sus derechos. En la práctica todos sus derechos se ven afectados.

El sometimiento a condiciones de esclavitud implica someter a la persona a condición de explotación, que suele ir acompañada de *otras violaciones de derechos humanos*⁷², entre las que destacan:

- Violación a la libertad individual de la persona esclavizada puesto que en la práctica esta se encuentra secuestrada y privada de su libertad física.
- Violación al derecho a la integridad personal. La persona ha sido esclavizada mediante amenazas de violencia e intimidación, así como violaciones al derecho a la integridad personal.

⁷⁰ Ver artículo 1 de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Practicas Análogas a la Esclavitud adoptada el 30 de Abril de 1956.

⁷¹ Comunicado de Prensa de la Organización Internacional del Trabajo 25 Febrero 1997. La Esclavitud, el Tráfico de Niños, la Prostitución y las demás Formas Intolerables del Trabajo Infantil en el punto de mira en la Conferencia de Ámsterdam. http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/Press_releases/lang--es/WCMS_008931/index.htm

⁷² Weissbrodt, David y La Liga contra la Esclavitud. Opus citus, p. 8 ss.

- Violación al derecho a la libre circulación y al derecho a escoger libremente su residencia. La persona se encuentra bajo control de sus explotadores.
- Violación del derecho a la justicia, la persona esclavizada no tiene acceso a los tribunales, ni cuenta con el auxilio de los mecanismos internos de protección. Se violenta el derecho al debido proceso, puesto que la persona no cuenta con la posibilidad de juez debido, ni recurso judicial efectivo que valore su situación.
- Derechos de propiedad por lo general la persona esclavizada no cuenta con el control de sus propiedades personales, puesto que estas son proporcionadas por el propietario o empleador, quien efectivamente las controla.
- En los casos de migrantes, estos se ven afectados en cuanto a otro grupo de derechos como son el derecho a la identidad cultural, ya que deberán hablar en otros idiomas, comportarse conforme a otros patrones culturales, cambiar de religión, además de los derechos de contraer matrimonio y fundar familias.
- En todos los casos los derechos laborales son omitidos en su totalidad, como el derecho a salario justo, descanso, igual remuneración por igual trabajo, etc. Igual sucede con los derechos económicos, sociales y culturales, como es el caso de la atención médica, seguros por maternidad, viudez, retiro, etc.

A pesar que la esclavitud ha existido a lo largo de toda la historia de la humanidad. También es cierto que ha sido uno de los capítulos más bochornosos de la humanidad. En la actualidad se estima que en el mundo existen 12,3 millones de personas que se encuentran sometidas a alguna de las formas contemporáneas de esclavitud, de estas se calcula que 1,3 millones están en American Latina y el Caribe⁷³. Existe información documentada de personas sometidas esclavitud en Argentina, Brasil, Paraguay, Perú, Uruguay⁷⁴ y Bolivia⁷⁵.

Marco normativo del derecho a ser protegido contra la esclavitud y las formas contemporáneas de esclavitud

Antecedentes históricos del derecho a ser protegido contra la esclavitud y las formas contemporáneas de esclavitud

Los antecedentes del derecho a ser protegido contra la esclavitud y las formas contemporáneas de esclavitud partieron de las tres rondas de debates y discusiones que concluyen cada una con sendas declaraciones internacionales: El Acta General de Berlín de 1885, el Acta General de la

⁷³ La esclavitud aun no es historia. BBC MUNDO.com 15 de Marzo 2007. http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/2007/esclavitud/newsid_6384000/6384187.stm

⁷⁴ Se aconseja ver en "antislavery.org" el capítulo dedicado a América Latina en el que se ofrecen vínculos que brindan acceso a informes de varios de los países de América Latina en los que se registra información sobre esclavitud y sus formas contemporáneas. <http://www.antislavery.org/homepage/resources/PDF/PDFlatinamerica.htm>

⁷⁵ Ver *El problema y la solución del pongueaje* refiriendo a formas de esclavitud en Bolivia, en BBC MUNDO.com http://www.bbc.co.uk/blogs/spanish/2008/04/el_problema_y_la_solucion_del.html#more

Conferencia de Bruselas de 1890 y la Convención de Saint Germain en Laye de 1919. La adopción de la Convención sobre la Esclavitud el 25 de Septiembre de 1926 en Ginebra, es el punto de partida y el primer convenio internacional encaminado a proteger el derecho a ser protegido contra la esclavitud y el trabajo forzado, la que aspira a *la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas* tan pronto como sea posible.

Durante poco más de un siglo el derecho a la protección contra la esclavitud y el trabajo forzado ha evolucionado hacia instrumentos especializados tanto en la inclusión e identificación de las formas contemporáneas por la que la esclavitud ha perpetuado hasta nuestros días, como en instrumentos especializados encaminados a proteger a personas o grupos de personas, los que por su naturaleza se constituyen en las víctimas de las diversas formas de esclavitud. Ello explica la adopción de tratados y convenciones encaminados a proteger en particular a mujeres y niños que han sido sometidos a alguna o algunas de las formas de esclavitud. En este trabajo los diversos mecanismos de protección serán abordados de la siguiente forma: a. Instrumentos internacionales de derechos humanos (*core treaties*⁷⁶), b. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y; c. Otros convenios universales de protección contra la esclavitud.

El derecho a ser protegido contra la esclavitud y las diversas formas contemporáneas de esclavitud en el derecho internacional de los derechos humanos

En 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el derecho a protección contra la esclavitud, por medio de prohibir la esclavitud, la servidumbre y la trata de esclavos. El artículo 4 declara: *Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidos en todas sus formas.*

Con posterioridad en 1966 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, retoma la prohibición de esclavitud establecida por la Declaración Universal de Derechos Humanos por medio del artículo 8. Prohíbe la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre. El aporte novedoso del PIDCP consiste en la prohibición del trabajo forzoso, el que se le identifica como una nueva forma de esclavitud. Sin embargo esta protección tiene límites que el mismo PIDCP identifica como son las excepciones del trabajo “forzoso u obligatorio”, puesto que se admite como legítima pena accesoria a la pena de prisión. Siempre y cuando esta *sea impuesta por un tribunal competente.*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos admite el trabajo forzoso u obligatorio (art. 8), en las circunstancias excepcionales siguientes:

⁷⁶ La expresión *core treaties* alude a los principales tratados universales en materia de derechos humanos, y entre éstos, a aquellos que sirven para estructurar el sistema universal de derechos humanos, es decir los que hacen las veces de núcleo. Ver *The Core Human Rights Treaties* (El Núcleo de los Tratados de Derechos Humanos) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Nueva York y Ginebra, 2006. p. v.

- Aquellos exigidos a una *persona presa en virtud de una decisión judicial*, o bajo pena de trabajos forzados aunque se encuentre bajo libertad condicional.
- El servicio militar, en casos que existan objetores de conciencia en algunos países, será admitido el *servicio nacional*, el que será cumplido conforme a ley previa por aquellos que se oponen al servicio militar.
- El trabajo forzoso u obligatorio impuesto por causa de desastres, estados de calamidad o peligro *que amenacen la vida o el bienestar de la comunidad*, en casos de huracanes, terremotos, guerra civil, o desastres naturales.
- Tampoco será considerado como trabajo forzoso u obligatorio aquel trabajo que forme parte de las *obligaciones cívicas normales*, como lo son algunas regulaciones de sanidad y salud pública que están dadas por medio de leyes y reglamentos: obligaciones de limpiar o eliminar vectores, limpieza en general, etc.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en 1969, presenta dos características en cuanto al derecho a protección contra la esclavitud y las formas contemporáneas de esclavitud. Por un lado, retoma las prohibiciones que establecidas en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por el otro, amplía los ámbitos de protección a este derecho, en la siguiente forma:

- Amplia el ámbito de las prohibiciones de la esclavitud, la servidumbre, la trata de esclavos, prohibiendo además, la trata de mujeres, la que al igual que la trata de esclavos las define como prohibidas en *todas sus formas*. Lo que equivale a afirmar que la trata de esclavos y mujeres están prohibidas en todas las formas posibles (párrafo1).
- Establece la prohibición a cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio que sea indigno y riesgoso para *la capacidad física e intelectual* del condenado (párrafo 2). De esta forma se reconoce el derecho de los condenados a *tratamiento humano durante la privación de libertad*, así como el derecho a ser tratado con *respeto debido a la dignidad inherente al ser humano* ambos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ampliando los ámbitos de protección evidentemente.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que su predecesor el PIDCP, también admite las excepciones al *trabajo forzoso u obligatorio* y delega su imposición en las autoridades judiciales. La Convención Americana al igual que el PIDCP retoman del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo de 1932, la obligación para realizar trabajo forzoso u obligatorio *bajo vigilancia y control de las autoridades públicas* (párrafo 3a), además de prevenir la explotación de los condenados por particulares, al establecer que los condenados *no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado*.

Instrumentos especializados de protección contra la esclavitud y sus formas contemporáneas

Nuevas formas de explotación en mujeres y niños serán prohibidas mediante dos instrumentos internacionales adoptados posteriormente en la década de los ochentas, mediante la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1981 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Cada una ubica la protección de las mujeres y los niños como su principal prioridad, por lo que se consideran convenciones universales especializadas puesto que centran su atención en mecanismos de protección dirigidos a grupos específicos.

Esta tendencia hacia la especialización del derecho internacional de los derechos humanos, será confirmada posteriormente en el año 2000 con la adopción del Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. El que será tratado en su oportunidad.

Las nuevas formas de esclavitud prohibidas por las convenciones especializadas en derechos de la mujer y la niñez, a través la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, son:

- a. La trata de mujeres y la prostitución: La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, viene a ser el marco normativo internacional que aspira a la igualdad de géneros. En esta convención, por medio del artículo 6 se establecen compromisos a los estados nacionales a adoptar e implementar *todas las medidas apropiadas* encaminadas a proteger a las mujeres contra la trata de mujeres y la explotación de la prostitución.
- b. Explotación de niños en prostitución y otras prácticas sexuales ilegales, y explotación de niños en espectáculos y pornografía. Estas formas de explotación de niños serán prohibidas por medio de la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 34.

En 1994 en el continente americano se adoptó la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. Uno de los aportes de esta Convención ha sido la pretensión de protección a los niños y niñas desde una amplia perspectiva, es decir desde la interpretación más amplia del *interés superior del menor*. Aspecto que retoma la Convención al considerar la protección desde la perspectiva de las víctimas, es decir los niños y las niñas objeto del tráfico internacional de menores. La Convención Interamericana, también obliga a los estados partes a considerar la protección de los menores como el interés superior de los estados, así como establecer los mecanismos jurídicos y administrativos encaminados a la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como *la pronta restitución del menor víctima* al Estado en donde se ubica su residencia habitual (artículo 1).

Otro de los aportes de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, fue la identificación y definición del tráfico internacional de menores (artículo 2), los que a continuación se mencionan:

- a. "Menor" se considera como tal a *todo ser humano menor de dieciocho años*. Lo que observa la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
- b. *"Tráfico internacional de menores" significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos.*
- c. *"Propósitos ilícitos" incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado.*
- d. *"Medios ilícitos" incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre.*

Por medio de la incorporación del interés superior del menor, y la protección de las víctimas del tráfico internacional de menores, la Convención ha ampliado notablemente los márgenes de protección, así como las obligaciones de los estados nacionales en materia de los derechos de los niños y niñas, en especial de las víctimas del tráfico de niños. Delega en los estados los mecanismos de protección, los que no solo se han de referir al ámbito jurídico, sino que establece previsiones administrativas y ubica como prioridad la pronta la restitución de las víctimas a los estados de residencia habituales.

Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre la esclavitud y sus formas contemporáneas

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es una de las agencias de las Naciones Unidas, encargada de la regulación normativa internacional del derecho del trabajo y de la supervisión de la implementación de los convenios internacionales del trabajo que conforman la normativa internacional del trabajo. A esta normativa se le conoce como el *derecho internacional social*, una especialidad del derecho internacional público *conexo* al derecho internacional de los derechos humanos⁷⁷. Los convenios de la OIT que prohíben la explotación de seres humanos, la esclavitud y las formas contemporáneas de esclavitud son tres, a mencionar: Convenio 29, 105 y 182. Los que a continuación se esbozan:

⁷⁷ O'Donnell, Daniel. Op. cit. p. 40.

- Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo relativo al Trabajo forzoso u Obligatorio.

El Convenio numero 29 de la OIT adoptado en 1930 es pionero en materia de prohibición del trabajo forzoso u obligatorio. La definición y las excepciones que establece, fueron refundidas en su totalidad por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1966 y retomadas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969.

Es el primer convenio internacional de naturaleza vinculante a los estados partes, define el trabajo forzoso u obligatorio como *todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente* (artículo 1). Además establece las circunstancias de excepción que no se consideran como trabajo forzoso u obligatorio:

- Trabajos exigidos a partir de la prestación del servicio militar obligatorio.
- Obligaciones cívicas normales exigidas a todos los ciudadanos.
- Aquel establecido por medio de sentencia judicial, *a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado.*
- Trabajos exigidos a los ciudadanos originados en casos de fuerza mayor: guerra, siniestros, inundaciones, etc., *y en general, en todas las circunstancias* que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población.
- Trabajos comunales en beneficio de las comunidades mismas, *a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.*
- Convenio 105 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso

Por medio de este convenio la Organización Internacional del Trabajo continúa la construcción progresiva de instrumentos internacionales de protección al derecho internacional del trabajo, puesto que el Convenio 105 adoptado en 1957, pretende establecer mecanismos de protección en contra del trabajo forzoso u obligatorio, por medio de la técnica de identificación de circunstancias prohibidas en las que no es admisible el trabajo forzoso u obligatorio. Si por medio del Convenio 29 se establecen las circunstancias que no son consideradas como trabajo forzoso u obligatorio, por el contrario el Convenio 105 identifican las circunstancias que si son consideradas como tal y por tanto prohibidas. Entre las que se mencionan:

- Como medio de coerción y castigo político aplicado a los que adversan, expresan o manifiestan *oposición ideológica al orden político, social o económico establecido.*
- Empleado como mano de obra con fines de fomento económico.

- Como mecanismo de disciplina laboral, o castigo por participación en huelgas.
- Como medida de discriminación sea *racial, social, nacional o religiosa*.

El Convenio 105 también retoma de su antecesor el Convenio 29 la obligación para los miembros de la Organización Internacional del Trabajo a tomar las medidas necesarias para abolir el trabajo forzoso u obligatorio (artículo 2).

- Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y las Formas Inmediatas para su abolición

Este convenio fue adoptado en el año de 1999, ubica como objetivo fundamental la abolición de las *peores formas de trabajo infantil* pretende que los países miembros la prohíban y la eliminen *con carácter de urgencia* (artículo 1). Identifica el catalogo de las peores formas de trabajo infantil las que se enumeran a continuación:

- a. La explotación de niños y niñas bajo las formas de esclavitud y las practicas análogas a la esclavitud, enumerando taxativamente cada una: *como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados.*
- b. La utilización de niños y niñas en las diferentes formas de explotación sexual: prostitución, pornografía y actuaciones pornográficas.
- c. La utilización de niños y niñas en actividades ilícitas, en particular todas las actividades relacionadas al tráfico de drogas.
- d. El empleo de niños y niñas en trabajos riesgosos, sea por su naturaleza y seguridad: minas, pirotecnia; salud: fabricas de baterías, exposiciones prolongadas a desechos y basura, etc., o por razones de moralidad.

El Convenio 182 se ubica en la tendencia moderna de adopción de instrumentos internacionales especializados, por los que se pretende brindar mecanismos de protección a grupos particulares o poblaciones específicas. Los que dada su condición de vulnerabilidad, o por estar sometidos a circunstancias extraordinarias como son los conflictos armados o migraciones requieren especiales mecanismos, como es el caso de mujeres, niños, migrantes, etc.

Otros convenios universales de protección contra la esclavitud

En este apartado se abordan cuatro instrumentos internacionales de alcance global, referidos a la esclavitud y sus formas contemporáneas. Los que serán abordados en orden cronológico, sin que

ello implique restar importancia al sistema de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos.

La Convención contra la Esclavitud

Es el primer instrumento de alcance global por el que se prohíbe la esclavitud, fue adoptada en 1926, su objetivo principal fue prevenir y reprimir la trata de esclavos, así como propiciar los mecanismos que posibiliten la *supresión completa de la esclavitud en todas sus formas* de manera progresiva (artículo 2). Adicionalmente establece una definición de esclavitud que ha servido para delimitar el concepto de esta práctica de explotación así como de las formas contemporáneas.

Dos conceptos valiosos se establecen por medio de la Convención contra la Esclavitud en su artículo 1:

- Esclavitud: es el estado o condición de un individuo sobre el cual *se ejercitan los atributos del derecho de propiedad* o algunos de ellos.
- Trata de esclavos es considerada como todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo *para venderle o cambiarle*; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido *para venderle o cambiarle*, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos.

Estas primeras definiciones resultan pioneras en cuanto a establecer prohibiciones al régimen de esclavitud a nivel mundial. Ponen el énfasis en el ejercicio de derechos de propiedad sobre las personas esclavizadas, con lo que se les asocia a una condición de objetos de comercio, por lo que pueden ser vendidos y/o comprados. Sin embargo deja por fuera la relación principal sobre la que se basa toda relación de esclavitud, la que consiste en la explotación de las personas. Esta situación vendría a ser remediada en instrumentos posteriores.

Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena

Este convenio fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones en 1949. Es el primer instrumento internacional encaminado a prohibir la prostitución como practica de explotación de seres humanos. Sus objetivos apuntan hacia dos direcciones, por un lado *castigar* a las personas que explotan la prostitución ajena, es decir aquellos que obtienen ganancias o beneficios de la prostitución ejercidas por otras personas bajo su control. En segundo lugar, castigar a las personas que administraren burdeles o casas de prostitución, en las que se explote prostitución ajena.

Este convenio aporta el concepto de *prostitución ajena*, el que se considera como la explotación de la prostitución con fines de lucro y ejercida por persona diferente de la del explotador.

Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud

Esta Convención retoma en lo fundamental las definiciones establecidas por medio de la convención contra la Esclavitud de 1926, que establece la práctica de la esclavitud a partir del ejercicio de derechos de propiedad sobre la persona esclavizada. Aboga por *la abolición progresiva y a la mayor brevedad posible* de la esclavitud y la trata de esclavos.

Los alcances de esta convención son valiosos puesto que establece prohibiciones e identifica nuevas formas de esclavitud por las que se ejerce explotación sobre seres humanos:

- Define y prohíbe la servidumbre por deudas.
- Define y prohíbe la servidumbre de la gleba.
- Establece y prohíbe diversas formas de esclavitud de la mujer originada en el matrimonio, prohibiendo ser vendida o cedida, o dada en herencia a otra persona.
- Identifica y prohíbe la explotación del trabajo infantil, sea ejercido en niños o jóvenes. Esta prohibición es la primera en la materia que establecen los tratados internacionales encaminada a crear mecanismos de protección de los derechos de la niñez.

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional adoptada el 15 de Noviembre del año 2000, es el texto que ofrece el marco procedimental para la cooperación internacional en materia de delincuencia transnacional. La que se complementa con tres protocolos adicionales. Cada uno regula acciones de los estados en materia de actividades delictivas de carácter internacional: a. trata de personas, en especial mujeres y niños, b. tráfico de migrantes y, c. tráfico ilícito de armas.

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, es uno de los protocolos por la que se complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ambas fueron adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de Noviembre de 2000, y entró en vigor el 25 de Diciembre del año 2003.

Los objetivos del Protocolo conforme el artículo 2 son: *a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños; b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.*

Entre las principales características del Protocolo en materia de protección de mujeres y niños víctimas de trata de personas están:

Establecer prohibiciones a la trata de personas con fines de explotación, la que puede ser *la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.*

Amplía la protección a las víctimas de trata de personas, puesto que el consentimiento de las víctimas *no se tendrá en cuenta* cuando este ha sido otorgado por medio del empleo de la fuerza, violencia, engaños, o valiéndose de la condición vulnerable de las víctimas. Aspecto novedoso puesto que integra la desigual situación de las víctimas tomando en consideración su vulnerabilidad posición social, cultural y/o económica.

También se considera como tráfico de personas *la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación.*

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, se inscribe en la moderna tendencia del derecho internacional de los derechos humanos. La que se materializa por medio de instrumentos internacionales de protección especializados o específicos, encaminados a brindar protección a grupos específicos de personas vulnerables como es en el caso de las mujeres, los niños y migrantes; grupos culturales como es el caso de las etnias; identificando o prohibiendo prácticas concretas, como es el caso armas ilegales, el tráfico de drogas, o prácticas peligrosas del trabajo infantil.

Los mecanismos de protección contra la esclavitud y sus formas contemporáneas establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos son variados, aspiran al compromiso de los estados para crear mecanismos de protección por medio de la legislación y/o prácticas administrativas. La abolición de la esclavitud se ha alcanzado en la mayoría de los países del mundo, con algunas excepciones. Sin embargo, durante el siglo XX el mundo ha sido testigo del surgimiento de nuevas formas de explotación, a nuevas formas contemporáneas de la esclavitud: trata de personas, trata de niños, las que aun conviven con antiguas prácticas tradicionales como las servidumbres y la venta o herencia de esposas.

Los esfuerzos por erradicar la esclavitud y sus formas contemporáneas ha supuesto crear los mecanismos internacionales de protección, en ese sentido existen diversos mecanismos disponibles que los tratados y los convenios internacionales brindan: Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, los diversos convenios en contra de la esclavitud y sus formas contemporáneas de la Organización Internacional del Trabajo y un conjunto de convenios y protocolos, por los que se sientan las bases para la implementación de mecanismos nacionales de

protección. El desafío por tanto esta en los gobiernos de los estados nacionales, incluidos Nicaragua, implementando mecanismos eficaces de prevención y sanción de las diversas formas de la esclavitud, así como brindando la adecuada protección de las víctimas de la esclavitud y sus formas contemporáneas.

La legislación nicaragüense básica

Las regulaciones que prohíben la esclavitud, el trabajo forzado y las formas contemporáneas de esclavitud tienen como punto de partida lo establecido en el artículo 40 de la Constitución Política que establece garantías a los ciudadanos contra la esclavitud, por medio de establecer las prohibiciones contra la esclavitud, los trabajos forzados y la trata de personas de *cualquier naturaleza*.

En cuanto a las leyes de desarrollo se menciona el Código Penal Ley 641/2007 por el que se concretan las prohibiciones establecidas por la Constitución Política. Por medio del Código Penal en Nicaragua están prohibidas la esclavitud, el trabajo forzoso y las diversas formas contemporáneas de esclavitud. A las que nos referimos someramente a continuación:

- Esclavitud, trabajo forzoso u obligatorio y servidumbres: Se encuentran prohibida mediante el artículo 315 del Código Penal *Discriminación, servidumbre, explotación*, a la que se impone una pena de cinco a ocho años de prisión.
- Trata de personas: Se encuentra prohibida en todas sus formas, el artículo 182 del Código Penal identifica los fines de esta actividad ilícita que la hacen punible, es decir, aquellas realizadas *con fines esclavitud, explotación sexual o adopción*. La que se castiga con penas que oscilan entre los siete y los diez años.
- Trata de niños: En condiciones similares a la trata de personas, el Código Penal en el mismo artículo 182 prohíbe la trata de niños, sea con fines de explotación sexual o con fines de adopción, y la sanciona con penas de diez a doce años de prisión.
- Participación de niños en espectáculos públicos con fines de explotación sexual: Esta prohibida por medio del artículo 175 Pn. *Explotación sexual, pornografía y acto sexual con adolescentes mediante pago*. Actividades ilícitas que son sancionadas con penas de cinco a siete años de prisión.
- Producción, distribución y/o comercialización de pornografía infantil: Se encuentra prohibida conforme el artículo 175 Pn. La que será penada entre cinco a siete años de prisión y ciento cincuenta a quinientos días de multa, conforme el artículo

- Posesión de pornografía infantil: Se encuentra penada en el mismo artículo 175 Pn., y se impondrán penas de entre uno a dos años de prisión.

- Prostitución infantil: El artículo 175 Pn., la prohíbe y establece penas que oscilan entre cinco a siete años. Sin embargo la protección que establece el Código Penal es limitada, puesto que pena la prostitución si se realiza *con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años*, con independencia sea de cualquier sexo. Lo que deja al desprotegidos a niños y niñas víctimas de prostitución infantil con edades menores.

Adicionalmente cabe mencionar que el Código de Niñez y de la Adolescencia, establece en el artículo 26 como una previsión sin mayores implicaciones legales, que condena la explotación contra niños, niñas y adolescentes. En cuanto a los eventuales perpetradores se les señala como una posibilidad, que *podrán ser juzgados y sancionados* conforme el Código Penal. Se debe tener en cuenta que esta prohibición por la naturaleza del Código de la Niñez y de la Adolescencia, no tiene efectos vinculantes, y se limita a ser un mero juicio ético. A pesar de la aspiración de protección de los derechos de la niñez y los adolescentes que el Código presume.

La legislación penal nicaragüense, en especial el Código Penal de reciente factura. Pretende incluir y sancionar las diversas modalidades por las que se someten a las personas a esclavitud y el trabajo forzado. Se han incluido además las formas contemporáneas de esclavitud. Sin embargo, en el país los esfuerzos en materia de prevención son mínimos y magros, lo que plantea débiles políticas públicas y un débil liderazgo de las instituciones gubernamentales especializadas en estos temas.

En cuanto a la divulgación y educación encaminada a prevenir las diversas formas por las que se someten a esclavitud a las personas, se debe mencionar el trabajo desarrollado por los medios de comunicación, especialmente los periódicos denunciando los casos de trata de personas, en particular la trata de mujeres con fines de explotación sexual, dirigida a varios países de Centro América. Sin embargo aun no se previenen las demás formas contemporáneas de explotación, en particular habrá que hacer mayores esfuerzos en temas como la trata de niños con fines de explotación sexual, la trata de personas en general, la explotación laboral, además de implementar eficaces políticas públicas y medidas de prevención tanto en el orden administrativo como en lo jurídico, encaminadas la prevención, la sanción de la esclavitud y la trata de personas en todas sus formas.

Los mecanismos internos de protección del derecho a ser protegido contra la esclavitud y las formas contemporáneas de esclavitud

Tomando en cuenta el tipo de norma jurídica que los crea, estos pueden ser de dos tipos: a. Mecanismos internos de protección creados por norma constitucional, b. Mecanismos internos de protección creados por el derecho penal.

Mecanismos internos de protección al derecho a ser protegido contra la esclavitud y las formas contemporáneas de esclavitud creados por el derecho constitucional

En este primer grupo de mecanismos de protección se ubican el derecho a recurrir, es decir invocar la protección estatal contra la esclavitud y sus formas contemporáneas por medio de los recursos establecidos en los artículos 188 y 189 de la Constitución Política y desarrollados por la Ley de Amparo: Recurso de Amparo y el Recurso de Exhibición Personal.

Para detalles sobre ambos mecanismos internos se recomienda ver los mecanismos internos de protección creados por norma constitucional desarrollados en los capítulos I, II y V de este trabajo. Los que se refieren al derecho a la vida, la integridad personal y el derecho a las garantías judiciales.

Mecanismos internos de protección al derecho a ser protegido contra la esclavitud y las formas contemporáneas de esclavitud creados por el derecho penal

Las tipicidades delictivas establecidas por el Código Penal que violan el derecho a ser protegido contra la esclavitud y las formas contemporáneas de esclavitud, las que en caso de ser cometidas acarrear como consecuencia la imposición de una pena. Entre estas se mencionan las siguientes:

- Explotación sexual, pornografía y prostitución infantil (art. 175 Pn.)
- Turismo sexual (art. 177 Pn.)
- Trata de personas en todas sus formas: Trata de mujeres, de niños, esclavitud, explotación sexual, adopción (art. 182 Pn.)
- Esclavitud, trabajo forzoso u obligatorio, régimen de servidumbre, tráfico de personas con fines de explotación laboral y reclutamiento de combatientes para conflictos armados (art. 315 Pn.)
- Tráfico de migrantes ilegales (318 Pn.)

Este trabajo propone en capítulos anteriores, que el papel del derecho penal como mecanismo interno de protección de los derechos humanos está encaminado a restituir derechos violados de las personas, más que a protegerlos en sentido estricto. Teniendo en cuenta que el derecho penal opera ex post, es decir interviene en etapas posteriores, lo que presume que los derechos de las personas han sido violados, quedando únicamente investigar y sancionar a los culpables de los delitos cometidos en clave de derecho penal nacional.

Lo anterior permite afirmar que el derecho penal no cuenta con posibilidades de protección inmediatas. Sino que esta se manifiesta a posteriori una vez que la conducta penal, es decir el delito que viola los derechos de alguna persona ha ocurrido obligando al estado a intervenir. De esta forma la protección que brinda el derecho penal es derivada de un deber estatal de protección, puesto que para activar el derecho penal se requiere de previo la existencia de

derechos violados, los que conforme el derecho penal interno asumen forma de delitos. La existencia de los delitos impone el deber de protección estatal de las víctimas, el que se traduce en el deber jurídico del estado de prevenir, investigar y sancionar los delitos. El que ultima instancia se materializa en el juicio penal.

Patrones y modalidades de violación al derecho a protección contra la esclavitud y las formas contemporáneas de esclavitud

La conformación de la violación del derecho a protección contra la esclavitud, el trabajo forzoso y las formas contemporáneas de esclavitud

La conformación de la violación del derecho a la protección contra la esclavitud y las formas contemporáneas de esclavitud reviste cierta complejidad, puesto que la violación no ocurre por la actuación o intervención directa de los agentes del estado y sus asociados. Por el contrario esta constituye un tipo de violación de los derechos humanos que sucede y ocurre por omisión de los agentes del estado, es decir por falta de acción, falta de intervención estatal y por negación a intervenir, sea la negación en forma de simple omisión, o sea la deliberada negación a intervenir.

Para comprender la forma por la que se manifiesta la violación del derecho a ser protegido contra la esclavitud y sus formas contemporáneas, se deben tener en cuenta dos conceptos. Primer concepto: la teoría política moderna considera que los estados en los sistemas democráticos se rigen y regulan sus actuaciones por medio de la premisa de libertad para sus ciudadanos. Lo que implica que a los estados contemporáneos les está prohibido explotar y esclavizar a las personas sin distinción. Sean propias o ajenas.

Segundo concepto, la teoría de los regímenes políticos de las relaciones internacionales, parte de considerar como sujetos privilegiados a los estados, los que regulan sus comportamientos y asumen compromisos con sus iguales, los que se encuentran organizados en los diversos regímenes políticos por los que regulan sus comportamientos. Ello implica que el derecho internacional modela los compromisos adquiridos en este nivel, los que pueden asumir formas de tratados, convenios, acuerdos, etc. Los que se incorporan e integran al conjunto de instituciones nacionales por medio de mecanismos de diversa formas: administrativos, políticos, jurídicos, etc.

La exposición anterior permite derivar las conclusiones del silogismo. En primer lugar los estados, incluyendo Nicaragua, se han comprometido a erradicar y prohibir la esclavitud, el trabajo forzoso y las formas contemporáneas de esclavitud, a través de establecer medidas administrativas y jurídicas encaminadas a proteger a las víctimas, así como prevenir, investigar y sancionar todas las diversas formas de explotación constitutivas de esclavitud.

En segundo lugar, el estado de Nicaragua le está prohibido explotar y esclavizar a las personas. Sin distinción alguna. Por lo que en aquellos casos de funcionarios estatales vinculados a cualquier forma de esclavitud, se debe presumir que actúan a título personal, con algunas excepciones. Por tanto sus yerros son constitutivos de delitos tipificados por la legislación penal nacional. Lo que deriva como conclusión que el estado de Nicaragua está obligado a proteger a las víctimas liberándolas de la relación de explotación y esclavitud, además de cumplir las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar los delitos relacionados con cualquier tipo de esclavitud.

Lo anterior plantea la existencia de dos niveles de responsabilidad, el primero de ámbito nacional regulado por la legislación penal, en donde los delitos cometidos por personas particulares, y/o funcionarios del estado, serán prevenidos, investigados y sancionados por medio de las leyes nacionales y los tribunales nacionales. El segundo ámbito es de naturaleza internacional, y está regulado en esencia por las relaciones internacionales y el derecho internacional, y deriva responsabilidad estatal internacional ante la omisión de los deberes de protección de las víctimas, y el deber de prevenir, investigar y sancionar estos delitos.

Es hasta este momento y en este ámbito, en el que se manifiestan las diversas violaciones al derecho a ser protegido contra la esclavitud, el trabajo forzoso y las formas contemporáneas de esclavitud. Por tanto, las violaciones ocurren cuando los estados omiten sus deberes, tanto con las víctimas en cuanto a su protección, como con los victimarios en cuanto a su investigación y sanción. Por lo que las violaciones suceden por omisión y por falta de actuación de los funcionarios del estado en cumplimiento de sus deberes oficiales.

Los principales patrones y modalidades de la esclavitud y las formas contemporáneas de esclavitud

En todas las diversas formas por las que se someten a las personas a la esclavitud y sus formas contemporáneas, se observan los elementos esenciales de las relaciones de esclavitud identificados por Weissbrodt en las relaciones de esclavitud: a. la restricción del derecho de las personas esclavizadas a la libre circulación; b. la incapacidad de las víctimas de ejercer derechos de propiedad sobre sus escasos o mínimos bienes personales; c. la ausencia de conocimiento y/o engaño acerca de la verdadera naturaleza de la relación esclavizante, y d. la relación de esclavitud construida por medio de la coacción y la amenaza de violencia física sobre las víctimas. Por lo que se deben considerar al momento de analizar eventuales denuncias o casos por trabajo forzado y formas contemporáneas de esclavitud.

A continuación se tratará de identificar las principales modalidades de trabajo forzoso y las formas contemporáneas de esclavitud, sin que ello implique establecer una lista exhaustiva.

El trabajo forzoso u obligatorio

Se considera como tal a *todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*⁷⁸.

- La persona es sometida por mediante una decisión gubernativa ilegal.
- El trabajo realizado es apropiado por contratistas privados.
- Las personas sometidas no reciben ningún salario, y si reciben alguno este es ridículo.
- En casos relacionados con explotación laboral de trabajadores migrantes, la persona vive en el mismo lugar en donde trabaja, sus pasaportes son confiscados, y son amenazados de ser entregados a las autoridades locales para ser sancionados por inmigración ilegal.
- La persona se encuentra aislada del mundo circundante y sin contacto con su familia.
- La persona esclavizada no solo es explotada económicamente sino que también puede ser explotada sexualmente, como es el caso de la prostitución o la *esclavitud sexual*⁷⁹. La que consiste en la privación reiterada de la libre movilización de las personas, las que se encuentran cautivas para la satisfacción sexual de los captores.

- Servidumbre de la gleba o sea, *la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición*⁸⁰.

- Existe ley o costumbre anterior por la que se somete a la persona a trabajar permanentemente.
- La persona no puede abandonar la tierra que trabaja, en caso contrario es objeto de permanentes amenazas, coacciones y castigos.
- Por lo general esta condición puede ser heredada de padres a hijos.
- Las personas reciben bienes en usufructo es decir hasta por la cantidad mínima necesaria para su subsistencia, debiendo entregar los excedentes o remanentes de lo usufructuado.

La servidumbre por deudas

Es el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien éste ejerce autoridad, *como garantía*

⁷⁸ Ver artículo 2. Convenio 29 de la OIT relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio.

⁷⁹ En algunos casos las víctimas son privadas de libertad por prolongados periodos de tiempo, en ocasiones las familias son obligadas a pagar dinero por la libertad de las o los cautivos, o solo son liberadas cuando estas logran escapar. Para mayores detalles se aconseja ver: Harvard Humanitarian Initiative / Oxfam International. "Now, the world is without me": An Investigation on Sexual Violence in Eastern Democratic Republic of Congo. Op. cit, p. 22.

⁸⁰ Ver artículo 1 Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Practicas Análogas a la Esclavitud.

de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios⁸¹.

- La deuda tiene la tendencia al incremento, puesto que se gravan a esta los gastos incurridos en la manutención de las personas, por medio de venderles bienes para la subsistencia, siempre a precios exorbitantes.
- Esta condición puede ser heredada de padres a hijos.
- Existe amenaza del uso de la violencia y coacción en caso de continuar “pagando” la deuda.

Trata de personas

Se entiende por tal a *la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad* o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, *con fines de explotación*. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos⁸².

- Las personas son engañadas por medio de ofrecerles trabajos bien remunerados, en lugares distantes y diferentes de donde residen, los que resultan ser el principal atractivo que hace caer en la relación esclavizante.
- Las personas no tienen información plena acerca de la naturaleza del supuesto empleo a desempeñar.
- Son aisladas del mundo exterior, no tienen contacto con las familias, les son prohibidas las comunicaciones.
- Les confiscan sus pasaportes, teléfonos, etc.
- Existe amenaza de violencia física, se ejercen tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- En el caso de mujeres objeto de trata de personas con fines de explotación sexual, son violadas sexualmente, como forma de iniciación, castigo y escarmiento.

Trata de niños

Son eventuales víctimas de la trata de niños y niñas *todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años*, alejado de su familia mediante la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor *con propósitos o medios ilícitos, los que entre otros incluyen prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito*

⁸¹ Ídem.

⁸² Artículo 3 Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado⁸³.

Prostitución

Se considera como tal, aquella que para satisfacer las pasiones de otra en las formas siguientes: 1) *Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona*; 2) *Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona*⁸⁴.

Matrimonios forzosos y venta de esposas

Consiste en:

i) *Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas*

ii) *El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;*

iii) *La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona*⁸⁵.

Trabajo infantil y servidumbre infantil

Se define como tal: a) *todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados*; b) *la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas*; c) *la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños*⁸⁶.

⁸³ Artículo 2 Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

⁸⁴ Artículo 1 Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena.

⁸⁵ Artículo 1 Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud.

⁸⁶ Artículo 3 Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Abolición.

Sugerencias para la verificación de denuncias por eventuales violaciones al derecho a protección contra la esclavitud y las formas contemporáneas de esclavitud

- Asegure que las víctimas sean liberadas de sus explotadores cuanto antes, así como asegurar su traslado a centros de protección adecuados, en ese sentido insista en la intervención de las agencias del estado encargadas de brindar la protección del caso, así como las ONGs especializadas en protección.
- Se debe tener presente que las víctimas están sometidas a grandes presiones, por lo que se insiste en el trato y *el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*. Se debe insistir y prevenir la no revictimización en contra de las personas liberadas por parte de los agentes del estado y la administración de justicia en general por medio de evitar la duplicación de testimonios y otras acciones judiciales.
- En el caso de inmigrantes y las víctimas en general, se debe partir que los victimarios son otros, por lo que se nuevamente se debe insistir en *el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano* para las víctimas.
- En caso de extranjeros en el país, como de nacionales en el extranjero, facilitar la protección consular respectiva de parte del personal del Ministerio de Relaciones Exteriores de cada país.
- Insistir y promover las repatriaciones de las víctimas a sus países de origen en el menor tiempo posible. Se debe fiscalizar y verificar las facilidades brindadas por las autoridades nacionales para la repatriación de las víctimas provenientes de otros países. Ello también es aplicable a terceros países cuando las víctimas sean nacionales del país en donde ocurren las violaciones.
- En casos de niños y niñas víctimas de tráfico y explotación sexual, alerte al personal encargado de las investigaciones acerca de los derechos de los niños a no ser expuestos a mayores agresiones de las sufridas, durante el desarrollo de las investigaciones.
- Entreviste a los investigadores a fin de confirmar o descartar la participación de agentes o funcionarios del estado en la comisión de los delitos de esclavitud y las demás formas contemporáneas de esclavitud. Ello se deberá poner en evidencia durante las investigaciones a fin de asegurar la imposición de las penas agravadas que establece la legislación.
- En los casos de mujeres y niños víctimas de explotación sexual y prostitución ajena, asegurar la asistencia psicológica y social.

- En casos de niños y niñas víctimas, asegure que durante las investigaciones gocen del derecho y protección de su privacidad establecida por la legislación. Se debe insistir con los Jueces y los medios de comunicación en cuanto a observar las regulaciones referidas a la publicidad del juicio y de las investigaciones, en cuanto *al acceso del público y de los medios de comunicación, por consideraciones de moral y orden público*, previstas en el art. 285 del Código Procesal Penal.
- Evalúe la ejecución de los diversos procedimientos investigativos y judiciales, el apego a la legislación, los plazos y las potestades de los funcionarios que los realizaron.
- Analice la cadena de protección de las evidencias presentadas y las formas por las que cada pieza de evidencia fueron obtenidas. ¿Se hicieron conforme a lo que establece la legislación, o por el contrario existen dudas racionales acerca de la forma en que se obtuvieron?
- Evalúe el agotamiento de los diversos recursos que ofrece la legislación nacional. ¿Se agotaron todos los que se establecen, o por el contrario aun queda alguno pendiente que no ha sido utilizado?

Capítulo 4. Derecho a la libertad personal

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 11 (inciso 2)

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será 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. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Artículo 11

Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión

Principio 4

Toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo I. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona.

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo XVIII. Derecho de justicia.

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria.

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. 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. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos⁸⁷

Separación de categorías

8. Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles. Es decir que: **a)** Los hombres y las mujeres deberán ser recluidos, hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres, el conjunto de locales destinado a las mujeres deberá estar completamente separado; **b)** Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena; **c)** Las personas presas por deudas y los demás condenados a alguna forma de prisión por razones civiles deberán ser separadas de los detenidos por infracción penal; **d)** Los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos.

⁸⁷ Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de Julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977

Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión⁸⁸

Principio 2

El arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin.

Principio 4

Toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad.

Legislación nicaragüense básica.

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 25

Toda persona tiene derecho:

1. A la libertad individual
2. A su seguridad
3. Al reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica

Artículo 33

Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria, ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley con arreglo a un procedimiento legal. En consecuencia:

1. La detención solo podrá efectuarse en virtud de mandamiento escrito de juez competente o de las autoridades expresamente facultadas por la ley, salvo el caso de flagrante delito.
2. Todo detenido tiene derecho:
 - 2.1. A ser informado sin demora, en idioma o lengua que comprenda y de forma detallada, de las causas de su detención y de la acusación formulada en su contra; a

⁸⁸ Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la resolución numero 43/173, anexo, 43 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 298, ONU Doc. A/43/49 (1988).

que se informe de su detención por parte de la policía y el mismo a informar a su familia o a quien estime conveniente; y también a ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2.2. A ser puesto en libertad o a la orden de autoridad competente dentro del plazo de las 48 horas posteriores a su detención.

3. Una vez cumplida la pena impuesta, nadie deberá continuar detenido después de dictarse la orden de excarcelación por la autoridad competente.
4. Toda detención ilegal causa responsabilidad civil y penal en la autoridad que la ordene o ejecute.
5. Los organismos correspondientes procuraran que los procesados y los condenados guarden prisión en centros diferentes.

Artículo 35

Los menores no pueden ser sujeto ni objeto de juzgamiento ni sometidos a procedimiento judicial alguno. Los menores transgresores no pueden ser conducidos a los centros de readaptación penal y serán atendidos en centros bajo la responsabilidad del organismo especializado. Una ley regulará esta materia.

Artículo 41

Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente por incumpliendo de deberes alimentarios. Es deber de cualquier ciudadano nacional o extranjero pagar lo que adeuda.

Ley de Amparo, Ley 49/1988

Artículo 4.

El Recurso de Exhibición Personal procede a favor de aquellas personas cuya libertad, integridad física y seguridad, sean violadas o estén en peligro de serlo por:

1. Cualquier funcionario, autoridad, entidad o institución estatal, autónoma o no.
2. Por actos restrictivos de la libertad personal de cualquier habitante de la República, realizado por particulares.

Artículo 52

El Recurso de Exhibición Personal podrá interponerlo a favor del agraviado cualquier habitante de la República por escrito, carta, telegrama o verbalmente.

Artículo 53

El Recurso de Exhibición Personal se interpondrá en contra del funcionario o autoridad responsable, representante o funcionario de la entidad o institución que ordene la violación o la cometa, en contra del agente ejecutor, o en contra de todas; y en contra del particular que restrinja la libertad personal.

Artículo 54

El Recurso de Exhibición Personal, en el caso de detención ilegal realizada por cualquier autoridad, se interpondrá ante el Tribunal de Apelaciones respectivo o ante la Sala Penal de los mismos donde estuviere dividido en Salas. En el caso de actos restrictivos de la libertad, realizados por particulares, las autoridades competentes serán los Jueces de Distrito para lo Criminal respectivo.

El Recurso de Exhibición Personal se puede interponer en cualquier tiempo, aun en Estado de Emergencia, mientras subsista la privación ilegal de la libertad personal o amenaza de la misma. Todos los días y horas son hábiles para este fin.

Código Penal, Ley 641/2007

Artículo 164. Secuestro extorsivo.

Quien secuestre a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho, rescate o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, será sancionado con pena de cinco a diez años de prisión.

Artículo 166. Detención ilegal y ocultamiento de detenido.

Quien ordene o ejecute la detención de alguien sin la orden judicial o de autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito, será sancionado con pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial de dos a cuatro años para ejercer cargo o función pública. En igual pena incurrirá el encargado de un centro de detención que admita al detenido ilegalmente.

Igual sanción corresponderá a la autoridad, funcionario o empleado público que no obedezca la orden emanada de juez competente y al particular, funcionario o empleado público que no ponga a un detenido a disposición de la autoridad competente en los plazos establecidos por la ley.

Las autoridades que ordenen y quienes ejecuten el ocultamiento de un detenido serán sancionadas con prisión de dos a cuatro años y con inhabilitación especial para ejercer el cargo o empleo público de cuatro a seis años.

Artículo 488. Desaparición forzada de personas

La autoridad, funcionario, empleado público o agente de la autoridad que detenga legal o ilegalmente a una persona y no dé razones sobre su paradero, será sancionado con pena de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta del cargo o empleo público de seis a diez años.

Código Procesal Penal

(Del control de la duración del proceso) Artículo 134. Duración del proceso.

En todo juicio por delitos en el cual exista acusado preso por la presunta comisión de un delito grave se deberá pronunciar veredicto o sentencia en un plazo no mayor de tres meses contados a partir de la primera audiencia. Si no hay reo detenido, este plazo se elevara a seis meses. Cuando se trate de delitos menos graves, estos plazos serán de uno a dos meses, respectivamente. En los juicios por faltas deberá recaer resolución en un plazo máximo de diez días.

En cada caso, el tiempo de demora atribuible a la defensa, fuera de los plazos legalmente establecidos, interrumpe el cómputo del plazo. Igualmente lo interrumpirá el caso fortuito y la fuerza mayor.

Si transcurridos los plazos señalados, para el proceso penal, con acusado detenido no ha recaído veredicto o sentencia el juez ordenara la inmediata libertad del acusado y la continuación del proceso; si transcurren los plazos señalados para el proceso penal sin acusado detenido, sin que se hubiera pronunciado veredicto o sentencia, se extinguirá la acción penal y el juez decretara el sobreseimiento de la causa. El acusado puede renunciar a este derecho expresamente solicitando una extensión de este plazo.

(De las Medidas Cautelares) Artículo 167. Tipos.

El Juez o tribunal podrá adoptar, por auto motivado una o más de las siguientes medidas cautelares personales o reales:

1.- Son medidas cautelares personales:

- a. La detención domiciliaria o su custodia por otro persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene;
- b. El impedimento de salida del país o el depósito de un menor;

- c. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la que informara regularmente al tribunal;
- d. La presentación periódica ante el tribunal o la autoridad que el designe;
- e. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal;
- f. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares;
- g. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
- h. El abandono inmediato del hogar si se trata de violencia domestica o intrafamiliar, o de delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el acusado;
- i. La prohibición de despedir, trasladar de cargo o adoptar cualquier otra represalia en el centro de trabajo en contra de la denunciante de delito de acoso sexual;
- j. La suspensión en el desempeño de su cargo, cuando el hecho por el cual se le acusa haya sido cometido prevaliéndose del cargo, y,
- k. La prisión preventiva.

2.- Son medidas cautelares reales:

- a. La prestación de una caución económica adecuada, de no imposible cumplimiento, por el propio acusado o por otra persona, mediante deposito de dinero, valores, fianza de dos o más personas idóneas o garantías reales;
- b. La anotación preventiva en el registro público como garantía de ulteriores responsabilidades;
- c. La inmovilización de cuantas bancarias y de certificados de acciones y títulos valores;
- d. El embargo o secuestro preventivo, y,
- e. La intervención judicial de la empresa.

Artículo 168. Condiciones generales de aplicación.

Nadie puede ser sometido a medida cautelar si no es por orden del juez competente cuando existan contra él indicios racionales de culpabilidad. Ninguna medida puede ser aplicada si resulta evidente que con el hecho concurre una causa de justificación o de no punibilidad o de extinción de la acción penal o de la pena que se considere puede ser impuesta.

La privación de libertad sólo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar la finalidad del proceso.

Artículo 169. Proporcionalidad.

No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.

(De la prisión preventiva) Artículo 173. Procedencia

El juez, a solicitud de la parte acusadora, podrá decretar prisión preventiva, siempre concurren las siguientes circunstancias:

1. Existencia de un hecho punible grave que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre prescrita;
2. Elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de ese hecho punible o participe en él, y,
3. Presunción razonable por apreciación de las circunstancias particulares, acerca de alguna de las tres siguientes situaciones:
 - a. Que el imputado no se someterá al proceso, porque ha evadido o piensa evadir la justicia;
 - b. Que obstaculizara la averiguación de la verdad, intimidando a personas que deban declarar, ocultando elementos de convicción o de cualquier otra manera afectando el curso de la investigación, y,
 - c. Cuando, por las específicas modalidades y circunstancias del hecho y por la personalidad del imputado, exista peligro concreto de que este cometa graves delitos mediante el uso de armas u otros medios de intimidación o violencia personal o dirigidos contra el orden constitucional o delitos de criminalidad organizada o de la misma clase de aquel por el que se proceda, o de que el imputado continuará la actividad delictiva.

En todo caso el juez decretará la prisión provisional, sin que pueda ser sustituida por otra medida cautelar, cuando se trate de delitos graves relacionados con el consumo o tráfico de estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas o con lavado de dinero y activos provenientes de actividades ilícitas.

(De la actuación de la Policía Nacional) Artículo 231. Detención policial.

Procederá la detención por la Policía Nacional, sin necesidad de mandamiento judicial, cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo, sea perseguido huyendo del sitio del hecho o se le sorprenda en el mismo lugar o cerca de él con armas, instrumentos, u objetos que de alguna manera hagan presumir su participación inmediata en el hecho.

En los casos de flagrancia previstos en el párrafo anterior, cualquier particular podrá proceder a la detención, siempre que el delito amerite pena privativa de libertad. Acto seguido deberá entregar al aprehendido a la autoridad más cercana.

Los jefes de las delegaciones de la Policía Nacional bajo su responsabilidad personal, podrán emitir orden de detención, con expresión de las razones que la hagan indispensable, contra quienes haya probabilidad fundada de la comisión de un delito sancionado con penas privativas de libertad, dentro de las doce horas de tener conocimiento del hecho. Sin embargo, estos casos no serán considerados como persecución actual e inmediata de un delincuente para efectos de allanamiento de domicilio.

En los demás casos, se requerirá de mandamiento judicial para proceder a la detención.

Cuando se produzca la detención de una persona, los funcionarios policiales deberán informar en un término no superior a las doce horas al Ministerio Público de las diligencias efectuadas y presentar en el plazo constitucional al imputado ante juez competente.

En el plazo de doce horas referido en el párrafo anterior no se incluirá el tiempo necesario para establecer la comunicación con el Ministerio Público.

Artículo 232. Deberes.

La Policía Nacional tendrá, además de otros deberes establecidos en la ley, los siguientes:

- 1). Informar a la persona en el momento de detenerla:
 - a. De las causas de su detención en forma detallada y en idioma o lengua que comprenda.
 - b. Que tiene derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma, ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y,
 - c. Que tiene derecho a ser asesorada por un defensor de su elección, a fin de que lo designe;
- 2). Informar a los parientes u otras personas relacionadas con el detenido que así lo demanden, la unidad policial adonde fue conducido;
- 3). Asentar el lugar, día y hora de la detención en un registro inalterable;
- 4). Informar de su detención y permitir al detenido informar él mismo a su familia o a quien estime conveniente;
- 5). Posibilitar la comunicación del detenido con su abogado, y,
- 6). Solicitar la evaluación del detenido por parte del médico forense o quien haga sus veces, previo a su presentación ante la autoridad jurisdicción o en caso de grave estado de salud.

El informe policial deberá dejar constancia de la práctica de todas estas actuaciones y de haberse transmitido oportunamente la información concerniente a la persona detenida.

Código de la Niñez y de la Adolescencia, Ley 287/1998

Artículo 101 (incisos a y b)

Las y los adolescentes sujetos a la Justicia Penal de Adolescentes gozaran de los derechos, libertades y garantías reconocidas en la Constitución Política, Tratados, convenciones, Pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Nicaragua y las leyes ordinarias, además de aquellas que les corresponden por su especial condición. En consecuencia deberá garantizarse el respeto, entre otros, de los siguientes derechos y garantías:

- a. A ser tratado con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano que incluye el derecho que se proteja su integridad personal.
- b. A ser informado del motivo de su detención y de la autoridad responsable de la misma; el derecho a permanecer en silencio y a solicitar la presencia inmediata de su madre, padre o tutor y su defensor, so pena de nulidad de todo lo actuado por la autoridad, funcionario o empleado que lo realizare no produciendo efecto alguno en juicio o fuera de él.

Artículo 111

Los adolescentes mayores de 15 y menores de 18, tienen derecho en caso de que se les restrinja su libertad de manera provisional o definitiva, a ser ubicados en un centro destinado exclusivamente para adolescentes.

Artículo 127

La Policía Nacional podrá detener solo con orden judicial, a los presuntos responsables de los hechos denunciados, pero por ninguna circunstancia podrá disponer la incomunicación de un adolescente. En caso de detención en flagrante delito lo remitirá inmediatamente a la autoridad competente en un plazo no mayor de veinticuatro horas.

Durante ese plazo la Policía Nacional en sus actuaciones deberá:

- a. Proteger la dignidad e integridad física, mental y moral del adolescente.
- b. Informarle del motivo de la privación de su libertad y proceder a solicitar la presencia de su madre, padre o tutores y de la Procuraduría General de Justicia.
- c. No recluir al adolescente en un centro de detención con personas adultas.

- d. Advertir del derecho que tiene a guardar silencio y que cualquier declaración brindada por el adolescente ante la Policía Nacional no tendrá valor o efecto alguno, dentro o fuera del proceso.

Artículo 142

El adolescente, en todo caso, gozará de libertad desde el periodo de investigación y durante el proceso.

La detención provisional, tendrá carácter excepcional, se aplicará a aquellos hechos delictivos cuya medida implique privación de libertad, y solo cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa.

El proceso penal del adolescente en primera instancia, no podrá exceder de tres meses.

Artículo 143

El Juez Penal de Distrito del Adolescente podrá decretar, la detención provisional como una medida cautelar cuando se presenten cualquiera de las circunstancias siguientes:

- a. Cuando se presuma gravemente su participación en un hecho ilícito.
- b. Cuando exista el riesgo razonable de que el adolescente evada la acción de la justicia.
- c. En los casos de flagrante delito.

La detención provisional se realizara en los centros respectivos.

Breve reseña del derecho a la libertad personal y su contenido.

El derecho a la libertad personal se debe considerar como el estado en el que todas las personas sin ninguna distinción están facultadas a decidir y desarrollar sus vidas acorde a sus principios, valores y condiciones, siempre y cuando sus acciones no lesionen los derechos y libertades de otras personas. Adicionalmente el derecho a la libertad personal impone prohibiciones al estado a fin de que éste asegure a sus ciudadanos las garantías necesarias para que éstos organicen sus vidas y actividades como lo consideren apropiado, lo que implica que las personas están facultadas a hacer todo lo que está permitido por las leyes.

En ambos casos la existencia de regulaciones previas en forma de leyes se torna en referencia obligatoria. La existencia de un conjunto normativo aceptado por la colectividad, es el que regula las conductas particulares de los ciudadanos facilitando la armonía entre los objetivos individuales y los objetivos colectivos de las comunidades humanas. Es el cuerpo normativo que sirve de frontera para delimitar lo lícito de lo ilícito. Lo que equivale a afirmar que serán las leyes las que

sirven de marco de referencia y frontera por las que se regulan comportamientos y objetivos particulares e individuales por los que se concreta la libertad personal⁸⁹.

El abordaje del derecho a la libertad personal en el contexto de la administración de justicia como salvaguarda de los derechos y libertades de las personas se encuentra debidamente delimitado por el derecho internacional de los derechos humanos y corresponde a la legislación interna su ulterior desarrollo. Este marco de referencia resulta de suma utilidad puesto que resulta provocador asociar todas las diversas opciones posibles relacionadas con la libertad en general. Sin embargo la alta plasticidad del concepto “libertad” nos plantea el desafío de establecer su contenido objetivo. Las interpretaciones antojadizas del contenido de la libertad personal pueden llevarnos a interpretaciones erróneas, puesto que es muy fácil considerar dentro del ámbito de la libertad personal otros derechos vinculados a la libertad de acción, entendida esta como prerrogativa individual y personalísima.

La identificación del contenido del derecho a la libertad personal no está exenta de riesgos. Para algunos dentro de este contenido cabrían la libertad de escoger nuestros candidatos, libertad para ser miembro de alguna organización, o por ejemplo, la libertad de pensar o creer en la divinidad. Cada uno de estos ejemplos invoca ámbitos particulares de la libertad de los individuos, sin embargo ninguno está dentro del contenido a la libertad individual. El primer ejemplo está referido a los derechos políticos, como es el caso de ejercer el derecho al sufragio para escoger a nuestros candidatos; en el segundo ejemplo nos refiere a la libertad de organización, la que nos faculta pertenecer o no a un sindicato u cualquier otra organización; y en el tercero de los casos alude a la libertad de pensamiento o libertad religiosa, por la que podemos asumir aquellas creencias en la divinidad que cualquier persona considere conveniente.

En la libertad personal no están incluidos los derechos políticos, de organización o de pensamiento, cada uno es acuñado en forma independiente, a pesar de ser cada una expresiones de la libertad en su más amplia expresión. La libertad personal alude a la libertad física, a la libertad espacial, a la libertad individual. La que consiste en el estado por el que todas las personas, sin ninguna distinción, ejercen su libertad individual sin amenazas por parte del estado que pueden ser arresto, detención o prisión. Sin embargo esta ausencia de amenazas de arresto, detención o prisión no es absoluta, lo que implica que el derecho a la libertad personal es limitado. La libertad personal no es absoluta. Sus límites los establece la ley, la que establece conductas prohibidas en el caso de los delitos. Los que acarrearán como consecuencia la privación de la libertad.

El tratamiento brindado al derecho a la libertad personal por el derecho internacional de los derechos humanos centra su atención en tres facetas estrechamente relacionadas entre sí, y por las que se construye este derecho: a. La libertad personal como una garantía, que ha de ser ofrecida por el Estado, correspondiendo a éste asegurar las condiciones para su disfrute en la

⁸⁹ Nogueira Alcalá, Norberto. La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno. Universidad Austral de Chile. Valdivia, Chile. Revista de Derecho, Vol. XIII, ps. 161 y ss, Diciembre 2002.

forma más amplia; b. La libertad personal como un derecho, que descansa y se ejerce por medio de las personas, quienes son sus depositarias y que implica el ejercicio de sus voluntades para su disfrute, protección y oposición frente a los demás, como frente al Estado mismo; c. La libertad personal como prohibición a la actuación estatal, por las que se establecen los límites y condiciones a las que se encuentra sometido el Estado, en los casos de suspensión del derecho a la libertad personal. Es decir el conjunto de requisitos que han de ser cumplidos por el estado para suspender la libertad personal a una persona.

De esta forma la libertad personal puede ser considerada como una garantía, como un derecho oponible frente a los demás y frente al estado, y como un conjunto de prohibiciones a la actuación estatal. Este trabajo presta atención en la libertad personal como un derecho fundamental de las personas y pretende poner en evidencia los diversos mecanismos para su protección tanto nacionales como internacionales.

El marco normativo del derecho a la libertad personal.

El derecho a la libertad personal en el derecho internacional de los derechos humanos

Los antecedentes del derecho a la libertad personal

El derecho a la libertad personal abarca un conjunto de instituciones y mecanismos de protección, por los que se aspira a proteger uno de los derechos más sensibles de las personas como es la libertad personal, que observa un acelerado desarrollo a lo largo del último siglo. Las técnicas por las que acuñan estos mecanismos de protección son diversas: derechos, garantías, prohibiciones, condiciones y requisitos por los que se regulan la libertad personal. Tienen como objetivo establecer las condiciones y los requisitos que ha de observar el estado y sus agentes en aquellos casos en los que el derecho a la libertad personal es suspendido o restringido, sea mediante arrestos, detenciones o prisión, de las que nos referiremos a continuación.

Los antecedentes del derecho a la libertad personal con que cuenta el derecho internacional de los derechos humanos se ubican en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. A pesar de que ambos instrumentos internacionales son contemporáneos puesto que ambos fueron promulgados en 1948, el tratamiento que cada uno brinda al derecho a la libertad personal es diferente.

La Declaración Universal de Derechos Humanos promulga el derecho a la libertad personal junto a otros derechos, al establecer *todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*. De esta forma el derecho a la libertad personal se establece sin mayor desarrollo, ni formalidad, se le ubica como una declaración de principios junto a otros derechos fundamentales como son la vida y la seguridad personal (artículo 3). Que posteriormente será uno de los elementos fundamentales del *ius cogens*.

Por su parte la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre además de promulgar el derecho a la libertad personal junto a otros derechos como es la vida y la seguridad personal (artículo I), con técnica similar a la DUDH, avanza en cuanto a regulaciones, puesto que establece las primeras regulaciones del derecho a la libertad personal. Las que abarcan cuatro condiciones novedosas en el artículo XXV, las que se mencionan a continuación:

- a. Es el primer instrumento moderno que reconoce el principio de legalidad en materia penal, puesto que la privación de libertad como negación del derecho a la libertad personal solo podrá efectuarse *en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes (artículo I)*, lo que equivale a afirmar que solo la ley previa *puede definir las conductas que se consideran delictivas y establecer sus penas*⁹⁰.
- b. Establece la prohibición en contra de la detención y prisión ocasionada en deudas, o incumplimiento de contratos civiles.
- c. Establece el derecho a revisión judicial del arresto o detención, delegando está facultada en los jueces, a fin de que se *verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad*, en los casos que no existan razones o motivos legítimos para el arresto o la detención.
- d. Reconoce como derecho de las personas bajo arresto o detenidas a *un tratamiento humano durante la privación de su libertad*, lo que en el futuro será fundamental, puesto que junto al *respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*, se sientan las bases del moderno derecho a la integridad personal.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a la libertad personal establecido por el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se construye a partir del principio de legalidad y cuyo fin es prohibir las detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios. Además ha brindado el marco mínimo por el que transcurre el derecho a la libertad personal al establecer que *nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)*⁹¹. Lo que nuevamente remite su construcción a la previa regulación normativa de este derecho, tanto por la normativa internacional como la legislación interna. Lo que impone establecer en forma inequívoca los criterios para su privación.

⁹⁰ Cuarezma Terán, Sergio J. Garantías constitucionales básicas de carácter penal, procesal penal y de ejecución en la justicia penal de adolescente del Código de la Niñez y la Adolescencia. Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua, p. 71. HISPAMER, 1999. Managua, Nicaragua.

⁹¹ Caso Gangaram Panday. Sentencia de 21 de enero de 1994. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) No. 16 (1994), párrafo 47.

Con la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1966, el derecho a la libertad personal alcanza mayor evolución, por medio de un mayor desarrollo normativo de las circunstancias restrictivas de la libertad personal, creando así nuevos mecanismos de protección. Se establecen las condiciones que han de ser observadas por los estados y sus agentes en casos de arresto, detención y prisión. En este apartado haremos únicamente mención a las condiciones y prohibiciones establecidas en los artículos 9, 10 y 11 que a continuación se reseñan:

- El PIDCP establece e identifica el derecho a la libertad y a la seguridad personal, a tono con la DUDH, sin embargo el PIDCP establece normas y prohibiciones con mayor detalle y profundidad a las establecidas en su antecesora la DUDH.

- Acuña el principio de legalidad en materia penal por el que se regula la libertad personal, al establecer que la privación de la libertad personal impone simultáneamente la prohibición que nadie *será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional* (artículo 14), y esta solamente se podrá realizar por *causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta*.

Lo que remite a la existencia previa de supuestos de hecho constitutivos de delitos, los que ameritan un proceso investigativo, y una sanción de prisión ulterior. El principio de legalidad en materia penal es fundamental para comprender la garantía por la que el Estado y sus agentes se obligan a no someter a persona alguna a *detención o prisión arbitraria*, provisión que no es más que una consecuencia natural del principio de legalidad en materia penal, consagrados en el artículo 9.1.

- Se establece el derecho de las personas arrestadas y detenidas a ser informadas de las causas de la detención así como de la *acusación formulada en su contra*. Lo que rompe con el sigilo y la secretividad característica de los procesos inquisitivos medievales, y que estuvieron vigentes en nuestros países hasta las postrimerías del siglo XX.

- El derecho a juez debido queda reconocido en el artículo 9.3, con el fin que toda persona privada de libertad le sea asegurado su derecho *a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad*. Dejando la tutela de la libertad personal en los jueces.

- Se reconoce el derecho a la libertad personal aun en los casos *de las personas que hayan de ser juzgadas*, es decir de aquellas que enfrentan un juicio penal, por medio de establecer mecanismos o *garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*, aspecto que tiene plena aplicación en los sistemas

acusatorios por medio de la aplicación de otras medidas diferentes de la prisión preventiva la *que no debe ser la regla general*.

- Establece el derecho a recurrir, es decir el derecho a que las medidas de arresto, detención, o prisión sean revisadas, y revocadas según lo amerite por un tribunal. Los recursos se catalogan como uno de estos mecanismos de protección, los que posibilitan la revisión sobre la legalidad o ilegalidad del arresto, detención o prisión, ordenando *su libertad si la prisión fuera ilegal*.

- Aporta un elemento novedoso el que consiste en reconocer el *derecho efectivo a obtener reparación*, de las víctimas de detención o prisión ilegal. Desafortunadamente ello no ha conllevado a mejorar las condiciones de las víctimas, en muchos casos ha significado pesares adicionales para las víctimas, tomando en consideración que se deben someter a nuevos, engorrosos e interminables procedimientos judiciales.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece garantías adicionales encaminadas a proteger el derecho a la integridad personal de las personas sometidas a cualquier forma de privación de libertad, por medio de establecer el derecho a ser tratado con humanidad y con el *respeto debido* a la condición inherente de ser humano. Así mismos establece las condiciones de internamiento de las personas privadas de libertad a partir de establecer los criterios de separación: procesados separados de los condenados; menores separados de los adultos (artículo 10). Además el PIDCP integra la garantía establecida por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre a ser privado de libertad por deudas originadas en impago de obligaciones contractuales (artículo XXV).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Promulgada en el seno del Sistema de la Organización de los Estados Americanos en 1969, viene a ser la referencia obligatoria y vinculante a la mayoría de los países del continente, con algunas excepciones. Siguiendo la tradición de los instrumentos internacionales que le preceden la CASDH por medio del artículo 7 reconoce y establece el derecho a la libertad personal, brindando a las instituciones que lo componen diversos tratamientos normativos, lo que deriva en instituciones de diversa naturaleza. La CASDH establece *nadie puede ser privado de su libertad física*, haciendo referencia a la libertad personal, proponiendo un atributo particular que permite una mejor comprensión de este derecho, puesto que lo circunscribe a partir de su naturaleza y estado.

Las técnicas por las que las instituciones establecidas en la CASDH son: a. Derechos *erga homines*, tomado de la traducción literal latina que equivale a reconocer derechos universales aplicables a todas las personas, oponibles frente a los demás y al Estado mismo, b. principios declarativos, por los que crean garantías de actuación estatal, los que generan derechos positivos, c. prohibiciones y regulaciones de la actuación estatal.

Esta clasificación inicial nos va a dar las claves para analizar los alcances del derecho a la libertad personal que desarrolla la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

a. Derechos universales (*erga homines*)

- El derecho a la libertad personal, establecido por medio de la declaración que toda persona *tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal*, llama la atención por ser una alusión de carácter general, que sirve de preámbulo al catalogo detallado que este artículo desarrolla (art. 7.1).
- La obligación del estado y sus agentes de llevar a todas las personas sometidas a cualquier forma de privación de libertad ante un juez, que engendra el derecho de éstas a ser juzgadas *dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad*, sin perjuicio de que continúe el proceso (art. 7.5) .
- Derecho a recurrir ante juez o tribunal a fin de de que éstos decidan *sin demora*, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales (art. 7.6).

b. Principios declarativos, por los que crean garantías de actuación estatal, los que generan derechos positivos

- El principio de legalidad en materia penal, por el que se remite a las leyes las causales y el procedimiento para la privación de la libertad personal. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas*. Cabe destacar que este principio remite a las Constituciones Políticas y las leyes de los estados partes. Lo que brinda mayor seguridad en comparación con anteriores instrumentos internacionales, en los que se remitía a la abstracción de la ley como fundamento de este principio. Con la CASDH se confiere mayor certeza y se delega en los Estados y sus legislaciones la protección y desarrollo posterior del derecho a la libertad personal. Lo que tiene como consecuencia el surgimiento del derecho a no ser detenido, sino es de acuerdo a causas establecidas de previo en las leyes (art. 7.2).
- El principio de no detención por deudas. Establece al estado y sus agentes la necesaria prestación de garantías a los ciudadanos de que la actuación estatal es previsible conforme al principio y funcionará con apego a éste. Lo que se traduce en derechos positivos oponibles por las personas a no ser detenidas por causas originadas en impago de deudas, es decir por incumplimiento de obligaciones contractuales. Únicamente se consideran como excepción de este principio las deudas originadas en deberes

alimenticios, con lo que se pretende proteger a la familia, en especial a los hijos, primando sobre la libertad individual (7.7).

- El principio de legalidad y retroactividad, el que impone tres límites a la actuación estatal: a. prohíbe imponer condenas a las personas por acciones u omisiones que de previo no estén previstas en la ley, b. reconoce el principio de *non reformatio in peius*, que equivale a afirmar que no se puede agravar la pena que la aplicable en el momento de la comisión del delito, c. en caso de promulgarse con posterioridad una pena más leve a la impuesta, esta beneficiará al reo (artículo 9).

c. Prohibiciones y regulaciones de la actuación estatal

- La prohibición de ejecutar detenciones o prisiones arbitrarias, establecida como un mecanismo de regulación de la actuación estatal, la que deriva en garantías para los ciudadanos, las que reducen incertidumbres acerca de la actuación estatal y proponen requisitos de previsibilidad. En caso contrario genera violaciones al principio de protección al derecho a la libertad personal.
- Regulaciones referidas a la libertad condicional, es decir la libertad como derecho de las personas sometidas a juicio penal. La que queda establecida como una posibilidad sujeta al cumplimiento de las garantías que aseguren la comparecencia de las personas procesadas en el juicio penal.
- Condiciones de internamiento de las personas privadas de libertad haciendo hincapié en la separación de estas: sexo, edad, situación legal, etc.

La CASDH pretende ser el sumario del conjunto de derechos y garantías de las personas privadas de libertad, así como de las prohibiciones y los límites que en materia de libertad personal han de ser observados por el estado y sus agentes, fijando el principio de legalidad como punto de referencia al establecer que nadie puede ser *condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos* según el derecho aplicable (artículo 14).

Sin embargo la CASDH en algunos derechos establece límites más estrechos y restrictivos que los establecidos por medio del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: a. el reconocimiento del derecho a indemnización es encuentra únicamente reconocido en casos de persona *condenada en sentencia firme por error judicial* (artículo 10 CASDH) a diferencia de la amplia protección a la que aspira el PIDCP; b. la regulación de la prisión preventiva, establecida en el artículo 9.3 del PIDCP que señala que *no debe ser la regla*. Lo que impone un comportamiento determinado al Estado, brindando mayor protección de las personas, y posibilita el ejercicio del derecho a la libertad personal por medio de la aplicación de medidas alternativas o cautelares, desafortunadamente la CASDH no brinda ninguna previsión en cuanto a la prisión preventiva.

Las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos

Adoptadas en el Sistema de las Naciones Unidas, ofrece directrices por las que se organiza el trabajo relativo a los sistemas penitenciarios y el tratamiento de los reclusos. Establece categorías que han permitido organizar la separación de las personas privadas de libertad (regla 8):

- a. Hombres separados de las mujeres en establecimientos diferentes.
- b. Detenidos en prisión preventiva separados de los condenados.
- c. Personas detenidas por causas civiles de los detenidos por infracción penal, con la adopción del PIDCP en 1966 fue reformada, puesto que se prohíbe la prisión por deudas.
- d. Los jóvenes de los adultos.

Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.

La regulación del derecho a la libertad personal por el Conjunto de Principios, toma como referencia al principio de legalidad en materia penal. Dos principios desarrolla: Primero, establece que el arresto, la detención y la prisión, solo se podrán efectuar *con estricto cumplimiento de la ley*, y por las personas y los funcionarios autorizados para este fin. Lo que establece serias implicaciones para los funcionarios, y para el personal que ejerce funciones públicas, puesto que se toma como argumento la autorización de estas mediante las leyes (principio 2).

En segundo lugar, profundiza en cuanto a la naturaleza de los funcionarios, al delegar específicamente en los jueces la facultad exclusiva para ordenar y fiscalizar cualquier forma de arresto, detención o prisión y todas las medidas que afectan los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (principio 4). Este principio amplía los espacios de protección en dos direcciones, por un lado atiende a las personas que serán detenidas, arrestadas y puestas prisión, así como delega la supervisión de los derechos humanos de los condenados en las judicaturas nacionales.

Se debe tener cuenta que los principios relativos al trato digno y la confidencialidad imponen ciertas obligaciones que han de ser observadas por los Estados. El principio 2 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988), obliga al Estado y a sus funcionarios, a brindar trato humano y el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano, que establece también el artículo 10 PIDCP. Lo que deriva la obligación estatal a observar las *exigencias mínimas de higiene* en los centros de detención, así como proveer de alimentos, agua e instalaciones apropiadas de drenaje⁹².

⁹² Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Manual de capacitación para fiscalización de derechos humanos. Tercera parte, ps. 142 – 143. Nueva York y Ginebra. 2001.

En cuanto al derecho a *comunicarse libremente y en régimen de absoluta confidencialidad* con las personas que visiten los lugares de detención (principio 29) en especial con sus abogados. Lo que deriva en el deber de los oficiales encargados de hacer cumplir la ley de abstenerse a escuchar, grabar o estar presente durante las entrevistas.

Las condiciones de vida de las personas privadas de libertad

Además de las garantías estatales a las que están obligados a brindar los estados a las personas privadas de libertad entre las que destacan la prohibición de tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes. También los estados están en la obligación de observar el derecho a ser tratado humanamente y con el respeto debido a la *dignidad inherente* a su condición de ser humano que gozan las personas privadas de libertad.

La dignidad inherente al ser humano es uno de los fundamentos sobre los que se construye el derecho a *adecuadas condiciones de vida* de las personas privadas de libertad⁹³. Entre las que se mencionan el derecho a contar con adecuada comida, agua potable, vestuario, camas separadas y limpias, además de instalaciones para aseo personal, lavado y secado de ropa, así como ropa de cama. En ese sentido se recomienda ver “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” (reglas 13, 17, 19 y 20), art. 11 PIDESC.

El derecho a la libertad personal en la legislación nicaragüense.

El tratamiento que brinda la legislación nicaragüense al derecho a la libertad personal puede ser tratado en dos niveles: constitucional y leyes de desarrollo. En cuanto al nivel constitucional existen regulaciones en la Constitución Política y en la Ley de Amparo, Ley 49/1988, la que en Nicaragua es de rango constitucional. En las leyes de desarrollo existen regulaciones en diversas leyes, en este trabajo se mencionaran las principales: Código Penal, Código Procesal Penal y Código de la Niñez y de la Adolescencia.

Por su naturaleza declarativa y constitutiva se hace referencia en primer lugar a las regulaciones establecidas por la Constitución Política, la que acoge y establece la mayoría de las instituciones y los mecanismos de protección del derecho a la libertad personal, establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos. El desarrollo de este derecho en el texto constitucional cuenta con influencias sustantivas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁹³ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Human Rights and Prisons, p. 4. Geneva. 2005.

El derecho a la libertad personal como garantía estatal

El derecho a la libertad personal es reconocido como el derecho a la libertad individual, el que junto a otros derechos como son la seguridad personal y reconocimiento a personalidad y capacidad jurídica se promulga en el artículo 25 Cn. Se establece como un derecho sin distinción aplicable y válido a todas las personas, la Constitución es enfática al establecer: *Toda persona tiene derecho a la libertad individual* (art. 25.1) En esta primera declaración se presenta como un derecho absoluto e ilimitado, el que sin embargo será regulado por medio de otros mecanismos en artículos constitucionales posteriores. Cabe destacar el carácter garantista que se pretende establecer por medio de este artículo.

El principio de legalidad en materia penal

La forma por la que se establece este principio es directa, los dos elementos que lo componen han sido condensados, utilizando en la Constitución Política las palabras estrictamente necesarias: En primer lugar, se reconoce como premisa la existencia de ley previa para suspender el derecho a la libertad personal: *Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria, ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley con arreglo a un procedimiento legal (artículo 33 Cn.)*. Lo que impone al estado y a sus agentes como condición a aplicar en los casos de detención, la que *solo podrá efectuarse en virtud de mandamiento escrito de juez competente o de las autoridades expresamente facultadas por la ley* (artículo 33.1).

La consecuencia que éste principio impone, será la prohibición de *detención o prisión arbitraria* establecida tanto por el PIDCP (artículo 9.1) como por la CSDH (artículo 7.3), la que está incorporada debidamente en el texto constitucional.

El principio de legalidad en materia penal, delega en los jueces la potestad de suspender el derecho a la libertad personal. El que conforme a leyes preexistentes, cuenta con márgenes de aplicación mayores en el caso nicaragüense, puesto que además de los jueces, también faculta a otras autoridades para suspender la libertad personal, como es el caso de los jefes de las delegaciones de la Policía Nacional. Lo que plantea ciertos riesgos en cuanto a la apropiada tutela de éste derecho, los que serán abordados adelante.

El derecho a recurrir en contra del mandamiento de detención, arresto o prisión

El derecho de las personas privadas de libertad para recurrir ante un tribunal para que *éste que decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales*, establecidos en el PIDCP (artículo 9.4) y la CASDH (artículo 7.6) se encuentran contenidos en artículo 53 de la Ley de Amparo, la que tiene rango constitucional. La

Ley de Amparo en armonía con los instrumentos internacionales establece el Recurso de Exhibición Personal el que funciona como mecanismo de protección interno de la libertad personal o individual. Se interpone *en contra del funcionario o autoridad responsable, representante o funcionario de la entidad o institución que ordene la violación o la cometa, en contra del agente ejecutor, o en contra de todas; y en contra del particular que restrinja la libertad personal.*

Corresponde a los Jueces Ejecutores en representación de los Tribunales de Apelaciones decidir sobre la legalidad o ilegalidad del arresto o detención. Estos se encuentran facultados para ordenar la libertad de las personas que se encuentran ilegalmente arrestadas, detenidas o prisioneras. Entre sus principales funciones están: intimar a la autoridad contra la que se dirige el recurso, reconocer a la persona detenida, confirmar la existencia del proceso, conocer los motivos de la detención, dictar toda medida de seguridad indispensable a favor del detenido.

Por su parte el funcionario intimado está en la obligación de recibir *en forma inmediata* al Juez Ejecutor, presentar a la persona detenida, presentar el proceso en caso que lo hubiera y explicar las razones de la detención. Las decisiones tomadas por el Juez Ejecutor se deberán cumplir *en el acto mismo de la notificación*. Mientras que las obligaciones del Juez Ejecutor consisten en cumplimiento del cargo en forma gratuita, obligatoria y de forma inmediata⁹⁴.

Derechos de las personas detenidas

En consonancia con lo establecido en los instrumentos internacionales, la Constitución Política reconoce como derechos de las personas detenidas (artículo 33), las siguientes:

- a. Derecho a ser informada de las causas de la detención así como de la acusación formulada en su contra.
- b. La detención administrativa o policial no podrá ser mayor de 48 horas fatales. Por lo que se establece que las personas detenidas tienen derecho a ser puestos en libertad o a la orden de autoridad competente, en caso que existan indicios racionales de la existencia de un delito.
- c. El derecho a ser liberado *una vez cumplida la pena impuesta*.
- El derecho a reparación por detención o prisión ilegal

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece con meridiana claridad el derecho a reparación de las personas detenidas o presas ilegalmente, las que tendrán *derecho efectivo a obtener reparación* (artículo 9.5). Lo que establece responsabilidades a la administración que han

⁹⁴ Cuarezma Terán, Sergio J. El Control Constitucional. Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua, ps. 287 – 288. HISPAMER. Managua, 1999.

de ser observadas. En Nicaragua la Constitución Política no establece con claridad el derecho a reparación de las personas detenidas o presas ilegalmente. Se debe tener en cuenta que el daño causado por los agentes del estado, es hecho en representación de éste. Sin embargo la Constitución Política evade esta premisa, reduciéndola y delegándola en la *autoridad que la ordene o la ejecute* dejando al Estado como ente jurídico fuera y al margen de cualquier responsabilidad (artículo 33.4). Ello plantea hipotéticamente que el Estado no es responsable por el daño causado, por lo que solo son responsables sus funcionarios. Construcción desafortunada y anacrónica puesto que establece una lógica aberrada y perniciosa para las víctimas de detención o prisión ilegal, al limitar las acciones en contra del Estado a consecuencia de los excesos cometidos por sus funcionarios.

El desarrollo del derecho a reparación efectiva, tiene una aplicación restrictiva tanto a nivel constitucional como en las leyes de desarrollo, tomando en consideración que el Código Penal (artículo 166) solo establece penas de prisión e inhabilitación especial en contra de los funcionarios que ordenen o ejecuten *la detención de alguien sin la orden judicial o de autoridad competente*. Sin mencionar procedimiento adicional alguno.

En los anales de la administración de justicia nicaragüense no existe ningún antecedente en el que se haya condenado a ningún funcionario por detención ilegal. Ni tampoco existen los procedimientos especiales para exigir responsabilidad al Estado por daños causados por detención o prisión ilegal. Por lo que se puede afirmar que el derecho efectivo a reparación a causa de detención o prisión ilegal en Nicaragua aun es un sueño. Ni la legislación, ni las instituciones han puesto a disposición de las víctimas por detención o prisión ilegal los instrumentos que les permita restablecer y restituir sus derechos violados.

Como conclusión a este aparatado se puede afirmar que el Estado nicaragüense aun no es responsable por el daño causado por personas que ejercen funciones públicas y actúan en su representación. Por tanto las víctimas están desprotegidas y desprovistas del derecho a reparación causada por detención o prisión ilegal, lo que intrínsecamente implica una paradoja que viaja contra del tiempo. Las detenciones o prisiones ilegales en el país son invisibles, lo que no quiere decir que no se cometan y el vacío que existe por ausencia de eficaces mecanismos de protección solo fortalece la impunidad de estas violaciones.

La justicia especializada de adolescentes

La Constitución Política en el artículo 35 establece que *los menores no pueden ser sujeto ni objeto de juzgamiento ni sometidos a procedimiento judicial alguno*, delegando en ley posterior su aplicación, la que sería el Código de la Niñez y de la Adolescencia la que crea la Justicia Penal de Adolescentes y la imputabilidad de menores transgresores. Lo que plantea mecanismos particulares de protección al derecho a la libertad personal de los menores.

La prohibición de prisión causada por impago de deudas

Este derecho es pionero en el continente americano, fue acuñado por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXV Segundo párrafo), que posteriormente fue retomado por el PIDCP en el artículo 11, y por la DASDH en el artículo 7.7: *Nadie será detenido por deudas*. La Constitución Política también integra esta garantía, lo que establece en estas circunstancias condiciones previsibles y restricciones claras a la actuación estatal, artículo 41 Cn., reservando únicamente la posibilidad de privación de la libertad personal por causas originadas en incumpliendo de deberes alimenticios.

El derecho a la libertad personal en la legislación de desarrollo nicaragüense.

Código Penal, Ley 641/2007

El Código Penal en el artículo 166 establece los delitos de *detención ilegal y ocultamiento de detenido*, e identifica tres supuestos de hecho para la comisión de este delito: a. detención ilegal, la que consiste en ordenar y ejecutar la detención de una persona sin orden judicial o de autoridad competente; b. desacato o desobediencia a la orden judicial para presentar a persona detenida a disposición de autoridad competente; c. ocultamiento de detenido. Estos supuestos penales tienen en común dos implicaciones, en primer lugar violentan el principio de legalidad en materia penal, por el que se establece la prohibición de detención arbitraria, y por el otro alejan a las personas privadas de libertad del control judicial, omitiendo el derecho *a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad*, ambos reconocidos por el PIDCP (artículo 9) y la CASDH en el artículo 7.

El Código Penal establece dos tipos de penas para los comisores de estos delitos: prisión e inhabilitación especial para ejercer cargo o función pública. Las que oscilan en el caso de la prisión entre uno y cuatro años, y el caso de la inhabilitación especial entre dos y cuatro años.

Se debe mencionar que en la historia judicial de los últimos cien años en Nicaragua no se registran casos en los que hayan sido sancionados funcionarios, agentes del estado y/o particulares actuando en representación del Estado por el delito de detención ilegal o por ocultamiento de detenido. Lo que pone en evidencia dos aspectos que debilitan la protección adecuada a las víctimas de este tipo de violaciones. Por un lado la invisibilidad de las violaciones contra la libertad personal o individual, lo que no significa que no se cometan estos delitos; y por el otro, implica que ante la ausencia de casos y víctimas, la administración de justicia no cuenta con la voluntad, la experiencia y los procedimientos efectivos que aseguren la reparación y la restitución de los derechos violados. Lo que pone en evidencia la ausencia de mecanismos de protección en el nivel de la legislación nacional.

Un elemento novedoso en la legislación penal nicaragüense ha sido la tipificación de la desaparición forzada de personas establecida en el artículo 488 del Código Penal. La que integra nuevas formas penales, en armonía con compromisos internacionales de derechos humanos, encaminada a prevenir prácticas ilegales por las que a las personas privadas de libertad les fueron confiscados sus derechos a juez debido, a las debida protección judicial, la integridad personal, la libertad y en los peores casos su derecho a la vida. A pesar de este positivo avance en cuanto a sancionar la desaparición forzada de personas en la legislación nacional, se debe mencionar que el estado de Nicaragua hasta la fecha no ha ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Lo que plantea un urgente desafío en cuanto a asumir compromisos internacionales en este sentido.

Código Procesal Penal

Tres aspectos directamente relacionados con los mecanismos de protección al derecho a la libertad personal establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos son desarrollados por el Código Procesal Penal: a. la prisión preventiva, b. las medidas cautelares y, c. la detención policial realizada por la Policía Nacional.

a. Límites de la prisión preventiva

Al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Constitución Política omiten referencia alguna a la prisión preventiva. Sin embargo a los efectos de la verificación de esta institución relativa al derecho a la libertad personal se debe ubicar su justificación en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que cita: *La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio.* El CPP en el artículo 134 establece la duración del proceso e identifica cuatro probables escenarios para la realización del juicio por delitos, asignando a cada uno un plazo para la detención de las personas acusadas por la comisión de los delitos y sujetas al proceso penal, los que se presentan en la siguiente tabla:

Situación del proceso	Duración del proceso	Efectos
La persona acusada se encuentra presa por delito grave	Se deberá pronunciar sentencia en un plazo no mayor de <i>tres meses contados a partir de la primera audiencia.</i>	No hay veredicto: Se ordenara <i>la inmediata libertad del acusado y la libertad del proceso.</i>
No hay reo detenido por delito grave	El plazo se elevara a seis meses	No hay veredicto o sentencia, <i>se extinguirá la acción penal y el juez decretara el sobreseimiento de la causa.</i>

Delitos menos graves	El plazo será de uno a dos meses	Imposición de pena o libertad de la persona
Juicios por faltas	Deberá recaer resolución en un <i>plazo máximo de diez días</i>	Imposición de pena o libertad de la persona

En todos los escenarios posibles se establece la potestad del acusado, el que eventualmente puede estar privado de libertad, a la solicitud de extensión de estos plazos.

El establecimiento de *la duración del proceso* fijando plazos explícitos, salva un debate candente en cuanto a la protección del derecho a la libertad personal, referido a la extensión de la prisión preventiva. Esta en principio se ha regir por dos reglas: En primer lugar la prisión preventiva *nunca podrá exceder el tiempo de la pena impuesta*⁹⁵, por considerarse que la prisión preventiva es una *medida cautelar de carácter estrictamente excepcional*⁹⁶. En segundo lugar, la prisión preventiva de las personas sujetas al juicio penal *no debe ser la regla general*, conforme lo establecido en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles. Por lo que se debe considerar la aplicación de medidas cautelares encaminadas a proteger el derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia de los acusados, mientras no exista sentencia condenatoria firme.

Sin embargo la pertinencia de la prisión preventiva se encuentra regulada en el artículo 173 CPP por el que se establecen tres condiciones para decretarla: a. la existencia de un hecho punible grave que merezca la privación de libertad, b. evidencia suficiente para inculpar *razonablemente* al imputado como autor o partícipe del hecho, c. que el imputado no se someterá a la justicia, obstaculizará las investigaciones y averiguaciones o que exista riesgo cierto que el imputado cometerá nuevos delitos. En todos los delitos relativos a delitos de narcotráfico y lavado de dinero se impone a los jueces el deber de decretar la prisión preventiva.

b. Las medidas cautelares como medidas alternativas a la prisión preventiva

Tienen como objetivo asegurar *la comparecencia en el juicio* de los acusados, acorde a lo que establecen el PIDCP y la CASDH, aunque se deben considerar como mecanismos alternos a la prisión preventiva, es decir el periodo durante el acusado ha de ser privado de libertad con el fin de que éste atienda las exigencias del juicio penal. Lo que posibilita que el acusado disfrute del derecho a la libertad personal durante el periodo del juicio. El Código Procesal Penal establece las condiciones de aplicación de las medidas cautelares en los artículos 168 y 169 CPP. Entre las que destacan:

⁹⁵ Aguilar García, Marvin. Lineamientos generales de la propuesta de Nuevo Código procesal Penal de la República de Nicaragua, p. XXXVI. Nuevo Código Procesal Penal de la República de Nicaragua. Impresiones La Universal, 3ª. Edición. Managua. 2007.

⁹⁶ Gialdino, Rolando E. La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos. Originalmente publicado en la Revista Investigaciones 3-1999, editada por la Secretaría de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina. Buenos Aires, 1999. Comisión Andina de Juristas. S/F. Lima, Perú. (<http://www.cajpe.org.pe/guia/g-prisi.htm>)

- Deberán imponerse de acuerdo al principio de legalidad en materia penal, por lo que se establece que serán impuestas *por orden del juez competente cuando existan contra él indicios racionales de culpabilidad*.
- Ninguna medida puede ser aplicada *si resulta evidente* que con el hecho concurre una causa de justificación o de no punibilidad o de extinción de la acción penal o de la pena que se considere puede ser impuesta.
- En el caso de la aplicación de la prisión preventiva, solo se aplicara cuando las demás medidas cautelares *sean insuficientes para asegurar la finalidad del proceso*.
- No se impondrán medidas de coerción personal cuando estas resulten desproporcionadas *en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable*.

El artículo 167 CPP establece los tipos de las medidas cautelares: medidas cautelares personales, y medidas cautelares reales. Entre las medidas cautelares personales, entre otras se mencionan: detención domiciliar o custodia por otra persona, presentación periódica al tribunal, restricciones a la libertad: en cuanto a atender eventos, lugares, comunicación con personas específicas, y la prisión preventiva. Son medidas cautelares personales: la caución económica, anotaciones preventivas en el registro público, inmovilización de cuentas bancarias, certificados y títulos valores, embargo o secuestro preventivo, la intervención judicial de las empresas.

Como antes se mencionó el objetivo de las medidas cautelares apunta hacia asegurar la comparecencia en el juicio penal de los acusados, mientras disfrutan del derecho a la libertad personal. El CPP al establecerlas pretende armonizar y mantener en equilibrio *intereses generales*, por un lado, pretende asegurar la represión de los delitos, brindando acceso a la justicia a las víctimas, y por el otro, que se respeten los derechos de las personas acusadas cuya culpabilidad aun no ha sido determinada⁹⁷.

c. La detención administrativa o *detención policial* realizada por la Policía Nacional

Se considerara como tal a la que se realiza por la Policía Nacional por impulso propio y sin mediar ninguna orden judicial. Lo que pone en evidencia su naturaleza administrativa. Se arguye como justificación de este tipo de detención sea el resultado de un proceso de investigación criminal o sea como consecuencia de un hecho flagrante; lo que plantea que la detención policial necesariamente ha de estar justificada en la existencia de un hecho delictivo punible previo, como consecuencia indispensable. Lo que obliga a revisar la máxima de actuación policial globalmente reconocida *“investigar para detener o detener para investigar”*. He ahí el dilema: el que a la postre aun no se resuelve.

⁹⁷ Gialdino, Rolando E. Ídem.

La Constitución Política por medio del artículo 33.2.2. establece el derecho de las personas detenidas a ser puestas en libertad o a la orden de autoridad competente *dentro del plazo de las 48 horas posteriores a su detención*. Lo que brinda un mínimo margen de protección de las personas sometidas a este tipo de detención. Además la Ley de Amparo establece el Recurso de Exhibición Personal el fin de establecer a la brevedad posible *sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal*, conforme lo establecido en el artículo 9.4 del PIDCP y el artículo 7.6. de la CASDH. Lo que obliga a llevar a la persona detenida a la presencia del juez a fin de que este pueda *examinar la privación de libertad y en su caso decretar su libertad*⁹⁸.

Las condiciones de la detención preventiva realizada por la Policía Nacional

Se encuentra regulada por el artículo 231 del Código Procesal Penal relativo a la *detención policial*. Se debe aclarar que la detención policial por su naturaleza es de naturaleza administrativa, lo que no implica que las personas detenidas se encuentren bajo régimen un especial de detención con estándares inferiores a los aplicables a los demás tipos de privación de libertad como la detención y la prisión. Asumir que las personas se encuentran en condiciones inferiores a las demandadas a la administración de justicia resulta una aberración y deriva en múltiples violaciones a los derechos de las personas. Por lo que se deberá insistir en que las personas sometidas a detención policial, en tanto no sean encontrados culpables por el Juez competente: les asisten todos sus derechos. Esto es importante comprenderlo puesto que se han observado prácticas restrictivas de los derechos de las personas detenidas en la policía, en especial los relativos a la asistencia letrada, derecho a la defensa, comunicación con familiares y sus defensores.

Las condiciones que regulan la detención administrativa o detención policial *sin necesidad de mandamiento judicial* en los casos siguientes:

- a. Causada por hecho flagrante, en este sentido el CPP establece el concepto de flagrancia como aquel en el que la persona *es sorprendida en el momento* de cometer el delito, sea perseguido huyendo del sitio del hecho o se le sorprenda en el mismo lugar o cerca de él con armas, instrumentos, u objetos que de alguna manera hagan presumir su participación inmediata en el hecho (párrafo primero).
- b. En casos de delitos flagrantes el CPP autoriza a cualquier persona a realizar la detención, estableciendo como condiciones: a. *siempre que el delito amerite pena privativa de libertad*, e inmediatamente se *deberá entregar* al detenido a la autoridad más cercana, evitando de esta forma cualquier riesgo derivado por detención ilegal o secuestro cometido por particulares.

⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 8/87, 30 enero 1987.
<http://www.derechos.net/doc/cidh/index.html>

- c. Los jefes de las delegaciones de la Policía Nacional están autorizados a emitir órdenes de detención *bajo su responsabilidad personal*, las que deberán cumplir los siguientes requisitos: i. por escrito *justificando las razones que la hagan indispensable*; ii. Debe existir la probabilidad fundada de la comisión de un delito sancionado con penas privativas de libertad, lo que en si engendra un entuerto, puesto que la probabilidades fundadas dejan márgenes de error, es decir probabilidades que este hecho punible no exista, con lo que la tesis justificativa de la detención queda reducida a una expectativa estadística; iii. La orden detención se deberá emitir *dentro de las doce horas de tener conocimiento del hecho*; iv. Afortunadamente estos casos *no serán considerados como persecución actual e inmediata de un delincuente para efectos de allanamiento de domicilio*. Lo que necesariamente implica que el allanamiento de la morada de la persona sospechosa de la comisión de un hecho punible, ha de ser necesariamente emitida y sin duda por un juez.
- d. En todos los demás casos, es decir aquellos casos que se conocen después de las doce horas de haberse cometido los delitos, y los que no se detiene a la persona en condiciones de flagrancia, obligatoriamente *se requerirá de mandamiento judicial para proceder a la detención*.

Las limitaciones del marco normativo de la privación de libertad

El Código Procesal Penal pone en evidencia el carácter restrictivo con que cuenta la legislación penal de desarrollo en relación a los mecanismos de protección establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente el PIDCP y la CASDH, en especial *el derecho efectivo a obtener reparación* de las personas presas o detenidas ilegalmente o arbitrariamente. Al omitir la responsabilidad patrimonial de la administración por el daño causado por detención o prisión ilegal, estableciendo únicamente la responsabilidad administrativa y penal de los funcionarios que ordenen o ejecuten detención o prisión, lo que aleja las posibilidades de las víctimas de restitución y protección de sus derechos violados.

El yerro tiene un origen constitucional puesto que el artículo 33.4 Cn., establece que *toda detención ilegal causa responsabilidad civil y penal en la autoridad que la ordene o ejecute*. Lo que impone responsabilidades personales sobre los funcionarios, evadiendo la responsabilidad estatal de naturaleza pública que subyace en la actuación de las personas que ejercen funciones públicas. Lo que anula las posibilidades de acciones restitutivas en contra del Estado o cualquier otra administración pública ejercida por las víctimas de las detenciones ilegales. Ello deriva dos lamentables consecuencias, por un lado los derechos de las víctimas no son protegidos adecuadamente y por el otro, la ausencia de mecanismos encaminados a establecer responsabilidades individuales e institucionales, solo promueve impunidad que beneficia a los comisores de estos ilícitos y violaciones.

El CPP pretende en el artículo 231 tercer párrafo, desarrollar el texto constitucional, identificando a los jefes de las delegaciones de la Policía Nacional como las autoridades a las que se les demandara responsabilidad civil y penal. De esta forma el estado nicaragüense se aleja de la tradición moderna en la que se considera que los funcionarios no actúan por motivos personales o por impulso propio, sino que actúan en representación del estado ejerciendo potestades estatales, las que por simple definición implican que no son de orden privado, lo que permite derivar responsabilidades a éste. Por lo que se puede afirmar que cabe demandar responsabilidades patrimoniales y administrativas al Estado nicaragüense en los casos de personas detenidas o presas ilegalmente, además de las civiles y penales en el caso a los jefes de las delegaciones de la Policía Nacional y otros funcionarios que tutelan el derecho a la libertad personal.

Los deberes de la Policía Nacional referidos a la detención de personas y los mecanismos de protección de las personas privadas de libertad en la Policía Nacional

El artículo 232 del CPP referido a *deberes* de la Policía Nacional, regula y desarrolla los mecanismos de protección de las personas privadas de libertad establecidos en el artículo 9 del PIDCP y el artículo 6 de la CASDH, los que han sido incorporados a la legislación nacional por medio de los artículos 25 y 33 de la Constitución Política. Derechos que a continuación se enumeran textualmente:

1. Informar a la persona en el momento de detenerla:

- a. De las causas de su detención en forma detallada y en idioma o lengua que comprenda.*
- b. Que tiene derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma, ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y,*
- c. Que tiene derecho a ser asesorada por un defensor de su elección, a fin de que lo designe;*

2. Informar a los parientes u otras personas relacionadas con el detenido que así lo demanden, la unidad policial adonde fue conducido;

3. Asentar el lugar, día y hora de la detención en un registro inalterable;

4. Informar de su detención y permitir al detenido informar él mismo a su familia o a quien estime conveniente;

5. Posibilitar la comunicación del detenido con su abogado, y,

6. Solicitar la evaluación del detenido por parte del médico forense o quien haga sus veces, previo a su presentación ante la autoridad jurisdicción o en caso de grave estado de salud.

Llama la atención nuevamente la tendencia restrictiva de la legislación de desarrollo nicaragüense en cuanto a asegurar adecuadamente los derechos de las personas privadas de libertad, en especial el derecho a la defensa, también conocido como el derecho a la asistencia letrada. El CPP reduce el papel de la Policía Nacional en el aseguramiento de este derecho puesto que únicamente está obligada a *posibilitar la comunicación del detenido con su abogado*, conforme el artículo 232 inciso 6 CPP., vaciando de todo el contenido garantista con que cuentan los instrumentos internacionales referidos al derecho a la defensa.

Algunos podrán argumentar que durante la detención policial no se considera que exista un juicio penal en sentido estricto, por tanto no corresponde a la Policía Nacional asegurar el derecho a la defensa. Sin embargo se debe tener en cuenta que uno de los valores más preciados del moderno derecho penal es el derecho a la presunción de inocencia. Cuando la persona no es asistida apropiadamente en su derecho a la defensa, implica que el derecho a la presunción de inocencia es violentado, sumiendo a las personas privadas de libertad en la más miserable indefensión. Cabe por tanto proponer para el futuro cambios en la actual legislación procesal penal, encaminada a asegurar plenamente los derechos de las personas privadas de libertad desde su detención. En caso contrario la actuación policial se debatirá bajo la premisa de *“detener para investigar”*. Sin embargo, en los modernos cuerpos de policía preventiva y de policía científica se plantean como principio de actuación: *“investigar para detener”*.

El carácter restrictivo que rige al CPP al dejar por fuera la responsabilidad estatal por detención o prisión ilegal o, detención o prisión arbitraria, prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente el PIDCP. Evadiendo *el derecho efectivo a obtener reparación* de las personas presas o detenidas ilegalmente o arbitrariamente. El yerro tiene un origen constitucional puesto que el artículo 33.4 Cn., establece que *toda detención ilegal causa responsabilidad civil y penal en la autoridad que la ordene o ejecute*, lo que plantea responsabilidades personales en los funcionarios, evadiendo la responsabilidad institucional de carácter estatal, por las que son sometidas las personas privadas de libertad.

El Código Procesal Penal pretende desarrollar el texto constitucional, identificando a los jefes de las delegaciones de la Policía Nacional como las autoridades a las que se les demandará responsabilidad civil y penal. De esta forma el estado nicaragüense se aleja de la tradición moderna en la que se considera que los funcionarios no actúan por motivos personales o por impulso propio, sino que actúan en representación del estado ejerciendo potestades estatales, las que por simple definición son de naturaleza estatal. Por lo que es preciso afirmar que cabe demandar responsabilidades patrimoniales y administrativas al estado nicaragüense en los casos de personas detenidas o presas ilegalmente.

La justicia especializada de menores

La Constitución Política por medio del artículo 35 establece la prohibición aplicable a los menores, los que *no pueden ser sujeto ni objeto de juzgamiento ni sometidos a procedimiento judicial alguno*. Sin embargo deja abierta la posibilidad de procesar a *los menores transgresores* no pueden ser conducidos a los centros de readaptación penal y serán atendidos en centros bajo la responsabilidad del organismo especializado.

Dos aspectos cabe destacar del Código de la Niñez y la Adolescencia en relación al derecho a la libertad personal de los menores en conflicto con las leyes. Por un lado, los adolescentes tienen plena protección de todos los mecanismos de protección generales establecidos para adultos referidos al derecho a la libertad personal, por el otro, además de los mecanismos generales, también les asisten los mecanismos especiales tomando en consideración su condición de adolescentes. Lo que implica que los mecanismos de protección generales, establecidos por el PIDCP como por la CASDH también son aplicables en la justicia especializada de menores hasta donde conviene su aplicación, además de los establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los principales mecanismos de protección de los menores en conflicto con las leyes establecidos por el Código de la Niñez y la Adolescencia, entre otros son los siguientes:

- a. La Policía Nacional tiene facultades para detener a menores en conflicto con las leyes, solo en los siguientes casos: i. *Solo con orden judicial* a los presuntos autores de hechos denunciados; ii. En hechos flagrantes.
- b. Se hace énfasis en la libertad del menor durante todo el proceso. Por lo que se considera la privación de libertad como medida última, *y solo cuando no sea posible* aplicar otra medida menos gravosa (artículo 142).
- c. Tomando en consideración que el *proceso penal especial del adolescente*, establece que deberá haber resolución o sentencia dentro del plazo de tres meses. Lo que implica que la prisión provisional no puede exceder ese plazo (artículo 142). Sin embargo el Código urge a las instituciones involucradas en el proceso penal especial del adolescente a considerar de máxima prioridad la tramitación efectiva *de los casos en que se recurra a detener provisionalmente* a un adolescente (artículo 144).
- d. Mecanismos esenciales de protección al derecho a la libertad personal de los adolescentes en conflicto con las leyes: Se insiste en el carácter excepcional de la prisión preventiva, lo que establece la libertad del adolescente como preferencia; el plazo de la detención policial es limitado a veinticuatro horas fatales, el que una vez expirado el adolescente tiene derecho a ser remitido ante el juez de adolescentes respectivo; notificación a los padres o tutores de la detención, la advertencia obligatoria de la Policía Nacional para que el adolescente guarde silencio, con la ventaja que cualquier declaración

expresada bajo arresto o detención *no tendrá valor o efecto alguno*, dentro o fuera del proceso.

El Código de la Niñez y la Adolescencia establece el Sistema de Justicia Penal Especializada, dando cabida a los principales compromisos internacionales en cuanto a la protección de los derechos de los adolescentes en conflicto con las leyes. El Sistema de Justicia Penal Especializada cuenta con dos grandes innovaciones en materia de protección del derecho a la libertad personal de los adolescentes, en primer lugar insiste en la libertad personal, reservando la prisión preventiva como el último recurso a emplear. En segundo lugar, el Código de la Niñez y de la Adolescencia aspira a proteger *el interés superior del niño* conforme lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los mecanismos internos de protección al derecho a la libertad personal

Mecanismos internos de protección al derecho a la libertad personal establecidos por normas constitucionales

La Constitución Política establece en el artículo 189 el Recurso de Exhibición Personal como mecanismo de control constitucional encaminado a proteger la libertad, integridad física y seguridad de las personas, en todos los casos en los que estos derechos son violados *o estén en peligro de serlo*. El que es desarrollado por los artículos 4, 52 y ss. de la Ley de Amparo.

La amplia cobertura que en materia de derechos el Recurso de Exhibición Personal pretende proteger le imprime a este una alta versatilidad puesto que puede ser invocado tanto en derechos que afectan e involucran la libertad, integridad física y seguridad, como también en cualquiera de los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales, también conocido como el derecho al debido proceso.

Para mayores detalles acerca de los alcances del Recurso de Exhibición Personal se recomienda consultar el apartado referido a los mecanismos internos de protección al Derecho a las Debidas Garantías Judiciales (Parte General), desarrollados en el capítulo 5 de este trabajo.

Mecanismos internos de protección al derecho a la libertad personal establecidos por el Código Penal

En general la legislación penal interviene a favor de las víctimas de cualquier delito, y en especial de aquellos que violan el derecho a la libertad personal, por medio de un complejo proceso, que se inicia con la denuncia respectiva. Este proceso opera en dos dimensiones, por un lado implica invocar el derecho a la libertad personal. En segundo lugar, deriva como consecuencia activar el deber estatal de prevenir, investigar y sancionar. Como consecuencia del juicio penal, eventualmente se considera la imposición de una pena a los autores de estos delitos. La última

etapa de este proceso implica la restitución de los derechos violados por la comisión de los delitos, lo que trae aparejado diversas acciones que pueden ser del orden monetario, moral, simbólico, etc.

La legislación penal establece como delitos punibles las siguientes tipicidades delictivas encaminadas a proteger el derecho a la libertad personal:

- Detención ilegal y ocultamiento de detenido (art. 166 Pn.)
- Desaparición forzada de personas (art. 488 Pn.)

Eventuales formas y modalidades de violaciones del derecho a la libertad personal

En este apartado tiene como aspiración enumerar los principales patrones y modalidades de violaciones del derecho a la libertad personal, sin que ello implique elaborar una lista exhaustiva. Se debe considerar que las formas por las que el derecho a la libertad personal es omitido o violado son diversas, por lo que es difícil enumerar todas las diversas formas por las que es violado. Cabe recordar que en el centro de esta tipicidad de violaciones se encuentra uno de los valores fundamentales de las personas por los que se organiza la sociedad moderna: la libertad personal.

Las desapariciones forzadas de personas

Conforme a la Convención Americana sobre desaparición forzada de personas, se considera como tal a *la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes* (artículo II).

Se constituye en una violación al derecho a la libertad personal. La que se perpetra con la detención o el secuestro previo de la persona, realizado por agentes del estado, o personas que actúan en representación y autorización de éste, negándose con posterioridad a brindar información sobre *la detención o el paradero de la persona*. Privando a la persona además de la libertad personal, del derecho a la justicia por el que se revisa su situación jurídica y a *todos* los mecanismos de protección judiciales nacionales y de derecho internacional de los derechos humanos⁹⁹. Además se debe tomar en consideración que la legislación nacional prevé el delito de ocultamiento de detenido

⁹⁹ GUATEMALA: MEMORIA DEL SILENCIO. Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH). Cap. 2, Vol. 13. Párrafo 198. Ciudad Guatemala. 1999. <http://shr.aas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/cap2/vol3/plib.html>

La detención ilegal

Esta modalidad de violación al derecho a la libertad ocurre cuando las autoridades con potestades de arresto y detención, ordenan y realizan la privación de la libertad de la persona, sin que exista ninguna justificación o asidero legal, real o subjetivo para arrestar, detener o hacer prisionera a una persona. En este tipo de violación se omiten todas las formalidades legales, y por lo general la detención o prisión ocurre por motivos distintos a los establecidos por las leyes, además se pretende justificar la privación de libertad mediante subterfugios y razones diferentes a las reales.

- La privación de libertad se realiza en omisión de los requisitos establecidos por la ley para la detención administrativa o detención policial.
- Se omite e ignora el derecho a recurrir ante juez o tribunal *a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.*
- La persona privada de libertad es privada del derecho a juez debido, vencido el plazo de las cuarenta y ocho horas de la detención policial, la persona continua privada de libertad.
- Cumplida la condena impuesta por autoridad judicial, la persona continúa privada de libertad.
- Omisión del mandamiento de libertad emitido por los Jueces Ejecutores originados en el derecho al recurso de Exhibición Personal o *habeas corpus*.

La detención arbitraria

Esta sucede cuando la persona es privada de su libertad por existir elementos que justifican el arresto, la detención o prisión. Sin embargo no se observan los requisitos de formales previstos por el ordenamiento, por los que se habilita la privación de libertad.

- La evidencia presentada no es sustancial. Las razones brindadas para la privación de la libertad no se corresponden con los hechos
- No se observan los requisitos establecidos para legalizar la detención, ausencia de órdenes de detención emitida por los jueces o las personas autorizadas.
- Falta de jurisdicción de la persona que ordena la privación de libertad.
- No se aseguran las garantías y los derechos de las personas privadas de libertad: falta de información, no se informa de los derechos de las personas privadas de libertad, limitaciones en el acceso de sus defensores, en el caso de los menores no se apercibe del derecho al silencio o la ausencia de valor de lo declarado durante la detención policial, se omite notificar a padres y/o tutores, etc.
- A pesar de existir certeza acerca de la ausencia o fragilidad de la evidencia en contra de la persona privada de libertad, a ésta se le acusa formalmente y se le somete al juicio penal, privándola del derecho a ser puesta en libertad.
- La aplicación de medidas cautelares es desproporcionada.

- Vencidos los plazos de la detención preventiva y lo establecido para la duración del juicio penal, la persona continua privada de libertad.

Las condiciones infrahumanas de detención en omisión del derecho a trato humano acorde a la condición inherente de persona humana

Además de las garantías y obligaciones legales a las que están obligados los Estados a observar para privar de la libertad a las personas, también los Estados se encuentran obligados a brindar condiciones adecuadas de vida a las personas privadas de libertad. La violación del derecho a *adecuadas condiciones de vida* de las personas privadas de libertad se concreta por medio de la omisión del deber de brindar condiciones mínimas de vida a estas personas, entre las que se mencionan: adecuada comida, agua potable, vestuario, camas separadas y limpias, además de instalaciones para aseo personal, lavado y secado de ropa, así como ropa de cama. Las que fueron establecidas desde 1955 en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Otras violaciones de derechos humanos originadas en violaciones del derecho a la libertad personal

- Se omite investigar y sancionar las desapariciones forzadas de personas y el ocultamiento de detenido.
- Los eventuales delitos de desapariciones forzadas de personas, ocultamiento de detenidos, y detención ilegal son tratados por las instituciones de la administración de justicia, como faltas administrativas, sujetas a la aplicación de medidas disciplinarias internas. Lo que equivale a esconder la esencia de los delitos cometidos bajo aparentes medidas correctivas, alejando la posibilidad de justicia para las víctimas. Lo que deriva en violaciones del derecho a la justicia en el caso de las víctimas, e impunidad para los victimarios.
- Las víctimas de delitos de detención ilegal no tiene posibilidades de ejercer acciones y juicios de reparación en contra de los funcionarios que ordenan o ejecutan detenciones y prisiones ilegales o arbitrarias. El derecho a la reparación es imposible de alcanzar, por lo que no se debe considerar como el *derecho efectivo* a reparación que establece el derecho internacional de derechos humanos.
- A pesar de existir procedimientos legales para demandar la responsabilidad patrimonial y penal ocasionada por detenciones ilegales, estos procedimientos no son eficaces. Son nominales y se encuentran en la legislación como una formalidad. Lo que imposibilita el derecho de las víctimas a la adecuada tutela y restitución de sus derechos.
- El estado no es responsable por el daño administrativo causado por detención o prisión ilegal, por tanto no es posible someterle a juicio, y eventualmente ser condenado por el daño causado.
- Los Jueces Ejecutores intiman a las autoridades requeridas en forma tardía, con requerimientos de pago o remuneración. Los Jueces Ejecutores condicionan la entrega de

las órdenes de libertad condicionada a la entrega de pago previo. Lo que violenta el mandato de gratuidad de los Jueces Ejecutores.

- Una vez emitida y notificada la decisión del Juez ejecutor las autoridades omiten u objetan su cumplimiento, o cumplan las decisiones de los Jueces Ejecutores en forma tardía.

Sugerencias para la verificación de denuncias por eventuales violaciones al derecho a la libertad personal

Sin pretender elaborar un exhaustivo listado, se recomiendan como principales acciones de verificación las siguientes:

- Elabore una bitácora detallada de los horarios y el recorrido de la persona detenida. Para ello se recomienda entrevistar a la persona detenida, su familia y las personas que presenciaron la detención en el caso que existan testigos de la detención. Recuerde documentar el cómputo del tiempo y los plazos.
- En cuanto a la desaparición forzada de persona y ocultamiento de detenidos, documente las respuestas brindadas por los oficiales de las instancias visitadas, en las que se trata de averiguar el paradero de las personas desaparecidas, asegúrese que se pregunta a la persona adecuada, es decir al oficial responsable de la custodia de las personas privadas de libertad en cada caso.
- Reconstruya los momentos previos de la detención de las personas privadas de libertad. Lo que implica entrevistar a la sus familias, amistades o testigos.
- Establezca la identidad del funcionario o juez que ordena la detención. Asegúrese que la persona que la ordena tenga la autoridad suficiente para ello.
- Establezca la identidad de los funcionarios o autoridades que ejecutan la detención o prisión y las instituciones a las que pertenecen.
- En caso de acceder a la orden de detención, verifique los elementos formales para emitirla. Autoridad que la ordena, fechas, etc.
- Establezca el plazo de la detención, recuerde que parte de los derechos de las personas privadas de libertad consisten en ser presentados ante autoridad judicial dentro del plazo fatal de 48 horas, o ser puestos en libertad.

- En casos de personas sancionadas, asegure la veracidad de la sentencia, en especial las fechas a fin de establecer su fecha de cumplimiento. En caso de omisión de la libertad a pesar del cumplimiento de la pena, recomendar hacer uso de los recursos legales correspondientes.
- En casos omisión de los mandamientos de libertad emitidos por Jueces Ejecutores ignorados por las autoridades o los jueces, se aconseja recurrir de inmediato y solicitar la protección de los Tribunales de Apelación más cercano, y someter la denuncia correspondiente.
- En el juzgado revise el informe policial y analice la calidad de la evidencia producida, a fin de valorar la pertinencia de acusar a la persona bajo detención policial ante los Jueces, y presentando acusación como una medida encaminada a alargar su detención, y someterla a un juicio innecesario. En este caso analice y documente las acciones del juez del caso, y las acciones que éste toma para proteger los derechos de la persona privada de libertad.
- Entreviste a la persona privada de libertad a fin de establecer si los derechos establecidos en la Constitución Política, el Código Procesal Penal y el Código de la Niñez y de la Adolescencia fueron observados durante la detención policial.
- En casos de personas privadas de libertad en prisión preventiva, analice la pertinencia de las medidas cautelares. ¿Son proporcionales a la gravedad de los hechos y la naturaleza de la persona privada de libertad? ¿Son desproporcionadas? ¿Se hace uso de la privación de libertad como opción preferencial o como último recurso?
- En casos de personas privadas de libertad durante la prisión preventiva, verifique el computo de los plazos de la detención preventiva y los términos del juicio penal. Tenga en cuenta que la legislación faculta su libertad por agotamiento de los plazos del juicio penal y eventualmente autoriza la liberación de las personas bajo prisión preventiva.
- Analice la reacción de las autoridades, ante denuncias sobre desapariciones forzadas de personas y ocultamiento de detenidos. ¿Están investigando imparcialmente las denuncias? ¿Serán investigados y sancionados los responsables de estos delitos? O, por el contrario: ¿serán sancionados aplicándoles reglamentos disciplinarios o reglamentos internos? ¿Los casos serán llevados ante los jueces o serán resueltos por el director de la institución? Tenga en cuenta que los delitos establecidos por el Código Penal no se resuelven por mecanismos administrativos.
- En caso de demostrarse y documentarse la detención o prisión ilegal o arbitraria, ¿las víctimas cuentan con reales y efectivos mecanismos de reparación? ¿Cuál es la posición que asume la institución a la que el funcionario o juez representaba cuando se produjo la detención o prisión ilegal o arbitraria? ¿El estado es parte demandada? ¿Existen mecanismos

reales y efectivos para exigir la responsabilidad de la administración por el daño causado? ¿Se están acusando a los funcionarios que ordenaron y ejecutaron la detención o prisión ilegal en forma apropiada y efectiva?

- Evalúe la ejecución de los diversos procedimientos investigativos y judiciales, el apego a la legislación, los plazos y las potestades de los funcionarios que los realizaron.
- Analice la cadena de protección de las evidencias presentadas y las formas por las que cada pieza de evidencia fueron obtenidas. ¿Se hicieron conforme a lo que establece la legislación, o por el contrario existen dudas racionales acerca de la forma en que se obtuvieron?
- Evalúe el agotamiento de los diversos recursos que ofrece la legislación nacional. ¿Se agotaron todos los que se establecen, o por el contrario aun queda alguno pendiente que no ha sido utilizado?
- Verifique las condiciones materiales a las que se encuentran sometidas las personas privadas de libertad, particularmente el derecho a las adecuadas condiciones de vida de las personas privadas de libertad, que implica el derecho a adecuada comida, agua potable, vestuario, camas separadas y limpias, instalaciones para aseo personal, lavado y secado de ropa, así como ropa de cama.
- En casos de requerimientos de pago o retenciones de las órdenes de libertad, hechos por los Jueces Ejecutores, evalúe las ventajas de introducir la queja ante las instancias judiciales correspondientes.

Capítulo 5. Derecho a las debidas garantías judiciales: Parte general.

Derecho a las debidas garantías judiciales: Parte general

El derecho a las debidas garantías judiciales, también conocido como el derecho al debido proceso legal, refiere al conjunto de condiciones y requisitos que las diversas instituciones gubernamentales deben cumplir, observar y respetar para someter apropiadamente a las personas a la jurisdicción estatal. Es decir los requisitos establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos y reconocidos también por legislación interna de cada país, con el fin de asegurar los principios y las garantías judiciales mínimas por las que se administra la justicia. Considerando a las garantías judiciales como *los requisitos específicos* a que están obligados los estados a cumplir *para hacer efectivo el derecho al debido proceso legal*⁵.

El derecho alude a las *debidas garantías*, que de acuerdo al art. 8 de la CASDH y el art. 14 del PIDCP son indispensables *para la determinación* de los derechos y obligaciones de todas las personas sin distinción alguna. Las características más relevantes de este grupo de derechos son: En primer lugar, los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales no están diseñados para resolver la litis, el juicio, la petición, el caso o la acusación penal formulada contra cualquier persona, *o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*. Es decir las debidas garantías judiciales no resuelven el fondo del litigio sometido al arbitrio judicial. Este grupo de derechos sirve para asegurar que tanto la solución de la acusación penal o la determinación de derechos y obligaciones de cualquier naturaleza, como fines últimos de la función judicial, se realicen conforme a parámetros establecidos y predecibles. Ello plantea como característica que éstos se manifiestan durante el proceso y sirven para regular el proceso, imponiéndole determinados parámetros de legalidad. Asegurando de esta forma el fin último de la función judicial que consiste en la legitimidad de las resoluciones judiciales.

En segundo lugar, la dicotomía arriba planteada pone en evidencia la intrínseca relación entre medios y fines que cumplen las debidas garantías judiciales, es decir se deben observar las debidas garantías judiciales para asegurar el derecho a un juicio y la legitimidad de las intervenciones estatales que le corresponde realizar la administración de justicia. De esta forma el ejercicio de los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales, sirven de parámetros de eficacia del régimen político. Ello propone que la legalidad de las resoluciones judiciales reflejan el estado salud y madurez de sistema democrático, que se legitima por medio del grado de tutela y ejercicio de las garantías judiciales, y tiene como consecuencia una mayor aceptación colectiva o legitimación de la justicia como valor colectivo, reflejado en las decisiones judiciales. Legitimación que a la postre fortalece la creencia legalidad y legitimidad del régimen político. Lo que deriva en mayor adhesión de sus ciudadanos a las intervenciones públicas, facilitando la intermediación política de las instituciones y asegurando la convivencia colectiva en ambientes más o menos estables y predecibles.

En tercer lugar, la protección que el derecho al debido proceso legal aspira es amplia, universal y aplicable a todas las personas sin discriminación. En cuarto y último lugar, el derecho al debido proceso legal es aplicable a todos los procesos, las materias de la administración de justicia, sea penal, civil, laboral, fiscal *o de cualquier otro carácter*. A pesar que el artículo 8 CASDH numeral 2 únicamente establece garantías mínimas referidas a la materia penal, el concepto de las debidas garantías judiciales *se aplica también en esos órdenes*, por ende las personas tienen derecho *también* al debido proceso que se aplica en la materia penal¹⁰⁰.

El derecho a las debidas garantías judiciales es de naturaleza compleja, puesto que lo integran garantías generales que son aplicables a todos los procesos en todas las materias. Los que comprenden, entre otros, el derecho a igual protección y la prohibición de discriminación, el reconocimiento a la personalidad jurídica de las partes, el derecho a ser oído con las debidas garantías, el derecho a juez competente, independiente e imparcial, entre otros. Además en el derecho al debido proceso penal también se incluyen derechos y las debidas garantías aplicables exclusivamente al proceso penal, entre las que se mencionan algunas: el derecho a la defensa, el derecho a examinar testigos, el derecho a ser informado de la acusación, etc. Ello propone características de generalidad y complejidad de las debidas garantías aplicables a todos los procesos en todas las materias, como también la característica de especialidad en las debidas garantías exclusivas del proceso penal.

El derecho a las debidas garantías judiciales lo componen el conjunto de requisitos que el estado por medio de las diversas instituciones que componen la administración justicia ha de observar rigurosamente con el fin de asegurar por un lado un juicio justo a todas las personas sometidas a la jurisdicción estatal. Debidas garantías que por su contenido regulatorio sirven de premisas de funcionamiento de la administración de justicia, asegurando su previsibilidad, es decir previenen sobresaltos y rupturas en el proceso por el que se manifiestan las intervenciones de la administración de justicia, cualquiera sea su naturaleza o materia.

La naturaleza y la función legitimadora del derecho a las debidas garantías judiciales

La doble naturaleza del derecho a las debidas garantías judiciales permite que los derechos que lo componen son acuñados en diversas formas: garantías, principios rectores y derechos subjetivos. Se considera a las garantías y los principios como los requisitos que se han de observar para someter a las personas a la jurisdicción estatal, las que al igual que los principios rectores imponen determinadas condiciones a la actuación estatal, y que sirven para establecer las líneas maestras de los diversos procesos atinentes a la administración de justicia: Principio de no discriminación, por el que se protege la titularidad de los derechos a todas las personas sin distinción alguna (art. 2.1 PIDC, y art. 1 CASDH), los principios básicos que regulan la independencia de la judicatura, etc.

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 11/90, 10 Agosto 1990. Disponible en: <http://www.derechos.net/doc/cidh/index.html>

La función que cumplen las garantías como los principios será la de asegurar comportamientos específicos y previsibles de la administración de justicia. Las principales consecuencias de esta situación son dos: por un lado es posible prever la actuación del Estado, y por el otro la omisión de los principios y las garantías atinentes a la administración de justicia deriva en responsabilidad estatal. Lo que impacta en los derechos subjetivos de todas las personas afectadas por las omisiones, en ese sentido destacan: El principio de igualdad que deriva en el derecho a igual protección en la ley (art. 14 PIDCP y art. 24 CASDH), el derecho a ser oído con las debidas garantías por juez competente, independiente e imparcial (art. 14 PIDCP y art. 8 CASDH), el derecho a recurrir (art. 2.3.a PIDCP y art. 25 CASDH)

El conjunto de los derechos humanos, en particular los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales, tienen una función *legitimadora del sistema político*, puesto que el apego a estos asegura que las intervenciones del estado se realizan conforme a ciertas reglas pre-establecidas y por tanto acordadas de previo por la colectividad¹⁰¹. Por el contrario la omisión de estos requisitos mínimos o de las debidas garantías acarrearán como consecuencia la deslegitimación de la actuación estatal y por tanto su desaprobación, en especial aquellas realizadas por la administración de justicia, la que asigna en forma autoritaria el valor justicia. Es decir el apego a las debidas garantías en los diversos procesos por los que son sometidas las personas a la jurisdicción estatal, trae aparejado la aceptación o desaprobación de la actuación estatal conforme reglas establecidas y aceptadas de previo, que a la postre son uno de los elementos más importantes del moderno estado de derecho¹⁰².

La naturaleza del derecho a las debidas garantías judiciales, o el derecho al debido proceso como también se le suele llamar, es compleja y heterogénea. Es compleja puesto que aglutina un grupo de derechos debidamente identificado y aislado con relación al otro. Ellos cuentan con un doble atributo: son derechos y al mismo tiempo se constituyen en garantías de la actividad estatal. Es heterogénea puesto que aglutina un grupo variado de derechos que se ejercen, protegen y manifiestan en forma diversa en el proceso penal, en condiciones específicas, cumpliendo diversos fines y ejercitándose por diversos mecanismos. Y, son ejercidos en igualdad de condiciones por las partes.

La heterogeneidad y complejidad de los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales explica la convivencia simultánea del derecho a ser oído por juez o tribunal competente, independiente e imparcial con el derecho a la traducción del proceso, o el derecho a la presunción de inocencia con el derecho a no ser juzgado nuevamente por los mismos hechos. Su existencia y agrupación como conjunto de derechos, a simple vista podrá parecer caótico, sin embargo se construyen sobre dos grandes derechos, los que hacen de líneas maestras sobre los que se construyen los demás. Estos derechos son el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a iguales armas en la tramitación de *cualquier acusación penal formulada contra ella*, o

¹⁰¹ Donnelly, Jack. *Universal Human Rights in Theory & Practice*. Cornell University Press. USA, 2003. p. 12.

¹⁰² Sodaro, Michael J. *Comparative Politics: a global introduction*. Second edition. McGraw Hill Higher Education. USA. 2004.

para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (arts. 8 CASDH y 14 PIDCP).

En este capítulo se ocupa de los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales, en su forma general, es decir aquellos aplicables y comunes a todos los procesos y materias de *la administración de justicia en general*¹⁰³. En especial los mencionados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos entre los que se encuentran: La prohibición de discriminación y la obligación de respetar los derechos de todas las personas, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todas las personas, el derecho a ser oído con las debidas garantías por juez competente independiente e imparcial, el derecho a igual protección en la ley y el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo.

El análisis de cada uno y el orden en que son presentados en este trabajo, tienen como referentes principales el orden de aparición que estos ocupan en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los mecanismos internos de protección del derecho a las debidas garantías judiciales: Parte general

Los mecanismos internos de protección al derecho a las debidas garantías judiciales son de naturaleza especial, tomando en cuenta el carácter procedimental de estos, puesto que están encaminados hacia la protección de un grupo diverso de derechos cuya naturaleza es procedimental. Ello implica que no están diseñados para resolver el fondo del asunto, sino que su aplicación es posible en forma contingente, ante eventuales omisiones de derechos que alargan, entorpecen, embarazan, omiten o niegan derechos procedimentales a que se refiere este capítulo. Entre los que se encuentran la prohibición de discriminación y la obligación de respetar los derechos de todas las personas, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todas las personas, el derecho a ser oído con las debidas garantías por juez competente independiente e imparcial, el derecho a igual protección en la ley, y el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo.

Los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales, en términos procesales no son fines en sí mismos, sino que son medios para alcanzar otros fines. Por lo general no se pide ante la administración de justicia que se resuelva sobre la igualdad de una persona como fin procesal ultimo, tampoco se pide que se declare la discriminación en sí misma, ni se pide por sentencia judicial establecer la independencia e imparcialidad del juez por sentencia judicial, sino que su existencia está asociada a otro derecho subjetivo ultimo que se constituye en el fondo del asunto. Son imprescindibles como medios para obtener un fin procesal, sea anulando el acto o disposición que violenta la igualdad o discrimina, sea separando al funcionario de la causa, para

¹⁰³ O'Donnell, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Op. Cit, Tomo II p. 350.

poner a las partes en mejores condiciones para continuar con el proceso principal que aspira la tutela de otros derechos subjetivos. Los que se resuelven por medio de la sentencia.

Se debe tener en cuenta que no se invoca el derecho a igual protección de la ley como un fin en sí mismo. Ello tiene como consecuencia que la garantía de igualdad ante la ley y por tanto el derecho a igual protección de la ley, no cuenta con mecanismos específicos por los que este se tutela y asegura, es decir no existe figura delictiva específica que violenta la igualdad, ni existe recurso encaminado a restituir la igualdad o hacer retroceder la discriminación una vez ocurrida. Sin embargo existen mecanismos de protección internos de carácter general, que son brindados tanto por norma de rango constitucional, como es el caso de la ley de Amparo como por leyes de desarrollo como son los códigos de procedimientos, lo que nos permite establecer algunas categorías: mecanismos internos de protección brindados por norma constitucional, mecanismos de protección brindados por las leyes de desarrollo.

Atendiendo al sistema de fuentes del grupo de derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales, y la función que estos cumplen en las diversas etapas del proceso de verificación y protección de los derechos humanos, estos pueden ser: **a.** mecanismos internos de protección establecidos por el derecho constitucional, **b.** mecanismos internos de protección establecidos por el derecho procesal y, **c.** mecanismos internos de protección establecidos por el derecho penal. Los que serán desarrollados en ese orden por este trabajo.

Mecanismos internos de protección al derecho a las debidas garantías judiciales establecidos por el derecho constitucional

El Recurso de Amparo

El Recurso de Amparo, establecido en el artículo 188 Cn. y desarrollado por el art. 3 de la Ley de Amparo, está diseñado para proteger los derechos de las personas *contra toda acción u omisión* de cualquier funcionario, autoridad y sus agentes que pretendan violar o hayan violado los derechos que la Constitución Política establece. Ello plantea dos ámbitos de protección, en primer lugar en contra de los actos lesivos consumados y emitidos por funcionarios estatales en ejercicio de potestades públicas, los que han tomado forma de disposiciones, actos o resoluciones. El segundo ámbito de protección abarca todas las los actos lesivos cometidos por acción u omisión de los funcionarios públicos los que en ejercicio de potestades públicas violen o pretendan violar derechos constitucionales.

Corresponde el Recurso de Amparo la protección de las personas frente a los actos de autoridad realizados por cualquier funcionario que ejerce funciones públicas que *violate o trate de violar* los derechos y garantías establecidos en la Constitución. Tiene como finalidad *la tutela de toda la Constitución* y todas las leyes a las que deben apegarse las autoridades¹⁰⁴. Lo que propone un

¹⁰⁴ Ramos Mendoza, Josefina. Comentario. Control Constitucional. Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua, ps. 260 – 261. HISPAMER. Managua. 1999.

marco de protección amplio que no solo se protege en contra de actos reglados, sino también en contra de la actuación perjudicial de cualquier naturaleza cometida por funcionarios del estado. Sea esta de hecho o de derecho, sea cometida por acción u omisión.

Es importante por tanto recordar la protección constitucional que ampara tanto al derecho a igual protección de la ley como la prohibición de discriminación que el principio de igualdad impone, ambos establecidos por medio del artículo 27 Cn. el que en su primer enunciado establece la afirmación categórica: *Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección.*

Lo anterior propone considerar el Recurso de Amparo como un mecanismo interno del derecho a igual protección de la ley. El que puede ser utilizado en todos aquellos casos en los que se presume que alguno de los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales, se encuentre comprometido o en situación precaria. Es decir aplicable en casos discriminación, omisiones al principio de igualdad, omisión al derecho al reconociendo de la personalidad jurídica, derecho a ser oído por juez competente independiente e imparcial, el derecho a igual protección en la ley, y el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo.

El Recurso de Exhibición Personal o “habeas corpus”

El Recurso de Exhibición Personal es creado por medio del artículo 189 de la Constitución Política y desarrollado a partir del artículo 4 de la Ley de Amparo, Ley 49/1988. Está concebido como un mecanismo de *control constitucional* diseñado para proteger la libertad, integridad y la seguridad personal de todas las personas.

Los ámbitos de protección del Recurso de Exhibición Personal están establecidos por la Ley de Amparo en dos dimensiones, por un lado dirigidos a proteger cualquier violación o amenaza de violación de los derechos a la libertad, la integridad y la seguridad personal cometida por *cualquier* funcionario, autoridad, entidad o institución estatal, autónoma o no. Es decir cualquier amenaza en contra de los derechos apuntados, cometida, originada y gestada en el ámbito estatal en contra de cualquier persona. El segundo ámbito de protección cuenta con límites más estrechos tomando en cuenta que pretende proteger a todas las personas en contra de actos que restringen la libertad personal cometidos por personas particulares.

Una característica común que comparten tanto el Recurso de Exhibición Personal como el Recurso de Amparo, ambos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículos 7.6 y 25.1, la que es reconocida por el derecho internacional de los derechos humanos, consiste en que ambos recursos no pueden ser suspendidos *ni siquiera en condiciones de emergencia*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos los considera como *parte de las*

garantías esenciales, para proteger aquellos derechos intangibles, que no pueden ser suspendidos conforme lo establecido en el artículo 27.2 CASDH¹⁰⁵.

La jurisprudencia de la Corte es abundante y enfática puesto que considera que el recurso de Exhibición Personal o “habeas corpus” es como el mecanismo ideal para proteger los derechos y libertades de una persona que se encuentra detenida o en riesgo de detención al establecer que, *normalmente*, (el Recurso de Exhibición Personal es) *el* (recurso) *adecuado para hallar a una persona presuntamente detenida por las autoridades, averiguar si lo está legalmente y, llegado el caso, lograr su libertad*. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos es coherente con las premisas de oportunidad y efectividad que han de caracterizar a los diversos recursos, asignando a estos la función de *proteger la situación jurídica infringida* por medio de la revisión de la legalidad detención de las personas privadas de libertad, cuyo fin último es prevenir la ilegalidad y arbitrariedad de la detención¹⁰⁶.

Mecanismos internos de protección al derecho a las debidas garantías judiciales establecidos por el derecho procesal

El análisis de las leyes de desarrollo plantea la existencia de diversos mecanismos de protección de los derechos de las partes en juicio, nos referimos aquellas herramientas que posibilitan a las partes ejercer sus derechos durante el proceso hasta antes de la resolución judicial que resuelve el caso. Se debe considerar como tales a las herramientas con que cuentan las partes para revocar, quebrar las decisiones judiciales atinentes a la causa hasta la víspera de la sentencia, y que permiten salvaguardar los derechos de estas frente a eventuales omisiones originadas en el trámite del proceso. Para los efectos de este trabajo se considera como proceso a las diversas etapas o pasos regulados por la ley de una causa sometida al conocimiento de jueces o tribunales, por los que las partes hacen valer sus derechos y que concluye en una resolución, resolviendo el fondo del asunto.

Las herramientas procesales disponibles para todas las partes en juicio son diversas. Estas son establecidas como frenos en manos de las partes, contra eventuales omisiones de sus derechos procesales, y se utilizan a lo largo del proceso para atacar acciones procesales originadas en la decisión judicial o por acciones impulsadas por una de las partes. Estos recursos procesales están

¹⁰⁵ Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de mayo de 1986, 13 OEA/Ser.L/III.15, documento 14 (1986), y opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de octubre de 1987, 13 OEA/Ser.L/III.19, documento 13 (1988). Tomado de Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Manual de capacitación para fiscalización de derechos humanos, Segunda Parte, p. 70. Naciones Unidas. Nueva York, Ginebra. 2001.

¹⁰⁶ Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia de 21 de enero de 1994, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) No. 17 (1994), párrafos 63 y 64. Acerca del mismo tema se aconseja también ver: Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 63 - 65; Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, párrs. 63- 68; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Sentencia de 15 de marzo de 1989, párrs. 63 y 90.

disponibles durante el proceso hasta que la resolución judicial que resuelve el fondo de la causa es emitida.

La forma que asumen los mecanismos internos de protección al derecho a debidas garantías judiciales creadas por las leyes de desarrollo, se encuentran dispersas en los diversos cuerpos normativos por los que se regulan las diversas materias que componen la jurisdicción nacional. Sin embargo en este trabajo se presentan tres diversos mecanismos internos originados en la legislación penal y civil, los que cuentan con similitudes relevantes. En este sentido se proponen como mecanismos internos de protección de los derechos que conforman el derecho a debidas garantías judiciales, como derecho establecido por el derecho internacional de los derechos humanos y desarrollados por la legislación nacional los siguientes: **a.** incidentes que resuelven *cuestiones de competencia*; **b.** la implicancia y, **c.** la recusación.

En cuanto a estos mecanismos internos de protección, cuentan con dos características esenciales. En primer lugar, la dimensión de protección se manifiesta en la forma de quebrar una decisión judicial previa o una acción procesal lesiva implementada por la otra parte, que se manifiesta en la restitución del derecho omitido o la reparación de la situación jurídica dañada e invocada como incidental. Sin embargo el impacto mayor en términos de tutela de los derechos de las partes se manifiesta en el derecho que estas tienen para separar al juez o tribunal del conocimiento de la causa. En este sentido destaca el ánimo que inspira a la legislación, en cuanto a proteger los derechos de las partes de eventuales arbitrariedades cometidas por jueces o tribunales, originadas en intereses ajenos al derecho o a los intereses de las partes. En segundo lugar a estos mecanismos internos de protección la teoría jurídica y el derecho nacional les asignan una naturaleza accesoria, por lo que procesalmente asumen la forma de incidentes, lo que implica que han de ser resueltos de antemano para posteriormente poder resolver lo principal, es decir con posteridad resolver sobre el fondo de la causa.

Incidentes que resuelven cuestiones de competencia

El artículo 301 del Código de Procedimiento Civil (inhibitoria y declinatoria), el artículo 29 Código Procesal Penal (incompetencia) y el artículo 280 del Código del Trabajo (incompetencia de jurisdicción) dedican apartados específicos encaminados a asegurar que el conocimiento de la causa o la acusación, y su posterior resolución sea conocida y tramitada por el Juez o Tribunal que cuenta con las competencias establecidas por la ley. Lo que pone en evidencia la armonía del derecho procesal presente en leyes mencionadas con el derecho internacional de los derechos humanos. En especial con el derecho a ser oído con las debidas garantías por juez o tribunal competente, independiente e imparcial, y los demás derechos que conforman el derecho a debidas garantías judiciales: la prohibición de discriminación y la obligación de respetar los derechos de todas las personas, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todas las personas, el derecho a igual protección en la ley, y el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo.

La dimensión de protección o de tutela con que cuenta los incidentes que resuelven cuestiones de competencia, se concreta en el derecho que asiste a las partes para pedir que la petición o la acusación penal sean conocidas por el juez o tribunal facultado por la ley para ello, es decir por el juez o tribunal que conforme a la ley cuenta con la competencia para ello. Lo que trae como consecuencia natural la separación del juez o tribunal reputado por incompetente del conocimiento de la petición o la acusación penal. Una vez trasladada la causa o la acusación ante el juez o tribunal con la debida competencia, el trámite deberá continuar hasta su resolución final. Tutelando de esta forma el derecho a juez competente, independiente e imparcial reconocido tanto por la legislación nacional como por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

A este tipo de incidentes el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil los designa conforme a la competencia del juez o tribunal para conocer la petición o la acusación. Se conoce como inhibitoria a la petición dirigida al juez o tribunal al que se considera competente para conocer la causa, con el fin de que este se dirija ante el otro juez o tribunal, al que se presume de incompetente, con el fin de que el segundo se inhiba y remita las actuaciones ante el primero. Se conoce por declinatoria al procedimiento que se ejecuta ante el juez o tribunal que se presume incompetente *pidiéndole* que se separe de la causa y remita lo actuado *al tenido por competente*. Lo que permite la tutela debida al derecho a debidas garantías asignando a las personas en juicio el derecho a impugnar y desafiar la competencia de aquellos jueces o tribunales que no se consideren competentes.

La impugnancia

Como mecanismo interno de protección de los derechos de las personas en juicios, se manifiesta en los artículos 339 del Código de Procedimiento Civil y artículo 32 del Código Procesal Penal. La impugnancia consiste en un mecanismo interno de protección del derecho a las debidas garantías judiciales, por la que se ejerce el derecho a impugnar y desafiar la capacidad del juez o tribunal que conoce de la petición o de la acusación penal. Esta se alega cuando el juez o tribunal es parte del caso, la petición o la acusación, o tiene intereses en estas. Entre las que se mencionan, la existencia de relaciones de afinidad o consanguinidad con alguna de las partes en juicio, habiendo conocido la causa en alguna instancia previa, la existencia de cualquier interés patrimonial o personal en el caso, entre otras.

La impugnancia asegura el ejercicio de los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales, que permite la separación del juez o tribunal en el conocimiento del caso. En el caso de la jurisdicción civil la impugnancia deriva como efecto la nulidad de *cualquier resolución* emitida por juez o tribunal implicado conforme el art. 340 del Código de Procedimiento Civil. Lo que plantea la concreción del principio de legalidad en el ejercicio de la función judicial en la base de la estructura normativa a tono con las premisas del derecho internacional de los derechos humanos.

En cuanto a la jurisdicción penal, es posible recurrir por implicancia en cualquier momento del proceso hasta antes del auto de remisión del caso a juicio, conforme el art. 34 CPP.

El artículo 304 del Código del Trabajo establece como mecanismos internos de protección de los derechos de las partes en el proceso laboral *el impedimento, la excusa y la recusación*, considerados como incidentes que facultan a las partes a impugnar y desafiar la actuación de la justicia laboral por considerar a esta malsana, lesiva y parcial a sus intereses, al presumirse que esta no es imparcial, ni independiente lo que eventualmente la aleja de los intereses del derecho y los intereses de las partes. Se consideran como causas especiales de *impedimento, excusa y recusación*, cuando la autoridad laboral *vive* en la misma casa con alguna de las partes, y/o cuando alguna de las partes *sea comensal o dependiente* de la autoridad laboral o ésta comensal o dependiente de aquella, además de establecer también como causas generales de impedimento, excusa y recusación las establecidas por los artículos 301 y 339 del Código de Procedimiento Civil, lo que nuevamente nos remite al derecho procesal como mecanismo interno de protección de los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales.

La recusación

Establecida por los artículos 341 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 32 del Código Procesal Penal y el artículo 340 del Código del Trabajo. Al igual que la implicancia se manifiesta como un mecanismo interno de protección de los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales, y consiste en impugnar y desafiar la capacidad y competencia del juez o tribunal para conocer la petición o la acusación penal, a partir de la existencia de causas que hagan presumir conforme el art. 344 Pr. *la falta de imparcialidad que se supone en el funcionario recusado*.

La impugnación del juez o tribunal que presume la recusación brinda el derecho a las partes, al igual que en el caso de los incidentes que resuelven cuestiones de competencia y la implicancia, a separar al juez o tribunal que se presume con relaciones con las partes o intereses personales o de cualquier otra naturaleza. Los que crean conflictos de intereses que eventualmente interfieran en las dos premisas que rigen estos derechos como son el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de las partes *para la adecuada defensa de sus derechos*, reconocidos como principios generales del derecho nacional establecidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los derechos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, en especial el grupo de derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales, reconocidos por los principales instrumentos internacionales como son los arts. 10 DUDH, 14 PIDCP y 8 CASDH. Los que derivan nexos lógicos y coherentes hacia la base normativa nacional por la que se concreta el derecho en el país. Por tanto no es casual que derechos establecidos y tutelados por la comunidad internacional por medio de regímenes internacionales, se concreten y desarrollan en mecanismos

internos de protección de los derechos humanos que desarrolla la legislación nacional. Lo que viene a reforzar la tesis monista del derecho internacional, y el paradigma por el que se construyen los derechos humanos, a partir de considerar a estos como derechos exclusivos de las personas.

Mecanismos internos de protección al derecho a las debidas garantías judiciales establecidos por el derecho penal

El derecho penal establece el catalogo de conductas y actos dañosos y lesivos a las personas en general, los que una vez perpetrados obligan la intervención estatal a fin de proteger a los sujetos pasivos sobre los que recaen estas conductas o actos. El proceso por el que estos actos o conductas derivan en lo pernicioso o dañoso estará determinado por la ley, la que establece la ilegalidad de estos identificándolos como delitos e imponiendo una pena para los autores. Entre los fines que persigue la pena están proteger a las víctimas de los delitos, restablecer sus derechos por medio de la punición y la restitución, y restablecer el orden social alterado por los actos o conductas dañosas y perversas como son los delitos.

En la concepción arriba apuntada, se considera al derecho penal como un mecanismo interno de protección del derecho a las debidas garantías, puesto que el deber de investigar, prevenir y sancionar los delitos que recae sobre el estado, sus funcionarios y agentes es ineludible. Corresponde al estado intervenir cuando este deber y mandato se ha omitido, sea por acción o por omisión. El listado de actos y conductas punibles asumen la forma de delitos a los que corresponde una pena, este es el fundamento del derecho penal concebido como mecanismo interno de protección.

El Código Penal como mecanismo interno de protección de los derechos humanos, en especial el derecho a las debidas garantías, establece los delitos contra la administración de justicia, *del prevaricato y la deslealtad profesional* artículos 463 – 466 Pn. Su objetivo principal apunta a proteger a los usuarios de la administración de justicia en contra de conductas delictivas, que eventualmente sean cometidas por los operadores de justicia, sean estos jueces, magistrados, u otros *sujetos equiparados* como son los abogados, fiscales, procuradores, defensores públicos, asistentes, secretarios, consultor técnico, o perito de parte, árbitros o mediadores, de conformidad al artículo 467 del Código Penal. Además se debe incluir la *discriminación* como delito contra los derechos constitucionales establecido en el artículo 427 del Código Penal.

Las características principales que permiten la identificación de este grupo de delitos son, en primer lugar, el bien jurídico que protege el derecho penal es el derecho de las personas a la justicia, o el derecho igualitario en el acceso a la justicia. De esta forma el derecho penal materializa el derecho internacional de los derechos humanos, puesto que el derecho a la justicia que el derecho penal protege, también implica proteger el derecho de todas las personas a un juicio justo con apego a las garantías y los derechos del debido proceso. Forjados en la tradición

judicial anglosajona e imbricados en los principios del *fair trial* y el *due process of law* ampliamente reconocidos por los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.

En segundo lugar, la comisión de los delitos que conforman el prevaricato y la deslealtad profesional, no solo identifica como probables comisores a jueces y magistrados, sino que incluye como tales, a los demás actores que participan de la administración de justicia, sea en su carácter de facilitadores judiciales como son procuradores, fiscales, defensores públicos, secretarios, árbitros, mediadores. En este listado de posibles comisores de delitos contra la justicia, también se incluyen a otros personajes como son expertos que con conocimiento y experiencia profesional colaboran brindando opiniones especializadas: consultores técnicos, peritos, entre otros.

El interés tutelar que prevalece en el derecho penal como mecanismo interno de protección tiene un carácter eventual, puesto que este interviene una que los demás mecanismos internos de protección del derecho a las debidas garantías han naufragado. Es decir estos son aplicables como mecanismos correctivos ante la omisión del deber jurídico de administrar justicia en observancia del *debido proceso* y *las garantías necesarias* a las partes para la adecuada defensa de sus derechos, conforme lo que establece el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Una vez que los mecanismos internos de protección establecidos por el derecho constitucional y el derecho procesal han fracasado, surge como última alternativa la utilización de las instituciones del derecho penal, por medio de activar el proceso penal como herramienta de protección de las personas contra omisiones al derecho a las debidas garantías. Se debe recurrir al derecho penal como un correctivo por medio de activar el deber de prevenir, investigar y sancionar los delitos. Se presume la comisión de un delito ante la existencia de alguno de los delitos que conforman el *prevaricato y deslealtad profesional*. Lo que plantea la necesidad del iniciar el proceso penal por medio de una denuncia o acusación al funcionario, experto o cualquiera de los demás *sujetos equiparados* que en forma desleal ha omitido alguno de los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías, y que en primera instancia la administración de justicia no ha sido capaz de tutelar.

La utilización del derecho penal como mecanismo interno de protección del grupo de derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales, es la consecuencia natural prevista por la legislación nacional. El artículo 364 del Código de Procedimiento Civil que establece que contra los autos, providencias y resoluciones dictados en los casos de implicación ó recusación *no hay más recurso que el de acusación por infracción de ley*. Estableciendo al derecho penal como última alternativa o recurso, lo que implica presentar denuncia o acusación en contra de la persona o funcionario responsable de las omisiones de los derechos violentados.

El carácter tutelar y protector del derecho penal se manifestara en la forma de investigación de la actuación judicial ilícita o la deslealtad profesional. La que será sometida a la justicia, con las consabidas consecuencias que ello implica, como es la eventual imposición de la sanción penal o

penando a los comisores de los ilícitos. Lo que abre la etapa de la restitución de los derechos omitidos y violados de las víctimas de la administración de justicia y posibilita su resarcimiento como mecanismo de restitución de la dignidad humana como fin último de los mecanismos internos de protección de los derechos humanos. En aquellos casos en los que los mecanismos internos de protección fracasan, se debe presumir que se han agotado las instancias nacionales de protección de los derechos humanos. Lo que abre la posibilidad de recurrir a mecanismos internacionales de protección establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

5.1. La garantía estatal de respetar los derechos y la prohibición de la discriminación

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 2

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 2 (inciso 1)

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial¹⁰⁷

Artículo 6

Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

Artículo 15 (numeral 1)

1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer

Artículo 2

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

¹⁰⁷ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de Diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

- f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo II. Derecho de igualdad ante la Ley.

Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 27

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivo de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social.

Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país.

El estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción.

Artículo 46

En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Ley de Amparo, Ley 49

Artículo 2. El Recurso por Inconstitucionalidad precede contra toda ley, decreto reglamento que se oponga a la Constitución Política.

Artículo 3. El Recurso de Amparo procede en contra de toda disposición, acto o resolución y en general, contra acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 260/1998

Artículo 18. Los Jueces y Tribunales deben resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, no pudiendo excusarse alegando vacío o deficiencia de normas.

A falta de norma jurídica pertinente, los Magistrados y Jueces deben resolver aplicando los Principios y Fuentes Generales del Derecho, preferentemente los que inspiran el Derecho nicaragüense, la jurisprudencia y los establecidos en la legislación procesal nacional.

Artículo 20. Todas las sentencias de primer grado, dictadas por los jueces, podrán ser impugnadas por las partes mediante el recurso de apelación, sin perjuicio de los demás recursos establecidos por la ley.

En todo proceso, cualquiera que sea la materia, solo habrá dos instancias.

Artículo 21 (primer párrafo). A través del Poder Judicial, el Estado de Nicaragua garantiza el libre e irrestricto acceso a los Juzgados y Tribunales de la República para todas las personas, en plano de absoluta igualdad ante la ley para el ejercicio del derecho procesal de acción y la concesión de la tutela jurídica.

Código Penal, Ley 641

Artículo 427 Discriminación

Quien impida o dificulte a otro el ejercicio de un derecho o una facultad prevista en la Constitución Política de la República de Nicaragua, leyes, reglamentos y demás disposiciones, por cualquier motivo o condición económica, social, religiosa, política, personal u otras condiciones, será sancionado con pena de prisión de seis meses a un año o de trescientos a seiscientos días multa.

Artículo 428 Promoción de la discriminación

Quien públicamente promueva la realización de los actos de discriminación, señalados en el artículo anterior, será penado de cien a quinientos días multa.

Artículo 315. Diseminación, servidumbre, explotación. (Primer párrafo) Quien discrimine en el empleo por razón de nacimiento, nacionalidad, afiliación política, raza, origen étnico, opción sexual, género, religión, opinión, posición económica, discapacidad, condición física, o cualquier otra condición social, será penado con prisión de seis meses a un año y de noventa a ciento cincuenta días de multa.

Artículo 463. Prevaricato. Se impondrá prisión de cinco a siete años, e inhabilitación absoluta por el mismo periodo al Juez o Magistrado que incurra en alguna de las siguientes conductas:

1. Dicte resolución contra la Constitución Política o resolución expresa;
2. Funde la resolución en un hecho falso;
3. Conozca una causa que patrocinó como abogado;
4. Aconseje o asesore a las partes o sus abogados que litiguen en casos pendientes en su despacho;
5. Durante la tramitación de la causa se vincule en negocios o sentimentalmente con alguna de las partes o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad.

Artículo 464. Denegación de justicia. El juez o magistrado, que se niegue a resolver, sin tener causa legal, o con el pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, será penado con multa de trescientos a seiscientos días e inhabilitación especial para ejercer el empleo o cargo público de dos a seis años.

Breve reseña de la garantía estatal de respetar los derechos y la prohibición de la discriminación

Se considera como discriminación a toda acción u omisión gravosa y/o dañosa impuesta a cualquier persona, por las administraciones públicas, sus empleados y funcionarios, en el desempeño de sus potestades públicas, privándole u omitiendo sus derechos, a partir de

cualquiera de las siguientes circunstancias: *raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición* (art. 2 DUDH).

Por medio de la discriminación se pretende alejar, minimizar, reducir, obstaculizar o rotundamente negar, omitir y violar los derechos y las libertades de las personas afectadas. En los fenómenos en los que existen discriminación se pueden observar dos perspectivas, por un lado el efecto que la discriminación impone en sus víctimas es la exclusión, la que puede ser social, política o económica, por el otro, la discriminación se asocia a la intolerancia y no aceptación de las diferencias, la que tiene raíces y prácticas sociales más profundas como pueden ser la cultura, la historia, la religión, la estructura económica y social, y el desarrollo tecnológico.

Entre las principales formas por las que se manifiestan las conductas discriminatorias, se encuentran la discriminación como política de estado, caso de la prohibición de acceso a la función pública para las mujeres que prevalece en la mayoría de los países musulmanes, la que tiene dimensiones religiosas y políticas⁶; la discriminación racial como la ejercida en el pasado reciente en África del Sur en donde una minoría blanca ejercía el control político y económico de la mayoría de la población negra⁷.

Entre los casos más emblemáticos de discriminación están: La situación a la que han sido sometidos los palestinos en los territorios ocupados, en donde el origen étnico deviene en la principal explicación posible a la reiterada omisión de sus derechos por el estado de Israel⁸. La Mutilación Genital Femenina (MGF) perpetrada en contra de niñas y mujeres en más de treinta países en la actualidad, especialmente en África y el Medio Oriente⁹. Existen reiteradas prácticas discriminatorias contra comunidades homosexuales, en especial en las fuerzas armadas en diversos países¹⁰.

En estos casos la discriminación se erige en política de estado y la causa de la discriminación se convierte en la principal forma por la que se manifiesta la exclusión. En los ejemplos anteriores pretenden fundamentar la discriminación por ser mujer, por ser de niña raza negra¹⁰⁸, por ser palestino, o por el hecho de ser homosexual, etc.

Sin embargo en nuestro país una de las principales causas de discriminación lo constituye la pobreza y la exclusión social, en donde la administración de justicia no es la excepción¹⁰⁹. Los procesos de privatización de los principales servicios públicos, en especial salud y educación, han establecido diversos estándares de prestación de estos servicios. La consecuencia ha sido que las

¹⁰⁸ En relación a casos de discriminación racial cometidos en Nicaragua ver: "Por negra no dejaron ingresar a diputada a discoteca "Chaman" y Discriminación es en todos los niveles". El Nuevo Diario. Managua. 13 y 16 Febrero 2009 respectivamente.

¹⁰⁹ Sobre discriminación en la administración de justicia se recomienda ver: "Reos pobres son discriminados por jueces y carceleros". El Nuevo Diario, edición 10114. Managua. 9 de Octubre 2008.

personas acceden a los servicios públicos con mejor o peor calidad en dependencia de la capacidad adquisitiva que posea. Lo que limita el acceso en relativas condiciones de igualdad a los servicios públicos en especial la administración de justicia, y plantea la prestación de los servicios públicos con diferentes estándares de prestación. Lo que plantea como consecuencia la exclusión y por tanto la discriminación de las personas a partir de su condición social y su condición económica.

La discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos ha sido tratada en dos formas complementarias entre si, por un lado establece la garantía estatal para el ejercicio de los derechos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, sin distinción alguna, comprometiendo para su cumplimiento a los estados. En segundo lugar, prohíbe cualquier práctica discriminatoria, identificando como tales la *raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición*.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos retoman la tradición iniciada en 1948 por el art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Acogiendo las dos formas antes mencionadas: retomando la garantía estatal para el ejercicio de los derechos para todas las personas sin distinción, y por otro lado, prohibiendo e identificando las causas de discriminación. De esta forma el art. 2.1 del PIDCP y el art. 1.1 de la CASDH incorporan y establecen como garantías de las personas la obligación de respetar los derechos de las personas son discriminación, lo que plantea una íntima relación e interacción con el *derecho a igual protección de la ley*¹¹⁰, como compromiso establecido y reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos, conforme lo establecen los arts. 14 del PIDCP y el 24 CASDH, que será tratado en este trabajo en capítulo adelante.

Los mecanismos internos de protección de la garantía estatal de respetar los derechos y la prohibición de la discriminación

La recepción de la garantía estatal de respetar los derechos y la prohibición de la discriminación en la Constitución Política

En la Constitución Política se establecen los dos elementos que componen este derecho. El artículo 46 Cn. reconoce la obligación de respetar los derechos contraída por los estados por medio de admitir que en *el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana*. En primer lugar destaca la obligación de respetar los derechos establecidos por los principales instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, por el que se obliga a los estados a respetar todos los derechos consagrados por dichos instrumentos, para todas las personas.

¹¹⁰ El *derecho a igual protección de la ley* es tratado en el Capítulo 5 de este trabajo.

Por medio de la afirmación “*toda persona goza de la protección estatal y el reconocimiento de los derechos*” la Constitución Política reconoce la obligación contraída mediante el derecho internacional de derechos humanos, e introduce los compromisos contraídos en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos del Sistema de las Naciones Unidas, como también el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estas últimas del Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos.

En segundo lugar la obligación de respetar los derechos y libertades de las personas contraídas en los principales instrumentos de derechos humanos, impone al estado nicaragüense la prohibición de la discriminación, por medio del artículo 27 Cn, que establece dicha prohibición: *No habrá discriminación por motivo de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social*. De esta forma la Constitución Política cumple la función de recepción del derecho internacional de los Derechos Humanos incorporándolo al derecho nacional. Así el artículo 27 introduce al ordenamiento nacional la prohibición de discriminación establecida en los cuatro instrumentos internacionales arriba citados. Refundiendo de esta forma el artículo 1 de la CASDH que establece la obligación estatal de respetar los derechos *sin discriminación alguna* por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Los artículos 27 y 46 Cn. introducen en el ordenamiento nacional dos premisas indispensables para asegurar la adecuada protección de los derechos y libertades de las personas. Por un lado el artículo 46 Cn. reconoce la obligación estatal de respetar los derechos y libertades de las personas. Y por el otro, el artículo 27 prohíbe la discriminación y proscribe las diversas causas a tono con los principales instrumentos internacionales.

La reglamentación de la garantía estatal de respetar los derechos y la prohibición de la discriminación en los principios generales del derecho y la legislación de desarrollo

Los principios generales del derecho nacional

Este apartado propone la tesis que plantea que el tratamiento brindado por el ordenamiento jurídico a la garantía estatal de respetar los derechos sin discriminación, en Nicaragua es escaso, inapropiado y no cuenta con el desarrollo necesario. Lo que deriva en limitados mecanismos de protección internos. Lo que reduce las posibilidades a la debida tutela judicial a este derecho, por tanto aleja la adecuada protección a las personas cuyos derechos han sido omitidos por causas basadas en discriminación. A continuación se examinan las alternativas que en materia de protección ofrece el ordenamiento jurídico nicaragüense.

La Ley Orgánica del Poder Judicial enuncia dos principios generales del derecho nicaragüense. En primer lugar el art. 18 LOPJ impone a los Jueces y Tribunales la obligación y el deber inexcusable de *resolver siempre* las pretensiones que se les formulen. Es decir la LOPJ presume que Jueces y Tribunales siempre deberán resolver *los asuntos o procesos de su competencia*. En segundo lugar, el primer párrafo del artículo 20 LOPJ establece que es por medio del Poder Judicial, que el estado nicaragüense *garantiza* el libre e irrestricto acceso a los Juzgados y Tribunales *para todas las personas* en absoluta igualdad. Sin embargo la presunción que establecen los dos principios generales del derecho arriba citados, aun no proporciona la adecuada protección frente a posibles casos de discriminación, por los que se priven de sus derechos a las personas afectadas.

Por otro lado la legislación de desarrollo encaminada a crear los mecanismos legales de protección para corregir omisiones o ilícitos cometidos en contra de persona alguna, a partir de supuestos de discriminación, aun no existe en la legislación penal. Es decir, no es posible acusar a ninguna autoridad o funcionario público por ninguna causal de discriminación, sea como tipo penal independiente o como elemento agravante de la pena. La legislación penal no posibilita de ninguna manera imputar, señalar o acusar a empleado o funcionario público alguno, mucho menos a ningún Juez o Tribunal por discriminación en el ejercicio de sus potestades públicas.

Ante esta ausencia, a continuación se examinan las alternativas disponibles para aquellas personas a las que el estado ha omitido el deber de respetar sus derechos y la prohibición de discriminación. Es decir se pretende a continuación someter al análisis los alcances de los mecanismos de protección originados en la obligación de respetar los derechos y la prohibición de discriminación.

El derecho a recurrir

El Recurso de Amparo que conforme el artículo 3 de la Ley de Amparo procede en general *contra acción u omisión* de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política. Se debe considerar que para invocar la protección, es decir *para ser amparado*, se deberá invocar la omisión de los derechos afectados, sea por acción u omisión de los funcionarios, autoridad o agente del Estado, invocando tangencialmente el derecho a igual protección, originado en el principio de igualdad. Sin embargo para ejercer el derecho a recurrir y eventualmente ser protegido y amparado, no es posible señalar la discriminación *per se* es decir alegando acto específico dañoso y lesivo.

La protección del Recurso de Amparo es amplia puesto que está dirigida a proteger a las personas en contra de cualquier actuación estatal dañosa realizada por cualquiera de sus funcionarios en el uso de potestades públicas, sean estas cometidas por acción u omisión. Lo que permite una aplicación favorable en contra de actos discriminativos o actos encaminados a negar y omitir el derecho a igual protección de la ley.

La tercera alternativa a explorar en materia de mecanismos de protección a la obligación estatal de respetar los derechos sin discriminación, que en el estado nicaragüense adquiere e introduce el artículo 46 Cn. en especial el art. 1 CASDH, consiste en analizar las escasas y magras posibilidades de los mecanismos de protección que establece el derecho penal. Para lo que se propone el análisis del siguiente caso hipotético.

Supongamos una denuncia en la que una persona X aduce que sus derechos han sido omitidos y por tanto violados por un funcionario público Y. Este funcionario puede ser cualquiera persona que cuenta y ejerce potestades públicas, y puede ser parte de cualquiera de los poderes del estado. Que la omisión de sus derechos se debe y fundamenta en cualquiera de las causales de discriminación establecidas por el art. 2 DUDH, retomado por el art. 2 CASDH y refundida por el art. 46 Cn. La única posibilidad que propone el derecho penal sería eventualmente denunciar el caso ante los tribunales de justicia para restituir los derechos omitidos.

Esta probable solución, deriva dos falacias. En primer lugar se debe iniciar una segunda causa en el ámbito judicial en contra del funcionario y, lo que lejos de ofrecer un apropiado mecanismo de protección lo aleja y la carga de innumerables trámites judiciales que implican gastos de tiempo y dineros por parte de la persona afectada. Sin embargo todavía no estamos en condiciones de acusar, puesto que en la legislación la discriminación como ilícito independiente, previamente identificado, no existe. Ni tampoco existe como circunstancia agravante derivada a otro ilícito penal principal, que eventualmente deriva en el agravamiento de la pena, pero tampoco la discriminación existe como circunstancia agravante. Por tanto esta opción es un camino sin salida, que equivale a afirmar que esta alternativa no ofrece ninguna protección.

La legislación penal establece en dos momentos distintas tipicidades delictivas referidas a la discriminación. La primera pretende proteger los derechos de las personas por medio de sancionar a quienes por medio de cualquier motivo o condición, impidan o dificulten el ejercicio de los derechos en su más amplio sentido.

El Código Penal en los artículos 427 tipifica el delito de *discriminación* por el que se pretende sancionar a quienes impidan o dificulten el ejercicio de los derechos establecidos en la legislación nicaragüense *por cualquier motivo o condición* económica, social, religiosa, política, personal u otras condiciones. El Código Penal establece penas de prisión y multas. En el mismo sentido el artículo 428 Pn., establece el delito de promoción de la discriminación, al que le impone únicamente sanciones de multa. Sin embargo las buenas intenciones de los dos artículos citadas, pecan de una laxa vaguedad, lo que hace imposible establecer con precisión el tipo penal punible.

A ambos artículos se les puede comparar con un inmenso saco en donde todo cabe. Ello los torna vulnerables y peligrosos. Vulnerables en el sentido que dependerá de la interpretación del judicial la existencia o no del delito. Peligrosos en el sentido que es posible manipular argumentos, y hacer

pasar malos momentos en los juzgados a cualquier persona, activando el juicio penal, a partir de hechos de dudosa procedencia y argumentación, los que solo bonificarían a una de las partes. Ello pone en evidencia la vulnerabilidad de los ciudadanos ante márgenes interpretativos tan vagos y amplios como los esgrimidos en ambos artículos. Ello propone que los artículos 427 y 428 Pn., lejos de establecerse como mecanismos internos de protección, se tornan en vacíos. Los que lejos de fortalecer la situación jurídica de las personas, se tornan en herramientas peligrosas que pueden ser utilizadas en su contra, puesto que apuntan únicamente en la dirección de los ciudadanos y dejan escondidos en la bruma de la omisión a los que ejercen funciones públicas.

La segunda tipicidad delictiva establecida por el Código Penal alude a la discriminación *en el empleo* establecida en el artículo 315 Pn. Dicha tipicidad delictiva genera algunas incertidumbres, puesto que el Código no establece si es delito la discriminación en el acceso al empleo, o si es delito la discriminación en cuanto al desempeño de las relaciones laborales. Lo que deja amplios márgenes desprotegidos, puesto que la legislación penal aspira a penalizar una relación laboral asimétrica e incierta, sin mayores cambios en el ámbito del derecho al empleo mismo. En consecuencia deja desprotegido el derecho a iguales oportunidades en el empleo mismo.

Ante la vaguedad que propone la discriminación como delito punible desarrollado en la legislación penal, cabe proponer como alternativa el artículo 463 del Código Penal, que establece el prevaricato como conducta punible, aplicable a los Jueces o Magistrados que incurran en alguna de las cuatro conductas enumeradas por el artículo en mención: resolver contra la Constitución Política o resolución expresa, resolver a partir de un hecho falso, implicancia, o el vínculo en negocios o sentimentalmente con alguna de las partes o parientes relacionados en la causa sometida a su jurisdicción. A los efectos de este artículo analizaremos la posibilidad de denunciar nuestro caso ante los tribunales por prevaricato, en especial por resolución en contra de derechos establecidos en la Constitución Política.

Invocar la protección del derecho penal en esta segunda alternativa, implica serias limitaciones como se mencionan a continuación. En primer lugar, el prevaricato es un delito cometido por sujeto calificado, es decir solo lo puede cometer Jueces o Magistrados, lo que deja por fuera a todos los demás funcionarios de la administración, los que eventualmente pudieron haber omitido o violado los derechos de la persona que en este caso nos ocupa. En segundo lugar, denunciar nuestro caso por prevaricato, partir de la causal de omisión o violación a derechos constitucionales, resulta descabellada, puesto que no corresponde a los Jueces o Tribunales de Justicia Penal juzgar la norma constitucional; tomando en consideración que la justicia constitucional en Nicaragua es de sistema concentrado y delega la jurisdicción constitucional en la Corte Suprema de Justicia. Lo que plantea que esta alternativa tampoco es posible.

La enumeración de los diversos mecanismos de protección existentes en la legislación nacional, encaminados a proteger y asegurar la obligación estatal de respetar los derechos sin discriminación es muy limitada. A pesar que el texto constitucional recepciona la obligación de

respetar los derechos y la prohibición de discriminación, a tono con los compromisos internacionales. Ello no es suficiente puesto que la legislación de desarrollo que debería brindar los mecanismos de implementación, hasta la fecha es débil y cuenta con muchas ausencias. Finalmente los principios generales del derecho nacional no cuentan con los mecanismos apropiados para su implementación, quedando en buenas intenciones.

Por su parte los mecanismos de control de legalidad y oportunidad que plantea el derecho constitucional, por medio de los recursos por inconstitucionalidad y de amparo, no es posible su aplicación ante casos de discriminación. Puesto que técnicamente la discriminación como acción u omisión que genera omisiones y violaciones de los derechos ciudadanos, es una ficción. Por tanto no es posible invocar la protección de ambos recursos, ante hechos que no existen en ley expresa, como es el caso del recurso por inconstitucionalidad, ni por acto u omisión de funcionario o empleado público, puesto que se debe mencionar como tal. En este último caso, se deberá recurrir a la ficción que ofrece el principio de igualdad, el que será tratado en otro capítulo. La legislación de desarrollo, en especial el derecho penal, tampoco facilita instituciones ni mecanismos efectivos de protección, es decir la discriminación no está penada por la legislación penal en Nicaragua. Por tanto no es posible denunciarla, ni invocar protección efectiva alguna.

Ante la omisión de la discriminación como eventual forma de omisión y de violación de los derechos de las personas, es decir mecanismos ex profeso encaminados a proteger y restituir los derechos una vez violentados, es posible que exista algún otro mecanismo interno de protección. Sin embargo su alcance estará limitado y condicionado a los fines para que estos mecanismos emergentes, supletorios y eventuales, hayan sido diseñados inicialmente. Por lo que su aplicación plantea grandes desafíos, puesto que ante la ausencia señalada, se deberá recurrir a otros recursos, e instituciones de naturaleza diversa a las que la discriminación genera y propicia. Lo que implica que su utilización será supletoria y tangencial.

Patrones y modalidades de violaciones a la garantía estatal de respetar los derechos y la prohibición de la discriminación

- Cualquier situación de hecho o derecho por la que se pretenda segregar, impedir, disminuir o negar el acceso a cualquier persona a cualquier política pública, utilizando como justificación los criterios de la *raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición*.
- El agravamiento de las condiciones previas o necesarias por las que se acceden a las políticas públicas prestacionales o redistributivas, sea por medio del incremento de tasas, pagos, trámites y plazos, con el fin de alejar la prestación a los usuarios, o disminuir los estándares prestacionales a partir de establecer diversas categorías de prestación.

- El rechazo, la negativa, la obstrucción, el impedimento a cargos electivos o de suscripción popular a partir de los argumentos establecidos en el art. 2 DUDH, sea por el agravamiento de los requisitos, o por requisitos adicionales e imposibles.
- La expulsión, denegación de membrecía, la segregación y la prohibición para pertenecer o renunciar a organizaciones de naturaleza pública, como los partidos políticos, sindicatos de instituciones públicas, consejos de administración, u otra instancia colegiada por diversidad de opiniones, confesión, filiación política, preferencia sexual, genero, etc.
- La utilización del poder público con fines de clientelismo político, es decir para beneficiar ciertas personas, un grupo o sector en detrimento de los demás; tanto en lo referido a políticas redistributivas como en especial las políticas públicas de fomento, por las que se crean incentivos, exenciones a ciertas personas, sectores, grupos políticos, sociales u organizaciones.
- En la prestación de servicios públicos, sea alterando el orden de atención, omitiendo la máxima de “primero en tiempo, primero en derecho” basándose para ello en cualquiera de los criterios establecidos por el art. 2 DUDH.

Sugerencias para la verificación de denuncias por eventuales violaciones a la garantía estatal de respetar los derechos y la prohibición de la discriminación

- Preste atención a la posición que ocupan las personas discriminadas en relación a las políticas públicas y los actos reputados como discriminatorios. ¿Cuál es el poder de estas? De donde proviene la discriminación: ¿Está en la ley, está en las instituciones, o está en el estamento de los funcionarios?
- Identifique la causa de discriminación conforme el listado que establece el art. 2 DUDH. Identifique la razón y los argumentos que la institución y sus funcionarios brindan y justifican y fundamentan la discriminación.
- En las políticas públicas redistributivas y de fomento, identifique a las personas, los grupos y organizaciones favorecidas; de igual manera identifique a las personas y los grupos y las organizaciones excluidas o discriminadas. En el caso de los últimos analice la pertinencia de recurrir en su favor a fin de proteger derechos omitidos y derechos eventuales.
- En casos de discriminación originados en el acceso o retiro de organizaciones públicas se debe analizar el régimen normativo particular de cada organización o institución. Analice los reglamentos y normativas particulares. Nuevamente analice las ventajas y desventajas de recurrir ante el acto, política o hecho discriminatorio, fin de invocar la protección del tribunal respectivo, tanto por el daño causado como por daños emergentes o eventuales.
- En aquellos casos que se presenten eventuales casos de discriminación y exclusión originados en la ley, analice la pertinencia de recurrir por inconstitucionalidad de la norma

que la genera o eventualmente propicie o genere actos discriminatorios. Adicionalmente valore las posibilidades de utilizar los mecanismos de protección internos establecidos para la tutela del derecho a igual protección en la ley (ver capítulo 5.1.4 de este trabajo)

- En casos de discriminación originados en preferencias sexuales y de género asegúrese de contar con la autorización expresa e indubitable de las víctimas para hacer pública cualquier denuncia. Es imprescindible que se respete la voluntad de las víctimas. Situación similar se debe observar en aquellos casos en donde las víctimas son menores de edad.
- Considere recurrir de Amparo en contra de la actuación estatal lesiva que deriva en discriminación u omite el derecho a igual protección en la ley.
- En casos de discriminación vinculados o derivados de una relación laboral, analice la pertinencia de acusar penalmente por *delitos contra los derechos laborales*.

5.2. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas

Derecho Internacional de los derechos humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 6

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 16

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XVII. Derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles.

Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 25 (inciso 3)

Toda persona tiene derecho:

3. Al reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 260/1998

Artículo 21. A través del Poder Judicial, el Estado de Nicaragua garantiza el libre e irrestricto acceso a los Juzgados y Tribunales de la República para todas las personas, en plano de absoluta igualdad ante la ley para el ejercicio del derecho procesal de acción y la concesión de la tutela jurídica.

En el ejercicio de la acción procesal únicamente se exigirá el cumplimiento de los presupuestos de capacidad para ser parte y tener capacidad procesal.

Código Civil de la República de Nicaragua

Artículo 1. Es persona todo ser capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones.

Las personas son naturales y jurídicas.

Artículo 2. Son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.

Artículo 5. La existencia legal de toda persona principia al nacer.

Artículo 6. Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones. Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su capacidad política.

Artículo 278. La época de la mayor edad se fija sin distinción de sexo en los veintiún años cumplidos. El mayor de edad, puede disponer libremente de su persona y bienes.

Código Procesal Penal

Artículo 51.- Titularidad. La acción penal se ejercerá:

1. Por el Ministerio Público, de oficio, en los delitos de acción pública;
2. Por el Ministerio Público, previa denuncia de la víctima, en los delitos de acción pública a instancia particular;
3. Por la víctima, constituida en acusador particular o querellante, según el caso, y,

4. Por cualquier persona, natural o jurídica, en los delitos de acción pública.

En el caso de las faltas penales, el ejercicio de la acción penal se ejercerá, según el caso, por la víctima, la autoridad administrativa afectada o la Policía Nacional.

La acción civil por los daños y perjuicios provocados por el hecho que motiva el proceso penal se ejercerá ante la misma sede penal, una vez firme la resolución respectiva, en los casos y en la forma prevista en el presente Código.

Breve reseña del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas fue acuñado en el derecho internacional de los derechos humanos con la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el año 1948. El artículo 6 DUDH establece que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, *al reconocimiento de su personalidad jurídica*. Por su parte la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el mismo año, establece una definición más amplia de este derecho, puesto que deriva en el estado y la sociedad la obligatoriedad para reconocer a todas las personas, en cualquier lugar como sujetos de derechos y obligaciones, así como titulares de derechos civiles por medio de la fórmula: Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte *como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales* art. XVII DASDDH.

Posteriormente el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ambos promulgados en la década de los setentas, retomaron el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todas las personas con similares postulados.

Conforme la DUDH el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas cuenta con tres elementos, por los que se construye su contenido mínimo: a. La universalidad de este derecho valido para todas las personas, es decir basta contar con la condición de persona para ser sujeto del derecho y contar con personalidad jurídica; b. El derecho es de ejercicio ilimitado y sin distinción de circunstancias ni lugares. Un tercer elemento lo establece la DASDDH al esclarecer que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas, tiene como síntesis el reconocimiento de todas las personas como sujetos de derechos y obligaciones, por tanto oponibles frente a los demás así como al estado.

En la dimensión estatal este derecho tiene repercusiones en la titularidad de cualquier persona en sus interacciones con los demás y en especial aquellas que involucran relaciones con cualquiera de las administraciones públicas. Ello deriva la obligación estatal del reconocimiento de la titularidad de derechos a las personas sin distinción. Lo que faculta el ejercicio de estos, brindando a las

personas una doble capacidad, por un lado capacidad para el ejercicio de estos, y por el otro, la capacidad de acción para su restitución en el caso de eventuales omisiones.

Los mecanismos internos de protección del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

En Nicaragua el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas se encuentra reconocido por el artículo 25 inc. 3 de la Constitución Política la que retoma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estableciendo que toda persona tiene derecho al *reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica*. En este sentido el texto constitucional pone el énfasis en dos aspectos principales. Por un lado reconoce el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como atributo universal en el sentido proclamado por la DUDH y en segundo lugar reconoce la capacidad de acción y goce que se establece en la DASDDH. De esta forma la Constitución Política funda sobre el atributo de personalidad jurídica de todas las personas. Lo reconoce como obligación estatal, añadiendo a este la capacidad, dotando a las personas de dos los aspectos que este derecho invoca, la capacidad de goce por el simple hecho de ser persona, como la capacidad de acción en caso de eventuales omisiones a este derecho.

La legislación de desarrollo que regula este derecho es dispersa. El punto de partida lo constituyen los artículos 1 del Código Civil que establecen con amplias declaraciones que es persona *todo ser capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones*, en armonía con el artículo 2 del mismo código que al esclarecer la condición de las personas establece “Son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. Declaración que se encuentra en completa armonía con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas establecida por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Existe un principio general del derecho nicaragüense establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 260/1998 artículo 21 (párrafo segundo) por el que se establece que es el Poder Judicial por medio de los Juzgados y Tribunales garantizan *el libre e irrestricto acceso* para todas las personas, en plano de absoluta igualdad ante la ley para el ejercicio del derecho procesal de acción y la concesión de la tutela jurídica. Sin embargo a renglón seguido en el párrafo segundo del mismo artículo establece la regulación mínima de este principio rector del derecho nacional, al establecer que en el ejercicio de la acción procesal *únicamente se exigirá el cumplimiento de los presupuestos de capacidad* para ser parte y tener capacidad procesal. Lo que brinda garantías mínimas para el reconocimiento de la personalidad jurídica de todas las personas sin distinción.

En Nicaragua, lo establecidos por el Código Civil y el principio general del derecho establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial, derivan del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas dos circunstancias: En primer lugar, el derecho al reconocimiento a la

personalidad y capacidad jurídica de las personas no es ilimitado y absoluto. Se reconoce que para su ejercicio se debe contar con los presupuestos de capacidad. Lo que plantea el apego a ciertos requisitos mínimos de legitimación procesal, como son la edad, nacionalidad, etc. Se reconoce que no basta la condición de persona para que automáticamente se faculte el ejercicio de los derechos, por ejemplo, para el ejercicio de los derechos políticos se requiere además de los requisitos de nacionalidad, puesto que también se requiere el requisito de la edad mínima para elegir y ser electo.

En segundo lugar la existencia de los presupuestos de capacidad para el reconocimiento del derecho al reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídica de las personas, es decir *los presupuestos de capacidad para ser parte y tener capacidad procesal*, impone su regulación por materia acorde a la pretensión deseada, que deriva en dispersión en la legislación de desarrollo. Por lo que se requiere acudir a normativa particular por la que se regula el derecho a demandar, según sea su materia: civil, penal, laboral, electoral, etc.

Se debe tener en cuenta que la regulación de los *presupuestos de capacidad* que establece el principio general del derecho nacional del artículo 21 LOPJ, se ubican en la legislación particular, conforme a la materia objeto que se pretende el reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídica. Ejemplo de lo anterior se encuentra en la regulación civil por la que se establecen las edades mínimas para ser sujeto con pleno derecho conforme el derecho civil, como es la mayoría de edad, regulada por el art. 278 del Código Civil. En el caso de la titularidad de la acción penal, esta se reconoce a *cualquier persona* sea natural o jurídica en los delitos de acción pública únicamente (art. 51 CPP).

La omisión de *los presupuestos de capacidad para ser parte y tener capacidad procesal*, por cualquiera de las administraciones públicas por lo general deviene en límites y exclusiones en el ejercicio de los derechos a las personas afectadas. En cuanto a acciones que impliquen acudir a las instituciones públicas en su calidad de árbitros o jueces, cualquiera sea su competencia y/o jurisdicción. La omisión de estos presupuestos deriva en la omisión del derecho al reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídica de las personas afectadas. Lo que plantea eventuales violaciones al derecho mencionado.

La legislación nacional hace gala de un amplio y generoso reconocimiento del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas, contando únicamente como excepciones las personas con incapacidad absoluta como es el caso de las personas por nacer, los impúberes, los dementes y los sordomudos *que no saben darse a entender por escrito* (art. 7 C.), y el caso de los menores adultos que cuentan con incapacidad relativa (art. 8 C.). Sin embargo, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas afectadas por alguna causal de incapacidad, se perfecciona y salva por la intervención de sus representantes, conforme el artículo 10 del Código Civil.

Sugerencias para la verificación del derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica

- Identifique los presupuestos de capacidad procesal establecidos en la ley específica que regula el derecho que se pretende demandar o restituir (civil, laboral, penal, electoral, etc.). Estos por general se enuncian en la legislación como titularidad de la acción o parte procesal X, capacidad procesal Y, ejercicio de la acción Z, etc.
- Analice que otros derechos sustantivos se están afectando, omitiendo, negando, o restringiendo su titularidad o ejercicio, bajo el argumento de los presupuestos de capacidad o procesales. Por lo general la omisión de *los presupuestos de capacidad para ser parte y tener capacidad procesal*, son de naturaleza procedimental y puede estar asociada a eventuales violaciones a otros derechos sustantivos, siendo la supuesta imperfección de los presupuestos de capacidad y de capacidad procesal la excusa para omitir otros derechos.
- En los casos de las personas incapaces, es decir aquellas establecidas por el Código Civil, como incapacidad absoluta (personas por nacer, niños, dementes y sordomudos *que no saben darse a entender por escrito*, art. 7 C.), e incapacidad relativa como es el caso de los menores adultos (art. 8 C.). En ambos casos se debe verificar si la intervención de sus representantes legales es legítima, apropiada y acorde al *interés supremo* de los representados, además de verificar si la representación ha sido tutelada apropiadamente por las autoridades judiciales.

5.3. El derecho a ser oído por juez competente, independiente e imparcial

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 10.

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 14 (inciso 1)

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión

Principio 4

Toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad.

Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura (principios 1, 2 y 3)

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XVIII. Derecho de justicia.

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 8. Garantías Judiciales (inciso 1)

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 129

Los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Ejecutivo, Judicial y Electoral son independientes entre sí y se coordinan armónicamente, subordinados únicamente a los intereses supremos de la nación y a lo establecido en la presente Constitución.

Artículo 158

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.

Artículo 159

Los tribunales de justicia forman un sistema unitario cuyo órgano superior es la Corte Suprema de Justicia. El Poder Judicial recibirá no menos del 4 % del Presupuesto General de la República. Habrá Tribunales de Apelación, jueces de Distrito, jueces Locales, cuya organización y funcionamiento será determinado por la ley.

Las facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponden exclusivamente al Poder Judicial. Los Tribunales Militares solo conocerán las faltas y delitos estrictamente militares, sin perjuicio de las instancias y recursos ante la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 160

La administración de justicia garantiza el principio de legalidad; protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia.

Artículo 165

Los magistrados y Jueces en su actividad judicial son independientes y solo deben obediencia a la Constitución y la ley; se regirán entre otros, por los principios de igualdad, publicidad y derecho a la defensa. La justicia en Nicaragua es gratuita.

Ley de Amparo, Ley 49/1988

Artículo 4. El Recurso de Exhibición Personal procede a favor de aquellas personas cuya libertad, integridad física y seguridad, sean violadas o estén en peligro de serlo por:

1. Cualquier funcionario, autoridad, entidad o institución estatal, autónoma o no.
2. Por actos restrictivos de la libertad personal de cualquier habitante de la República, realizado por particulares.

Artículo 61 (incisos 1 y 2). El Juez Ejecutor, en presencia del proceso o sin él de las explicaciones del intimado y de las disposiciones legales, procederá según las reglas siguientes:

1. Si la persona estuviere a la orden de autoridad que no es la facultada para conocer del caso, podrá ordenar su libertad o que pase de inmediato a la autoridad competente.
2. Si la persona estuviere detenida a la orden de una autoridad competente, pero el término de ley se hubiere excedido, ordenara por auto que el detenido pase inmediatamente a la orden de autoridad que corresponda o que sea puesto en libertad.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 260/1998

Artículo 6. El Poder Judicial es independiente y se coordina armónicamente con los otros Poderes del Estado. Se subordina únicamente a los intereses supremos de la Nación de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política.

Artículo 8. Los Magistrados y Jueces, en su actividad jurisdiccional, son independientes en todas sus actuaciones y solo deben obediencia a la Constitución Política y la ley. No pueden los magistrados, jueces o tribunales, actuando individual o colectivamente, dictar instrucciones o

formular recomendaciones dirigidas a sus inferiores acerca de la aplicación o interpretación del orden jurídico en asuntos sometidos a su conocimiento. Para los efectos de asegurar una Administración de Justicia pronta y cumplida, el Superior Jerárquico podrá girar instrucciones generales de carácter procedimental.

Los magistrados o jueces que se vean inquietados o perturbados en su independencia, deben ponerlo en conocimiento de las autoridades previstas en la presente Ley.

Artículo 11. Los juzgados y tribunales ejercen su competencia exclusivamente en los casos que le sea atribuida por ésta u otra ley.

Artículo 14. Los Jueces y Magistrados deben guardar observancia del debido proceso en toda actuación judicial, cualquiera sea la naturaleza del proceso, brindando las garantías necesarias a las partes para la adecuada defensa de sus derechos. También deben de impulsar de oficio los procedimientos que la ley señale y ejercer la función tuitiva en los casos que la ley lo requiera.

Los principios de supremacía constitucional y del proceso deben observarse en todo proceso judicial. En los procesos penales puede restringirse el acceso de los medios de comunicación y del público, a criterio de la Autoridad Judicial, sea de oficio o a petición de parte, por consideraciones de moralidad o de orden público.

Artículo 22. Son órganos jurisdiccionales del Poder Judicial:

1. La Corte Suprema de Justicia;
2. Los Tribunales de Apelaciones;
3. Los Juzgados de Distrito;
4. Los Juzgados Locales;

Los Tribunales Militares solo conocerán de las faltas y delitos estrictamente militares, sin perjuicio de las instancias y recursos ante la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Suprema de Justicia es el Tribunal Supremo del Poder Judicial y ejercerá las funciones jurisdiccionales, de gobierno y reglamentarias, que le confieren la Constitución Política, la presente Ley y demás leyes.

Código de Procedimiento Civil

Inhibitoria y declinatoria

Artículo 301. Las cuestiones de competencia podrán promoverse por inhibitoria o declinatoria. La inhibitoria se intentará ante el Juez o Tribunal a quien se considere competente, pidiéndole que dirija oficio al que se estime no serlo, para que se inhíba y remita los autos.

La declinatoria se propondrá ante el Juez ó Tribunal a quien se considere incompetente, pidiéndole que se separe del conocimiento del negocio y remita los autos al tenido por competente.

Artículo 309. Las declinatorias se sustanciarán como excepciones dilatorias. Las inhibitorias por los trámites ordenados en los artículos que siguen.

Artículo 336. Las inhibitorias y las declinatorias suspenderán los procedimientos hasta que se resuelva la cuestión de competencia.

La implicancia

Artículo 339. Todo magistrado, Juez ó Asesor, está implicado para conocer ó dictaminar en los casos siguientes:

1. Cuando sea parte en el juicio o tenga en el interés personal
2. Cuando sea consorte, ascendiente, descendiente o hermano de alguna de las partes.
3. Cuando sea guardador de alguna de las partes o albacea de alguna sucesión, procurador de alguna quiebra o concurso o administrador de algún establecimiento o representante de alguna persona jurídica que figure como parte en el juicio.
4. Cuando haya sido abogado, consejero de las partes de la causa actualmente sometida a su conocimiento, o dado su opinión sobre el asunto.
5. Cuando haya conocido en alguna de las instancias pronunciando sentencia definitiva o interlocutoria con fuerza de tal.
6. Cuando haya emitido dictamen sobre el pleito como letrado para sentencia definitiva ó interlocutoria con fuerza de tal, o para conocer como Juez en el mismo asunto.

La recusación

Artículo 341. Son causas de recusación:

1. El parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado civil ó segundo de afinidad con cualquiera de las partes que intervienen en el juicio.
2. El mismo parentesco dentro del segundo grado con el abogado o procurador de alguna de las partes que intervenga en el juicio.
3. Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de ellas como actor de una falta, con anterioridad a la iniciación del juicio.
Si se intentase acusación por delitos oficiales, no será ella motivo de recusación, sino cuando el superior respectivo haya estimado fundada la acusación y pedido el informe correspondiente.
4. Ser ó haber sido acusador o denunciador del que recusa.

5. Haber sido guardador de alguna de las partes que intervienen en el juicio, siempre que no se hayan aprobado las cuentas de su administración.
6. Haber estado en guarda de alguna de las partes que intervienen en el juicio, siempre que no se hayan aprobado las cuentas de su administración.
7. Tener pleito pendiente con el recusante, él, su consorte, ascendiente ó descendiente. Cuando el pleito haya sido promovido por alguna de las partes deberá haberlo sido antes de la instancia en que se intenta la recusación.
8. Tener enemistad contraída con anterioridad á la iniciación del pleito.
9. Ser deudor por más de doscientos pesos, heredero, fiador o socio de alguna de las partes que figuran en el juicio.
La deuda siempre debe constar por escrito; pero la deuda, la fianza y la sociedad deben ser anteriores a la iniciación del juicio.
10. Ser el Juez superior que va a conocer, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad del Magistrado, Juez ó Asesor que pronunció sentencia definitiva o interlocutoria con fuerza de tal.
11. Si el Magistrado, Juez ó Asesor ó su mujer ó alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad de uno u otro, sostienen otro pleito semejante que les interesa la opinión contraria del que recusa: ó ser la parte contraria Juez ó Arbitro en negocio que á la sazón tenga el recusado, su esposa o consanguíneos dentro del cuarto grado ó afines dentro del segundo.
12. Si el padre, madre, hermano ó cónyuge del Magistrado, Juez ó Asesor es consanguíneo dentro del cuarto grado o a fin dentro del segundo con el padre, madre, hermano o cónyuge del dueño del pleito.
13. Es también motivo de recusación que el Magistrado, Juez, Asesor o las personas indicadas en el inciso anterior, tengan asuntos ante el Juez ó Magistrado que es parte ó alguna de las personas ligadas con él de la manera dicha en el asunto de que aquellos conocen o van a conocer.
14. Haber el Magistrado, Juez ó Asesor declarado como testigo de una manera afirmativa sobre la cuestión principal.
15. Haber el Juez, Magistrado ó Asesor, su consorte ó descendientes, recibido después de comenzado el pleito servicios de importancia de alguna de las partes.
16. Haber intervenido como Fiscal, Síndico ó Representante del Ministerio Público ó sido perito y dado su dictamen.

Artículo 344. La recusación sólo podrá entablarse por la parte a quien puede perjudicar la falta de imparcialidad que se supone en el funcionario recusado.

Artículo 345. En los casos en que todas las partes litigantes pudieren alegar una misma causa de recusación contra el Magistrado, Juez o Asesor, será éste recusado por cualquiera de ellos.

Se entiende por parte al dueño del pleito y no a su abogado o procurador

Artículo 349. El Magistrado ó Juez que esté impedido para conocer en una causa, se separará desde que se le presente el primer escrito, remitiéndolo dentro de veinticuatro horas, si es Juez, al que debe subrogarla, con noticia de las partes.

Estas pueden oponerse, y el Juez subrogante, resolverá el incidente en pieza separada, dentro de cuatro días; pudiendo en ese término alegar y justificar las partes lo que juzguen conveniente.

El Asesor impedido se separará dentro de cuarenta y ocho horas de recibido el expediente, remitiendo éste al juzgado de su origen.

Artículo 364. Contra los autos, providencias y resoluciones dictados en los casos de implicación ó recusación no hay más recurso que el de acusación por infracción de ley.

Código Procesal Penal, Ley 406

Artículo 11. Juez Natural

Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados conforme ley anterior a los hechos por los que se le juzga. En consecuencia, nadie puede ser sustraído de su juez competente establecido por ley ni llevado a jurisdicción de excepción. Se prohíben los tribunales especiales.

Artículo 21.- Competencia funcional. Son tribunales de juicio.

1. Los jueces locales, en materias de delitos menos graves y faltas penales;
2. Los jueces de distrito, en materias de delitos graves, y,
3. La Corte Suprema de Justicia, en los casos que la Constitución Política indica.

El juez que tenga competencia objetiva para conocer de un delito o falta, la tendrá para conocer de todas las incidencias que se produzcan en la causa, incluidos los actos necesarios de la fase previa al Juicio.

Son tribunales de apelación:

1. Los jueces de distrito, en relación con los autos previstos en este Código y sentencias dictados por los jueces locales, en materia de delitos menos graves y faltas penales, y,
2. Las salas penales de los Tribunales de Apelación, en cuanto a los autos previstos por este Código y sentencias dictados por los jueces de distrito, en materia de delitos graves.

Es tribunal de casación, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias por delitos graves conocidas y resueltas en apelación por las salas penales de los tribunales de apelación.

Los jueces de ejecución de la pena controlarán el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad.

Son tribunales de revisión:

1. Las salas penales de los tribunales de apelaciones, en las causas por delitos menos graves, y
2. La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en causas por delitos graves.

Artículo 22.- Competencia territorial. La competencia territorial de los tribunales se determina así:

1. Cuando se trate de delito o falta consumado, por el lugar donde el delito o falta se cometió.
2. Cuando se trate de tentativa de delito, por el lugar en que se ejecutó el último acto dirigido a la comisión.
3. Cuando se trate de delito frustrado, por el lugar previsto para la comisión del hecho.
4. En las causas por delito continuado o permanente, por el lugar en el cual ha cesado la continuidad o permanencia o se ha cometido el último acto conocido del delito.
5. En las causas por tentativa, frustración o delito consumado cometidos en parte dentro del territorio nacional, por el lugar donde se ha realizado total o parcialmente la acción u omisión o se ha verificado el resultado.
6. En los delitos por omisión, el lugar donde debía ejecutarse la acción omitida.

Artículo 29.- Incompetencia. En cualquier estado del proceso antes de la convocatoria a Juicio, el juez que de oficio reconozca su incompetencia así lo declarará y remitirá las actuaciones dentro de las siguientes veinticuatro horas al que considere competente, poniendo a su disposición a los detenidos si existen, sin perjuicio de cualquier intervención urgente que le solicite el Ministerio Público.

Si el juez que recibe las actuaciones discrepa de ese criterio, las elevará, dentro de las siguientes cuarenta y ocho horas después de recibidas, al superior jerárquico común quien, como órgano competente para resolver el conflicto, dictará su resolución dentro de tercero día.

Artículo 32.- Motivos de inhibición y recusación. Los jueces y magistrados deben inhibirse o podrán ser recusados por las siguientes causas:

1. Cuando en el ejercicio de sus cargos previamente hayan dictado o concurrido a dictar sentencia en el mismo proceso;
2. Cuando hayan intervenido en una fase anterior del mismo proceso como fiscales, defensores, mandatarios, denunciadores o querellantes o hayan actuado como expertos, peritos, intérpretes o testigos;
3. Si ha intervenido o interviene en la causa como juez o integrante de un tribunal, su cónyuge o compañero en unión de hecho estable o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

4. Por haber dado consejos o haber emitido extrajudicialmente su opinión sobre la causa, o haber intervenido o conocido previamente en el desempeño de otro cargo público el asunto sometido a su conocimiento;
5. Cuando sean cónyuges o compañero en unión de hecho estable, tengan parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquiera de las partes, su representante o abogado;
6. Por haber estado casados, o en unión de hecho estable con un pariente de alguna de las partes dentro de los mismo grados del inciso anterior;
7. Cuando tengan amistad que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia de trato con cualquiera de las partes o intervinientes;
8. Cuando tengan enemistad, odio o resentimiento que resulte de hechos conocidos con cualquiera de las partes o intervinientes;
9. Por haber sido, antes del inicio del proceso, denunciante o acusador de alguno de los interesados o haber sido denunciado o acusado por alguno de ellos;
10. Si tienen ellos, sus cónyuges o compañeros en unión de hecho estable o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés en los resultados del proceso;
11. Cuando ellos, sus cónyuges o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan proceso pendiente iniciado con anterioridad, o sociedad o comunidad con algunos de los interesados;
12. Por haber recibido de alguno de los interesados o por cuenta de ellos beneficios de importancia, donaciones, obsequios o asignaciones testamentarias a su favor o de su cónyuge o compañero en unión de hecho estable o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o por haber recibido ellos, después de iniciado el proceso, presentes o dádivas aunque sean de poco valor, y,
13. Si ellos o cualquiera de las otras personas mencionadas en el inciso anterior son acreedores, deudores o fiadores de alguno de los interesados; o son ellos o han sido tutores o han estado bajo tutela de alguno de aquellos.

Para los fines de este artículo, se consideran interesados el acusado o el querellado, la víctima, el damnificado y el eventual responsable civil, aunque estos últimos no se hayan constituido en parte. Son también interesados sus representantes, defensores o mandatarios.

Breve reseña del derecho a ser oído por juez competente, independiente e imparcial

Las principales perspectivas

El derecho a juez competente, independiente e imparcial cuenta con dos perspectivas dominantes las que permiten aclarar el contenido mínimo de este derecho. La primera está inspirada en el

paradigma de los derechos humanos como derechos inherentes de los *seres humanos*¹¹¹, que propone que los instrumentos internacionales de derechos humanos como derecho personal intangible, y reconocido como el derecho de todas las personas a ser oídas por un juez o tribunal, con el fin de responder a cualquier acusación o esclarecer derechos y obligaciones. Lo que propone como fundamento mínimo, no el derecho a juez competente, independiente e imparcial, sino que lo se reconoce como derecho en sí mismo es el derecho de todas las personas a ser oídas y expresar sus argumentos, verdades, justificaciones, y excepciones ante un juez o tribunal, es decir, lo que se reconoce es el derecho a expresar, argumentar, defender y expresar su verdad. En síntesis a ser oída por un juez o tribunal con el fin de ejercer un derecho determinado.

En esta primera interpretación, el énfasis de este derecho radica en las personas, puesto que para ejercer sus derechos no se requiera de otra condición. El énfasis se ubica en la capacidad de las personas y el reconocimiento de estas como sujetos de derechos y obligaciones. Esta interpretación se inspira en el paradigma de la democracia que se construye entre personas iguales con iguales derechos y deberes, regidos por el estado de derecho en el que jueces y tribunales también se rigen por la ley.

Una segunda interpretación cercana a una *concepción estado-céntrica* de los derechos humanos¹¹², mayoritariamente difundida, que plantea que el derecho internacional de los derechos humanos, establece el derecho de todas las personas a ser oídas, como un derecho tangible, indiscutible y objetivo, por lo que centra su atención en la actuación estatal, por medio de la figura de los jueces y tribunales. Acuñando así el derecho a juez competente, independiente e imparcial y alejándose de la concepción originaria de los derechos humanos, como derechos inherentes de las personas. Esta interpretación requiere centrar la atención en la actuación estatal delegada a jueces y tribunales. Ello requiere centrar la atención en el Estado. Esta interpretación se asienta en el justificado temor al Estado autoritario, por lo que hace hincapié en regulaciones precisas a la función judicial por la que se concreta el derecho a ser oído por juez competente, independiente e imparcial, como mecanismo de equilibrio y prevención de eventuales abusos.

Ambas interpretaciones coinciden y reconocen que las finalidades del derecho a ser oído por juez competente, independiente e imparcial son: a. la determinación de los derechos y obligaciones de cualquier naturaleza, independiente de la materia, sea civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; b. el examen o substanciación de cualquier acusación penal formulada en contra de cualquier persona. Cabe mencionar que los principales instrumentos internacionales coinciden en estos fines, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 (art. 10), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14 inciso 1), como también la Convención Americana de 1969 en el art. 8, inciso 1.

¹¹¹ Buergenthal, Thomas et al. International Human Rights in a Nutshell. Third Edition, p. 244. West Group. USA, 2002.

¹¹² Donnelly, Jack. Opus Citus. ps 25 y 35.

Los requisitos particulares que establece el derecho a ser oído por juez competente, independiente e imparcial

El derecho internacional de los derechos humanos además de consagrar el derecho a ser oído por juez competente, independiente e imparcial, también establece las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de este derecho. Establece el conjunto de los requisitos que corresponde cumplir al estado, que se traducen en garantías ciudadanas, cuyo fin es el de asegurar los procedimientos mínimos y generales por los que las personas ejercen este derecho. Entre las principales se mencionan:

a. Los requisitos de “competencia, independencia e imparcialidad” como características intrínsecas de los jueces y tribunales

El derecho de todas las personas a ser oídas por un juez o tribunal en la *sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones* de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Que impone y tiene aparejada exigencias específicas que han de observarse para asegurar la adecuada protección de este derecho. Los instrumentos internacionales de derechos humanos coinciden en que se los jueces y tribunales han de reunir los requisitos indispensables de *competencia, independencia e imparcialidad*.

- *Competencia*: El principio de división de poderes reconoce y asigna la función judicial a jueces y tribunales en forma exclusiva. Por lo que se les considera competentes para ejercer la función de juzgar y hacer cumplir lo juzgado. En ese sentido los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura del Sistema de Naciones Unidas¹¹³ (principio 3) establece como competencia *a la facultad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley*.

Sin embargo la concreción de la competencia requiere además, estar asentada en el principio de legalidad que precisa de la existencia ley previa. Lo que permite afirmar que no basta contar con la competencia en abstracto, sino que también debe estar reglada en forma concreta mediante ley anterior. Es decir se requiere de ley previa por la se establecen dos aspectos, por un lado la creación de las instituciones de jueces y tribunales, y por el otro se asignación y distribución las competencias entre estos.

- *Independencia*: Modernamente se reconoce la independencia judicial como atributo y requisito indispensable del Estado de derecho que se manifiesta en dos dimensiones:

¹¹³ Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, ONU Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 p. 59 (1985).

- Autonomía externa que está dada por el principio de división de poderes en donde el poder judicial es un poder independiente del estado, lo que significa que cualquier intromisión proveniente de otros poderes, grupos de poder está prohibida. En este sentido se debe tener en cuenta que la independencia y autonomía externa del poder judicial implica independencia y plena autonomía de grupos económicos, partidos políticos y sus caudillos, instituciones religiosas, etc.
- Autonomía interna. Esta consiste en la independencia que gozan los jueces y magistrados *en todas sus actuaciones*, por lo que en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales solo obedecen a las leyes. Esto tiene como consecuencia que ninguna instancia del Poder Judicial tiene potestades para dictar instrucciones o recomendaciones a sus inferiores acerca de la aplicación de los casos sometidos al conocimiento y jurisdicción de cualquier juez o tribunal.

En este silogismo, la consecuencia más importante que introduce la exigencia de independencia judicial es, que en el ejercicio de la función jurisdiccional los jueces y tribunales están autorizados y obligados a cumplir los diversos procedimientos judiciales *conforme a derecho y respecto de los derechos de las partes*, conforme lo establece el principio 7 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura. En ese sentido cualquier intervención encaminada a minar o debilitar la garantía de independencia judicial atenta en contra de la legalidad y los derechos de las partes en juicio.

Se debe considerar como intervención indebida cualquier intento encaminado a influir subrepticamente en las decisiones de jueces y tribunales, provenga del Estado mismo, grupos o partidos políticos, económicos, religiones o sociales, o cualquier otro grupo factico. El efecto que causan las intromisiones indebidas o injustificadas será la omisión de la garantía de independencia judicial y por tanto la omisión del derecho a juez y tribunal independiente.

- *Imparcialidad*: El principio 2 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura establece los criterios de imparcialidad de la función judicial de la siguiente manera: *Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.*

Lo que delinea las referencias a observar en el ejercicio de la función judicial de jueces y tribunales, como son el análisis de los hechos sometidos, el apego a derecho y libre de *restricciones, influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas.*

Las consecuencias: Las exigencias de competencia, independencia e imparcialidad imponen y derivan consecuencias concretas en el ejercicio del derecho a ser oído por juez o tribunal competente, independiente e imparcial entre las que se mencionan:

- El ejercicio de competencias exclusivas de jueces y tribunales concedidas por el principio de división de poderes, así como la creación de las instituciones y estructuras encargadas de la función judicial, distribución y asignación previa de competencias por medio de ley.
- Impone la prohibición de intromisiones indebidas o injustificadas en la función judicial a cualquier persona, grupo o institución, lo que obliga a los jueces y tribunales a respetar las leyes y los derechos de las partes en juicio.
- Establece la obligación de resolver los asuntos sometidos a la función judicial a partir del análisis de los hechos y la aplicación del derecho, prohibiendo cualquier *restricción, influencia, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas* en la función judicial.

b. Derecho a ser oído por juez competente, independiente e imparcial en “condiciones de plena igualdad”

El principio de igualdad en la administración de justicia se construye a partir de admitir que todas las personas son iguales ante las leyes y por tanto tienen derecho a igual protección. Principio que se complementa con la a garantía que prohíbe la discriminación, despejando de toda duda el carácter protector de este requisito y cuyo fundamento se ubica en los artículos 1 y 7 de la DUDH, art. 3 PIDCP, art. II DADDH y el art. 24 DASDH. Además de considerar premisa que en los casos penales la imparcialidad del juez *está íntimamente vinculada* a la presunción de inocencia¹¹⁴.

c. Derecho a ser oído “públicamente” por juez competente, independiente e imparcial

Este requisito se fundamenta en la premisa de derecho que establece que las todas actuaciones, procedimientos y sentencias de todas las administraciones públicas, incluyendo la administración de justicia: son públicas, en abierta prohibición a juicios y sentencias secretas.

d. Derecho a ser oído públicamente “con las debidas garantías dentro de un plazo razonable” por juez competente, independiente e imparcial

Este apartado abarca en primer lugar el requisito de las *debidas garantías* establecidas por el art. 14.1 PIDCP y el art. 8 inc. 1 DASDH, por los que se establece que no basta ser oído por juez

¹¹⁴ O'Donnell, Daniel. Op. Cit, T. II, p. 380.

competente, independiente y e imparcial para que se materialice el ejercicio de del derecho que nos ocupa, sino que éstos en el cumplimiento de sus funciones oficiales deberán observar un conjunto de garantías. Las que en lo fundamental son de naturaleza procesal. Sin embargo su aplicación asegura la previsibilidad de la función jurisdicción en su conjunto, es decir asegura la transparencia y justicia de los resultados.

El conjunto de derechos que conforman las debidas garantías se pueden clasificar en: garantías generales, aplicables a todos los juicios y materias de la administración de justicia, y garantías específicas de la justicia penal. Como derechos que conforman las debidas garantías de carácter general se mencionan: la prohibición de discriminación y la obligación de respetar los derechos de todas las personas, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todas las personas, el derecho a ser oído con las debidas garantías por juez competente independiente e imparcial, el derecho a igual protección en la ley y el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo.

Entre los derechos que conforman las debidas garantías específicas o particulares de la justicia penal están: Derecho a indemnización por error judicial, derecho a ser oído dentro de plazo razonable, derecho a la presunción de inocencia, derecho a la traducción del proceso, derecho a conocer previa y detalladamente la acusación, derecho a preparar la defensa, derecho a la defensa en forma gratuita, derecho a interrogar testigos, derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, derecho de revisión ante juez o tribunal superior, derecho a no ser condenado a pena mayor que la impuesta inicialmente, derecho a juicio público.

En segundo lugar se establece como derecho a ser oído por juez competente, independiente e imparcial dentro de un *plazo razonable*. Por razones prácticas y técnicas el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra limitado para detallar y reglar el plazo razonable que alude este apartado. Dejando así un espacio flexible que plantea ciertas dificultades puesto que se presta interpretaciones antojadizas y amplias de parte de los operadores de justicia. Ante la ausencia de plazos reglados los instrumentos internacionales recurren a la técnica de delegar en las legislaciones nacionales el establecimiento de los plazos para ser escuchado por los jueces y tribunales, de conformidad a los artículos 14.1 PIDCP y 8 inc. 1 DASDH. Lo que eventualmente favorece facultades discrecionales e interpretaciones laxas en detrimento de los derechos de las personas.

En cuanto a la regulación nacional del derecho a ser escuchado en plazo razonable será abordado en apartados específicos relativos a los mecanismos internos de protección de este derecho.

El marco normativo del derecho a ser oído por juez o tribunal competente, independiente e imparcial

La evolución del derecho a ser oído por juez o tribunal competente, independiente e imparcial en el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho a ser oído por juez o tribunal competente, independiente e imparcial irrumpe en 1948 en el derecho internacional de los derechos humanos por medio del artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al establecer que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, *a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial*. En ese mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1966 retoma el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial.

Las novedades que introduce el PIDCP fueron un mayor desarrollo a este derecho puesto que inicia su proceso normativo introduciendo los requisitos en que el derecho ha de ser prestado, entre las que destaca la creación de las debidas garantías, tema que ocupa este capítulo; además establece como requisito la existencia de leyes previas, la publicidad de las todas sentencias judiciales y establece restricciones basadas en *consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática* en la asistencia del público y la prensa.

En el Sistema Americano de protección de derechos humanos, existen dos instrumentos internacionales que introducen y establecen el derecho a ser oído por juez o tribunal competente, independiente o imparcial. En 1948 la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por medio de la concisa y amplia declaración en el artículo XVIII que *toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos*. A pesar de la generalidad de este artículo, queda en evidencia el derecho a asistir ocurrir en el lenguaje de la declaración *para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal* en plena armonía con el artículo precursor de la DUDH.

En el año 1969 se promulga la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconociendo y estableciendo el derecho a ser oído por juez competente, independiente e imparcial en su artículo 8 inc. La inclusión y desarrollo de las *garantías judiciales* ocuparan un lugar cimero, hace un esfuerzo de síntesis de los elementos que conforman este derecho, entre los que se mencionan: el desarrollo de las garantías judiciales, no solo las referidas a este derecho sino que de las principales requisitos procedimentales a observar en todos los juicios, además retoma la premisa de publicidad, introduce el requisito de plazo razonable para ser escuchado, la remisión a legislación anterior como mecanismo de protección de las personas que ocurran a la administración de justicia *para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*. Brindando una amplia protección a todas las personas que rebasan el ámbito del derecho penal, puesto que el alcance de este derecho irrumpe todas las materias de la administración de justicia.

Será hasta el año 1985, con la promulgación de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, en el Sistema de las Naciones Unidas, que se establecerían con mayor precisión los requisitos de competencia, independencia e imparcialidad y su alcance, como atributos exclusivos de la función judicial en sociedades democráticas. Los Principios Básicos brindan el marco normativo y los elementos esenciales que conforman la trilogía de requisitos que conforma el derecho a ser oído por juez o tribunal competente, independiente e imparcial (principios 1 – 4).

El establecimiento de los requisitos de competencia, independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función judicial impone como consecuencia que el principio de independencia judicial *autoriza y obliga* a jueces y tribunales *a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes* (principio 6). Además los Principios Básicos irrumpen en la reglamentación interna de la función judicial puesto que proponen el marco normativo básico para regular derechos de los funcionarios judiciales (libertad de expresión y asociación), la carrera judicial e impone los requisitos de secreto profesional e inmunidad judicial.

El derecho a ser oído por juez o tribunal competente, independiente e imparcial en la legislación nicaragüense

Los requisitos de competencia, independencia e imparcialidad como características intrínsecas de los jueces y tribunales

La constitución Política establece las bases mínimas por las que se reconocen los requisitos de competencia, independencia e imparcialidad de la función judicial, la que es elemental para construir y reconocer el derecho a ser oído por juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Entre los elementos principales están: El reconocimiento que la función judicial y la integración de los tribunales de justicia son establecidos por la ley, es decir en reconocimiento del principio de legalidad, por el que considera que las instituciones públicas así como la distribución de funciones han de someterse al principio democrático del sistema de partidos políticos, por la que se consensuan y se emiten las leyes (art. 158 Cn. en lo referido a los requisitos de competencia, independencia e imparcialidad se mencionan a continuación sus principales aspectos.

La Constitución Política por medio del párrafo segundo del artículo 159 Cn., asignando al Poder Judicial exclusivamente las *facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado*. En cuanto a la independencia judicial externa la Constitución declara en forma indubitable en el artículo 129 Cn. que los poderes del estado, entre los que se incluye el Poder Judicial *son independientes entre sí y se coordinan armónicamente*, subordinados únicamente a los intereses supremos de la nación y a lo establecido en la presente Constitución. En forma similar el art. 165 Cn., establece la independencia judicial interna al señalar que los Magistrados y Jueces en actividad judicial *son independientes* y solo deben obediencia a la Constitución y a la ley.

A pesar de sendas declaraciones por las que la Constitución Política introduce el principio de legalidad para la organización de la función judicial, el reconocimiento al requisito de competencia y la alusión al principio de independencia judicial, se debe señalar que el texto constitucional no alude, ni incorpora mención alguna al requisito de imparcialidad. Omisión lamentable, puesto que en el país prevalece el principio de derecho escrito, es decir norma escrita, lo que ha dejado espacios vacíos, que han dado lugar a interpretaciones amplias y arbitrarias en detrimento del principio de imparcialidad de la función judicial.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 260/1998, incorpora como principios generales del derecho nacional los requisitos de competencia, independencia e imparcialidad. Desarrollando el texto constitucional en cuanto a los dos primeros. La omisión del requisito de imparcialidad que se observa en la Constitución Política es reproducida por la LOPJ, poniendo nuevamente en evidencia esta ausencia. En cuanto al requisito de competencia destacan el artículo 11 LOPJ que señala los *juzgados y tribunales ejercen su competencia exclusivamente en los casos que le sea atribuida por ésta u otra ley*.

En cuanto al requisito de competencia la LOPJ incorpora por medio de los arts. 3 que desarrolla la función jurisdiccional como exclusiva del Poder Judicial repitiendo la fórmula *corresponde al Poder Judicial la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado*. Por su parte el 22 y siguientes, crean las salas, tribunales y juzgados del país, así como se distribuyen y asignan las diversas competencias, que son aspectos fundamentales para construir la premisa de competencia conforme los arts. 46, 49, 55, 57, 58 y 59 LOPJ.

En lo referido al requisito de independencia la Ley Orgánica del Poder Judicial desarrolla lo establecido por los arts. 129 y 165 Cn. por medio del artículo 8 LOPJ que expresamente reza que los jueces y tribunales *en su actividad jurisdiccional, son independientes en todas sus actuaciones y solo deben obediencia a la Constitución Política y la ley*.

El derecho a ser oído por juez competente, independiente e imparcial en condiciones de plena igualdad

El derecho a ser oído en condiciones de plena igualdad además de los requisitos de competencia, independencia e imparcialidad se encuentra establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 260/1998 que establece que por medio del Poder Judicial, el Estado de Nicaragua garantiza el libre e irrestricto acceso a los Juzgados y Tribunales de la República para todas las personas, *en plano de absoluta igualdad ante la ley* para el ejercicio del derecho procesal de acción y la concesión de la tutela jurídica.

El derecho a ser oído públicamente por juez competente, independiente e imparcial

Para mayores detalles sobre este derecho se aconseja ver el capítulo 6.8. *Derecho a ser oído y juzgado en juicio público*. El que aborda este tema con mayor profundidad.

El derecho a ser oído públicamente con las debidas garantías por juez competente, independiente e imparcial

El cumplimiento de las debidas garantías judiciales y ser oído dentro de plazo razonable en la legislación nacional es confuso y limitado. La legislación nacional ha acuñado y asumido el conjunto de derechos procesales que conforman el derecho al debido proceso, consignándolo con el nombre de debido proceso como se observa en el artículo 14 LOPJ que impone a jueces y magistrados *guardar observancia del debido proceso en toda actuación judicial*, cualquiera sea la naturaleza del proceso, brindando las garantías necesarias a las partes para la adecuada defensa de sus derechos. Sin embargo, la alusión al debido proceso en Nicaragua tiene un origen teórico, mas no normativo, puesto que no existe legislación alguna que enumere, establezca y designe sin ninguna duda este conjunto de derechos.

La referencia al *due process of law* conocido en la tradición española como el derecho al debido proceso se encuentra imbricada en la tradición constitucional de los Estados Unidos de América. En el año de 1791 se promulgan la Quinta y Sexta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América por las que se introducen un conjunto de garantías a ser observadas durante el sometimiento de cualquier ciudadano a la jurisdicción¹¹⁵. Entre estas garantías están la prohibición de doble juicio, el examen de testigos, derecho a no declararse culpable, derecho a juez imparcial y derecho a asistencia letrada, entre otros. A dichas enmiendas posteriormente se les conoce como el derecho al debido proceso, en la versión inglesa como *due process of law*.

En la tradición nicaragüense el conjunto de derechos que conforman el derecho al debido proceso se encuentran dispersos. ¿No se encuentran establecidos en forma sistemática en un cuerpo legislativo único, por lo que cabe formular la siguiente pregunta: que significa el derecho al debido proceso en la legislación nicaragüense? La respuesta se puede esbozar en la siguiente forma: En la dimensión normativa, en Nicaragua no existe ningún cuerpo normativo que lo consagre como tal, con una enumeración y enunciación taxativa de cada uno de los derechos que lo conforman a diferencia los instrumentos internacionales de derechos humanos como el art. 14 PIDCP y el 8 DASDH. Los que si enumeran y detallan a cada uno. Por lo que cabe considerar al debido proceso como un concepto teórico desprovisto de desarrollo normativo. Por tanto sus implicaciones son más académicas que practicas, y su mención en la LOPJ deviene en una suerte de floritura vacía de contenido.

¹¹⁵ Robertson, Geoffrey. *Crimes Against Humanity: the Struggle for Global Justice*. Penguin Books. London, 2000. p. 6.

Este trabajo toma partido por la institución de las debidas garantías, cuya versión inglesa ha sido erróneamente adaptada a la legislación nacional como “debido proceso”. La institución de las debidas garantías en el derecho internacional de los derechos humanos, en especial en el contexto latinoamericano, aluden al conjunto de derechos de todas las personas sometidas a la jurisdicción *para la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*. Las debidas garantías fueron establecidas por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho a ser oído con las debidas garantías por juez o tribunal competente, independiente e imparcial, se encuentra establecidas explícitamente por el artículo 8 CADH y de forma similar por el 14.1 PIDC, por los se enumeran exhaustivamente el conjunto de requisitos a ser observados por el estado para someter a cualquier persona a su jurisdicción. Entre estos destacan el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, el derecho a ser oído por juez competente, independiente e imparcial, el derecho al examen de testigos, a no declararse culpable, la prohibición de segunda instancia por los mismos hechos, entre otros.

La falta de desarrollo normativo y el desacertado manejo que la LOPJ brinda al grupo de derechos que conforman el derecho al debido proceso, aleja las posibilidades de protección a este conjunto de derechos, tanto en la tradición latinoamericana de derecho internacional de derechos humanos, como en la tradición del derecho constitucional de los Estados Unidos de América. Para los efectos de protección y tutela se debe recurrir a invocar cada uno de los derechos por separado, en forma independiente, por ejemplo el derecho a la defensa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho al examen de testigos, etc. Sin embargo, no tiene sentido invocar la protección al derecho al debido proceso, puesto que este se encuentra vacío de contenido. Tampoco se encuentran incorporado en la legislación nacional el derecho a las debidas garantías judiciales. No existe ningún desarrollo normativo que permita afirmar la existencia de alguna de las tradiciones que establecen el derecho a las debidas garantías. La alusión al debido proceso que hace gala la LOPJ peca por defecto y se aleja de la tradición en la que fue acuñado. En el caso del derecho a las debidas garantías se peca por omisión, puesto que no existe en la legislación. Lo que pone en evidencia el desafortunado manejo de ambas instituciones.

El derecho a ser oído públicamente dentro de un plazo razonable por juez competente, independiente e imparcial

El derecho internacional de los derechos humanos no establece criterio cierto acerca de lo que se considera como plazo razonable, dejando en manos de las legislaciones nacionales su desarrollo. En Nicaragua el derecho a ser oído por juez o tribunal competente, independiente e imparcial cuenta con dos extremos. En primer lugar destaca la normativa constitucional del artículo 33.2.2 que establece todo detenido tiene derecho a ser puesto en libertad o a la orden de autoridad

competente *dentro del pazo de las 48 horas* posteriores a su detención. Cuya aplicación tiene efectos directos e inmediatos puesto que no requiere de mayor legislación de desarrollo.

La segunda acotación al derecho a ser oído por juez o tribunal competente, independiente e imparcial se refiere al *tiempo para resolver las causas* que establece la LOPJ a jueces y tribunales para dictar sentencias definitivas, que deberá ser *a más tardar dentro de treinta días de estar el expediente judicial en estado de fallo*, debiéndose observar un riguroso orden de fecha en los expedientes judiciales en tramitación. En el primero de los casos, la presentación de los detenidos ante los jueces competentes son de ineludible cumplimiento, sin embargo en lo referido a los tiempos para resolver las causas, la legislación ha pecado de excesivo optimismo, que ha derivado en acumulación de causas en todas las materias e instancias. Lo que desprotegido el derecho a ser oído por juez o tribunal competente, independiente e imparcial.

Los mecanismos internos de protección al derecho a ser oído por juez competente, independiente e imparcial

Los mecanismos internos de protección al derecho a ser oído por juez competente, independiente e imparcial, cuentan con diversas fuentes, cada una establece mecanismos diversos. Entre las fuentes que acuñan los principales mecanismos internos de protección están: Las leyes constitucionales, el derecho procesal y el derecho penal. A continuación se enuncian en forma esquemática los mecanismos principales mecanismos internos citados.

Mecanismos internos de protección al derecho a las debidas garantías judiciales establecidos por norma constitucional

- El Recurso de Amparo (arts. 188 Cn. 23 y ss. Ley de Amparo).
- El Recurso de Exhibición Personal (arts. 189 Cn. 52 y ss. Ley de Amparo)

Mecanismos internos de protección al derecho a las debidas garantías judiciales establecidos por el derecho procesal

- Incidentes que resuelven cuestiones de competencia (art. 29 CPP).
- La impugnancia (arts. 29 y ss. CPP).
- La recusación (arts. 29 y ss. CPP)

Mecanismos internos de protección al derecho a las debidas garantías judiciales establecidos por el derecho penal

- La activación del juicio mediante acusación por prevaricato y la deslealtad profesional (arts. 463 y ss. Pn.).

Para mayores detalles acerca de los mecanismos internos de protección del derecho a ser oído por juez competente, independiente e imparcial, se recomienda consultar “Los mecanismos internos de protección del derecho a las debidas garantías judiciales: Parte general.” Desarrollados al inicio de este capítulo.

Eventuales formas y modalidades de violaciones y omisiones al derecho a ser oído por juez o tribunal competente, independiente e imparcial

- El juez o tribunal en la tramitación del caso están influenciados por razones ajenas al proceso y al interés de las partes. Resolviendo las pretensiones de las partes a partir de intereses corporativos, políticos, institucionales, económicos, religiosos o legales a tono como políticas de gobierno, de grupos económicos, estrategias y directivas de partidos políticos y/o sus líderes, influenciando indebidamente en la actuación judicial.
- Funcionarios de gobierno, magistrados y/o jueces se han manifestado en relación al caso en cuestión. Haciendo uso de medios de comunicación, por medio de instructivas, órdenes y cualquier otro mecanismo de comunicación, sean orales y/o escritas, encaminadas a influenciar en la decisión judicial y resolver el caso en forma determinada, ajena a los intereses del derecho al debido proceso y los derechos de las partes.
- El juez o tribunal se encuentra implicado por alguna de las causas que establecen las leyes. Se recomienda ver en Código Procesal Civil y Penal lo referido a implicancia, incompetencia y recusación.
- El juez o tribunal no tienen la competencia para conocer y resolver el caso, o el caso fue resuelto.
- En el trámite del caso, el juez o tribunal no garantizan las verdaderas y efectivas condiciones de igualdad a las partes. Se introducen razones y criterios de exclusión que tienen como objetivo favorecer o privar de los derechos a una de las partes, o influenciar y argumentar la resolución final del caso.
- Se realizan trámites y diligencias sin apego al principio de publicidad. Las diligencias y tramites solo son de conocimiento de una de las partes, limitando el acceso a los tramites y las decisiones judiciales a las demás. El caso se tramita en secreto. Se limita el acceso al expediente, piezas de prueba, los trámites y las actuaciones a alguna de las partes.
- En el tramite y resolución de las causas judiciales es omite alguno o varios de los requisitos relativos a las *debidas garantías judiciales* establecidos en los arts. 14.1 PIDCP y 8.2 CASDH.

- La persona sometida a la jurisdicción estatal no es escuchada dentro de los plazos establecidos para ser presentada y oída por juez competente, o es llevada fuera del término, es decir con los plazos vencidos.

Sugerencias para la verificación de denuncias por eventuales violaciones al derecho al derecho a ser oído por juez o tribunal competente, independiente e imparcial

- Establezca los derechos sustantivos que están en juego en el proceso, los que eventualmente se encuentran en riesgo por la omisión de alguno de los derechos a ser oído por juez o tribunal competente, independiente e imparcial, o por la omisión de alguno de los requisitos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales. Recuerde que los derechos que componen el derecho a las debidas garantías judiciales, por lo general son de naturaleza procesal. Lo que plantea que la omisión de estos afecta la tutela de los derechos sustantivos en juego.
- Analice la intervención del juez o tribunal en la tutela y aseguramiento de los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales y respóndase: ¿El juez o tribunal ha brindado la tutela judicial debida? ¿Por qué? ¿Se han omitido trámites y derechos? ¿Cómo?
- En casos de omisión del derecho a ser oído por juez o tribunal competente, independiente e imparcial dentro de plazo razonable, se sugiere establecer los plazos y las fechas de trámite, detención, arresto, presentación, los plazos sin ninguna actividad procesal. En casos de omisión a los plazos en materia penal tenga en cuenta la posibilidad de recurrir de amparo. En otras materias analice los plazos establecidos en la ley de la materia.
- En los casos de implicancia e incompetencia, analice la pertinencia de recurrir con cualquiera de estos recursos.
- Analice la información periférica relativa al caso, en especial los medios de comunicación, tenga en cuenta declaraciones públicas de funcionarios, las partes, y cualquier otro actor, que pretenda influenciar en la decisión del juez o tribunal. Establezca los nexos entre la información publicada y las preferencias, afinidad o adhesión del juez o tribunal, a fin de analizar la pertinencia de recurrir por incompetencia o implicancia en contra de la autoridad judicial.
- Tenga en consideración casos anteriores, la existencia de directivas u órdenes que apunten a resolver el caso, tomando en cuenta otros intereses, diferentes a los establecidos por el derecho y los intereses de las partes.

- Establezca, argumente y recurra la omisión del principio de publicidad de la función judicial, la publicidad de los trámites y las actuaciones. Analice la pertinencia de recurrirla haciendo uso de los recursos disponibles.
- Tenga en consideración eventuales actos, tramites o diligencias encaminadas a resolver la causa haciendo uso de mecanismos de exclusión, encaminados a alargar, embarazar o alejar la consecución y tutela adecuada de los derechos en juego.

5.4. El derecho a igual protección de la ley

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo II. Derecho de igualdad ante la Ley.

Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 27

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivo de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social.

Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país.

El estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción.

Ley de Amparo, Ley 49/88

Artículo 3

El Recurso de Amparo procede en contra de toda disposición, acto o resolución en general, contra toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 260/1998

Artículo 21. A través del Poder Judicial, el Estado de Nicaragua garantiza el libre e irrestricto acceso a los Juzgados y Tribunales de la República para todas las personas, en plano de absoluta igualdad ante la ley para el ejercicio del derecho procesal de acción y la concesión de la tutela jurídica.

En el ejercicio de la acción procesal únicamente se exigirá el cumplimiento de los presupuestos de capacidad para ser parte y tener capacidad procesal.

La administración de justicia en Nicaragua es gratuita. En todo caso, el cobro de aranceles por la prestación de determinados servicios judiciales deberá hacerse en la forma establecida por la ley.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 287/1998

Artículo 4. Toda niña, niño y adolescente nace y crece libre e igual en dignidad, por lo cual goza de todos los derechos y garantías universales inherentes a la persona humana, y en especial los establecidos en la Constitución Política, el presente Código y la Convención sobre los Derechos del Niño, sin distinción alguna de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, situación física o psíquica, o cualquier otra condición, en relación a sus madres, padres o tutores.

Código Penal

Artículo 315. Discriminación, servidumbre, explotación. (Párrafo primero)

Quien discrimine en el empleo por razón de nacimiento, nacionalidad, afiliación política, raza, origen étnico, opción sexual, género, religión, opinión, posición económica, discapacidad, condición física, o cualquier otra condición social, será penado con prisión de seis meses a un año y de noventa a ciento cincuenta días de multa.

Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades, Ley 648/2008

Artículo 1. Es objeto de la presente Ley promover la igualdad y equidad en el goce de los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales entre mujeres y hombres; establecer los principios generales que fundamenten políticas públicas dirigidas a garantizar el ejercicio efectivo en la igualdad real, en la aplicación de la norma jurídica vigente de mujeres y hombres, para asegurar el pleno desarrollo de la mujer y establecer los mecanismos fundamentales a través de los cuales todos los órganos de la administración pública y demás Poderes del Estado, gobiernos regionales y municipales garantizarán la efectiva igualdad entre mujeres y hombres.

Breve reseña del derecho a igual protección de la ley

Las aspiraciones de convivencia en una sociedad compuesta por hombres y mujeres iguales, se remontan a la existencia misma de la humanidad y el Estado. Sin embargo es necesario establecer que la utopía de igualdad se estrella contra la realidad de vida social la que por su propia dinámica tiende a la diversidad y la coexistencia de las diferencias. Como punto de partida hemos de reconocer que no existen dos seres humanos, dos fenómenos sociales o dos objetos iguales. Por lo que la aspiración de igualdad devela un mundo complejo y pletórico de diferencias, que plantea los paradigmas de *igualdad y diferencia* entre los que oscila el principio de igualdad como fundamento de la teoría moderna de ciudadanía.

La historia y la sociedad nos han enseñado que construir un mundo de hombres y mujeres iguales no es posible y cualquier intento de revertir esta aseveración, atenta contra la identidad individual de los seres humanos, como también atenta contra la identidad colectiva de grupos y naciones, que también se regulan por la premisa de la diversidad. Ante la diversidad y las diferencias que nos plantean la vida cotidiana y la realidad social, queda interrogar entonces acerca de un marco alternativo que admita las diferencias y la diversidad, y reconozca el paradigma de igualdad¹¹⁶.

Frente a este paradigma surge como propuesta la sociedad inclusiva, la que por un lado reconoce el derecho a todas las personas a ser diferentes, cuyas implicancias son de largo alcance, puesto que este abarca derechos económicos, políticos, de preferencias sexuales, derecho a pensar diferente, el derecho a disentir etc., y por el otro, traza las líneas maestras en las que existen iguales oportunidades y deberes para todas las personas sin discriminación. El proceso de gestión de las diferencias no siempre es pacífico ni está exento de caos, por el contrario es contradictorio, cambiante y en la mayoría de veces violento. Lo que centra nuestra atención hacia la capacidad de las instituciones para gestionar el caos y la violencia que algunas de las diferencias y la diversidad originan.

Las demandas de solución de conflictos originados en opuestos o en diferencias, sean étnicas, económicas, políticas, sexuales, genéricas, raciales, nacionales, etc., apuntan hacia el Estado como herramienta de solución aceptado, al que hemos delegado la capacidad de coerción para resolver los conflictos. Los seres humanos hemos depositado en el Estado la capacidad de intervención y solución de conflictos, en muchos casos recurriendo a la violencia estatal y al uso de la fuerza para su solución. Sustituyendo de esta manera la violencia privada. Lo que plantea la necesidad de establecer acuerdos que permitan legitimar, aceptar y reconocer la capacidad estatal de intervención. Lo que nos plantea la necesidad de acuerdos, pactos, convenciones y que comúnmente conocemos como leyes¹¹⁷.

¹¹⁶ Squires, Judith. (et. al.). *Equality and Difference*. The Oxford Handbook of Political Theory. Edited by Robert E. Goodin. Oxford University Press. New York, 2008. p. 471.

¹¹⁷ Locke, John. (et. al.). *Two Treatises of Government* (The Second Treatise of Government. 1690). The Philosophy of Human Rights. Hayden, Patrick (Editor), p. 75. Paragon House. USA. 2001.

En un mundo en donde las diferencias y la diversidad son la regla, por tanto no es posible pensar en seres humanos, acontecimientos u objetos iguales. Lo que plantea profundas críticas al modelo de individuos iguales en sociedades igualitarias, como las que propuso el paradigma comunista. Forzar a vivir a hombres y mujeres como iguales en sociedad, no es posible. A menos que sea por la fuerza, lo que anula la esencia misma de la comunidad humana, la que consiste en la convivencia de individuos diferentes con derechos y deberes iguales.

Para compensar las diferencias y la diversidad que impone la vida real se ha recurrido al Estado y al derecho los que han propuesto el paradigma de igualdad a partir de crear derechos y obligaciones iguales para todas las personas sin discriminación. Y cuyos fundamentos se encuentran en la condición humana, la que presume *la capacidad y personalidad moral* de todos y cada uno de las personas. La que en última instancia es la condición que entraña la igualdad fundamental de los seres humanos y que en la visión kantiana fundamenta el derecho a igual protección e igual justicia¹¹⁸. Lo que propone una concepción de la igualdad dada por la capacidad intrínseca de las personas, las leyes y refrendada con las potestades de imperio del Estado, es decir con la capacidad de imponerla por la fuerza. La igualdad establecida de esta manera permite conciliar las diferencias que se suscitan en la vida cotidiana, proponiendo iguales derechos y deberes para todas las personas en una sociedad que reconoce la convivencia entre individuos diferentes.

El contenido de la igualdad establecida por la ley es de carácter normativo y político puesto que para su existencia requiere de la existencia del Estado y el conjunto de instituciones que lo componen para tener vigencia. La igualdad no es fin en sí mismo, sino que su existencia es necesaria para alcanzar otros objetivos, por lo general expresados en forma de derechos y obligaciones, por ejemplo la igualdad es indispensable para ejercer derechos políticos, de familia, de propiedad, etc. Sin el sustrato que conforma la premisa de igualdad no es posible considerar la justicia como un medio de solución de conflictos, ni como un fin para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

La igualdad dada por la sociedad política por medio del reconocimiento de esta en forma de normas, acuerdos, leyes, es acuñada como igualdad ante la ley. La que cuenta con dos dimensiones que son admitidas por la legislación nicaragüense. Por un lado está la *igualdad en la ley*, que pregona que las normas deben de ser iguales para todos. Lo que impone la interdicción o prohibición de la discriminación. Argumento que en el ámbito de la administración de justicia deriva en la *igualdad en la aplicación de la ley*, el que establece que no es posible *que un mismo órgano modifique arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales*, estando obligado a justificar sus decisiones en casos que se apartaren de esta premisa¹¹⁹.

¹¹⁸ Gaus, Gerald F. Political Concepts and Political Theories. Westview Press. USA 2000. p. 141.

¹¹⁹ Arauz Ulloa, Manuel. (et. al.) El principio de igualdad: la igualdad ante la ley. Comentarios a la Constitución Política, ps. 55 – 56. HISPAMER. Managua, 1999.

La aspiración de protección frente a eventuales actos de discriminación *en el empleo* que pretende corregir el artículo 315 del Código Penal resulta en magros resultados reales, si se tiene en cuenta que no solo en el empleo se discrimina. Lo que deriva que no existen mecanismos apropiados de protección a los demás áreas en las que se desarrolla la vida de las personas.

El marco normativo del derecho a igual protección de la ley

El derecho internacional de los derechos humanos

En la sociedad moderna existen dos cuerpos normativos que se han convertido referencias indispensables de la igualdad de los seres humanos como *principio racional*. Su promulgación transformó la sociedad política y transformó la visión de una sociedad basada en *prerrogativas hereditarias* como lo fue la monarquía, en una sociedad basada en acuerdos. Adoptados por personas con derechos y obligaciones iguales que son el núcleo de la sociedad política actual¹²⁰.

El primero lo constituye la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, que sería la precursora de la independencia de los Estados Unidos de América, que establece que todos los hombres *son por naturaleza igualmente libres e independientes*, y tienen ciertos derechos inherentes, que no pueden ser privados o postergados. En segundo lugar la Declaración de los Derechos del Hombre promulgada por la Asamblea Nacional francesa en 1789. La que establece que los hombres han nacido y continúan siendo, *libres e iguales en cuanto a sus derechos*. En ambos casos las condiciones de libertad e igualdad son condiciones que generan derechos.

En el derecho internacional de los derechos humanos, la igualdad está considerada en la ley la que es ejercida sin discriminación alguna, y tiene como consecuencia el derecho a igual protección en la ley. De esta forma el derecho internacional de los derechos humanos parte del principio de igualdad de las todas las personas para construir el derecho a igual protección de la ley.

El derecho a igual protección de la ley, inicialmente fue promulgado en 1948 en el art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que afirma que *todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley*. La DUDH propone la formula siguiente: igualdad ante la ley sin discriminación, tiene como consecuencia, igualdad en la protección de la ley. Esta fórmula será retomada en 1966 en el artículo 14.1 del el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: *Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia*.

En el continente americano la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre también establece el derecho a igual protección de la ley al establecer en el artículo II: *Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna*. Será la Convención Americana sobre

¹²⁰ Kant, Immanuel . (et. al.). The Principles of Political Rights (1793). The Philosophy of Human Rights. Hayden, Patrick (Editor), p. 111- 114. Parangon House. USA. 2001.

Derechos Humanos la que retoma el camino recorrido por los principales instrumentos de derechos humanos y en el año 1969 acuña el principio de *igualdad ante la ley* conforme su artículo 24 que dice textualmente: *Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*

Es posible deducir de los instrumentos internacionales de derechos humanos arriba mencionados que el derecho a igual protección de la ley, cuenta con una condición intrínseca y una consecuencia. En cuanto a la condición intrínseca, esta propone que para que se reconozca la igualdad en las personas en la ley, esta debe ser sin discriminación. Lo que plantea una expresión de igualdad absoluta y válida para todos los seres humanos sin distinción. En cuanto a la consecuencia se plantea que, la igualdad sin discriminación en la ley, deriva en igual protección de la ley a todas las personas. Ello equivale a afirmar que en el derecho internacional de los derechos humanos el derecho a igual protección en la ley, parte de que todas las personas son iguales ante la ley y por tanto todas las personas tienen derecho a igual protección, como consecuencia.

Lo anterior permite proponer que el derecho a igual protección de la ley se construye por medio de tres argumentos: a. la condición: se presume la igualdad de todas las personas ante la ley, b. la garantía estatal: ello implica imponer al Estado la prohibición de discriminación, y c. la consecuencia: la igualdad ante la ley, deriva en derecho a igual protección, como consecuencia.

El derecho a igual protección de la ley en la legislación nicaragüense

La Constitución Política incorpora el derecho a igual protección de la ley por medio del artículo 27 que establece: *Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección.* Retomando a renglón seguido la prohibición de discriminación, desarrollado por este trabajo en el capítulo 5.1.1. E incorpora la garantía de respetar los derechos y la prohibición de discriminación establecida por los artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por su parte la Ley Orgánica del Poder Judicial, aporta un principio general de derecho nacional al reconocer que el Estado Nicaragüense por medio del Poder Judicial garantiza el acceso a la justicia *para todas las personas, en plano de absoluta igualdad ante la ley* para el ejercicio del derecho procesal de acción y la concesión de la tutela jurídica. Lo que se enmarca en el concepto de igualdad ante la ley desarrollado en líneas arriba.

El derecho a igual protección de la ley para todas las personas también ha sido desarrollado en dos leyes particulares que introducen el derecho a igual protección de la ley en formas distintas. El Código de la Niñez y de la Adolescencia por medio del artículo 4 establece el derecho a igual protección de la ley, la que alude a instrumentos internacionales de derechos humanos por medio de la aseveración: *Toda niña, niño y adolescente nace y crece libre e igual en dignidad, por lo cual goza de todos los derechos y garantías universales inherentes a la persona humana.* Ampliando el

ámbito de aplicación no solo a los derechos establecidos por la Constitución Política y el derecho interno, y su protección es llevada hacia la Convención sobre los Derechos del Niño.

Retomando sin duda alguna la garantía estatal que prohíbe la discriminación, a tono con los elementos del derecho a igual protección de la ley a mencionar: a. la condición: se presume la igualdad de todas las personas ante la ley, b. la garantía estatal: ello implica imponer al estado la prohibición de discriminación, y c. la consecuencia: la igualdad ante la ley, deriva en derecho a igual protección para todas las personas.

Por su parte la Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades, pretende por medio del artículo 1 establecer el ámbito de protección de la ley y aspira a construir un marco igualdad y equidad entre mujeres y hombres. Considerando a las políticas públicas como principal mecanismo de transformación. Desafortunadamente esta ley peca de ambiciosa, bienintencionada pero ineficaz. Ambiciosa puesto que se construye en una visión estado-céntrica del cambio social al plantear de manera mágica que las políticas públicas, es decir las *intervenciones autoritarias* del poder público *asignando valores*¹²¹, son los motores infalibles del cambio. En este caso la igualdad de géneros como valor colectivo y como política pública, serán las herramientas de igualación de oportunidades y por tanto los programas y las acciones que estas entrañan serán la *guía de acción* que permitiría al Estado como actor principal¹²² lidiar con los desafíos que enfrentan las mujeres en temas de desigualdad de oportunidades. Lo resulta una desafortunada buena intención legitimada por la Asamblea Nacional en forma de ley.

Otra arista de la visión estado-céntrica de la ley se observa en el establecimiento del Consejo Nacional por la Igualdad, que aspira a involucrar a todos los niveles de todas las administraciones públicas, en políticas públicas encaminadas a gestionar la igualdad y la equidad *entre mujeres y hombres*. Lo que sugiere que la coordinación entre los entes públicos será el *sanctus sanctorum* que terminará con las desigualdades de género en el país.

En segundo lugar, la reasignación de competencias que la ley distribuye en los ministerios de estado y entes públicos, retoma la concepción del Estado todopoderoso que transforma la sociedad sin mayor integración ni contrapartida de los ciudadanos. Es decir en el proceso de igualación a que esta ley aspira, nosotros los ciudadanos organizados: no somos necesarios. En tercer lugar, la ley hace gala de una larga lista de reivindicaciones: políticas, económicas, sociales, culturales y del medio ambiente, que tal parece que bastaría una ley, para que las barreras y los mecanismos de exclusión y discriminación desaparezcan: Otra falacia.

En cuarto lugar, a pesar de contar con un lenguaje dizque de derechos humanos, su contenido se aleja de estos tergiversándolos, por medio de equívocas afirmaciones alejadas de la realidad, aseverando que estos *están garantizados a todas las personas en todo momento y lugar*. Lo que

¹²¹ Birkland, Thomas A. An Introduction to the Policy Process. Second Edition, M.E.Sharpe, Inc. New York 2005. p. 18.

¹²² Anderson, James E., Public Policymaking. Sixth Edition. Houghton Mifflin Company. USA 2006, p. 6.

revela un manejo peregrino y distorsionado de estos. La ignorancia que en materia de derechos humanos que esta ley hace gala, parte de afirmar su imbricación en los derechos humanos mismos. Sin embargo parece que olvidaron que los derechos humanos se concretan y se hacen valer por medio de mecanismos internos de protección, los que están dados en clave de derecho interno, que asumen forma de leyes e instituciones de protección que facilitan y tutela la aspirada igualdad. Sin embargo estas leyes e instituciones aun están ausentes. Lo que permite sugerir que la aspiración de derechos humanos que dizque inspira esta ley es mas retorica que realidad.

Desafortunadamente la ley no establece los mecanismos internos de protección, estableciendo únicamente mecanismos administrativos de multas y destitución de funcionarios como los únicos mecanismos de implementación. Y deja por fuera los demás ámbitos de la administración de justicia, como son las competencias, procedimientos y potestades de los demás poderes públicos. Potestades que por simple definición han de estar contenidos en leyes de la República y no en la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo como lo establece esta ley. Lo que pone en duda el principio de división de poderes como pilar fundamental del estado de derecho.

Se puede afirmar que la Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades, lejos de acercarla y crear el marco racional para gestionar la exclusión y por tanto las discriminaciones, centra su atención únicamente en la práctica estatal de coordinación. Desafortunadamente la coordinación estatal se le asocia a ejercicios jerárquicos de poder en donde las estructuras superiores se suelen subordinar a las inferiores. Además esta ley no incorpora las premisas por la que el derecho internacional de los derechos humanos y la Constitución Política construyen el derecho a igual protección de la ley, por medio de establecer: a. la condición: se presume la igualdad de todas las personas ante la ley, b. la garantía estatal: ello implica imponer al estado la prohibición de discriminación, y c. la consecuencia: la igualdad ante la ley, deriva en derecho a igual protección, como consecuencia, por medio de crear los programas y las acciones encaminadas a concretar y concertar la aspiración colectiva de igualdad. Limitándose a ser un ejercicio del poder discrecional y jerárquico de la administración pública.

Los mecanismos internos de protección del derecho a igual protección de la ley

A continuación se enumeran en forma esquemática los mecanismos principales mecanismos internos de protección del derecho a igual protección de la ley.

Mecanismos internos de protección al derecho a las debidas garantías judiciales establecidos por norma constitucional

- *El Recurso de Amparo*
- *El Recurso de Exhibición Personal*

Mecanismos internos de protección al derecho a las debidas garantías judiciales establecidos por el derecho procesal

- *Incidentes que resuelven cuestiones de competencia*
- *La implicancia*
- *La recusación*

Mecanismos internos de protección al derecho a las debidas garantías judiciales establecidos por el derecho penal

- *La activación del juicio mediante acusación por prevaricato y la deslealtad profesional*

Para mayores detalles acerca de los mecanismos internos de protección del derecho a igual protección de la ley, se recomienda consultar “Los mecanismos internos de protección del derecho a las debidas garantías judiciales: Parte general.” Desarrollados al inicio de este capítulo en la pagina 17.

Patrones y modalidades de violaciones del derecho a igual protección de la ley

La evidente conexión que existe entre la prohibición de la discriminación, establecida por el derecho internacional de los derechos humanos, y reconocida por el derecho nicaragüense, y el derecho a igual protección de la ley, propone una relación de causa y efecto que no podemos evitar. Lo que plantea patrones y circunstancias similares por las que ambos se omiten. En lo referido a los patrones y modalidades de violaciones al derecho a igual protección de la ley se recomienda ver los *patrones y modalidades de violaciones a la garantía estatal de respetar los derechos y la prohibición de la discriminación*, en el capítulo 5.1.1 dedicado a la Garantía Estatal de Respetar los Derechos y la Prohibición de la Discriminación.

Las omisiones al derecho a igual protección de la ley, eventualmente están determinadas por la existencia de intereses, agendas o actores que recurren a los operadores de justicia como justificaciones y argumentos, sean programas de gobierno, agendas políticas, religiosas o económicas, las que influyen en la normal gestión de la causa. De forma que se obstruye el derecho al acceso a la justicia, bajo cualquier argumento, los que pueden ser de hecho o derecho. Es importante tener en cuenta las afectaciones, los actores tras bambalinas, y los afectados por eventuales decisiones judiciales relativas al caso, y los intereses particulares de cada uno.

Sugerencias para la verificación del derecho a igual protección de la ley

- En forma similar nuevamente se recomienda ver las sugerencias para la verificación de *la garantía estatal de respetar los derechos y la prohibición de la discriminación*, contenida

en el capítulo 5.1.1 La garantía estatal de respetar los derechos y la prohibición de la discriminación.

- En casos en que se ha recurrido de Amparo analice la eficacia con que el recurso ha sido gestionado por el tribunal correspondiente.
- Identifique casos anteriores similares en donde se ha omitido el derecho a igual protección de la ley e identifique la causa de discriminación que el juez o tribunal esta argumentando para omitir el derecho.
- Identifique las consecuencias que la omisión del derecho a igual protección de la ley tiene en la petición demandada, tenga en cuenta que las omisiones del derecho a igual protección de la ley tienen como objetivo el alejar o retrasar el acceso efectivo a la justicia.
- Establezca, además de las partes en el juicio, otras que están influyendo y sus argumentos, sean partidistas, económicos, políticos, religiosos, etc. y valore como estos actores y sus argumentos afectan las peticiones y demandas en juicio, o interfieren en la actuación judicial, y la actuación de otros funcionarios públicos.
- Analice la intervención de los medios de comunicación como actores influyentes en la divulgación del caso, tenga en cuenta las preferencias y los valores que cada medio de comunicación adscribe.

5. 5. El derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 2 (inciso 3)

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial¹²³

Artículo 6

Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹²⁴

Artículo 13

Todo Estado Parte velará por que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XVIII. Derecho de justicia.

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

¹²³ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

¹²⁴ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A.G. res. 39/46, anexo, 39 U.N.GAOR Supp. (No. 51) p. 197, ONU Doc. A/39/51 (1984), entrada en vigor 26 de junio de 1987.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura

Artículo 8

Los Estados partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Título X. Supremacía de la Constitución su Reforma y de las Leyes Constitucionales

Capítulo II. Control Constitucional

Artículo 187. Se establece el Recurso por Inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política, el cual podrá ser interpuesto por cualquier ciudadano.

Artículo 188. Se establece el Recurso de Amparo en contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política.

Artículo 189. Se establece el Recurso de Exhibición Personal en favor de aquellos cuya libertad, integridad física y seguridad, sean violadas o estén en peligro de serlo.

Artículo 190. La Ley de Amparo regulará los recursos establecidos en este Capítulo.

Ley de Amparo, Ley 49/1988

Artículo 2. El Recurso por Inconstitucionalidad procede contra toda ley, decreto ley, decreto o reglamento que se oponga a la Constitución Política.

Artículo 3. El Recurso de Amparo procede en contra de toda disposición, acto o resolución en general, contra toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política.

Artículo 4. El Recurso de Exhibición Personal procede a favor de aquellas personas cuya libertad, integridad física y seguridad, sean violadas o estén en peligro de serlo por:

1. Cualquier funcionario, autoridad, entidad o institución estatal, autónoma o no.
2. Por actos restrictivos de la libertad personal de cualquier habitante de la República, realizado por particulares.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 260/1998

Artículo 20. Doble instancia

Todas las sentencias de primer grado, dictadas por los jueces, podrán ser impugnadas por las partes mediante el recurso de apelación, sin perjuicio de los demás recursos establecidos por la ley.

En todo proceso, cualquiera que sea la materia, solo habrá dos instancias.

Código Civil

Artículo 458. Son apelables todas las sentencias definitivas y las interlocutorias de primera instancia, salvo en los casos en que la ley niegue este recurso.

Código del Trabajo, Ley 185/1996

Artículo 348. Contra las resoluciones de las autoridades laborales proceden los siguientes medios de impugnación:

- a) los recursos que se resuelven por el tribunal o autoridad superior a la que dictó la resolución;
- b) los remedios que se interponen y resuelven en la misma instancia.

Son recursos el de apelación y el de hecho.

Son remedios, la reposición o reforma, la aclaración y la ampliación.

Código Penal, Ley 641/2007

Artículo 463. Prevaricato. Se impondrá prisión de cinco a siete años, e inhabilitación absoluta por el mismo periodo al Juez o Magistrado que incurra en alguna de las siguientes conductas:

1. Dicte resolución contra la Constitución Política o ley expresa;
2. Funde la resolución en un hecho falso;
3. Conozca una causa que patrocinó como abogado;
4. Aconseje o asesore a las partes o sus abogados que litigan en casos pendientes en su despacho;
5. Durante la tramitación de la causa se vincule en negocios o sentimentalmente con alguna de las partes o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad.

Artículo 464. Denegación de justicia. El juez o magistrado, que se niegue a resolver, sin tener causa legal, o con el pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, será penado con multa de trescientos a seiscientos días e inhabilitación especial para ejercer el empleo o cargo público de dos a seis años.

Artículo 465. Retardo malicioso. El juez o magistrado que retarde maliciosamente la administración de justicia, será penado con multa de trescientos a seiscientos días e inhabilitación especial de dos a seis años. Se entenderá por malicioso el retardo cuando fuere provocado para afectar los intereses los intereses de cualquiera de las partes.

Si la misma conducta descrita en el apartado anterior fuere realizada por el fiscal, procurador o empleado judicial, las penas anteriores se reducirán a la mitad.

Código de Procedimiento Civil

Artículo 450. De las sentencias simplemente interlocutorias, puede apelarse, si no se ha hecho uso del recurso de reposición o reforma.

Artículo 458. Son apelables todas las sentencias definitivas y las interlocutorias de primera instancia, salvo en los casos en que la ley niegue este recurso.

Artículo 1988. En los juicios verbales no se concede apelación en los casos siguientes:

1. Cuando entre las partes hubo pacto de no apelar;
2. Cuando la sentencia se pronunció en virtud de confesión real o ficta y
3. Cuando la cantidad sobre que versa el asunto no pase de treinta pesos.

Artículo 1989. La apelación, en los casos en que tenga lugar, se interpondrá en el acto de la notificación o dentro de veinticuatro horas de notificada la sentencia que lo motiva, y el Juez resolverá en la siguiente audiencia, o en la misma, sin otro trámite, si hay o no lugar a ella. Si se admite, emplazará a las partes para que dentro de veinticuatro horas de la última notificación comparezcan ante el Juez de Distrito de lo Civil respectivo a hacer uso de sus derechos.

No obstante lo dispuesto en el inciso que antecede se tendrán como bien presentadas las partes ante el superior respectivo cuando lo hacen desde el momento que se notifica la admisión del recurso, aunque el término no empiece a correr desde esa fecha.

Título XXVII. De la apelación. Disposiciones generales. (Juicios Verbales)

Artículo 2002. Introducido el proceso, la Sala examinará previamente y dentro de tercero día si el recurso es admisible, y si ha sido interpuesto en el término legal.

Si encontrare mérito la Sala para considerar inadmisibles o extemporáneos el recurso, lo declarará improcedente desde luego; pero esto no impide para que en cualquier tiempo pueda también hacerlo antes de la sentencia.

Código Procesal Penal, Ley 406

Artículo 17. Todas las partes del proceso tienen derecho a impugnar las resoluciones que les causen agravio, adoptadas por los órganos judiciales en los casos previstos en el presente Código. Igual derecho tendrá el Ministerio Público en el cumplimiento de sus obligaciones.

Artículo 337. Procedencia. La acción de revisión procederá contra las sentencias firmes y en favor del condenado o de aquél a quien se haya impuesto una medida de seguridad, en los siguientes casos:

1. Cuando los hechos tenidos como fundamento de la condena resulten inconciliables o excluyentes con los establecidos por otra sentencia penal firme;

2. Cuando la sentencia condenatoria se haya fundado en prueba falsa o en veredicto ostensiblemente injusto a la vista de las pruebas practicadas;
 3. Si la sentencia condenatoria ha sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta o cualquier otro delito cuya existencia se haya declarado en fallo posterior firme, salvo que se trate de alguno de los casos previstos en el inciso siguiente;
 4. Cuando se demuestre que la sentencia es consecuencia directa de una grave infracción a sus deberes cometida por un juez o jurado, aunque sea imposible proceder por una circunstancia sobreviniente;
 5. Cuando después de la condena sobrevengán o se descubran nuevos hechos o nuevos elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, evidencien que el hecho o una circunstancia que agravó la pena no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible o encuadra en una norma más favorable;
 6. Cuando deba aplicarse retroactivamente una ley posterior más favorable, o cuando la ley que sirvió de base a la condenatoria haya sido declarada inconstitucional, o,
 7. Cuando se produzca un cambio jurisprudencial que favorezca al condenado, en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia o sus Salas.
- La revisión procederá aun cuando la pena o medida de seguridad haya sido ejecutada o se encuentre extinguida.

Artículo 362. Legitimación. Podrán recurrir en contra de las decisiones judiciales las partes que se consideren agraviadas y a quienes la ley reconozca expresamente este derecho. Cuando la ley no distinga, tal derecho corresponderá a todos.

Aun cuando haya contribuido a provocar el vicio objeto del recurso, el acusado podrá impugnar una decisión judicial cuando se lesionen disposiciones constitucionales o legales sobre su intervención, asistencia y representación.

El defensor podrá recurrir autónomamente en relación con el acusado, pero éste podrá desistir de los recursos interpuestos por aquél, previa consulta con el defensor, quien dejará constancia de ello en el acto respectivo.

Artículo 365. Recurso de hecho. De igual forma, contra el auto que declaró la inadmisibilidad del recurso de apelación o casación o en contra del que lo confirma al resolver su reposición, cabe recurrir de hecho.

El recurso de hecho deberá ser interpuesto ante el órgano competente para conocer del recurso de apelación o de casación según el caso, en el término máximo de tres días, contados a partir de la notificación del auto impugnado; se deberá acompañar copia del recurso declarado inadmisble

y del auto que así lo declaró o confirmó. En él se deberán expresar los agravios ocasionados por el auto impugnado y los alegatos de derecho que el recurrente estime pertinente.

El órgano competente resolverá el recurso de hecho dentro de los cinco días siguientes a su recepción. Si estima que el recurso interpuesto fue debidamente rechazado, así lo declarará en forma motivada y archivará las diligencias. En caso contrario, lo admitirá y ordenará al juez de instancia notificarlo a la parte recurrida para que conteste, continuando la tramitación que corresponda.

Artículo 373. Procedencia. El recurso de reposición procederá contra las resoluciones dictadas sin haber oído a las partes, a fin de que el mismo tribunal que las dictó, examine nuevamente la cuestión y dicte, de inmediato, la decisión que corresponda.

Artículo 375. Competencia. Serán competentes para conocer del recurso de apelación contra autos sentencias las salas penales de los tribunales de apelación y los jueces de distrito, en los casos previstos en el presente Código.

Artículo 376. Autos recurribles. Serán apelables los siguientes autos:

1. Los que resuelvan una excepción o un incidente que no implique terminación del proceso;
2. Los que decreten una medida cautelar restrictiva de la libertad;
3. Los que recojan un acuerdo entre las demás partes sin haber oído a la víctima previamente;
4. Los que pongan fin a la pena o a una medida de seguridad, imposibiliten que ellas continúen, impidan el ejercicio de la acción, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena, y,
5. Los demás señalados expresamente por el Código o la ley.

Breve reseña del derecho a un recurso adecuado y efectivo

El derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo, que se sintetiza en el derecho a recurrir, nace en el derecho internacional de los derechos humanos en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos como el *derecho a un recurso efectivo*. En esa misma época la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consigna el derecho de contar con *un procedimiento sencillo y breve* para ser amparado contra los actos de autoridad que violen los derechos constitucionales de las personas.

El derecho a un recurso adecuado y efectivo es retomado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 2.3.a. El que se establece como mecanismo encaminado a proteger a todas personas, facultándolas para *interponer un recurso efectivo* en contra de las omisiones y violaciones de los derechos y libertades consignados por el Pacto. Tal protección abarca incluso

todos los actos lesivos y dañosos realizados por funcionarios en ejercicio de funciones oficiales. En el continente americano será en 1969 con la proclamación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se establecerá el derecho a *protección judicial* conforme el artículo 25 CASDH. La que se concreta por medio del derecho a interponer un *recurso sencillo, rápido y efectivo*, encaminado a amparar a las personas en contra de los actos que violen sus derechos fundamentales establecidos por las leyes.

Atributos principales del derecho a un recurso adecuado y efectivo

- a. Los supuestos que invoca el derecho internacional de los derechos humanos atinentes al derecho a un recurso efectivo establecidos tanto en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.3.b.c PIDCP) como por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25.2 CASDH) son dos: En primer lugar, los instrumentos internacionales establecen que únicamente autoridades facultadas de antemano pueden decidir sobre el conjunto de los derechos y las libertades de las personas. Se delega y presume que corresponde exclusivamente a las autoridades judiciales la tutela efectiva del sistema de derechos y libertades. Lo que equivale a afirmar que corresponde a estas determinar sobre los derechos y libertades a proteger por medio de los recursos. El segundo supuesto, consiste en que corresponde a los Estados la obligación de establecer y dotar al derecho a un recurso efectivo de naturaleza judicial, por medio de su establecimiento en la legislación interna. Lo que equivale a asignar con exclusividad la función de control y revisión de los derechos y libertades de las personas, establecer las circunstancias que corresponde aplicar dichos mecanismos, así como desconocer facultades a cualquier otro poder del estado que alegue competencia en materia tutela efectiva de derechos y libertades de las personas.
- b. La universalidad del derecho a un recurso efectivo está relacionada con los amplios márgenes de protección a que aspira este derecho. La universalidad se expresa en cobertura amplia e indiscriminada que protege a todas las personas sin distinción alguna. La que se encuentra reconocida y ratificada por los principales instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.
- c. Las notas que caracterizan el derecho a un recurso efectivo son: efectividad, sencillez, brevedad y rapidez. Efectividad que está determinada por los fines que este derecho pretende proteger, es decir la efectividad estará medida a partir de dos indicadores, en primer lugar el poder real con que cuentan las personas, para impugnar, quebrar y revertir los actos que violan sus derechos, y en segundo lugar la adecuada protección brindada por la administración de justicia a las personas cuyos derecho han sido violados por actos oficiales. Estamos hablando de protección real, eficiente y efectiva, lo que plantea que actos simbólicos y desprovistos de eficacia, aunque con pretensiones de legalidad y protección no se podrán considerar como tales. Para lograr el objetivo de

efectividad el sistema de justicia requiere de actuaciones y procedimientos sencillos, breves y además rápidos.

- d. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en varias oportunidades que el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo, se encuentra imbricado en los principios del Derecho Internacional. Los que establecen que no basta la existencia formal de tales recursos, *sino también a que éstos sean adecuados y efectivos*. Se entiende por recurso adecuado cuando *la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea (es) idónea para proteger la situación jurídica infringida*. En cuanto a la eficacia de los recursos la Corte ha reiterado que *un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido*¹²⁵. Lo que amplía las características de los recursos, puesto que además de la sencillez, rapidez y eficacia, estos han de ser adecuados. Capaces de producir el resultado para el que fueron diseñados, que no es más que proteger los derechos de las personas frente a situaciones jurídicas infringidas.
- e. La finalidad del derecho a un recurso efectivo es el amparo y la protección de las personas contra todos los actos que violan los derechos y libertades establecidos por la legislación, incluyendo aquellos cometidos por personas que ejercen funciones oficiales. Lo que deja en evidencia el deber de protección estatal de los derechos de todas las personas, delegada a la administración de justicia, y la voluntad estatal de someter la actuación oficial al cumplimiento de los derechos y libertades reconocidos por la legislación. Amparando de esta forma a todas las personas de cualquier actos cometidos lesivos, dañinos cometidos por funcionarios en ejercicio de potestades públicas. Lo que permite derivar también la relación intrínseca que existe entre el derecho a un recurso efectivo y la legislación. Son los derechos y las libertades establecidos en la legislación interna, los que permiten establecer el punto de comparación y el contraste entre la actuación legítima de la autoridad y las violaciones de derechos humanos.
- f. La legislación interna es el punto de comparación que faculta invocar el derecho a un recurso efectivo. El sistema normativo nacional establece el conjunto de derecho y libertades de todas las personas. El derecho a recurso efectivo se plantea una amplia protección puesto que funciona aun en aquellos casos en donde los derechos o libertades estipulados en la legislación interna son omitidos o violados por actos cometidos por funcionarios en ejercicio de funciones públicas. Lo anterior sirve de fundamento básico al derecho a un recurso efectivo como mecanismo de amparo para todas las personas en contra actos que violan sus derechos, aun cuando estos sean cometidos por personas en

¹²⁵ Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) No. 4 (1988). Párrafos 63 y 64. En este mismo sentido se aconseja ver: Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párrs. 66-67; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6, párrs. 87-88

ejercicio en *ejercicio de funciones oficiales*. Corresponde a la legislación nacional retomar esta institución del derecho internacional de los derechos humanos, e introducir el derecho a un recurso efectivo como un mecanismo de contrapeso y control institucional de la actuación estatal, encaminada a proteger a las personas contra cualquier acto perverso, lesivo y dañoso aun cuando este sea cometido por el estado y sus agentes.

En cuanto al contenido del derecho a recurso efectivo, este aspira brindar la protección de los derechos y libertades de las personas, los que una vez violados pueden ser restituidos por medio de un recurso. El derecho a recurso efectivo es un mecanismo de control institucional y de legalidad en cualquier sistema de pesos y contrapesos. El que posibilita el control judicial de los actos lesivos y dañosos de las personas, incluidos aquellos cometidos por funcionarios en ejercicio de funciones oficiales. Faculta a todas las personas a impugnar cualquier acto que viole sus derechos reconocidos por la Constitución y las leyes, por medio de someter a los actos impugnados o recurridos a un control de legalidad, y que tiene por finalidad la restitución de derechos y libertades omitidas y violentadas.

En forma sintética, el derecho a un recurso efectivo es una institución establecida en el derecho internacional de los derechos humanos, que aspira a proteger a las personas en contra de actos lesivos, dañosos y arbitrarios que violan sus derechos y libertades. En particular cuando estos son cometidos por personas en ejercicio de funciones públicas. Corresponde a la legislación interna establecer el sistema de derechos y libertades, los que una vez omitidos pueden ser restituidos, reclamados y tutelados por medio del derecho a un recurso efectivo, es decir por medio del derecho a recurrir. Como también delegar en las autoridades judiciales la función exclusiva de protección de los derechos de las personas que han hecho uso del recurso, es decir de aquellos que han recurrido.

Los mecanismos internos de protección del derecho a un recurso efectivo

La legislación nicaragüense establece diversos mecanismos de protección del derecho a un recurso efectivo, también conocido por otros autores como el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo, en consonancia con las características que establece el art. 25 CASDH. Atendiendo al sistema de fuentes del derecho nacional, se puede afirmar que los mecanismos internos de protección disponibles son de naturaleza heterogénea, puesto que han sido creados por normas de diversa jerarquía.

A continuación se propone una clasificación de los mecanismos internos de protección del derecho a un recurso efectivo tomando como punto de partida el sistema de fuentes del derecho nacional y por tanto la jerarquía normativa que este establece. Los mecanismos internos de protección al derecho a un recurso efectivo han sido establecidos mediante: a. norma constitucional; b. los principios generales del derecho nacional; c. leyes de desarrollo, sean estas últimas de naturaleza

sustantiva como es el caso de los códigos: Código Civil, Código del Trabajo y Código Penal, o por norma adjetiva o procesal como son el Código de Procedimiento Civil y el Código Procesal Penal.

Mecanismos de protección al derecho a un recurso efectivo creados por norma constitucional

La Constitución Política en el Título X Capítulo II establece el control constitucional, habilitando a todas las personas con tres mecanismos de impugnación encaminados a proteger el sistema de derechos y libertades que establece la legislación nacional. Estos mecanismos de impugnación operan en tres circunstancias distintas. Pueden ser utilizados en contra: a. Cualquier norma que se oponga a la Constitución Política, b. Contra toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías establecidos por la Constitución Política; c. Contra cualquier amenaza a libertad, integridad física y seguridad de cualquier persona.

Simultáneamente la Constitución Política crea tres mecanismos de control de constitucionalidad: Recurso por Inconstitucionalidad, Recurso de Amparo y Recurso de Exhibición Personal. Cada uno está diseñado para ser empleado en escenarios reales y/o normativos diversos. Posibilitando de esta forma impugnar o revocar cualquier ley, acción u omisión que viole el sistema de derechos y libertades establecidos por la Constitución Política. Por medio de la técnica de impugnación y sometimiento ante la *autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado*, es decir las autoridades judiciales, la revisión y la decisión última sobre los derechos de las personas que han interpuesto cualquiera de los recursos antes citados.

La función de los mecanismos de control de constitucionalidad consiste en legitimar el sistema normativo e institucional sobre el que se construye la convivencia ciudadana y la acción política. A éstos se les asigna el papel de armonizar las contradicciones y las disfunciones e interacciones que se generan entre la acción social que se manifiesta en el ejercicio del conjunto de derechos y libertades por las personas y la acción política desarrollada por las instituciones del estado. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, además de la dimensión política que cumplen los mecanismos de control de constitucionalidad, estos tienen una dimensión de protección como mecanismos por los que se protege el derecho a un recurso efectivo.

En forma sintetizada se presentan a continuación cada uno de los recursos que componen los mecanismos de control constitucional, los que por su naturaleza devienen en mecanismos internos del derecho a un recurso efectivo:

Recurso por Inconstitucionalidad

Ha sido establecido por el artículo 187 de la Constitución Política. Es desarrollado por el art. 2 de la Ley de Amparo. Está diseñado para proteger, por un lado el conjunto de derechos y libertades ciudadanas y por el otro, al régimen político. Que no es otra cosa más que las instituciones

políticas que crea la Constitución Política, por medio de facultar a cualquier persona para impugnar y por tanto someter al control judicial, *toda ley, decreto ley, decreto o reglamento* que se oponga a la Constitución. Lo que equivale a afirmar que el Recurso por Inconstitucionalidad funciona en dos direcciones: En primer lugar en contra de toda norma que viole el sistema de derechos y libertades establecidas por la Constitución, y en segundo lugar también opera en contra de cualquier norma que pretenda deslegitimar las instituciones creadas por la Constitución Política.

Recurso de Amparo

Establecido por el artículo 188 de la Constitución Política y es desarrollado por el artículo 3 de la Ley de Amparo. Está diseñado para proteger a las personas en contra de *toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos* que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política.

Recurso de Exhibición Personal

Establecido por el artículo 189 de la Constitución Política y es desarrollado por el artículo 4 de la Ley de Amparo. Opera contra las omisiones, violaciones y amenazas contra la *libertad, integridad física y seguridad* de las personas. La protección que aspira el Recurso de Exhibición personal se extiende contra acciones u omisiones que atentan contra la libertad, integridad o la seguridad personal cometidas por particulares o por personas que actúan en *ejercicio de funciones oficiales*.

Mecanismos internos de protección de carácter normativo desarrollados como principios generales del derecho nacional

El valor de los principios generales del derecho es más de carácter rector que instrumental, puesto que los principios generales del derecho en vez de ser normas jurídicas en sentido estricto, son valores rectores que sirven de puntos de referencia a todo el ordenamiento normativo. Este fenómeno deriva un efecto práctico puesto que los principios generales del derecho actúan como líneas maestras sobre las que se construye el ordenamiento y se regula su funcionamiento. Ello permite establecer de antemano el funcionamiento del sistema jurídico acorde a ciertos valores, lo que fortalece la creencia de previsibilidad del sistema jurídico. Es decir la resolución de los conflictos sin incertidumbres ni sobresaltos.

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce como derecho de todas las personas sin distinción el derecho a un recurso efectivo. El derecho nicaragüense lo retoma y lo introduce por medio de diversas normas. A diferencia del derecho canónico que admite la infalibilidad del Papa como valor y premisa de la actuación de la iglesia católica, el derecho a un recurso efectivo se encuentra imbricado en la posibilidad de error o abuso cometido por alguna persona *en ejercicio de funciones oficiales*. La actuación judicial defectuosa, el daño administrativo, el retardo de justicia, la detención ilegal, son algunos de los ejemplos a los que aspira enmendar el derecho a un

recurso efectivo. Sometiendo a revisión ante otra persona investida de potestades judiciales, la que es diferente de la que emite la sentencia o el acto lesivo y dañoso, por el que origina el recurso. Lo que abre la posibilidad de impugnación, revisión y eventual corrección de los yerros. Proceso que se constituye en un valor y garantía del sistema normativo en beneficio de los derechos y libertades de las personas.

La Ley Orgánica del Poder Judicial por medio del artículo 20 establece la *doble instancia* como principio general del derecho nacional. Lo que posibilita impugnar por medio del recurso de apelación *todas las sentencias* dictadas por los jueces en primera instancia. Ello sienta las bases para el establecimiento de la doble instancia procesal y otorga el derecho a todas las personas para recurrir; es decir impugnar y solicitar la revisión en una segunda instancia de todas las sentencias emitidas por los jueces en *primer grado*. Las implicaciones de este principio general del derecho nacional, consisten en que su validez irradia a todo el sistema normativo, estableciendo como procedimiento y garantía de funcionamiento del mismo en beneficio de todas las personas.

Mecanismos internos de protección del derecho a un recurso efectivo establecidos en las leyes de desarrollo

Corresponde a esta categoría de normas el desarrollo y la aplicación de los valores y los principios rectores que rigen un sistema normativo determinado. Normas que por general tienen su origen en el texto constitucional y se ubican en la base de la construcción normativa. A este tipo de normas les corresponde regular una parcela muy bien identificada de entre el conjunto de materias que regula el derecho. En este tipo de normas se observan dos naturalezas distintas: Por un lado son de naturaleza sustantiva es decir regulan las instituciones de una materia en particular, y por el otro, también son de naturaleza adjetiva, porque les corresponde regular los procedimientos de un ámbito específico del derecho.

En la legislación nicaragüense existen diversos mecanismos internos de protección al derecho a un recurso efectivo establecidos tanto en leyes de desarrollo de naturaleza sustantiva: Código Civil, Código Penal, Código del Trabajo, entre otras, como en normas de naturaleza adjetiva: Código de Procedimiento Civil, Código Procesal Penal.

En la legislación nicaragüense los mecanismos de protección al derecho a un recurso efectivo pueden ser considerados en dos formas: la apelación y los delitos relacionados a la administración de justicia. A continuación se presentan sus principales características.

La apelación y otros recursos como concreción del derecho a recurso efectivo

En procedimientos establecidos por leyes de desarrollo la apelación es el mecanismo interno de protección al derecho a recurso efectivo por excelencia. Consiste en el derecho a impugnar una decisión judicial previa y someterla a una segunda instancia, o autoridad judicial diferente de la

que emite la sentencia o resolución apelada. Lo que abre la posibilidad de quebrar esta sentencia y restituir de esta forma eventuales derechos omitidos o violados.

La apelación como mecanismo de corrección de eventuales sentencias o resoluciones dañosas o lesivas se encuentra establecida en todas las principales leyes del país. De esta forma el sistema normativo nacional hace honor al principio general del derecho de la doble instancia. Que está intrínsecamente relacionado con el derecho a recurrir establecido por el derecho internacional de los derechos humanos y concretado en el derecho a recurso efectivo reconocido por los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.

Sin embargo las diversas leyes de desarrollo establecen una gama compleja de recursos aplicables cada uno a situaciones concretas, lo que dificulta su clasificación, e impone un alto grado de complejidad al derecho a recurrir. Ello equivale a afirmar que el derecho a un recurso efectivo se encuentra regulado en forma diversa en cada una de las leyes que regulan cada materia.

Los mecanismos internos de protección al derecho a un recurso efectivo desarrollados por la legislación nacional en las materias civil, laboral y penal:

- i. Derecho Civil: Reconoce el derecho a apelar las sentencias simplemente interlocutorias (art. 450 C.), sentencias definitivas e interlocutorias dictadas en primera instancia (art. 458 C.). Establece el derecho a apelar de las decisiones judiciales en juicios verbales de conformidad con los arts. 1988 y 2002 C.
- ii. Derecho del Trabajo: Establecida por el Código del Trabajo, Ley 185/1996. El artículo 348 CT. establece dos *medios de impugnación* de las decisiones de la jurisdicción laboral:
 - a. Los recursos que pueden ser de apelación y el de hecho; b. Los remedios que pueden ser *la reposición o reforma, la aclaración y la ampliación*.
- iii. Derecho Penal: El Código Procesal Penal establece los diversos recursos disponibles para impugnar las decisiones de la jurisdicción penal. Los que a continuación se señalan en forma breve: El derecho a recurrir (art. 17 CPP), la acción de revisión de *sentencias firmes* (art. 337 CPP), el recurso de hecho (art. 365 CPP), el recurso de reposición (art. 373 CPP), y el recurso de apelación (art. 375 – 376 CPP).

El derecho penal como mecanismo interno de protección y restitución del derecho a un recurso efectivo

El derecho penal se constituye en el último recurso de protección de los derechos omitidos por la administración de justicia en general, aplicable al caso del derecho a un recurso efectivo que nos ocupa. Una vez agotados todos mecanismos internos disponibles, es decir una vez omitido o violado el derecho a un recurso efectivo, queda únicamente considerar la comisión de eventuales infracciones a las leyes por parte de los jueces o magistrados que contra ley expresa omiten los derechos de las personas.

En los casos que se presume la existencia de infracciones a la ley cometidas en la administración de justicia, el derecho penal ha establecido como delitos específicos de los jueces, magistrados y otros *sujetos equiparados* las siguientes tipicidades delictivas: prevaricato, denegación de justicia y retardo malicioso. Estos delitos se encuentran establecidos en los artículos 463 y ss. del Código Penal, Ley 641/2007, y posibilitan activar el proceso penal en contra del juez o magistrado que se presume ha incurrido en delito en contra de la administración de justicia.

Los efectos que deriva el derecho penal en la protección de las personas cuyos derechos han sido omitidos o violados por funcionarios de la administración de justicia están: En primer lugar el castigo de aquellos funcionarios de la administración de justicia que habiendo omitido el deber de protección de los derechos de los usuarios de la justicia incurren en delitos; En segundo lugar, el derecho penal ofrece a las víctimas de estos delitos la posibilidad de restitución de sus derechos violados. En este último caso corresponde a las instituciones del derecho penal funcionar mas como mecanismo corrector y repositivo de los derechos de las personas, que como mecanismo interno de protección en sentido estricto.

Eventuales formas y modalidades de violaciones al derecho a un recurso efectivo

El derecho internacional de los derechos humanos por medio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado en el continente americano, al menos *cinco modalidades* de violaciones al derecho a un recurso efectivo¹²⁶.

- *Los vacíos o disposiciones legislativos que privan de competencia a los tribunales para examinar recursos para un determinado tipo de violación;*
- *La obstaculización de la acción de la justicia por vía de los hechos;*
- *El rechazo de los recursos por razones procesales;*
- *La denegación de un recurso por razones arbitrarias, discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales de la persona (recurrente), y;*
- *El incumplimiento de la autoridad competente, negándose a resolver el recurso, como también negándose a cumplir el mandato de la autoridad judicial que resuelve el recurso.*

Sugerencias para la verificación del derecho a un recurso efectivo

- Identifique los vacíos legales que han impedido el acceso a un recurso efectivo.
- Establezca los obstáculos que limitan el ejercicio y la tutela judicial efectiva de los derechos de la persona recurrente. Sean estos obstáculos de hecho o de derecho.
- En casos de recursos rechazados por razones procesales: Identifique los posibles remedios, sus plazos y procedimientos a seguir. Además identifique si el argumento de

¹²⁶ O'Donnell, Daniel. Opus Citus. Tomo II, ps. 481 y 482.

rechazo por razones procesales es válido o solo es una justificación que encubre otros argumentos.

- En caso de existir otros argumentos subyacentes que obstaculizan la gestión adecuada del recurso. Además de recurrir en la instancia ordinaria que rechaza el recurso, analice las opciones de recurrir alguno de los recursos que establece la Constitución Política.
- Identifique a la autoridad judicial que se rehúsa a gestionar el recurso conforme lo establecen las leyes.
- En los casos del Recurso de Amparo y el Recurso de Exhibición Personal se requiere además de la resolución por autoridad jurisdicción por la que se establecen los derechos y las libertades de la parte recurrente, por lo general el cumplimiento, la protección y la restitución adecuada de los derechos depende la acción u omisión de otras personas que ejercen funciones oficiales, por tanto se debe identificar con claridad aquellas otros funcionarios que afecta la resolución del recurso, y el cumplimiento de las decisiones judiciales por las demás autoridades.
- Analice e identifique alguna otra eventual violación al derecho a garantías judiciales que han influido en el manejo del recurso o los remedios disponibles. Tenga en cuenta que eventualmente se pueden presentar diversas violaciones en un solo hecho y/o en un solo caso. Tenga en cuenta las causales de discriminación que enumeradas en el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Confirme en la legislación o por medio de un abogado la existencia de mecanismos de impugnación de las decisiones que usted pretende recurrir.
- Elabore un listado de los requisitos formales que ha de cumplir el recurso: autoridad, competente para resolver el recurso, plazos para recurrir, elementos formales que ha de contener el recurso, etc.
- Verifique el conteo de los plazos desde la interposición, la resolución y acatamiento de lo resuelto.
- Agotado el recurso interpuesto, verifique la existencia de otros recursos disponibles, u otros mecanismos de impugnación adicionales.
- En sentencias firmes y definitivas asegúrese que todos los recursos disponibles hayan sido agotados conforme a lo establecido por la legislación. La secuencia de agotamiento de los recursos y otros mecanismos de impugnación, debe ser rigurosa, es de suma importancia observarla meticulosamente, puesto que el agotamiento de las instancias y los recursos internos se constituye en uno de los requisitos esenciales para invocar la protección de mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos.

Capítulo 6. Derecho a las debidas garantías judiciales: Parte especial

El derecho a las debidas garantías judiciales: Parte especial

Este capítulo está dedicado al conjunto de derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales en el ámbito de la justicia penal. Se ocupa de los derechos y las garantías judiciales que han de observar y respetar las diversas instituciones encargadas de hacer cumplir las leyes para someter a cualquier persona al juicio penal. El derecho internacional de los derechos humanos hace hincapié en la identificación de los derechos en juego, así como establece los parámetros mínimos aceptables para el ejercicio y la regulación de estos. Delega por tanto la concreción de derechos y libertades en las diversas instituciones públicas por las que se protege el derecho a la libertad. Identifica por tanto al sistema de administración de justicia y sus instituciones como los principales garantes de estos derechos: servicios de policía, Ministerio Público y Fiscalía, abogados defensores y Defensoría Pública, Jueces y Magistrados, Penitenciaria, entre otros.

Los sistemas de derechos humanos basados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen los objetivos que le corresponde cumplir a la administración de justicia en el ámbito penal. En primer lugar establece el conjunto de derechos que asisten a todas las personas frente a las diversas instituciones que conforman la conforman. En segundo lugar identifica los parámetros mínimos de funcionamiento de las diversas instituciones, a los que están obligados a garantizar en el cumplimiento del deber de justicia, y en particular en el deber de la justicia penal.

El derecho internacional de los derechos humanos concreta el derecho a las garantías judiciales en el ámbito penal por medio de tres grandes construcciones. En primer lugar establece el principio de legalidad en materia penal. En segundo lugar enuncia el conjunto de derechos que conforman el derecho a las debidas garantías en el ámbito penal. En tercer lugar, identifica las *irregularidades de los procedimientos judiciales internos*¹²⁷, por los que se omiten el derecho a las debidas garantías judiciales. Los que tienen como consecuencia omisiones en los derechos de las personas estipulados por las convenciones internacionales, y por tanto son de la competencia de los órganos del sistema internacional de protección de los derechos humanos, por medio de acuñar el concepto de *responsabilidad internacional* del Estado¹²⁸.

¹²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Marzióni versus Argentina. Conclusión de la Comisión, 15 Octubre 1996. Disponible en: <http://www.derechos.net/doc/cidh/index.html>

¹²⁸ Caso Vargas Areco versus Paraguay. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 Septiembre del 2006. Serie C. No. 155, párrafos 40 – 43.

El principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal y sus consecuencias

El principio de legalidad en materia penal parte de reconocer y ubicar a la ley como la fuente y el límite de los derechos de las personas. Lo que permite aludir al sistema político, las instituciones por las que gestiona la negociación política y se formalizan acuerdos: partidos políticos y poderes del estado en especial los que refieren al sistema parlamentario. Lo que nos ubica frente al proceso de formación de las leyes, que no es más que un proceso de negociación política altamente formalizado y administrado por diversas instituciones políticas. Lo que permite afirmar en primer lugar, que las leyes son el resultado de procesos de negociación política que posteriormente se formalizan y manifiestan mediante del debate parlamentario. El entorno en que este proceso se desarrolla será el sistema de partidos y la democracia parlamentaria, la que requiere como premisas los principios de libertad de expresión y libre acceso a la información.

La exigencia del principio de legalidad como punto de partida para construir el derecho a las debidas garantías judiciales, nos remite por tanto al proceso político por el que se crean las leyes. Así el principio de legalidad en materia penal establecido por el derecho internacional de los derechos humanos tiene como punto de partida las leyes para afirmar que *nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable* (art. 11 DUDH, art. 15 PIDCP y art. 9 CASDH). Lo que deriva dos consecuencias prácticas referidas a la imposición de las penas como consecuencia de la comisión de un delito. En primer lugar no se puede imponer *pena más grave* que la aplicable en el momento de la comisión del delito. En segundo lugar, la pena puede ser modificada por una nueva ley que establezca *una pena más leve*. Lo que tiene como consecuencia que el delincuente se beneficia por esta última.

El conjunto de derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales en el ámbito penal

Estos establecen los estándares mínimos por los que se regula el proceso penal en su conjunto. Que parte de delegar y construir derechos para las personas y delinear el funcionamiento de las instituciones encargadas de hacer cumplir las leyes. Mediante el sometimiento de aquellos a quienes se les señala de haber cometido algún delito.

El conjunto de los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales en el ámbito penal son: principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal, derecho a juicio público, derecho a la presunción de inocencia (principio in dubio pro reo), derecho a la asistencia de traductor o interprete, derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada, derecho a conocer previa y detalladamente la acusación, , derecho a la defensa, derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, derecho de revisión ante juez o tribunal superior, derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos (principio non bis in idem). Los que serán desarrollados en capítulos independientes en líneas posteriores.

6.1. Principio de legalidad y la retroactividad de la ley en materia penal (*in dubio pro reo*)

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.
2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura¹²⁹ (principio 5)

5. Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.

¹²⁹ Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, ONU Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 p. 59 (1985).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XVIII.

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Artículo XXVI. Derecho a proceso regular.

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 33 (inciso 2)

Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley con arreglo a un procedimiento legal. En consecuencia:

2. Todo detenido tiene derecho:

2.1. A ser informado sin demora en idioma o lengua que comprenda, y en forma detallada, de las causas de su detención y de la acusación formulada en su contra; a que se informe de su detención por parte de la policía, y él mismo a informar a su familia o a quien estime conveniente; y también a ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2.2. A ser puesto en libertad o a la orden de autoridad competente dentro del plazo de las cuarenta y ocho horas posteriores a su detención.

Artículo 34 (inciso 11)

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 expresamente 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.

Artículo 38

La ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal cuando favorezca al reo.

Artículo 182

Ningún poder del Estado, organismo de gobierno o funcionario tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción que las que le confiere la Constitución Política y las leyes de la República.

Artículo 188.

Se establece el Recurso de Amparo en contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política.

Artículo 189.

Se establece el Recurso de Exhibición Personal en favor de aquellos cuya libertad, integridad física y seguridad, sean violadas o estén en peligro de serlo.

Ley de Amparo, Ley 49

Artículo 3. El Recurso de Amparo procede en contra de toda disposición, acto o resolución y en general, contra acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política.

Artículo 4. El Recurso de Exhibición Personal procede a favor de aquellas personas cuya libertad, integridad física y seguridad, sean violadas o estén en peligro de serlo por:

3. Cualquier funcionario, autoridad, entidad o institución estatal, autónoma o no.

4. Por actos restrictivos de la libertad personal de cualquier habitante de la República, realizado por particulares.

Código Penal, Ley 641/2007

Artículo 1. Principio de legalidad.

Ninguna persona podrá ser condenada por una acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por la ley penal anterior a su realización. Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias solo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la ley.

No será sancionado ningún delito o falta con pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que no se encuentre prevista por la ley anterior a su realización.

No se podrán imponer, bajo ningún motivo o circunstancia, penas o consecuencias accesorias indeterminadas.

Las leyes penales, en tanto fundamenten o agraven la responsabilidad penal, no se aplicaran a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

Por ningún motivo la Administración Pública podrá imponer medidas o sanciones que impliquen privación de libertad.

Artículo 2. Principio de irretroactividad.

La ley penal no tiene efecto retroactivo, excepto cuando favorezca al reo.

Si con posterioridad a la comisión de un delito o falta, entra en vigencia una nueva ley, en el caso particular que se juzgue, se aplicara la que sea más favorable al reo. Este principio rige para las personas condenadas, que están pendientes de cumplir total o parcialmente la condena.

Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ella, salvo que de la ley posterior se desprenda inequívocamente lo contrario.

Artículo 3. Ley emitida antes del cumplimiento de la condena.

Si la entrada de una nueva ley se produce antes del cumplimiento de la condena y resulta favorable al condenado, el Juez o Tribunal competente deberá modificar la sentencia de acuerdo con ella en lo relativo a la pena o medida de seguridad.

Si la condena fue motivada por un hecho como delito o como falta por la ley anterior y la nueva ley no lo sanciona como tal, el Juez o Tribunal competente deberá ordenar la inmediata libertad del reo o condenado.

En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el condenado.

Artículo 10. Interpretación extensiva y aplicación analógica.

Se prohíbe en materia penal la interpretación extensiva y la aplicación analógica pura:

- a. Crear delitos, faltas, circunstancias agravantes de la responsabilidad, sanciones o medidas de seguridad y consecuencias accesorias no previstas en la ley;
- b. Ampliar los límites de las condiciones legales que permiten la aplicación de una sanción, medida de seguridad y consecuencia accesoria;
- c. Ampliar los límites de las sanciones, medidas de seguridad y consecuencias accesorias previstas legalmente.

Por el contrario, podrán aplicarse analógicamente los preceptos que favorezcan al reo.

Código de la Niñez y de la Adolescencia, Ley 287

Artículo 103. Ningún adolescente puede ser sometido a detención, encarcelamiento o prisión arbitraria o ilegal, ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley, con arreglo a un procedimiento legal y por la orden de autoridad competente, ni a ser limitado en el ejercicio de sus derechos, libertades y garantías más allá de los fines, alcances y contenidos de cada una de las medidas que se le deban de imponer, de conformidad a la Justicia Penal Especial del Adolescente.

Ningún adolescente puede ser sometido a proceso ni condenado por un acto u omisión que al tiempo de producirse, no esté previamente tipificado en la Ley Penal de manera expresa e inequívoca como delito o falta, ni sometido a medidas o sanciones que aquella no haya establecido previamente.

Código Procesal Penal, Ley 406

Arto. 402. Derechos.

El condenado podrá ejercer, durante la ejecución de la pena, los derechos y las facultades que le otorgan la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Nicaragua, las leyes penales, penitenciarias y los reglamentos, y planteará ante el tribunal que corresponda las observaciones, recursos e incidencias que con fundamento en aquellas reglas, estime convenientes.

Arto. 404. Incidentes de ejecución.

El Ministerio Público, el acusador particular, el querellante, el condenado o su defensor podrán plantear ante el competente Juez de Ejecución de la pena incidentes relativos a la ejecución, sustitución, modificación o extinción de la pena o de las medidas de seguridad.

Estos deberán ser resueltos dentro del plazo de cinco días, previa audiencia a los demás intervinientes. Si fuera necesario incorporar elementos de prueba, el Juez de Ejecución, aun de oficio, ordenará una investigación sumaria, después de la cual decidirá.

Los incidentes relativos a la libertad anticipada y aquellos en los cuales, por su importancia, el Juez de Ejecución de la pena lo estime necesario, serán resueltos en audiencia oral citando a los testigos y peritos que deben informar durante el debate.

El Juez de Ejecución decidirá por auto fundado. Contra lo resuelto, procede recurso de apelación ante la Sala Penal del Tribunal de Apelación en cuya competencia territorial ejerza sus funciones el Juez de Ejecución correspondiente; la interposición del recurso de apelación no suspenderá la ejecución de la pena.

Breve reseña del principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal y sus efectos

El principio de legalidad y retroactividad en el derecho internacional de los derechos humanos

El principio de legalidad en materia penal irrumpe en el derecho internacional de los derechos humanos en por medio del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos la que expresamente establece que los *actos u omisiones* constitutivos de delitos, sujetos a una pena han de estar de previamente establecidos en la ley. Lo que implica que nadie puede ser condenado a una pena por actos u omisiones que no han sido establecidos con anterioridad en las leyes como *delictivos*, y por tanto punibles.

El principio de legalidad en materia penal acuñando en 1948 por la Declaración Universal de Derechos Humanos, evoluciona en 1969 con la promulgación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el artículo 15 El Pacto funde íntegramente el principio de legalidad en materia penal establecido en la DUDH, por medio de la siguiente fórmula: *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o*

internacional. Lo que acarrea como consecuencia inevitable que las causas para detener a cualquier persona *deben estar* establecidas de previo en la ley¹³⁰.

La construcción del principio de legalidad en materia penal que hace el PIDCP cuenta con dos elementos: En primer lugar, retoma íntegramente el principio de legalidad establecido por la DUDH. En segundo lugar, deduce los efectos prácticos que este principio contiene por medio incorporar el principio de retroactividad de la ley. Es a través de estos elementos que el PIDCP delinea el principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal como se conocen en la actualidad.

En el continente americano la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, hace dos alusiones en cuanto al ámbito de la justicia penal, referidos al principio de legalidad. Por un lado, el artículo XVIII faculta a todas las personas a *ocurrir* a los tribunales para hacer valer sus derechos, y por el otro, el artículo XXVI establece el derecho de todas las personas a ser oída en forma imparcial y publica por *tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes*. Lo que plantea la obligatoria referencia a ley previa para juzgar y hacer valer los derechos de todas las personas.

Será en 1969 con la promulgación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José, que el principio de legalidad y retroactividad de ley en el ámbito penal tendrá su última referencia. El artículo 9 de la CASDH enuncia el principio de legalidad y retroactividad, retomando el camino iniciado por el PIDCP. Estatuye el principio de legalidad prohibiendo cualquier condena por actos u omisiones *que en el momento de cometerse no fueran delictivos* conforme a legislación previa y avanza creando mecanismos de protección en cuanto a las penas, por medio de retomar el principio de retroactividad de la ley en materia penal, prohibiendo imponer pena *más grave* que la prescrita al momento de la comisión del delito, y establece la posibilidad de cumplir *una pena más leve* conforme a ley posterior.

El principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal en la legislación nicaragüense

El principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal están contemplados en la Constitución Política nicaragüense por medio de normas principales. En forma general el principio de legalidad tiene como punto de referencia y de partida el ordenamiento jurídico nacional, es decir, la Constitución Política misma y el conjunto de normas que regulan la administración de justicia penal. De esta forma el artículo 183 Cn. cuenta con una doble dimensión, por un lado establece que la Constitución y la ley como fuente de *autoridad, facultad o jurisdicción* de los poderes públicos, es decir como legitimación de la actuación estatal. Y por otro, el mismo artículo

¹³⁰ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Human Rights in the Administration of Justice. New York and Geneva, 2003, p. 165.

establece sin lugar a dudas que: ningún poder público o funcionario tendrá más autoridad o poder que aquel que les confieren las leyes.

Una segunda aproximación al principio de legalidad en materia penal lo establece la Constitución Política por medio del artículo 33, que establece las excepciones del derecho a la libertad personal, por medio de establecer los criterios legales para la privación de libertad. La Constitución faculta únicamente la detención de las personas a la existencia de *causas fijadas por la ley*. Lo que implica que la detención únicamente será admisible conforme a causas establecidas en ley previa, condicionando el principio de legalidad en materia penal como la actuación de los poderes públicos al apego y observancia de leyes previas.

El principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal establecido por el derecho internacional de los derechos humanos, es retomado y desarrollado por el Código Penal. En esencia el Código retoma los dos elementos principales del principio de legalidad y retroactividad. El artículo 1 Pn. establece que ninguna persona podrá ser condenada por una acción u omisión que no esté prevista como o falta *por ley penal anterior* a su realización. El apego a la ley que requiere el principio de legalidad se sintetiza en el artículo 10 del Código Penal que establece como prohibición en materia penal crear delitos, faltas, circunstancias agravantes de la responsabilidad, sanciones o medidas de seguridad y consecuencias accesorias *no previstas en la ley*.

Los efectos que deriva el principio de legalidad, que se concretan en el cumplimiento de las penas, que se conoce como el *principio de retroactividad*, que el derecho internacional de los derechos humanos establece como *el derecho al beneficio a una pena más leve*¹³¹. El Código Penal lo incorpora y le brinda dos tratamientos. Por un lado reconoce la prohibición de aplicar penas más graves que las establecidas *en el momento de la comisión del delito* (art. 1 segundo párrafo Pn.), que prohíbe la imposición de penas por delitos o faltas que no se encuentren *previstas por la ley anterior* a su realización. Y por el otro, el Código también incorpora la segunda consecuencia del principio de retroactividad en el artículo 2 Pn. El que establece el *principio de irretroactividad*, que plantea que, si con posterioridad a la comisión de un delito o falta, entrare en vigencia una nueva ley, en los casos que se juzgan, y en los casos que han sido sancionados, se aplicara la ley que sea *más favorable* al reo.

El fundamento del principio de legalidad y sus derivaciones en el principio de retroactividad de la ley

El principio de legalidad en su forma institucional como en lo relativo a la materia penal, son imperativos éticos políticos sobre los que se construye el estado democrático moderno, que se conoce como Estado de derecho. El que se fundamenta en la premisa que tanto las personas, como los funcionarios y los poderes públicos se encuentran sometidos a la ley. Lo que deriva en

¹³¹ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Ídem, p. 301.

una consecuencia práctica que pregona que ninguna persona, funcionario o poder público tiene mayor poder que aquel que le confiere la ley.

En la teoría de los derechos humanos se considera a las personas como portadores de derechos (*right holders*) y a los funcionarios como personas sobre las que recaen deberes públicos (*duty bearers*) los que tienen el deber de proteger los derechos de las personas en general. Lo que pone en evidencia la teoría de Jack Donnelly acerca la centralidad del estado en cuanto a la tutela y la protección de los derechos humanos, puesto que se considera al Estado como el principal recurso para su implementación y protección. Aunque simultáneamente también se considera a éste como el principal violador de los derechos y libertades de las personas. Lo plantea la naturaleza contradictoria y ambigua de la relación Estado – derechos humanos. En este sentido la premisa de sometimiento general a la ley que invoca el estado de derecho, tiene una consecuencia importante puesto que ella establece que también al Estado y a sus funcionarios se le pueden exigir responsabilidades y por tanto pueden ser sometidos a la justicia. Lo que plantea que eventualmente el estado y sus funcionarios pueden ser condenados por omisiones o violaciones de los derechos humanos.

El estado de derecho moderno, resulta de suma importancia para el adecuado cumplimiento del principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal. Este implica el sometimiento de las personas, funcionarios y poderes públicos a las leyes. Lo que brinda seguridades en cuanto a que no se utilizará la ley en forma arbitraria. Que no se detendrá. Ni se amenazará con detención. Ni se someterá a juicio a persona alguna por delitos que no se consideren como tales en leyes previas¹³². Ni tampoco las personas serán sancionadas con penas diferentes a las existentes al momento de la comisión de los actos u omisiones punibles. Ello brinda las posibilidades a los *portadores de derechos* de exigir responsabilidades a *los que ostentan y ejercen funciones públicas* en aquellos casos en los que el principio de legalidad y retroactividad en materia penal sean violados.

Los mecanismos internos de protección del principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal

La legislación nicaragüense establece diversos mecanismos de protección del principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal. Las fuentes en las que estos se gestan son las normas constitucionales y las leyes de desarrollo de índole penal.

¹³² Para detalles acerca de los allanamientos, incautación de documentos y las amenazas de detención por supuesto “lavado de dinero y triangulación de fondos” realizadas por la fiscalía General de la República a partir de Septiembre 2008 que pusieron en evidencia graves omisiones del principio de legalidad y desenmascaró la persecución política gubernamental desatada en contra de varias ONGs. Se recomienda ver declaración de Carlos F. Chamorro, sobre la resolución de la FGR del 22 Enero 2009. CINCO, Managua 2009. También: Declaración ante la resolución de la Fiscalía en la investigación penal contra organizaciones de la sociedad civil, p. 3 CINCO, Managua. 11/02/2009.

Mecanismos internos de protección del principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal establecidos por las leyes constitucionales

Son dos los principales: El Recurso de Amparo y el Recurso de Exhibición Personal, establecidos por los artículos 188 y 189 de la Constitución Política y desarrollados por los artículos 3, 4 y siguientes de la Ley de Amparo. Para mayores detalles acerca de los alcances de ambos se recomienda ver los Mecanismos Internos de Protección del Derecho a las Debidas Garantías Judiciales: Parte General desarrollados en el capítulo 5.1. de este trabajo.

Mecanismos internos de protección del principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal establecidos por la legislación penal

Estos se encuentran desarrollados en dos cuerpos legales: Código Penal y el Código Procesal Penal.

Mecanismos correctivos establecidos por el Código Penal

El establecimiento de los Delitos Contra la Administración de Justicia en el Código Penal brinda la oportunidad de utilizar el juicio penal como un mecanismo correctivo y reconstitutivo de los derechos de las personas, una vez que éstos han sido violados en la administración de justicia. El juicio penal como mecanismo correctivo y reconstitutivo se concreta por medio del juicio penal, que permite iniciar la investigación criminal y posteriormente activar el juicio penal.

Los mecanismos correctivos establecidos por el Código Penal corresponden a los Delitos Contra la Administración de Justicia, los que a continuación se mencionan:

- Prevaricato (art. 463 Pn.)
- Denegación de Justicia (art. 464 Pn.)
- Retardo malicioso (art. 465 Pn.)
- Patrocinio infiel (art. 466 Pn.)
- Omisión del deber de perseguir los delitos (art. 468 Pn.)
- Omisión del deber de impedir los delitos (art. 469 Pn.)

El juicio penal se activa por medio de la acusación penal. En los casos de de los Delitos contra la Administración de Justicia acarrea como consecuencia la sanción a funcionarios judiciales y otros sujetos equiparados por las omisiones y violaciones perpetradas en el cumplimiento de sus funciones oficiales, en especial por omisiones al principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal. Lo que con posterioridad abre la posibilidad de resarcimiento de las víctimas.

Mecanismos de protección del principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal establecidos por el Código Procesal Penal

El Código Procesal Penal establece dos artículos por los que se crean oportunidades y mecanismos de protección de los derechos de las personas sancionadas. En primer lugar, el artículo 402 del Código Procesal Penal propone una ambiciosa declaración en materia de los derechos de las personas condenadas con una pena. Faculta a estos a ejercer los derechos y las facultades que le otorgan las leyes nacionales así como los tratados y *convenios internacionales en materia de derechos humanos* ratificados por Nicaragua. Lo que ofrece una amplia protección en materia de derechos que abarca tanto el ordenamiento nacional e internacional.

Sin embargo la concreción de mecanismos internacionales invocados en forma directa por los jueces plantea dudas por falta de mecanismos de armonización y recepción entre las leyes penales nacionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Tomando en cuenta que las ultimas no pueden ser demandadas ni invocadas en forma directa ante los jueces. Lo que propone una declaración de buena voluntad desprovista de contenido real, la que no se puede considerar como un mecanismo serio de recepción del derecho internacional de los derechos humanos en la práctica cotidiana de la administración de justicia nacional.

En segundo lugar, el artículo 404 CPP establece que los *incidentes relativos a la ejecución, sustitución, modificación o extinción de la pena o de las medidas de seguridad*. Corresponde tramitarlos a los Jueces de Ejecución. Estos, si, se constituyen en mecanismos reales establecidos por la legislación, por los que eventualmente y en los casos que la ley lo permita pueden invocar el principio de retroactividad. Por medio de estos se faculta a todas las partes involucradas en el juicio penal para tramitar cualquier incidente relativo a la *ejecución, sustitución, modificación o extinción* de la pena o de las medidas de seguridad.

En aquellos casos en los que la ley ofrece la posibilidad de acogerse al beneficio de una pena más leve de acuerdo a los parámetros internacionales. Los incidentes existentes en este sentido se convierten en mecanismos por los que el principio de retroactividad de la ley en materia penal, puede ser protegido. Lo que pone en evidencia el impacto del derecho internacional de los derechos humanos en la legislación nacional.

Patrones y modalidades de violaciones del principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal

Entre los principales están:

- El inicio del juicio penal por acciones u omisiones no consideradas como delitos en la ley penal vigente. Esto incluye detenciones, amenazas de detención, allanamientos, incautación de objetos con el fin de demostrar los supuestos hechos delictivos.
- Investigaciones, denuncias, acusaciones y casos penales, realizados a partir de incidentes prefabricados y de incierta legalidad encaminados a castigar a las personas por otras

causas diversas a las argumentadas como causas de las investigaciones, acusaciones y casos penales¹³³.

- Investigaciones criminales y acusaciones penales, que desencadenan arrestos o amenazas de arrestos, incautaciones de objetos, que sirven para inventar cargos y fabricar pruebas, con el fin de encubrir otras causas, las que posibilitan activar el juicio penal por justificaciones diversas a las investigadas y acusadas. Es decir se utiliza el juicio penal como mecanismo punitivo estatal.
- Imposición de penas más severas que las establecidas por las leyes al momento de la comisión del delito.
- Omisiones al derecho al cumplimiento de una pena más leve originado en la reforma de la ley.
- Omisiones y violaciones al principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal, por lo general, implican y derivan en violaciones al derecho a la presunción de inocencia.

Sugerencias para la verificación de denuncias por eventuales violaciones del principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia pena

- Verifique la protección brindada por la administración de justicia al derecho a la presunción de inocencia de las víctimas. Analice la actuación judicial, el tratamiento de los recursos, los diversos procedimientos implementados para la protección de este derecho, especialmente en el ámbito judicial. Establezca los resultados y eficacia de estos. Tenga presente que omisiones y violaciones al principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal, por lo general engendran violaciones al derecho a la presunción de inocencia.
- Establezca la verdadera causa que origina la investigación criminal, acusación penal y las demás acciones procesales que estas implican (arrestos, amenazas de arrestos, allanamientos, incautaciones, etc.). Responda a las interrogantes siguientes: ¿Existen razones diversas a las alegadas para iniciar el juicio penal? ¿Los argumentos de la acusación penal, se corresponden con los delitos denunciados e investigados? ¿Los actos u omisiones que se investigan, son tipificados como delitos por la legislación penal previa?
- Analice las posibilidades de hacer uso de los recursos de Amparo y Exhibición Personal.
- En los casos de personas sancionadas penalmente, se debe verificar la necesaria correspondencia entre la pena impuesta y la que establece la legislación para estos casos en el momento de que se cometieron los delitos. Tenga en cuenta que no se puede sancionar con pena mayor que la establecida al momento de la comisión del delito.

¹³³ Sobre supuestas omisiones no constitutivas de delitos, es decir “supuestos” delitos que han justificado intervenciones y acciones investigativas de poderes públicos. Se recomienda ver: Análisis de la Resolución del Ministerio Público del Expediente No. 4805-JD-08 p. 3. CINCO, Managua. 2009

- En situaciones en las que se han creado de forma artificial denuncias, acusaciones o casos penales, los que posteriormente derivan en ausencia de tipos delictivos en la legislación penal. Se debe analizar la posibilidad de acusar penalmente a los funcionarios públicos involucrados, por el delito contra la administración de justicia correspondiente. Tenga en cuenta que el deber de justicia, como el derecho a juicio justo, además de vincular a Jueces y Magistrados en forma directa, también hace responsables a Fiscales, abogados y todos los demás sujetos equiparados.
- Establezca las instancias, caducidad y vigencia de los incidentes por los que se reforma la pena o las medidas de seguridad originadas en la reforma de la ley. Tenga en cuenta el derecho que asiste a las personas sancionadas a acogerse a una pena más leve a la impuesta, si con posterioridad una nueva ley lo establece de esta forma.

6.2. Derecho a la presunción de inocencia

Derecho internacional de los derechos humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 11(inciso 1)

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 14 (numeral 2)

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 40 (inciso 2.b.i)

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.

Principio 36 (inciso 1)

1. Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XXVI (primer párrafo). Derecho a proceso regular.

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 8. Garantías Judiciales (párrafo 2)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...)

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 34 (incisos 1 y 7)

Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

- a) A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme la ley.
7. 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.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 287

Artículo 101 (inciso c). Las y los adolescentes sujetos a la Justicia Penal de Adolescentes gozaran de los derechos, libertades y garantías reconocidas por la Constitución Política, Tratados,

Convenciones, Pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Nicaragua y las leyes ordinarias, además de aquellas que les corresponden por su especial condición. En consecuencia deberá garantizarse el respeto, entre otros, de los siguientes derechos y garantías:

c. A que se le presuma inocente hasta tanto no se le compruebe mediante sentencia firme, por los medios establecidos en este Código u otros medios legales, los hechos que se le atribuyen.

Código Procesal Penal, Ley 406

Artículo 2. Presunción de inocencia.

Toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente y como tal deberá ser tratada en todo momento del proceso, mientras no se declare su culpabilidad mediante sentencia firme dictada conforme la ley. Hasta la declaratoria de culpabilidad, ningún funcionario o empleado público podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido.

En los casos del ausente o del rebelde se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial. Cuando exista duda razonable sobre la culpabilidad del acusado, al dictarse sentencia o veredicto, procederá su absolución.

Artículo 95 (incisos 12, 13 y párrafo final). Derechos. El imputado o el acusado tendrán derecho a:

12. Abstenerse de declarar, y a no declararse culpable, y,
13. No ser juzgado en ausencia, excepto cuando se fugue una vez iniciado el Juicio.

El imputado detenido, sin perjuicio de las medidas de vigilancia, deberá ser conducido y tratado por la Policía Nacional con las debidas garantías individuales, el respeto de su dignidad humana y la observancia del principio de inocencia, razones por las que no podrá ser presentado a la prensa en condiciones que menoscaben dichos derechos; sin perjuicio del derecho a la libertad de información de los medios de comunicación.

Breve reseña del derecho a la presunción de inocencia

El derecho a la presunción de inocencia en el derecho internacional de los derechos humanos

En el año 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos mediante el artículo 11, inciso 1, inicia el reconocimiento de la presunción de inocencia como un derecho de todas las personas, por medio de la fórmula “Toda persona acusada de delito *tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad*, conforme a la ley y en juicio público”. Posteriormente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 inciso 2, reafirma el derecho a

la presunción de inocencia en similares términos a los contenidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En la década de los ochentas dos instrumentos internacionales de derechos humanos retoman el derecho a la presunción de inocencia. En primer lugar el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1988, por medio del principio 36 inc. 1 establece la presunción de inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y *se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público*. En segundo lugar la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General en el año de 1989, por medio del artículo 40, establece la presunción de inocencia para todo niño que se alegue o acuse de haber infringido las leyes penal, por lo se ha de presume inocente *mientras no se pruebe su culpabilidad* conforme a la ley.

En el sistema americano de derechos humanos, el derecho a la presunción de inocencia cuenta con dos instrumentos internacionales que la consagran en forma contundente. Por un lado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece en el primer párrafo del artículo XXVI que se presume que *todo acusado es inocente*, hasta que se pruebe que es culpable. Y por el otro la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la incorpora como uno de los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales, por medio del artículo 8 párrafo 2, que establece que toda persona inculpada de delito *tiene derecho a que se presuma su inocencia* mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

El derecho a la presunción de inocencia en la legislación nicaragüense

El tratamiento brindado al derecho a la presunción de inocencia por la legislación merece cuatro acotaciones. En primer lugar, el artículo 34 de la Constitución Política estatuye el derecho a la presunción de inocencia, reconociéndolo como una garantía mínima de todas las personas procedas las que tienen derecho *a se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad* conforme a la ley. En segundo lugar, el Código de la Niñez y la Adolescencia en el artículo 101 establece como derecho de los niños y los adolescentes *sujetos a la Justicia Penal de Adolescentes*, la presunción de inocencia al afirmar que estos tienen derecho *a que se le presuma inocente hasta tanto no se le compruebe mediante sentencia firme*.

En tercer lugar, el Código Procesal Penal introduce el derecho a la presunción de inocencia como uno de los principios y garantías más importantes del juicio penal. El artículo 2 CPP establece que *toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente y como tal deberá ser tratada en todo momento del proceso*, mientras no se declare su culpabilidad mediante sentencia firme dictada conforme la ley. En cuarto lugar, el mismo Código Procesal Penal en el artículo 95, establece para los imputados y acusados otros derechos estrechamente vinculados la presunción

de inocencia como son: a. abstenerse de declarar, b. no declararse culpable y, c. no ser juzgado en ausencia.

La fundamentación del derecho a la presunción de inocencia

El derecho a la presunción de inocencia se conoce también como el principio *in dubio pro reo*, expresión latina que podría traducirse como: en caso de dudas, estas benefician al reo. Al que protege el beneficio de la duda. El sustrato que justifica el derecho a la presunción de inocencia se fundamenta en la obligación estatal de respetar los derechos de todas las personas, en especial el derecho a la libertad personal, la que únicamente puede ser suspendida por causas y condiciones establecidas de previo por la ley. Entre las causas de suspensión de la libertad personal se encuentra la comisión de un delito. Sin embargo esta causal de suspensión de la libertad personal por sí sola no es suficiente para justificar la detención de la persona investigada o acusada. Se requiere para ello demostrar la culpa de la persona acusada, *más allá de la duda razonable*.

En la tradición anglosajona, la presunción de inocencia tiene aparejado el derecho a fianza durante el juicio penal, por considerarse que la persona acusada es inocente, en tanto no se demuestre lo contrario. Posibilitando su libertad durante el proceso de investigación y hasta la emisión de la sentencia. Lo que pone en evidencia la faceta garantista del derecho al debido proceso como sistema de protección de los derechos de las personas durante el proceso penal. Y elabora las líneas maestras sobre las que se construye el derecho penal contemporáneos y que se convierten en derechos de las personas: el derecho a un juicio justo (*fair trial*) y el derecho al debido proceso (*due process of law*). Este último en la tradición latinoamericana se constituye en el derecho a las debidas garantías judiciales.

El derecho a la presunción de inocencia en décadas anteriores se vio severamente deteriorado en algunos países, debido a la existencia del sistema de *evidencias circunstanciales*, utilizados por algunos sistemas judiciales, entre los se incluía a Nicaragua. En este sistema se invierte la prueba, lo que hace desaparecer la presunción de inocencia del acusado debido a *la abundante y coincidente presencia de indicios* en contra de este. Conforme a este criterio de las evidencias circunstanciales, el acusado *se reputa presuntamente culpable*¹³⁴. Sin embargo el criterio de la evidencia circunstancial *no exime* al juez o tribunal de examinar las pruebas de descargo presentadas por la defensa. La utilización de este criterio como método de análisis de la culpa del acusado a partir de *meras presunciones no es coherente* con el derecho a la presunción de inocencia establecido por el derecho internacional de los derechos humanos¹³⁵.

La existencia de manifestaciones previas emitidas por funcionarios que refieren a la culpa o inocencia de alguna persona acusada en juicio penal, trae aparejada omisiones a la presunción de

¹³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Nicaragua, p. 81. 1981. Citado por Daniel O'Donnell, opus citus, T. II, p. 400.

¹³⁵ O'Donnell, Daniel. Op. Cit. T. II, p. 401.

inocencia de del acusado. Ello pone en evidencia dos situaciones, por un lado un funcionario vinculado al estado en cumplimiento de funciones públicas, en especial las relacionadas con la administración de justicia, y de sobre manera jueces y magistrados, emitiendo juicios a priori acerca de un caso que le corresponde juzgar. Comentarios por los que se aventuran juicios en contra de la culpa de la persona a juzgar. En segundo lugar, cuando estos comentarios han sido emitidos por jueces o magistrados, a los que posteriormente corresponde juzgar a la misma persona de la que anteriormente han emitidos tales juicios, deriva en una evidente violación al derecho a la presunción de inocencia.

Otras omisiones a este derecho provienen de otros funcionarios que sin tener acceso directo a la causa juzgada, pero que por su ubicación institucional representan a las instituciones encargadas de administrar justicia, emiten comentarios o juicios acerca de la naturaleza delictiva o culpabilidad de la persona acusada. En un segundo grupo se ubican los medios de comunicación emitiendo juicios acerca de la culpa de las personas acusadas. Se debe tener en cuenta que corresponde a los medios de comunicación, dada su ubicación social, ser formadores y reproductores de la opinión de la colectividad. La que también puede ser moldeada e influenciada en una forma u otra en dependencia de ciertos intereses. En ambos casos se deben considerar violaciones al derecho a la presunción de inocencia, la que ocurre y se concreta a partir de la posición de influencia con que ambos grupos emplean para omitir los derechos de las personas.

En ese sentido la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que se infringe el derecho a la presunción de inocencia, cuando las autoridades en primer lugar *han alentado* al público a creer que las personas acusadas son culpables y segundo lugar *han prejuzgado* la evaluación de los hechos que corresponde hacer a las autoridades correspondientes¹³⁶. Además en el grupo de los funcionarios que representan instituciones públicas, en especial las encargadas de hacer cumplir las leyes, estos cuentan con la presunción de fe pública. Lo que implica que sus juicios y opiniones son vertidos en representación de las instituciones, y en segundo lugar sus comentarios y opiniones se vierten sobre la base de la fe pública, es decir cuenta con la presunción de certeza.

En cuanto al segundo grupo. La ausencia de una ley que regule el ejercicio de los medios de comunicación y su responsabilidad, o la ausencia de al menos un código de ética, por el que se acuñan los principios por los que se han de regir los medios de comunicación, como también el trabajo de los comunicadores y sus eventuales responsabilidades, no permite delimitar fronteras precisas de protección o de responsabilidad. Se deben considerar como omisiones al derecho a la presunción de inocencia, los comentarios referidos a la culpabilidad a priori, es decir la condena anticipada por la que se establece la delincuencia, la culpa y la sanción de una persona. Sin que haya sido de previo encontrada culpable *mas allá* de cualquier duda, en un juicio penal y con la observación de las debidas garantías judiciales.

¹³⁶ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso: *Allenet de Ribemont versus Francia*. Sentencia del 10 de Febrero de 1995. Seerie A, No. 308, p. 16, párrafo 35. Tomado de United Nations. Human Rights in the Administration of Justice. Op. Cit; p. 221.

En el contexto del derecho a la presunción de inocencia como expresión de la libertad personal, la que es tutelada por el derecho a juicio justo y el derecho a las debidas garantías judiciales, cabe identificar los roles que corresponde jugar a las autoridades judiciales. Lo que plantea establecer las siguientes implicaciones:

- El derecho a la presunción de inocencia plantea que la carga de la prueba recae en los órganos de investigación y la fiscalía, mientras que el acusado *tiene* el beneficio de la duda¹³⁷. Lo que implica que corresponde a las autoridades investigativas y la fiscalía demostrar que *la persona acusada es culpable* más allá de la duda razonable¹³⁸.
- La presunción de inocencia obliga a los jueces a abordar la *causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia* debe suponer a priori que el acusado es culpable.
- El derecho a las debidas garantías judiciales que establecen la Convención Americana sobre Derechos Humanos, plantea que corresponde al juez o tribunal *circunscribirse a determinar* la responsabilidad penal y aplica la pena al imputado a partir de los elementos de convicción con que cuenta¹³⁹.
- El derecho a la presunción de inocencia obliga a todos los actores que cuentan con posiciones de influencia sobre la ciudadanía, sea por su representación institucional, corporativa o por su responsabilidad como medios de comunicación, a cuidar el derecho a la presunción de inocencia de todas las personas, en especial las sometidas a la jurisdicción penal.

Mecanismos internos de protección al derecho a la presunción de inocencia

Mecanismos internos de protección del derecho a la presunción de inocencia establecidos por las leyes constitucionales

Son dos los principales: El Recurso de Amparo y el Recurso de Exhibición Personal, establecidos por los artículos 188 y 189 de la Constitución Política y desarrollados por los artículos 3, 4 y siguientes de la Ley de Amparo. Para mayores detalles acerca de los alcances de ambos se recomienda ver los “Mecanismos Internos de Protección del Derecho a las Debidas Garantías Judiciales: Parte General” desarrollados en el Capítulo 5 de este trabajo.

¹³⁷ Comentario General No. 13 del Comité de Derechos Humanos (artículo 14 PIDCP) Naciones Unidas Compilación de comentario Generales; p. 124, párrafo 7. Tomado de Human Rights in the Administration of Justice. Op. Cit, p. 221. United Nations, New York & Geneva, 2003.

¹³⁸ United Nations. Human Rights in the Administration of Justice. Op. Cit; p. 223.

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Figueredo – Planchart versus Venezuela, párrafos 118 – 119. Tomado de O’Donnell, David. Opus Citus. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. T. II, ps. 399 – 400.

Mecanismos internos de protección del derecho a la presunción de inocencia establecidos por la legislación penal

Estos se encuentran desarrollados en dos cuerpos legales: Código Penal y el Código Procesal Penal.

Mecanismos correctivos establecidos por el Código Penal

El Código Penal por medio de establecer los Delitos Contra la Administración de Justicia brinda la oportunidad de utilizar el juicio penal como un mecanismo correctivo y repositivo de los derechos de las personas una vez que han sido violados en la administración de justicia. El juicio penal como mecanismo correctivo y repositivo se concreta por medio del juicio penal, que permite iniciar la investigación criminal y posteriormente activar el juicio penal.

Los mecanismos correctivos establecidos por el Código Penal corresponden en su mayoría a los Delitos Contra la Administración de Justicia, los que a continuación se mencionan:

- Discriminación (art. 427 Pn.)
- Acceso indebido a documentos o información pública reservada (art. 440 Pn.)
- Revelación, divulgación aprovechamiento de información (441 Pn.)
- Prevaricato (art. 463 Pn.)
- Denegación de Justicia (art. 464 Pn.)
- Retardo malicioso (art. 465 Pn.)
- Patrocinio infiel (art. 466 Pn.)
- Omisión del deber de perseguir los delitos (art. 468 Pn.)
- Omisión del deber de impedir los delitos (art. 469 Pn.)

La activación del juicio penal, por medio de denunciar y acusar penalmente, acarrea como consecuencia la sanción a funcionarios de la administración de justicia y otros sujetos equiparados por las omisiones y violaciones perpetradas en el cumplimiento de sus funciones oficiales. En especial aquellas perpetradas por omisiones al principio de legalidad y retroactividad de la ley en materia penal. Lo que con posterioridad abre la posibilidad de resarcimiento de las víctimas.

Mecanismos internos de protección del derecho a la presunción de inocencia establecidos por el Código Procesal Penal

La legislación penal por medio del Código de Procedimiento Penal establece los mecanismos por los que se hace posible corregir defectos, yerros y entuertos ocasionados durante el proceso penal. Los que se pueden clasificar en tres grupos:

- a. Mecanismos procesales encaminados a proteger a las partes de actuaciones malsanas del juez o magistrado de la causa, originadas en razones personales o ajenas al juicio.

- La *inhibición y recusación*. Los procedimientos para su aplicación se establecen en los artículos 32 y ss. del Código Procesal Penal.
- b) Mecanismos aplicables en casos de actividad procesal defectuosa:
 - El *reclamo de subsanación* esgrimido en contra de la actividad procesal defectuosa (arts. 161 – 162 CPP), que puede ser rectificadora, aclarada o adicionada, siempre y cuando el defecto señalado *no implique* una modificación esencial de lo resuelto.
 - *Incidente de nulidad* de la actividad procesal defectuosa. El artículo 164 CPP establece que la nulidad de los actos procesales distintos de la sentencia *se tramitaran mediante incidente*. El incidente de nulidad funciona cuando existe actividad procesal defectuosa expresamente establecidos en el Código de Procedimiento Penal: indefensión; intervención, asistencia y representación defectuosa del acusado, falta de jurisdicción o competencia del tribunal, coacción, cohecho o violencia. La que tiene como consecuencia la nulidad de los actos procesales.
 - La subsanación del incidente de nulidad, conforme el art. 165 CPP se realiza por medio de la renovación o rectificación de la acto defectuoso.
- c) Los recursos establecidos en la legislación procesal penal:
 - *Recurso de reposición* (art. 364 CPP). Este opera contra el auto que establece la inadmisibilidad de un recurso de apelación o de casación. Procede además contra resoluciones dictadas *sin haber oído a las partes* a fin de que el mismo tribunal que las dictó examine nuevamente el asunto y resuelva lo que corresponde (art. 373 CPP).
 - *Recurso de hecho*, opera el auto que declara la inadmisibilidad de un recurso de apelación, casación, y *contra el que lo confirma* al resolver su reposición (art. 365 CPP).
 - *Recurso de apelación*, funciona contra autos establecidos en el artículo 376 CPP y contra *todas las sentencias* dictadas en primera instancia por los jueces locales y jueces de distrito (art. 380 CPP).

Patrones y modalidades de violaciones al derecho a la presunción de inocencia

Entre otras se mencionan las siguientes:

- Cualquier acción o intento de las autoridades y funcionarios de la administración de justicia por los que se obligue o induzca a la persona investigada y/o acusada a demostrar su inocencia. Se debe tener en cuenta que corresponde a la fiscalía y los órganos de investigación demostrar que la persona acusada es culpable más allá de cualquier duda razonable.

- Discriminación basada en cualquiera de las causales establecidas en el artículo 2 DUDH y 1 CASDH: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, que entrañen o alimenten prejuicios de culpa en contra de las personas investigadas o acusadas.
- La omisión y denegación de cualquier diligencia de investigación encaminada a demostrar la inocencia de la persona acusada.
- La denegación u omisión de las pruebas de descargo. En estas se incluyen el examen de testigos.
- El sistema de *evidencias circunstanciales* por las que se invierte la prueba, y se presume la culpa de la persona acusada por el simple mandato de la legislación.
- Todo comentario de autoridad o funcionario público, en especial provenientes de Jueces o Magistrados, por el se sugiera, aliente creencias, o afirme en forma anticipada a la sentencia judicial acerca de la culpa, delincuencia, y sanción de las personas acusadas o investigadas.
- En los casos en los que el Estado no realiza el juicio, y prolonga la privación de libertad a partir de las sospechas en contra del acusado. De esta forma el Estado está *sustituyendo la pena* por medio de la prisión preventiva¹⁴⁰.
- Campañas, aseveraciones o sugerencias en los medios de comunicación acerca de la culpa, delincuencia y eventual sanción de las personas investigadas y/o acusadas, por las que pretende influenciar a las autoridades acerca de los resultados de la sentencia final.
- La omisión de cualquiera de los recursos disponibles encaminados a corregir cualquier acto procesal defectuoso, o cualquier auto o sentencia dañosa y lesiva que tenga como causal eventuales omisiones al derecho a la presunción de inocencia.

Sugerencias para la verificación de denuncias por eventuales violaciones del derecho a la presunción de inocencia

- Analice lo actuado y entreviste a la víctima y sus abogados, a fin de establecer las acciones realizadas por los funcionarios públicos, por los que se obligue, sugiera y/o induzca a la persona investigada y/o acusada a demostrar su inocencia.
- Identifique con claridad cualquier norma que establezca e implique la existencia de evidencias circunstanciales, como criterios de análisis de las pruebas. Establezca las contradicciones de estas evidencias circunstanciales con el sistema de valoración de la prueba conforme el *criterio racional observando las reglas de la lógica* que establece la legislación vigente (art. 15 CPP).
- En los casos de discriminación relacionados a violaciones del derecho a la presunción de inocencia, establezca la causal de discriminación, e identifique los hechos, acciones de la

¹⁴⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dictamen del caso Jorge A. Giménez versus Argentina. 1 Marzo 1996. Disponible en: <http://www.derechos.net/doc/cidh/index.html>

autoridad y omisiones del proceso por los que se concreta la discriminación. Valore la pertinencia de iniciar denuncia y activar el juicio penal por medio de acusación basada en discriminación y/o algún otro de los delitos cometidos durante la investigación y el juicio penal. Consulte las causales de discriminación establecidas en el artículo 2 DUDH.

- En declaraciones de los funcionarios públicos vertidas en medios de comunicación, referidas a la persona acusada, sus familias, los hechos y las eventuales sentencias, establezca la identidad del funcionario que brinda la información publicada y la representación institucional. Tenga presente que el funcionario que investiga y juzga la causa penal, no puede estar divulgando sus opiniones en relación a la culpa, los antecedentes, y las posibles sanciones que implican el hecho investigado o en trámite.
- En casos de informaciones y/o campañas vertidas en los medios de comunicación encaminadas a persuadir a priori a la opinión pública acerca de la culpa del acusado y las eventuales sanciones, establezca los patrones y las omisiones al derecho a la presunción de inocencia a fin de analizar la pertinencia de recurrir con alguno de los recursos de control de constitucionalidad que establece la Constitución Política.
- Analice el expediente judicial y establezca la debida tutela judicial en cuanto a valoración de las pruebas, admisibilidad de las pruebas, examen de testigos, la admisibilidad y/o rechazo de los recursos establecidos en la legislación.

6.3. Derecho a la asistencia gratuita de traductor o intérprete

Derecho internacional de los derechos humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Artículo 14 (numeral 3. incisos a. y f.)

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988)

Principio 14

Toda persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma empleado por las autoridades responsables del arresto, detención o prisión tendrá derecho a que se le comunique sin demora, en un idioma que comprenda, la información mencionada en el principio 10, el párrafo

2 del principio 11, el párrafo 1 del principio 12 y el principio 13 y a contar con la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete en las actuaciones judiciales posteriores a su arresto.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (1990)

6. Las Reglas deberán ponerse a disposición del personal de justicia de menores en sus idiomas nacionales. Los menores que no conozcan suficientemente el idioma hablado por el personal del establecimiento de detención tendrán derecho a los servicios gratuitos de un intérprete siempre que sea necesario, en particular durante los reconocimientos médicos y las actuaciones disciplinarias.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)

Artículo 8. Garantías Judiciales (inciso 2.a.)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 34 (inciso 6)

Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

- 6. A ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal.

Código de la Niñez y la Adolescencia

Artículo 101. (inc. k)

Las y los adolescentes sujetos a la Justicia Penal del Adolescente gozarán de los derechos, libertades y garantías reconocidas en la Constitución Política, Tratados, Convenciones, Pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Nicaragua y las leyes ordinarias, además de aquellas que les corresponden por su especial condición. En consecuencia, deberá garantizarse el respeto, entre otros, de los siguientes derechos y garantías:

k) A ser asistido gratuitamente por intérprete cuando no comprenda o no hable el idioma empleado por el tribunal o autoridades competentes.

Código Procesal Penal, Ley 406

Artículo 95 (inciso 11). Derechos. El imputado o el acusado tendrán derecho a:

11. Ser asistido gratuitamente por intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal.

Arto. 230. Atribuciones (inciso 9)

Los miembros de la Policía Nacional tendrán las siguientes atribuciones:

9. Practicar estudios o análisis técnicos de toda naturaleza, para lo cual podrá solicitar la colaboración de técnicos ajenos a la institución, nacionales o extranjeros, cuando se requieran conocimientos científicos especiales. Asimismo, podrá solicitar la asistencia de intérpretes, cuando sea necesario; (...)

Breve reseña del derecho a la asistencia gratuita de traductor o intérprete

El derecho a la asistencia gratuita de traductor o intérprete en el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos por medio del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha consagrado el derecho a la asistencia gratuita de traductor o intérprete en el artículo 14.3. incisos a, y f, los que regulan este derecho en dos circunstancias distintas. En primer lugar *toda persona acusada de un delito* tiene derecho a ser informada sin demora, *en un idioma que comprenda* y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella (art. 14.3.a. PIDCP). En segundo lugar, también tienen derecho *a ser asistida gratuitamente por un intérprete*, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.

Este derecho está ratificado por la resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del año 1988, que promulga el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. El principio 14 determina que toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión tiene el derecho a ser informada sin demora, *en un idioma que comprenda*, toda la información relativa: a. la orden de detención y la orden en la que esta se funda, b. razones y hora del arresto, la hora de su traslado al lugar de custodia, así como la hora de su primera comparecencia ante el juez u otra autoridad; identidad de

los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que hayan intervenido; y el lugar de custodia, c. la *explicación sobre sus derechos* y la manera de ejercerlos.

En lo que respecta a la justicia de menores las *Reglas de las Naciones Unidas para los menores privados de libertad*, establecen que los menores que no hablen o conozcan *suficientemente* el idioma que hablan los funcionarios del establecimiento de detención tienen derecho *a los servicios gratuitos de un intérprete* siempre que sea necesario, *en particular* durante los reconocimientos médicos y las actuaciones disciplinarias (regla 6).

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 8.2.a. que toda persona inculpada de delito tiene derecho a ser asistida por el traductor o intérprete, en los casos que ésta no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.

El derecho a la asistencia gratuita de traductor o intérprete en el derecho internacional de los derechos humanos en la legislación nicaragüense

El ordenamiento jurídico nacional establece el derecho a la asistencia gratuita de traductor o intérprete en tres momentos distintos. Primero, es establecida por la Constitución Política en el artículo 36.6. referido a los derechos de los procesados, el que establece que todo procesado tiene derecho, entre otros, a *ser asistido gratuitamente por intérprete*, si éste no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal.

Segundo, el artículo 95 del Código Procesal Penal que regula los derechos de los imputados o acusados, reproduce en forma textual lo establecido por la Constitución Política. Señala que imputados o acusados tienen derecho a asistencia gratuita de traductor o intérprete si estos no comprenden o hablan *el idioma empleado por el tribunal*. Tercero, el artículo 230.9. CPP que regula las atribuciones de la Policía Nacional en materia de investigación de delitos, la que *podrá* ser asistida por intérpretes *cuando sea necesario*. Lo que deja amplios márgenes de discrecionalidad en poder de la Policía, que propone serias implicaciones en materia de protección de los derechos de las personas privadas de libertad bajo la jurisdicción de la Policía Nacional.

La justicia especializada de adolescentes cuenta con una disposición específica por la que se reconoce el derecho a la asistencia gratuita de traductor o interprete durante el proceso. El Código de la Niñez y la Adolescencia en el artículo 101 inciso k. establece que el adolescente será asistido por traductor o interprete cuando no comprenda o hable el idioma del tribunal. Armonizando de esta forma las instituciones de la justicia penal nacional de adolescentes con las premisas del derecho internacional de los derechos humanos.

Los límites del derecho a la asistencia gratuita de traductor o intérprete en el derecho internacional de los derechos humanos

La diversidad de las categorías que afectan a las personas privadas de libertad, acarrea algunas complejidades en el ejercicio de este derecho que vale la pena mencionar. En primer lugar, conforme el Comité de Derechos Humanos, el derecho que asiste a todas las personas acusadas de un delito establecido en el artículo 14.3.a PIDCP a ser informada sin demora y en un idioma que comprenda de la *naturaleza y causas de la acusación* formulada contra ella, es aplicable a todos los casos criminales *incluyendo* aquellos casos en los que las personas no están formalmente detenidas. Sin embargo a juicio del Comité este derecho *debe aparecer* cuando una corte o la Fiscalía, en el caso nicaragüense, deciden tomar acciones en contra de *una persona sospechosa de un delito* o la mencionan públicamente como tal¹⁴¹.

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.2.a.) establece como *derecho del inculpado*, estableciendo la protección a aquellas personas inculpadas o acusadas por la comisión de algún delito, dejando en un limbo a las personas privadas de libertad en los casos de detención policial. Lo que propone una limitada protección en los casos de privación de libertad ocurridas a consecuencia del arresto realizado por la Policía.

Una característica específica de este derecho lo constituye su gratuidad. Lo que plantea el deber estatal de asegurar los servicios gratuitos de traducción o interpretación para las personas acusadas por la comisión de un delito. Sin ningún costo, ni gravamen contra las personas acusadas de delitos o sus familiares. Se admite que el derecho a la asistencia de traductor o intérprete, es de suma importancia en aquellos casos en los que el desconocimiento del idioma usado por la corte puede dificultar o puede constituirse en un *gran obstáculo* al derecho a la defensa. En ese sentido del Comité de Derechos Humanos es categórico puesto que reconoce que este derecho es *independiente* de los resultados de los procedimientos, y aplica tanto a *nacionales como a extranjeros*¹⁴².

El derecho internacional de los derechos humanos fundamenta el derecho a la asistencia gratuita de traductor o intérprete con dos argumentos. En primer lugar, la asistencia gratuita de traductor o intérprete disponible a todas las personas acusadas por la comisión de un delito, cuando estas no comprenden ni hablan el idioma del juzgado o tribunal que tramita el juicio. Y tiene como sustrato el ejercicio del derecho a la defensa, poniendo a la disposición de los acusados herramientas para su concreción. En segundo lugar, la asistencia gratuita de traductor o intérprete en juicios civiles o penales, asegura el *derecho a iguales armas y a procedimiento contradictorio*, ubicando en igualdad de condiciones a las partes. Se considera como derecho a iguales armas y a

¹⁴¹ Comité de Derechos Humanos. Comentario General No. 13 (Artículo 14 PIDCP). Compilación de Comentarios General de Naciones Unidas, página 124, párrafo 8. Tomado de "OHCHR. Human Rights in the Administration of Justice" Op. Cit. p. 233.

¹⁴² Opus citus, párrafo 13.

procedimiento contradictorio como el *equilibrio* que ha existir entre los órganos de investigación, incluyendo la Fiscalía y la defensa.

El derecho a la asistencia gratuita de traductor o intérprete cuenta con algunos límites, los que han sido establecidos por la jurisprudencia. En países como Francia con larga tradición y reconocimiento de idiomas locales, el Comité de Derechos Humanos estableció algunos criterios. En el caso de un ciudadano francés cuya lengua materna era el idioma bretón, pero también hablaba idioma francés. Estableció que no se violó el derecho al debido proceso específicamente el artículo 14.3.f. PIDCP. Cuando el Comité estableció que el demandante *no demostró* que él, o sus testigos, fueran incapaces de dirigirse al tribunal en simple pero adecuado idioma francés. Adicionalmente estableció que este derecho no faculta al acusado de expresarse en el idioma que *normalmente habla o que habla con mayor facilidad*. Por el contrario, si la corte asegura, como sucedió en este caso, que el acusado cuenta con suficiente conocimiento del idioma de la corte, *no se requiere* que el acusado se exprese en otro idioma distinto al de la corte¹⁴³.

En este sentido el caso de Nicaragua plantea algunos retos. La Constitución Política hace especial reconocimiento de los idiomas locales hablados en la Costa Atlántica. Aludiendo al caso antes citado, ello propone como desafíos futuros, la necesidad de demostrar la habilidad o incapacidad para hablar el idioma de la corte que investiga el hecho investigado o acusado.

Mecanismos internos de protección al derecho a la asistencia de traductor o intérprete

Los mecanismos internos de este derecho están dados por leyes constitucionales y leyes de desarrollo. Por lo que se recomienda ver los mecanismos internos de protección desarrollados en el capítulo 6.2. Derecho a la presunción de inocencia. En especial los referidos a los delitos establecidos por el Código Penal y los mecanismos que establece el Código Procesal Penal. En especial lo relativo a la actividad procesal defectuosa y los recursos que establece la legislación procesal penal, con el fin de proteger los derechos de las partes en el juicio penal.

Patrones y modalidades de violaciones al derecho a la asistencia de traductor o intérprete

Entre las principales se mencionan las siguientes:

- Omisión del deber estatal de informar a las personas arrestadas y/o acusadas de delitos *en un idioma que comprenda y en forma detallada* la naturaleza y causas de la acusación incoada en su contra (art. 14.3.a PIDCP).
- En los casos de personas acusadas por delitos y sometidas a juicio penal que no hablan o comprenden el idioma que habla el juzgado o tribunal que conoce su caso. Se consideran

¹⁴³ Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 219/1986, D. Guesdon versus Francia (Vistas adoptadas el 25 Julio de 1990. Naciones Unidas documento GAOR/A/45/40 (vol. II) p. 67. Párrafo 10.2, tomado de Tomado de "Human Rights in the Administration of Justice" Op. Cit. ps. 291 y 292.

como omisiones o violaciones al derecho a la asistencia a traductor o interprete, la falta o ausencia de traductores o interpretes que asistan a la persona acusada (art. 14.3.f. PIDCP y art. 8.2.a. CASDH).

- Traducción o interpretación inadecuada, impropia y de dudosa calidad, autorizada por el juez o tribunal de la causa, bajo argumentos de economía procesal que afecta los intereses y la defensa de la persona acusada.
- El cobro por servicios de traducción o interpretación cargados a la cuenta de la persona acusada, sus familiares o representantes. Estos servicios han de ser prestados al acusado en forma gratuita y pagados con dineros públicos.

Sugerencias para la verificación de denuncias por eventuales violaciones del derecho a la asistencia de traductor o interprete

- En los casos de personas privadas de libertad que no comprenden ni hablan el idioma del país, entreviste a estas por medio de traductor o intérprete calificado.
- Asegure y confirme el dominio o incapacidad del idioma que habla el juzgado o tribunal, con que cuenta la persona acusada. Establezca si esta puede comunicarse en forma *simple pero adecuada* en el idioma que habla el juzgado o tribunal de la causa.
- En casos de extranjeros privados de libertad. Averigüe si estos cuenta con la apropiada asistencia consular, la que debe ser proporcionada en forma gratuita por representantes consulares del país de origen de las personas acusadas o privadas de libertad.
- Revise los expedientes y asegúrese que tanto en la investigación policial y las actuaciones de la fiscalía la persona investigada y acusada ha entendido con claridad en un idioma que comprenda y en forma detallada de la naturaleza de la investigación, la acusación, de sus derechos y la forma de ejercerlos.
- En los casos de las personas que no comprenden, ni hablan el idioma del juzgado o tribunal que investiga la acusación, verifique el nombramiento, las calidades y la asistencia brindada por el traductor o interprete nombrado por el juzgado o tribunal.
- Confirme la experiencia y credenciales del traductor. Asegúrese que esta persona cuente con la calificación y experiencia necesaria para asegurar la adecuada comprensión del proceso y sus implicaciones legales. Verifique si existe esta persona ha sido debidamente nombrada o legitimada por el juez o magistrado de la causa. En caso de recusaciones de los traductores originados en cualquier causa, la legitimación del traductor en el juicio realizada por el juez o magistrado es la pieza a recusar, y por tanto a pedir su revocación.

6.4. Derecho a asistencia legal (derecho a la defensa)

El derecho a la asistencia letrada también conocido como el derecho a la defensa, abarca un grupo de derechos que asisten a la persona privada de libertad durante el juicio penal. Se debe tener presente que el derecho a la asistencia legal, también conocido como el derecho a la defensa y que

las personas privadas de libertad pueden invocar desde el momento mismo de la detención. Este grupo de derechos aspiran a equilibrar las intervenciones de las partes durante el juicio penal, considerando como tales, por un lado a los órganos de investigación criminal y fiscalía, y por el otro a la persona privada de libertad que enfrenta una acusación. Conformando de esta forma el derecho a iguales armas, es decir iguales prerrogativas en materia de derechos como en procedimientos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos para ambas partes.

No existe un criterio definido en cuanto al tratamiento metodológico a aplicar para clasificar los derechos que conforman este grupo de derechos. Uno de los retos metodológicos lo constituye la taxonomía de cada uno de los derechos y la forma de agruparlos para su estudio, tomando en consideración la diversidad de estos. Algunos autores los han presentado a partir de los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales, a partir de diferenciar tres grandes etapas del proceso penal: a. el derecho a la asistencia letrada durante el arresto y la detención administrativa; b. el derecho a la asistencia letrada desde la investigación al juicio; c. el derecho a la asistencia letrada durante el juicio penal hasta la sentencia¹⁴⁴.

Otro tratamiento metodológico lo desarrolla el trabajo clásico del Profesor Daniel O'Donnell, el que clasifica los diversos derechos que conforman el derecho a la asistencia letrada en dos grupos: a. derecho a la asistencia letrada; b. derecho al tiempo y los medios necesarios para preparar la defensa¹⁴⁵. Este trabajo aborda el derecho a la asistencia letrada en un único grupo y toma en cuenta el *orden de aparición* que establece el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Entre los que se mencionan: a. derecho a conocer previa y detalladamente la acusación, b. derecho a preparar la defensa, c. derecho a ser asistido por un defensor de su elección, d. derecho a ser asistido por un defensor público, e. derecho a *presentar testigos* e interrogar testigos.

6.4.1. Derecho a conocer previa y detalladamente la acusación

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

¹⁴⁴ Office of High Commissioner for Human Rights. Human Rights in the Administration of Justice. Opus citus. Caps. 5, 6 y 7.

¹⁴⁵ O'Donnell, Daniel. Opus citus, Ts. I y II. Cap. 5.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 9 (inciso 2)

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

Artículo 14 (inciso 3.a.)

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988)

Principio 10

Toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella.

Principio 11 (inciso 2)

2. Toda persona detenida y su abogado, si lo tiene, recibirán una comunicación inmediata y completa de la orden de detención, junto con las razones en que se funde.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 8 (inciso 2.b.)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 33 (inciso 2.1.)

Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley con arreglo a un procedimiento legal. En consecuencia:

2. Todo detenido tiene derecho:

2.1. A ser informado sin demora en idioma o lengua que comprenda, y en forma detallada, de las causas de su detención y de la acusación formulada en su contra; a que se informe de su detención por parte de la policía, y él mismo a informar a su familia o a quien estime conveniente; y también a ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Código de la Niñez y la Adolescencia

Artículo 101. (Incisos b. y e.)

Las y los adolescentes sujetos a la Justicia Penal del Adolescente gozarán de los derechos, libertades y garantías reconocidas en la Constitución Política, Tratados, Convenciones, Pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Nicaragua y las leyes ordinarias, además de aquellas que les corresponden por su especial condición. En consecuencia, deberá garantizarse el respeto, entre otros, de los siguientes derechos y garantías:

b) A ser informado del motivo de su detención y de la autoridad responsable de la misma; al derecho a permanecer en silencio y a solicitar la presencia inmediata de su madre, padre, tutor y su defensor, so pena de nulidad de todo lo actuado por la autoridad, funcionario o empleado que lo realizare no produciendo efecto alguno en juicio o fuera de él.

e) A recibir información clara y precisa del Juzgado Penal de Distrito del Adolescente, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como el contenido y las razones, incluso ético sociales de las decisiones, de tal forma que el procedimiento cumpla su función educativa, so pena de nulidad de lo actuado.

Código Penal, Ley 641

Artículo 430. Obstáculo a la asistencia del abogado o los derechos de imputado, acusado o sentenciado.

La autoridad, funcionario o empleado público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado, al imputado, acusado, sentenciado, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata o comprensible, sus derechos y las razones de su detención, será sancionado con pena de cien a trescientos días multa e inhabilitación especial a uno o tres años, para ejercer profesión, empleo o cargo público.

Código Procesal Penal, Ley 406

Artículo 95 (inciso 2). Derechos. El imputado o el acusado tendrán derecho a:

2. Ser informado en el momento de su comparecencia o de su detención de manera clara, precisa, circunstanciada y específica acerca de los hechos que se le imputan.

Arto. 232. Deberes. (Inc. 1)

La Policía Nacional tendrá, además de otros deberes establecidos en la ley, los siguientes:

1. Informar a la persona en el momento de detenerla: a) De las causas de su detención en forma detallada y en idioma o lengua que comprenda; b) Que tiene derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma, ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y, c) Que tiene derecho a ser asesorada por un defensor de su elección, a fin de que lo designe.

Breve reseña del derecho a conocer previa y detalladamente la acusación

El derecho internacional de los derechos humanos

La génesis del derecho a conocer previa y detalladamente la acusación se puede trazar hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos, la que vincula su ejercicio y protección al derecho a la presunción de inocencia, conforme el art. 11.1. De esta forma la antítesis del derecho a la presunción de inocencia, lo constituye el deber estatal de demostrar la culpa de las personas acusadas por delitos en juicio público y asegurando *todas las garantías necesarias* para su defensa. Así el concepto de garantías necesarias, es crucial para establecer el deber de informar acerca de la acusación a las personas bajo procesos investigativos y privadas de libertad.

Será en 1966, con la promulgación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que el derecho a conocer previamente y detalladamente la acusación adquiere la regulación que conocemos en la actualidad establecida en los artículos 9.1. y 14.3.a PIDCP. Los elementos que componen el derecho a conocer previa y detalla mente la acusación establecidos por el PIDCP son:

- a. el contenido material del derecho consiste en recibir información, ser informado acerca de la

naturaleza y causas de la detención; b. el contexto exclusivo en el que este derecho se manifiesta es el proceso penal, lo que plantea que ámbitos como la detención administrativa y el arresto se encuentran excluidos; c. los sujetos de este derecho son todas las personas acusadas de delitos; d. las condiciones por las que el derecho se manifiesta: en forma expedita detallada, y en un idioma que la persona acusada comprenda.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos por medio del artículo 8.2.b. se constituye en el sumun de los instrumentos internacionales que le preceden. Al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos asocia el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación a la presunción de inocencia en los mismos términos de la DUDH. Incorpora las premisas básicas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al señalar que el proceso penal es el contexto en el que este derecho se manifiesta, reservándolo exclusivamente para la *persona inculpada de delito*, es decir establece como sujetos de este derecho a las personas acusadas de delitos.

A diferencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que considera que este derecho únicamente aflora durante el proceso penal, el “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, promulgado en 1988, en armonía con artículo 9.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establecen la protección de las personas bajo *detención policial* (art. 231 CPP). La que formalmente no se considera parte del juicio penal. Conforme a la Convención a estas personas no les cabe ninguna protección durante el arresto o la detención administrativa. Sin embargo el Conjunto de Principios establece que toda persona arrestada *será informada en el momento de su arresto* (principio 10) de la razón por la que se procede a él y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella. Lo que equivale a afirmar que el derecho de las personas privadas de libertad a ser informadas de las causas del arresto y la acusación, les asiste desde el momento mismo de la privación de libertad.

El debate acerca de los límites entre los que oscila el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación, sea para personas bajo arresto, detención policial o acusadas de delitos, propone la necesaria armonización de estas categorías prácticas y los conceptos que a ellas se asocian, en armonía con los conceptos acuñados por el derecho internacional de los derechos humanos. Lo que implica que en futuros casos de protección del derecho a conocer previa y detalladamente de la acusación de las personas privadas de libertad, se debe tener en cuenta la jerarquía normativa que establece el sistema de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos.

La legislación nicaragüense

La legislación nicaragüense se encuentra marcada por el debate de los límites del derecho a conocer previa y detalladamente la acusación. En primer lugar, el artículo 33.2.1. de la Constitución Política a tono con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho de *todo detenido a ser informado sin demora en idioma o lengua que comprenda, y en forma detallada*, de las causas de su detención y de la acusación formulada en su contra. Lo que propone que la norma constitucional reconoce como el derecho a ser informado de la acusación únicamente para las personas acusadas. Dejando por fuera a las personas en situación de arresto y detención administrativa.

Las leyes de desarrollo por medio del Código Procesal Penal establecen dos perspectivas del derecho a conocer previa y detalladamente la acusación. Ambas en el mismo cuerpo normativo, lo que plantea algunos dilemas en cuanto a la protección efectiva de este derecho. En primer lugar conforme el artículo 95 del Código Procesal Penal reconoce como derecho de los imputados y acusados *ser informado en el momento de su comparecencia o de su detención* de manera clara, precisa, circunstanciada y específica acerca de los hechos que se le imputan. Sin embargo esta norma limita el derecho a conocer la acusación en el caso de los imputados al *momento de la comparecencia*, la que se debe interpretar como comparecencia judicial. Lo que entraña un contrasentido, puesto que deja nuevamente desprotegidos a las personas bajo detención policial, a pesar de reconocer este derecho desde el momento de la detención. Esta perspectiva restrictiva del ejercicio del derecho a conocer previa y detalladamente la acusación, se encuentra en armonía con lo que establece en este sentido la Constitución Política.

Afortunadamente, también el Código Procesal Penal cuenta con una segunda perspectiva, que plantea una mayor protección del derecho a conocer previa y detalladamente la acusación, el que también es aplicable a las categorías de detenido, inculcado y acusado. Conforme el art. 232.1. CPP se estatuye el deber de la Policía Nacional de informar a las personas *al momento de detenerla* (s) acerca de lo siguiente: a. De las causas de su detención *en forma detallada y en idioma o lengua que comprenda*; b. Que tiene derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma, ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y, c. Que tiene derecho a ser asesorada por un defensor de su elección, a fin de que lo designe.

En esta amplia perspectiva el Código Procesal Penal acoge lo establecido en el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Los márgenes de protección y ejercicio son aún mayores que los que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la misma Constitución Política, puesto que además de prever protección a inculcados y acusados, en esta segunda perspectiva garantista el CPP también incluye a las personas bajo arresto y desde la detención policial. Además en esta perspectiva se cumple la estipulación de antelación que los instrumentos internacionales aspiran a cumplir al señalar el derecho a conocer *previa y detalladamente* la acusación.

Las dos perspectivas arriba descritas, proponen que la legislación nacional a pesar de las ambigüedades que presentan el CPP en materia de protección del derecho a conocer previa y detalladamente la acusación, si cuenta con regulaciones claras que establecen una amplia

protección de este derecho, acogiendo la perspectiva establecida por el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. En futuros casos de verificación del derecho a conocer previa y detalladamente la denuncia, se recomienda acogerse a lo establecido en la perspectiva garantista última, establecida en el artículo 232.1. del Código Procesal Penal.

La justicia penal de adolescentes también ha incorporado el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada. El Código de la Niñez y la Adolescencia contiene dos menciones por las que este se concreta. El Código por medio de dos incisos del artículo 101 desarrolla este derecho. En primer lugar el inciso b. establece el derecho a ser informado del motivo de la detención y la autoridad responsable de la misma. En el mismo sentido el inciso e. establece el *derecho a tener información clara y precisa*, sobre el significado de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, so pena de nulidad de lo actuado.

El Código Penal ha establecido en el artículo 430 *Obstáculo a la asistencia del abogado o los derechos de imputado, acusado o sentenciado*, que pretende proteger los derechos de los imputados, acusados y sentenciados, mediante penas de multa e inhabilitación para ejercer profesión, empleo o cargo público a los funcionarios que entre otras causales omitan informar *en forma inmediata o comprensible*, los derechos de las personas privadas de libertad y las razones de su detención. Lo que pone en evidencia el interés de armonizar la legislación penal con los compromisos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos, en especial el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación. Ello plantea desafíos a la administración de justicia en el sentido de proteger los derechos de las personas privadas de libertad por medio de sancionar a los funcionarios que omiten estos derechos. Lo que propone un verdadero dilema a jueces y tribunales de justicia.

La fundamentación del derecho a conocer previa y detalladamente la acusación

En el conjunto de los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales, el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación se puede fundamentar en dos vertientes. En primer lugar el estado democrático moderno se construye sobre el principio del estado de derecho, el que preconiza que tanto los ciudadanos y el Estado se encuentran regidos por las leyes, por tanto *ningún poder del Estado, organismo de gobierno o funcionario* tendrá mayor autoridad, facultada o jurisdicción que las que les confieren las leyes (art. 182 Cn.). De esta forma el estado de derecho plantea una relación igualitaria y absoluta de sometimiento y cumplimiento de las leyes. Lo que da como resultado que en el ámbito de la administración de justicia esta relativa igualdad, adquiere una dimensión central, puesto que por medio del estado de derecho también se aspira a igualar a las partes en juicio.

En la segunda vertiente se parte de considerar que las partes en el juicio penal, por un lado, las personas acusadas de la comisión de un delito y privadas de libertad, mientras que por la otra, se reconoce como parte a los órganos de investigación, fiscalía, etc. A ambas les corresponde antagonizar posiciones, argumentos y evidencias en el juicio penal, arbitrado por los Jueces y Tribunales. En esta confrontación, se requiere un equilibrio entre las partes, de forma que ambas cuentan con iguales armas, mecanismos procesales y recursos. En este sentido el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación, se concreta por medio del derecho a iguales armas que aspira al *equilibrio* entre las armas de la Fiscalía y la Defensa¹⁴⁶. Derecho a iguales armas que tiene como fundamento el estado democrático de derecho. Otro argumento de fundamentación del derecho a conocer previa y detalladamente la acusación, se ubica en el derecho a la defensa, cuyo sustento se encuentra en los derechos a juicio justo y las debidas garantías judiciales.

Patrones y modalidades de violaciones al derecho a conocer previa y detalladamente la acusación

- Omisiones al deber de informar a las personas privadas de libertad ocurridas en la Policía, Fiscalía y Juzgados, acerca de la naturaleza de la acusación que pende sobre ellas y de las causas de la detención.
- Notificaciones formales del ejercicio de este derecho que se concretan haciendo únicamente firmar a la persona privada de libertad de la notificación de este derecho, sin que ello implique ninguna explicación ni detalle acerca de la naturaleza de la acusación ni del contenido del derecho que este implica. De forma que la persona privada de libertad no recibe información o recibe insuficiente información acerca de la detención y la acusación.
- Omisión del deber de informar a las personas privadas de libertad ocurridas en la detención policial bajo el argumento que este derecho aflora y se ejerce únicamente, hasta que la persona es formalmente acusada. En estos casos se recomienda considerar la protección garantista que establece al art. 232.1.a. CPP.
- A pesar de haberse denunciado el delito de “Obstáculo a la asistencia del abogado o los derechos de imputado, acusado o sentenciado” (art. 430 Pn.), la Administración de Justicia omite el deber de prevenir, investigar y sancionar los delitos.

Sugerencias para verificación del derecho a conocer previa y detalladamente la acusación

- Entreviste a la persona privada de libertad, averigüe si esta ha sido informada desde el momento de la detención policial, acerca de las causas de la detención y la acusación. Averigüe acerca de los detalles brindados por las autoridades, los que han de estar en consonancia con el parámetro internacional que implica recibir de las autoridades información en forma detallada.

¹⁴⁶ Human Rights in the Administration of Justice. Opus Citus, p. 258.

- Consulte el informe policial (art. 232 in fine CPP), en especial *la constancia de la practica que todas estas actuaciones* que documenta la transmisión oportunamente de la información concerniente a la persona detenida.
- Entreviste a los oficiales que realizaron las investigaciones y consulte acerca de la información que supuestamente le fue dada a conocer a la persona privada de libertad.
- Consulte el expediente y los registros judiciales, en especial confirme el apercibimiento realizado por el Juez o Tribunal, en cuanto al derecho a conocer previa y detalladamente la acusación.
- En los casos que se ha denunciado el delito “Obstáculo a la asistencia del abogado o los derechos de imputado, acusado o sentenciado” (art. 430 Pn.), se recomienda verificar las actuaciones de la administración de justicia, en dos direcciones. En primer lugar verificar el deber de prevenir, investigar y sancionar los delitos. En segundo lugar, verificar el grupo de derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales, en especial el derecho a la justicia.
- Entreviste a la persona privada de libertad y a su abogado a fin de conocer si a esta se le informó *previa y detalladamente* de la acusación en la instancia judicial. En caso de omisión sugiera la impugnación y los recursos que correspondan.

6.4.2. Derecho al tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa

Derecho internacional de los derechos humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 14 (numeral 3. b.)

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988)

Principio 18

1. Toda persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse con su abogado y a consultarlo.
2. Se darán a la persona detenida o presa tiempo y medios adecuados para consultar con su abogado.
3. El derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden.
4. Las entrevistas entre la persona detenida o presa y su abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste no podrá hallarse a distancia que le permita oír la conversación.
5. Las comunicaciones entre una persona detenida o presa y su abogado mencionadas en el presente principio no se podrán admitir como prueba en contra de la persona detenida o presa a menos que se relacionen con un delito continuo o que se proyecte cometer.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 8. Garantías Judiciales (inciso 2.c.)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

Principios Básicos sobre la Función de los Abogados (1990)

8. A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser

vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 34 (inciso 4)

Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

4. A que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 260/1998

Debido proceso en las actuaciones judiciales

Artículo 14. Los Jueces y Magistrados deben guardar observancia del debido proceso en toda actuación judicial, cualquiera sea la naturaleza del proceso, brindando las garantías necesarias a las partes para la adecuada defensa de sus derechos. También deben de impulsar de oficio los procedimientos que la ley señale y ejercer la función tuitiva en los casos que la ley lo requiera.

Los principios de supremacía constitucional y del proceso deben observarse en todo proceso judicial. En los procesos penales puede restringirse el acceso de los medios de comunicación y del público, a criterio de la Autoridad Judicial, sea de oficio o a petición de parte, por consideraciones de moralidad o de orden público.

Acceso a los Expedientes

Artículo 126. Las partes, sus apoderados y los abogados tienen acceso, a los expedientes en trámite, con las excepciones que establece la ley. En ningún caso los expedientes podrán ser retirados del Despacho Judicial, salvo los casos permitidos por la ley.

Código Penal, Ley 641

Artículo 194. Captación indebida de Comunicaciones ajenas. Quien ilegítimamente grabe las palabras o conversaciones ajenas, no destinadas al público, o el que mediante procedimientos técnicos escuche comunicaciones privadas o telefónicas que no le estén dirigidas, será penado con prisión de uno a dos años.

Artículo 199. Agravación por abuso de la función o cargo. La autoridad, funcionario o empleado público que fuera de los casos autorizados por la ley y prevaliéndose de su cargo o función realice cualquiera de las conductas establecidas en el presente capítulo, se le impondrá la pena de tres a seis años de prisión e inhabilitación para ejercer el cargo o empleo público por el mismo periodo.

Art. 430 Obstáculo a la asistencia del abogado o los derechos de imputado, acusado o sentenciado. La autoridad, funcionario o empleado público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado, al imputado, acusado, sentenciado, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata o comprensible, sus derechos y las razones de su detención, será sancionado con pena de cien a trescientos días multa e inhabilitación especial a uno o tres años, para ejercer profesión, empleo o cargo público.

Art. 466 Patrocinio infiel. El abogado que perjudique deliberadamente los intereses que le han sido confiados, será penado de trescientos a seiscientos días multa e inhabilitación especial de dos a seis años.

Si la conducta anterior fuere realizada por imprudencia temeraria, será sancionada con inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía de seis meses a dos años.

Serán sancionados con las mismas penas señaladas en el párrafo anterior:

- a) el abogado que habiendo asesorado, defendido o representado a una persona, asesorare, defendiere o representare en el mismo asunto a quien tenga intereses contradictorios; o
- b) el abogado que destruyere, inutilizare u ocultare documentos o información a los que hubiere tenido acceso en razón de su profesión, con perjuicio para los intereses de la parte que representa, asiste o asesora.

Artículo 481 Influencia indebida en el proceso. El que con violencia o intimidación intente influir o influya directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, fiscal, procurador, perito, intérprete, traductor o testigo, en un proceso, para que altere su declaración, testimonio, dictamen, interpretación, traducción, defensa o gestión, en un proceso Judicial, será penado con prisión de cuatro a ocho años.

Igual pena se impondrá a quien realice cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el párrafo anterior, por su actuación en el proceso judicial.

Las penas señaladas en los párrafos anteriores se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los actos de violencia o intimidación ejercidos.

Código de la Niñez y de la Adolescencia

Artículo 108. Todo adolescente tiene derecho a ser oído, a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa, a presentar las pruebas, interrogar a los testigos y refutar los argumentos necesarios para su defensa y a rebatir todo aquello que le sea contrario. Lo anterior está garantizado por la intervención de un defensor y del representante de la Procuraduría General de Justicia.

Código Procesal Penal, Ley 406

Artículo 95 (inciso 10). Derechos. El imputado o el acusado tendrán derecho a:

10. Ser asesorado por un defensor que designe él o sus parientes o, si lo requiere, por un defensor público o de oficio, según corresponda conforme la Ley Orgánica del Poder Judicial y el presente Código.

Artículo 213. Intervención telefónica

Procederá la interceptación de comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicaciones, cuando se trate de:

1. Terrorismo;
2. Secuestro extorsivo;
3. Tráfico de órganos y personas con propósitos sexuales;
4. Delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas;
5. Legitimación de capitales o lavados de dinero y activo; y
6. Tráfico internacional de armas, explosivos y vehículos robados.

Es prohibida la interceptación de cualquier comunicación entre el acusado y su defensor. (...)

Breve reseña del derecho al tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa

Derecho internacional de los derechos humanos

La génesis del derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa se ubican en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11.1.) que plantea como derecho de toda persona acusada de delito a ser juzgada en juicio público en el que se hayan brindado *todas las garantías necesarias para su defensa*. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3.b.) será el instrumento que acuña este derecho en la forma en que se conoce actualmente. Establece como derecho de las personas acusadas de delitos a contar con el tiempo, los medios *para la preparación de su defensa*.

En el mismo sentido el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (principio 18.2.), establece como derecho de toda persona detenida o presa a contar *con el tiempo y los medios* para consultar a su abogado, con la finalidad de preparar su defensa. La Declaración Americana sobre Derechos Humanos por medio del artículo 8.2.c. reconoce como derecho de las personas inculpadas por delito a contar durante el proceso del tiempo y los medios adecuados para la preparación de la su defensa.

El derecho al tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa en la legislación nicaragüense

En la legislación nacional el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa de la persona acusada de delito cuenta con escaso desarrollo a pesar de estar contenido en forma expresa en la Constitución Política. La norma constitucional establece la garantía para todos los procesados, desde el inicio del proceso, a disponer del *tiempo y medios adecuados* para su defensa (art. 34.4. Cn.).

La Ley Orgánica del Poder Judicial establece a Jueces y Magistrados están obligados a observar los principios de supremacía constitucional y el debido proceso *en todo proceso judicial* (art. 14 LOPJ). Sin embargo esta rotunda declaración de principios se queda en una mera aspiración puesto que no existe ninguna norma que establezca el contenido, los elementos y los derechos que conforman el derecho al debido proceso. En cuanto a los derechos de los imputados y acusados de delitos, el Código Procesal Penal (art. 95.10 CPP) se limita a hacer una amplia declaración al reconocer como derecho de estos a ser asesorado por un defensor nombrado por estos o sus parientes. Sin embargo tanto la LOPJ como el CPP omiten completamente este derecho, por lo que su eventual protección peca de ambigua.

Por su parte el Código Penal, al igual que el CPP establece como delito la obstaculización a la asistencia del abogado o los derechos de imputado, acusado o sentenciado (art. 430 Pn.), por el que se establece que cualquier funcionario público que obstaculice el derecho a la asistencia a abogado será penada con penas de multa e inhabilitación especial para ejercer profesión, empleo o cargo público. Sin embargo, en el Código Penal tampoco existe alusión alguna o mecanismo de protección o tipicidad delictiva que pene las omisiones al derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa de las personas inculpadas y acusadas de delitos. Lo que propone graves incertidumbres y dudas en cuanto a la apropiada protección que brindan los mecanismos internos de protección al derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa. Si se toma en consideración que la legislación sobre el tema, lo ignora y lo omite flagrantemente. Lo que ultima instancia solo beneficia a una de las partes en detrimento de los derechos de las personas privadas de libertad.

El contenido del derecho al tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa

El derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, tiene como fundamento el derecho a la igualdad de armas, la que refiere al equilibrio necesario que ha de existir entre los derechos, herramientas procesales y tiempos de la persona acusada de delito y las que gozan los órganos de investigación y fiscalía. Lo que propone que este derecho es uno de los componentes del derecho a la asistencia letrada por la que la persona acusada de delito, compensa el relativo desequilibrio de esta. Tomando en cuenta que la persona se encuentra privada de libertad, situación que impone limitaciones al ejercicio efectivo de todos los derechos y libertades que le asisten.

La jurisprudencia internacional ha establecido dos criterios por los que se concreta el derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa: a. el tiempo disponible para preparar la defensa; b. los medios necesarios para preparar la defensa.

En cuanto al tiempo disponible para preparar la defensa, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos ha establecido que un plazo de diez minutos es *insuficiente* para preparar la defensa de un caso de homicidio. En otros casos de delitos relacionados a pena capital, el Comité arriba a iguales conclusiones al resolver el caso de un abogado que se reúne con su defendido por primera vez *media hora antes del juicio*, de igual forma se señala como insuficiente el tiempo para preparar la defensa en el caso de otro abogado que *dispuso de cuatro horas* para preparar la defensa del acusado¹⁴⁷, afectando de esta forma la comparecencia de testigos de descargo.

En casos que implican la pena de muerte, en cuanto al tiempo que disponen los abogados para preparar la defensa de sus defendidos, el Comité de Derechos Humanos, en el caso Reid concluyó que el plazo es *inadecuado* cuando el abogado defensor fue nombrado el mismo día del juicio, además el juez se *rehusó a posponerlo para permitir al abogado discutir el caso con su cliente*¹⁴⁸. También vulnera este derecho la negativa del tribunal a aplazar el juicio, solicitada para preparar la defensa en un caso en donde el defensor fue nombrado el viernes para debatir el lunes siguiente. En este caso la defensora carecía de experiencia y la acusación era sancionada con la pena de muerte; *la defensora pidió al juez que aplazara el juicio o se le permitiera retirarse del caso*, porque no estaba preparada para defenderlo¹⁴⁹.

En otro caso de pena de muerte el Comité de Derechos Humanos estableció que no se concedió al autor el *tiempo suficiente* para preparar la defensa y para comunicarse con su abogado. Al autor solo se le concedieron *algunos momentos al día durante el juicio para comunicarse con su*

¹⁴⁷ Comité Derechos Humanos. Caso Reid (W.C.) versus Jamaica, párrafo 13.1 (1994) y caso Little versus Jamaica, párrafos 8.3 – 8.4. (1991) Tomado de O'Donnell, Daniel. Derecho Internacional de Derechos Humanos, opus citus, p. 418.

¹⁴⁸ OHCHR. The case of Reid. Human Rights in the Administration of Justice, p. 286.

¹⁴⁹ Comité de Derechos Humanos. Caso Philip versus Trinidad y Tobago, párrafo 7.2. (1998). O'Donnell, Daniel, op. cit, p. 419.

*abogado*¹⁵⁰. El Comité encontró violación del artículo 14.3.b. PIDCP que establece el derecho a *disponer del tiempo y de los medios adecuados* para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.

Sin embargo a juicio del Comité no se viola el derecho a disponer del tiempo y los medios necesarios para preparar la defensa casos, independientemente del limitado margen de tiempo concedido para tal fin. Al establecer *que los plazos muy exigüos de preparación no fueron incompatibles con el derecho a tiempo suficiente porque los defensores no solicitaron un aplazamiento al tribunal*; a juicio del Comité corresponde a la defensa o al acusado alegar el tiempo insuficiente para preparar la defensa, puesto que *si el letrado o el (acusado) no se sentían bien preparados, les incumbía pedir un aplazamiento*¹⁵¹. Lo que propone que la solicitud de aplazamiento del proceso para preparar la defensa es *un elemento vital* en la jurisprudencia del Comité¹⁵², que corresponde ser ejercida por la defensa de la persona privada de libertad.

En cuanto al derecho a contar con los medios adecuados para preparar la defensa, estos abarcan el acceso real y necesario tanto de las piezas del expediente, pruebas y peritajes, así como las copias de este. Existe jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos que establece que no es necesario traducir todo lo actuado al idioma del acusado, cuando el *abogado puede pedir la traducción de lo que considera necesario*. Cuando el acusado tiene acceso a la documentación que obra en los archivos policiales, *no tiene derecho* a recibir copias gratis¹⁵³. Sin embargo esta perspectiva de los medios para preparar la defensa es estrecha, puesto que solo se circunscribe al expediente y los documentos que existen en archivos. Por lo que conviene ampliar e incluir en el acceso a los medios para preparar la defensa, todos los medios disponibles para obtener las pruebas de descargo como son las evidencias y los peritajes a que están obligados a producir los órganos de investigación y la fiscalía, además de las facilidades para la ubicación e identificación y traslado de los testigos de descargo que coadyuvan en la investigación del caso.

Mecanismos internos de protección del derecho al tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa

Mecanismos internos de protección del derecho al tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa establecidos por leyes constitucionales

A pesar que el artículo 34.4. de la Constitución Política consagra el derecho a la defensa desde el inicio del proceso y a *disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa*, el desarrollo de este derecho es pobre. Sin embargo la Constitución Política por medio del artículo 188 establece el

¹⁵⁰ Comité de Derechos Humanos. Caso Ramil Rayos versus Filipinas. Comunicación 1167/2003, párrafo 7-3 (2004)

¹⁵¹ Comité de Derechos Humanos. Caso Henry versus Jamaica, párrafo 7.5. (1998). O'Donnell, Daniel, idem.

¹⁵² O'Donnell, Daniel. Ídem.

¹⁵³ Ídem, p. 420. Citando jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, caso Harward versus Noruega, párrafos 9-4, 9-5 (19994) y caso O.F. versus Noruega, párrafo 5-5 (1984).

Recurso de Amparo que desarrolla la Ley de Amparo, y está diseñado para proteger y amparar a las personas “en contra de toda disposición, acto o resolución y *en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías* consagrados en la constitución Política”. Lo que posibilita la utilización de este recurso ante eventuales omisiones y violaciones del derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa.

La legislación penal como mecanismo interno de protección

Tomando en consideración la esencia punitiva con que cuenta la legislación penal, en cuanto al derecho a contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa ésta funciona mas como mecanismo de restitución de derechos que como mecanismo de protección en sentido estricto. Las omisiones y violaciones del derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para la defensa constitutivas de delito, son sancionadas conforme el tipo penal establecido en el artículo 430 del Código Penal “*Obstáculo a la asistencia del abogado o los derechos de imputado, acusado o sentenciado*”. Establece como delito específico de los funcionarios la obstaculización del derecho a la asistencia de abogado. La que es penada con multas e inhabilitación especial. Una segunda tipicidad penal la constituye el artículo art. 481 Pn. *Influencia indebida en el proceso*, diseñado para prevenir cualquier influencia perversa sobre las partes y al proceso penal, sean estas en forma directa o indirecta. Este delito es penado con prisión de cuatro a ocho años.

Como una alternativa de restitución que corresponde realizar al derecho penal, en casos de omisiones y violaciones al derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, la que consiste en someter la acusación en contra de los funcionarios responsables de las violaciones u omisiones por alguno de los siguientes delitos que establece el Código Penal, en especial los relacionados con la administración de justicia. Se debe tener presente que la acusación penal es viable siempre y cuando los presupuestos que establece el delito coinciden o son el medio para la realización de la omisión o la violación.

Entre los delitos que pueden relacionarse con eventuales violaciones al derecho a contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, establecidos por la legislación penal están: Captación indebida de comunicaciones ajenas (art. 194 Pn.), Agravación por abuso de la función o cargo (art. 199 Pn.), Denegación de Justicia (art. 464 Pn.), Retardo malicioso (art. 465 Pn.), Patrocinio infiel (art. 466 Pn.) Omisión del deber de perseguir los delitos (art. 468 Pn.), Omisión del deber de impedir los delitos (art. 469 Pn.)

La legislación procesal penal como mecanismo interno de protección

Los mecanismos internos de protección que establece pueden ser tres tipos: a. Mecanismos que previenen actuaciones judiciales malsanas originadas en intereses personales o ajenos al juicio; b.

Remedios a la actividad procesal defectuosa; c. Los diferentes recursos que establece la legislación procesal penal.

Los mecanismos disponibles a las partes encaminadas a prevenir y protegerlas de la actuación judicial malsana originada en intereses personales o ajenos al proceso, como son la *inhibición y la recusación* (arts. 32 y ss. CPP)

El Código Procesal Penal establece diversas soluciones a la *actividad procesal defectuosa* (art. 160 ss. CPP), por la que se subsanan cualquier error u omisión material, aclaraciones, omisiones, etc. En estos casos cabe invocar las omisiones y violaciones ocurridas durante el proceso penal, utilizando los diversos remedios que plantea el Código Procesal Penal. Los remedios a la actividad procesal defectuosa son: reclamo de subsanación (arts. 161 – 162 CPP), incidente de nulidad (art. 164 CPP). Los que eventualmente derivan en la renovación o rectificación de la acto defectuoso (art. 165 CPP).

Además entre estos mecanismos de protección también se deben considera los recursos ordinarios establecidos por la legislación procesal penal son: Recurso de reposición (arts. 364 y 373 CPP), este recurso es de suma importancia puesto que pretende rectificar decisiones judiciales emitidas *sin haber oído a las partes*; recurso de hecho (art. 365 CPP), y el recurso de apelación que funciona contra autos establecidos en el artículo 376 CPP y contra *todas las sentencias* dictadas en primera instancia por los jueces locales y jueces de distrito (art. 380 CPP).

Patrones y modalidades de violaciones del derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa

- Tiempo insuficiente brindado por el Juez o Magistrado de la causa al abogado para entrevistar y comunicarse con su defendido, para precisamente preparar la defensa.
- Obstáculos realizados por cualquier funcionario en ejercicio de potestades públicas, encaminados a restringir el tiempo, acceso y la comunicación entre la persona acusada y su abogado defensor; y, entre los testigos de descargo y el abogado defensor. Ello deriva en obstáculos a la preparación de la defensa.
- Nombramiento de abogado defensor inmediatamente antes de cualquier intervención en el procedimiento, o en el mismo acto, sin haber brindado el tiempo necesario para estudiar el expediente, las evidencias producidas y haber entrevistado a la persona acusada.
- El escaso y/o limitado acceso a las evidencias producidas, al expediente y a la persona privada de libertad por el abogado defensor.
- El ocultamiento de piezas de evidencia, que son reveladas de último minuto, dejando sin posibilidades de replica ni descargo a la defensa o la persona acusada.

- El establecimiento de actuaciones judiciales y/o diligencias de investigación en horarios imposibles o fechas inminentes, encaminados a limitar el acceso del abogado defensor a las actuaciones, a las piezas de evidencia, los testigos y/o a la persona acusada.
- La denegación de peticiones de aplazamiento o reprogramación de audiencias, acciones de instrucción y/o diligencias de investigación, solicitadas por la defensa y/o la persona acusada para preparar la defensa.

Sugerencias para la verificación de denuncias por eventuales violaciones al derecho a contar el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa

- Entreviste al abogado defensor y confirme los plazos concedidos a la defensa para preparar esta, desde el momento en que fue nombrada como tal y sus primeras intervenciones en los juzgados o cortes.
- De la misma forma confirme el acceso del abogado defensor y la persona acusada al expediente, las piezas de evidencia producidas: facilidades u obstrucciones de fotocopias y documentos de importancia.
- Entreviste a la persona acusada con el fin de conocer sus opiniones acerca del desarrollo y la eficacia con que ha sido conducida la defensa, así como las estrategias que ha esta ha desarrollado para garantizar la adecuada preparación de la defensa.
- Entreviste al Juez o Magistrados en los casos de denegaciones de solicitudes de aplazamiento o posposiciones de acciones de investigación, o procedimientos judiciales, hechos por la defensa argumentando contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa. Averigüe los argumentos en los que basaron la denegación.
- En casos de evidencias y testigos producidos de último momento, establezca el tiempo concedido a la defensa para preparar las replicas, argumentos y producción de pruebas de descargo. En este sentido se debe verificar las facilidades para acceder y convocar a los testigos de descargo.
- En caso de confirmar que los tiempos y plazos brindados para preparar la defensa son exiguos, o la defensa se considere sin la preparación apropiada, sugiera a la defensa y/o a la persona acusada, solicitar al Juez o Magistrado de la causa, suspender o posponer las acciones investigativas, y/o las diligencias del proceso. Retomando el proceso hasta que se cuente con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa.
- En los casos de abogados defensores recién nombrados, que deben enfrentar diligencias, audiencias u cualquier otra acción procesal relacionada con el caso en forma inmediata y perentoria, sin haber tenido comunicación con la persona acusada, ni haber estudiado el

expediente y las evidencias producidas; se sugiere solicitar la suspensión del proceso y todas las diligencias relacionadas a este, hasta que se cuente con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa.

- En los casos de defensores públicos nombrados por el Juez o Tribunal de la causa, tenga presente que el derecho a contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa es un requisito para el derecho a la defensa eficaz. Este derecho no es un derecho formal, no es un derecho que se ejerce en papeles. Por lo que tenga en cuenta el tiempo real y la atención que el defensor público ha brindado a la defensa de la persona inculpada o acusada. (Se recomienda ver comentarios a los Mecanismos internos de protección al derecho a la defensa de su preferencia creados por los Principios Generales del Derecho nacional desarrollados el capítulo siguiente).

6.4.3. Derecho a asistencia legal de su preferencia y a comunicarse libre y privadamente con su defensor

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 14 (incisos b. y d.)

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 37 (inciso d.)

Los Estados Partes velarán por qué:

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988)

Principio 11 (numeral 1)

Nadie será mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora por un juez u otra autoridad. La persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado según prescriba la ley.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (1990)

Regla 18 a.

18. Las condiciones de detención de un menor que no haya sido juzgado deberán ajustarse a las reglas siguientes, y a otras disposiciones concretas que resulten necesarias y apropiadas, dadas las exigencias de la presunción de inocencia, la duración de la detención y la condición jurídica y circunstancias de los menores. Entre esas disposiciones figurarán las siguientes, sin que esta enumeración tenga carácter taxativo:

a) Los menores tendrán derecho al asesoramiento jurídico y podrán solicitar asistencia jurídica gratuita, cuando ésta exista, y comunicarse regularmente con sus asesores jurídicos. Deberá respetarse el carácter privado y confidencial de esas comunicaciones

Principios Básicos sobre la Función de los Abogados (1990)

Principios 5, 6, 7 y 8.

5. Los gobiernos velarán por que la autoridad competente informe inmediatamente a todas las personas acusadas de haber cometido un delito, o arrestadas o detenidas, de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección.

6. Todas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se les asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios.

7. Los gobiernos garantizarán además que todas las personas arrestadas, o detenidas, con una acusación penal o no, tengan acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención.

8. A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 8. Garantías Judiciales (inciso 2.d.)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 34 (incisos 4 y 5)

Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

4. A que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa.
5. 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.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 260/1998

Debido proceso en las actuaciones judiciales

Artículo 14. Los Jueces y Magistrados deben guardar observancia del debido proceso en toda actuación judicial, cualquiera sea la naturaleza del proceso, brindando las garantías necesarias a las partes para la adecuada defensa de sus derechos. También deben de impulsar de oficio los procedimientos que la ley señale y ejercer la función tuitiva en los casos que la ley lo requiera.

Los principios de supremacía constitucional y del proceso deben observarse en todo proceso judicial. En los procesos penales puede restringirse el acceso de los medios de comunicación y del público, a criterio de la Autoridad Judicial, sea de oficio o a petición de parte, por consideraciones de moralidad o de orden público.

Derecho a la Defensa Pública

Artículo 212. La Dirección proveerá de un defensor público cuando se lo soliciten verbalmente o por escrito personas que no tengan la capacidad económica, previamente comprobada para sufragar los gastos de un Abogado particular y que estuviesen imputada o procesadas penalmente, así como de un Abogado a las o los demandantes de alimentos o litigantes en lo civil, mercantil, derecho de familia y agrario o trabajadores en lo laboral.

Defensa de Oficio de Defensor de Oficio

Artículo 218. En los lugares donde no exista la Defensoría Pública la asistencia de los indiciados o procesados la asumirán Defensores de Oficio.

El cargo de Defensor de Oficio es gratuito; se designa por rotación entre los Abogados de la localidad, y en su defecto, entre los egresados de las Escuelas de Derecho.

Código Penal, Ley 641

Art. 430 Obstáculo a la asistencia del abogado o los derechos de imputado, acusado o sentenciado. La autoridad, funcionario o empleado público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado, al imputado, acusado, sentenciado, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata o comprensible, sus derechos y las razones de su detención, será sancionado con pena de cien a trescientos días multa e inhabilitación especial a uno o tres años, para ejercer profesión, empleo o cargo público.

Artículo 466. Patrocinio infiel. El abogado que perjudique deliberadamente los intereses que le han sido confiados, será penado con multa de trescientos a seiscientos días e inhabilitación

especial de dos a seis años. Si la conducta anterior fuere realizada por imprudencia temeraria, será sancionado con inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía de seis meses a dos años.

Serán sancionados con las mismas penas señaladas en el párrafo anterior:

- a. El abogado que habiendo asesorado, defendido o representado a una persona, asesorare, defendiere o representare en el mismo asunto a quien tenga intereses contradictorios; o
- b. El abogado que destruyere, inutilizare u ocultare documentos o información a los que hubiere tenido acceso en razón de su profesión, con perjuicio para los intereses de la parte que representa, asiste o asesora.

Artículo 467. Sujetos equiparados. Las disposiciones del artículo anterior serán aplicables a los fiscales, defensores públicos, asistentes, secretarios, consultor técnico o perito de parte, árbitros o mediadores.

Artículo 481 Influencia indebida en el proceso. El que con violencia o intimidación intente influir o influya directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, fiscal, procurador, perito, intérprete, traductor o testigo, en un proceso, para que altere su declaración, testimonio, dictamen, interpretación, traducción, defensa o gestión, en un proceso Judicial, será penado con prisión de cuatro a ocho años.

Igual pena se impondrá a quien realice cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el párrafo anterior, por su actuación en el proceso judicial.

Las penas señaladas en los párrafos anteriores se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los actos de violencia o intimidación ejercidos.

Código de la Niñez y de la Adolescencia, Ley 287

Artículo 107. Todo adolescente tiene el derecho de ser asistido y asesorado por un defensor desde su detención, investigación y durante el proceso. El adolescente tiene derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor.

Código Procesal Penal, Ley 406

Artículo 4. Derecho a la defensa. Todo imputado o acusado tiene derecho a la defensa material y técnica. Al efecto el Estado, a través de la Dirección de Defensores Públicos, garantiza la asesoría legal de un defensor público a las personas que no tengan capacidad económica para sufragar los gastos de un abogado particular.

Si el acusado no designare abogado defensor le será designado un defensor público o de oficio, con arreglo al procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial. En la misma forma se procederá en los casos de abandono, revocatoria, muerte, renuncia o excusa del defensor.

Toda autoridad que intervenga en el proceso deberá velar para que el imputado conozca inmediatamente los derechos esenciales que le confiere el ordenamiento jurídico.

Artículo 103. Alcance del ejercicio de la defensa. A partir del momento de su detención, toda persona tiene derecho a que se le brinden todas las facilidades para la comunicación libre y privada, personal o por cualquier otro medio, con su abogado defensor. Se prohíbe estrictamente, bajo responsabilidad administrativa o penal, la interceptación o revisión previa de las comunicaciones entre acusado y abogado, o entre éste y sus auxiliares o asesores, así como el decomiso de cosas relacionadas con la defensa.

Los defensores tendrán, desde el momento de su designación, el derecho de intervenir en todas las diligencias en las que se procure la prueba.

Artículo 95 (incisos 1 y 3). Derechos. El imputado o el acusado tendrán derecho a:

1. Presentarse espontáneamente en cualquier momento ante la Policía Nacional, el Ministerio Público o el juez, acompañado de su defensor, para que se le escuche sobre los hechos que se le imputan;
3. Comunicarse con un familiar o abogado de su elección o asociación de asesoría jurídica, para informar sobre su detención, dentro de las primeras tres horas. Cuando se trate de zonas rurales con dificultades de comunicación, este plazo se podrá extender hasta doce horas.

Artículo 100. Ejercicio. Pueden ser defensores los abogados en el ejercicio libre de su profesión y los Defensores Públicos.

En aquellos lugares en los que aún no exista el servicio de la Defensa Pública o, existiendo, hubiere contraposición de intereses entre imputados, el juez de la causa podrá designar Defensores de Oficio. Los defensores de oficio se designarán rotativamente de entre los abogados en ejercicio de la localidad; si en la localidad, no hay abogados, la designación podrá recaer en egresados de las escuelas de Derecho y, en su defecto, en estudiantes o entendidos en Derecho.

El servicio de Defensoría Pública es gratuito. Los honorarios profesionales dejados de percibir por los Defensores de Oficio, a propuesta de éstos y tomando como base el salario horario de un Defensor Público, serán tasados por el juez de la causa y establecidos en la resolución judicial respectiva; a efectos del pago del Impuesto sobre la Renta, estos honorarios se podrán acreditar

como donaciones efectuadas en beneficio del Estado y, en consecuencia, serán deducibles de la renta bruta anual gravable en la Declaración Anual del Impuesto sobre la Renta del año en que se establecieron o en los siguientes dos años.

Arto. 101. Designación. (Capítulo IV De los Defensores) El acusado tiene derecho a designar un abogado de su elección como defensor desde el momento del inicio del proceso. La designación del defensor será comunicada al juez.

Se permitirá la autodefensa de quienes sean profesionales en Derecho, aunque no estén autorizados para el ejercicio profesional de la abogacía. La intervención del defensor no menoscaba el derecho del acusado a formular solicitudes y observaciones.

Artículo 105. Abandono. Si el defensor abandona la defensa y deja a su defendido sin abogado, se procederá a su inmediata sustitución por un defensor público o de oficio según corresponda, en la forma señalada en los artículos anteriores, hasta que el acusado designe a quien haya de sustituirle.

Cuando se produzca abandono injustificado de la defensa, el juez remitirá a la Comisión de Régimen Disciplinario de la Corte Suprema de Justicia un informe sobre los hechos para que ésta proceda de conformidad con la materia propia de su competencia. Lo anterior es igualmente aplicable para los casos de abandono por el defensor público o de oficio.

El abandono injustificado de la defensa hará acreedor al responsable de la obligación civil, declarada por el mismo juez ante el cual se produzca la falta consistente en el pago del costo de las audiencias que debieron repetirse a causa del abandono.

Artículo 108. Defensor sustituto. Con el consentimiento expreso del acusado, su defensor podrá designar ante la autoridad judicial a un defensor sustituto para que intervenga en la causa cuando el titular tenga algún impedimento temporal y así lo haya informado previamente al juez o tribunal. La intervención del defensor sustituto no modificará en forma alguna el procedimiento.

Si el defensor titular abandona la defensa, el sustituto le reemplazará definitivamente.

La Dirección de la Defensoría Pública podrá nombrar un sustituto del defensor público asignado, para que asista a las diligencias para cuya asistencia el titular tenga algún impedimento.

Artículo 213. Intervenciones telefónicas. Procederá la interceptación de comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicaciones, cuando se trate de:

1. Terrorismo;
2. Secuestro extorsivo;

3. Tráfico de órganos y de personas con propósitos sexuales;
4. Delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas;
5. Legitimación de capitales o lavado de dinero y activos; y,
6. Tráfico internacional de armas, explosivos y vehículos robados.

Es prohibida la interceptación de cualquier comunicación entre el acusado y su defensor.

La interceptación de telecomunicaciones sólo procede a solicitud expresa y fundada del Fiscal General de la República o del Director General de la Policía Nacional, quienes deben hacer constar que han valorado los antecedentes y que la intervención se justifica en su criterio, e indicarán también la duración por la que solicita la medida, así como las personas que tendrán acceso a las comunicaciones.

El juez determinará la procedencia de la medida, por resolución fundada, y señalará en forma expresa la fecha en que debe cesar la interceptación, la cual no puede durar más de treinta días, los que se podrán prorrogar por una sola vez por un plazo igual.

Al proceso solo se introducirán las grabaciones de aquellas conversaciones o parte de ellas, que, a solicitud del Fiscal, se estimen útiles para el descubrimiento de la verdad. No obstante el acusado podrá solicitar que se incluyan otras conversaciones u otras partes que han sido excluidas, cuando lo considere apropiado para su defensa. El juez ordenará la destrucción de las secciones no pertinentes al proceso.

Salvo su uso para los fines del proceso, todas las personas que tengan acceso a las conversaciones deberán guardar absoluta reserva de su contenido. Los funcionarios públicos que violaren esta disposición podrán ser destituidos de sus cargos, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

Breve reseña del derecho a la asistencia legal de su preferencia y a comunicarse libre y privadamente con su defensor

El derecho a la asistencia legal de su preferencia en el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho a la asistencia legal es considerado como uno de los derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales, también conocidas en la tradición anglosajona como el derecho al debido proceso y juicio justo. En el sistema americano de derechos humanos, la mayoría de estos derechos están contenidos en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El que establece el derecho a las garantías judiciales.

La tendencia al desarrollo creciente que este grupo de derechos acusa, ha obligado a condensar su redacción, como es el caso del derecho a la asistencia legal de su preferencia, establecido en el artículo 8.2.d. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contiene diversas situaciones que han requerido identificar los derechos que en juego en forma particular. El derecho a la asistencia legal también conocido como el derecho a la defensa, conforme el artículo 8.2.d. CASDH contiene los siguientes derechos: a. el derecho de la persona inculpada o acusada a *defenderse personalmente*, es decir por sí misma, b. el derecho a ser defendido o asistido por un defensor *de su elección*, seleccionado por la persona inculpada o acusada, c. el derecho a *comunicarse libre y privadamente* con su defensor. Este trabajo considera a los tres derechos antes enumerados como los elementos que conforman el derecho a la asistencia legal de su preferencia, y toma como referencia la creación de estos conforme el orden que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los antecedentes del derecho a asistencia legal o el derecho la defensa se encuentran en la clausula que establece el artículo 11.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece la *presunción de inocencia* como derecho de toda persona acusada de delito, lo que obliga a establecer las condiciones necesarias para demostrar la *culpabilidad* de estas. Entre las condiciones identificadas están: a. se debe observar el principio de legalidad, es decir se debe demostrar la culpa conforme a legislación previa, b. se debe demostrar la culpa en juicio público, c. se deben asegurar todas las garantías necesarias para la defensa de la persona inculpada o acusada. De esta forma el derecho a la asistencia legal o derecho a la defensa se constituye en una *garantía necesaria* para la defensa de las personas acusadas de la comisión de un delito, que se encuentra íntimamente relacionada con el derecho a la presunción de inocencia que establece la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por medio del artículo 14.3. incisos b. y d. El inciso b. establece el derecho de toda persona acusada a comunicarse con un defensor de su elección, mientras que el inciso d. establece junto a otros derechos, el derecho a la asistencia legal mediante la afirmación siguiente “toda persona acusada de un delito” le asiste el derecho a *defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección*. En este sentido cabe resaltar tres notas, en primer lugar el Pacto Internacional establece en forma novedosa el derecho a la asistencia legal, puesto que le imprime una doble dimensión. Conforme al Pacto el derecho a la asistencia legal es un derecho de todas las personas acusadas de delitos, como también se debe considerar como una garantía, lo que establece el deber y la obligación de observarla por el Estado.

La doble naturaleza que establece el Pacto a este derecho no es casual, sino que está asentado en la doble finalidad que la teoría política ha asignado a los derechos humanos. A los que corresponde ser en primer lugar una guía para mejorar las condiciones de vida de las personas por medio de establecer derechos todas las personas, y en segundo lugar, establecer los parámetros de funcionamiento del sistema político. Lo que a la postre sirve de fundamento a lo que se conoce

como el sistema de derechos inspirados en el modelo de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵⁴.

En cuanto a los derechos del niño, el sistema de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas, acoge el derecho a la asistencia legal o el derecho a la defensa de *todo niño privado de su libertad*, mediante dos instrumentos internacionales: la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 37.d.) adoptada en 1989 y, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (regla 18.a.) adoptada en 1990.

También en el año 1990, los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados desarrollan el derecho a la asistencia legal *de su elección* (principio 5), el deber del Estado de asegurar el derecho a *con la asistencia jurídica eficaz y gratuita*, cuando estas personas carecen de los medios económicos para costear un abogado particular (principio 6). El derecho contar con la asistencia legal de un abogado *inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas* siguientes al arresto o a la detención (principio 7). Un aspecto relevante que desarrollan los Principios Básicos lo constituye el reconocimiento del derecho a recibir visitas, celebrar entrevistas y someter consultas con su abogado *sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial*. Sin embargo, con el fin de proteger la privacidad y confidencialidad de estas consultas, éstas podrán ser *vigiladas visualmente* por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, *pero no se escuchará la conversación* (principio 8).

El derecho a la asistencia legal de su preferencia en la legislación nicaragüense

Dos de los derechos que consagra el artículo 8.2.d. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referido a las garantías judiciales específicamente el derecho a *ser asistido por un defensor de su elección*, es decir seleccionar y nombrar al abogado defensor de la preferencia de la persona acusada y el derecho a comunicarse *libre y privadamente* con su defensor, se encuentran desarrollados por la Constitución Política nicaragüense. En cuanto al derecho a la autodefensa, es decir el derecho que asiste a las personas acusadas por la comisión de un delito, a defenderse personalmente en el proceso penal, la Constitución no lo establece como tal.

La Constitución Política establece en el artículo 34 numeral 5 el derecho a nombrar abogado defensor de preferencia de la persona acusada de delito. Se considera que la Constitución concede el derecho a la preferencia en el nombramiento del abogado defensor, puesto que ante la ausencia de nombramiento de abogado realizado por la persona acusada, le asiste como también como derecho el nombramiento de un abogado de oficio, cuando el nombramiento el nombramiento de abogado de preferencia de la persona acusada no se realiza en la primera intervención. El derecho preferente a seleccionar y *designar* abogado defensor por la persona acusada es desarrollado por

¹⁵⁴ Donnelly, Jack. Op. Cit. p. 23.

el Código Procesal Penal en los artículos 95.10 y 101 referido a la *designación* de abogado defensor.

El nombramiento de abogado defensor de oficio también establecido en el artículo 34.5. Cn. completa el derecho a la asistencia legal. El abogado defensor de oficio será nombrado por el juez de la causa a costa del Estado y brindado por la Dirección de Defensores Públicos, con el fin de asegurar el derecho a la defensa que asiste a la persona acusada de delito. Abogado defensor que será nombrado en forma gratuita (arts. 212 LOPJ, 4, 95.10 CPP), para a las personas *que no tengan capacidad económica* para sufragar los gastos de un abogado particular.

En cuanto al derecho a de comunicarse libre y privadamente con su defensor, la Constitución Política lo establece en forma contundente por medio de establecer que la persona acusada tiene derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor, de conformidad con el art. 34.5 Cn. correspondiendo al Código Procesal Penal desarrollarlo. En efecto el 103 CPP establece el derecho de las personas acusadas de delito a *la comunicación libre y privada, personal o por cualquier otro medio, con su abogado defensor*. Lo que impone a los funcionarios encargados de hacer cumplir las leyes, la prohibición de interceptar o revisar *cualquier comunicación entre el acusado y su defensor*, conforme lo establecido por los artículos 103 y 213 CPP.

En Nicaragua el ejercicio de la autodefensa en el proceso penal no se considera como un derecho de todas las personas acusadas de delito, sino que se concede en forma restringida. El artículo 101 del Código Procesal Penal establece que la autodefensa únicamente está permitida únicamente para aquellos que sean *profesionales en Derecho*, aunque no estén autorizados para el ejercicio profesional de la abogacía. Lo que es comprensible, tomando en consideración las demandas técnicas y la formación profesional y el conocimiento previo que demanda el ejercicio del derecho a la defensa realizada por un abogado defensor, lo que implica haber aprobado de previo una carrera universitaria.

El fundamento del derecho a la defensa de su preferencia y comunicarse libre y privadamente con el abogado defensor

Dos disciplinas de las ciencias sociales: la teoría política y el derecho internacional de los derechos humanos, brindan los argumentos que permiten fundamentar el derecho a la defensa, o derecho a la asistencia letrada como también se le conoce, así como identificar su contenido.

La teoría política ofrece una fundamentación del derecho a la defensa de carácter normativo, puesto que esta se asienta en la teoría de *los principios básicos de la democracia*: estado de derecho, inclusión e igualdad. El estado de derecho cuenta con dos premisas: en primer lugar, la *limitación del poder estatal* y el sometimiento de éste a las leyes; en segundo lugar, presume que

nadie está por encima de la ley, cuya consecuencia es el sometimiento tanto del estado y las personas a las leyes¹⁵⁵.

El sometimiento a las leyes de personas e instituciones, establece la necesaria relación entre iguales que requiere cualquier jurisdicción contenciosa o contradictoria, como es el caso del proceso penal. En todo proceso contradictorio en donde el Estado se constituye en una de las partes, el sometimiento a las leyes el sometimiento a la ley tanto del Estado como de las personas es fundamental, a fin de asegurar los derechos de ambas. Ello plantea que en el ámbito de la jurisdicción contenciosa o contradictoria, sea administrativa, penal, etc. Se requiere por tanto que las partes cuenten con iguales procedimientos, plazos, recursos y derechos. Lo que demanda que ambas partes interactúen en este tipo de procesos en relativo equilibrio de condiciones e igualdad procesal.

La igualdad de derechos y oportunidades para ambas partes ante la administración de justicia, se constituye en la justificación del *derecho a iguales armas* para las partes que participan en el juicio penal. El derecho a iguales armas pretende establecer un balance entre las potestades estatales con que cuentan por un lado, los órganos de investigación y la Fiscalía, y las personas acusadas de delitos, por el otro. Dotando a ambas partes de iguales oportunidades y armas. De esta forma la teoría del estado de derecho es el argumento principal para establecer que el derecho a la defensa, es una de las manifestaciones por las que se concreta el derecho a iguales armas en el proceso penal.

Por su parte el derecho internacional de los derechos humanos propone una fundamentación del derecho a la defensa de carácter normativo, puesto que tiene como referencia normas positivas del derecho internacional, como son los instrumentos internacionales de derechos humanos. En esta fundamentación se considera que el grupo de derechos que conforman el derecho a la defensa, se asienta en el derecho a la presunción de inocencia. La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 14.1.) establece que el derecho a la presunción de inocencia se extingue cuando se demuestra la culpa de la persona acusada de delito. Lo que requiere realizarlo mediante juicio público, y asegurar de *todas las garantías necesarias* para la defensa de la persona acusada, de las que el derecho a la defensa es parte.

En el mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14) construye el derecho a la presunción de inocencia y su extinción, sujeta a probar la culpa de la persona acusada *conforme a la ley*, estableciendo a renglón seguido las garantías procesales que asisten a la persona acusada de delito en el proceso penal entre las que se menciona el derecho a la defensa (art. 14 numerales 2 y 3 PIDCP). De esta forma el derecho internacional de los derechos humanos ofrece la fundamentación positiva del grupo de derechos que conforman el derecho a la defensa, remitiendo su fundamento al derecho a la presunción de inocencia.

¹⁵⁵ Sodaro, Michael J. Comparative Politics: a global introduction / Michael J. Sodaro; with contributions by Nathan J. Brown (et. al.) Second edition, ps. 164 – 165. McGraw Hill Higher Education. USA. 2004.

Mecanismos internos de protección al derecho a la asistencia legal de su preferencia y a comunicarse libre y privadamente con su defensor

Mecanismos internos de protección establecidos por las leyes constitucionales

El Recurso de Amparo

Establecido por la Constitución Política en el artículo 188 Cn. y desarrollado por los arts. 4, 23 y ss., de la Ley de Amparo. Tiene como finalidad la protección de todas las personas en contra de toda disposición, acto o resolución y en general *en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos* que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política. Por lo que corresponde invocar su protección ante eventuales omisiones del derecho a la asistencia legal de su preferencia y a comunicarse libre y privadamente con su defensor, establecidos tanto por la Constitución Política (art. 34, numerales 4 y 5) y el derecho internacional de los derechos humanos específicamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 8.2.d.

Mecanismos internos de protección al derecho a la defensa de su preferencia y a comunicarse libre y privadamente con su defensor contenidos en los principios generales del derecho nacional

Dos principios generales del derecho son creados por la Ley Orgánica del Poder Judicial: a. El deber de cumplir con los derechos y garantías del debido proceso; b. El derecho a la defensa pública.

El deber de Jueces y Magistrados de cumplir con los derechos y garantías del debido proceso

En el año de 1998 se promulga la Ley Orgánica, la que establece el deber de Jueces y Magistrados a cumplir los derechos y garantías que conforman el derecho al debido proceso, del que el derecho a la defensa y a la comunicación con el abogado defensor forma parte. Deber que se extiende a *toda actuación judicial, cualquiera sea la naturaleza del proceso* (art. 14 LOPJ).

El derecho a la Defensa Pública

El artículo 34 numerales 4 y 5 de la Constitución Política crea el derecho a la *defensa desde el inicio del proceso* y el derecho a *defensor de oficio* pagado por los presupuestos públicos. Corresponde a la Ley Orgánica del Poder Judicial establecer *los principios de aplicación de las leyes* (art. 1 LOPJ). Además por su naturaleza crea la Dirección de Defensores Públicos dependiente del Poder Judicial que goza de autonomía funcional (arts. 211 y ss. LOPJ). Corresponde a ésta brindar la defensa gratuita de las personas imputadas o procesadas penalmente *que no tengan la capacidad económica*, para pagar los gastos de un abogado particular.

Las provisiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial referidas a la Defensa Pública, posteriormente, serían desarrolladas en el año 2001 con la promulgación del Código Procesal Penal, el que desarrolla lo establecido por la Constitución Política y la Ley Orgánica del Poder Judicial. Establece el ejercicio, funcionamiento y la gratuidad del derecho a la Defensa Pública (arts. 100, 105 y 108 CPP).

Sin embargo, los mecanismos internos de protección al derecho a la defensa establecidos por la LOPJ se encuentran en tensión con el *derecho a la defensa eficaz*¹⁵⁶, que fue enunciado en los Principios Básicos para la Función de los Abogados. La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos insiste en que el derecho a la defensa no es un derecho formal que se ejerce y concreta con el nombramiento de un abogado defensor. Sino que este debe contar con el tiempo y los medios apropiados para preparar la defensa, constituyéndose este último derecho en un criterio cualitativo por el que el derecho a la defensa eficaz y gratuita transcurra y se concreta.

No basta la simple entrevista, o brindar de un determinado tiempo al abogado, o formalizar el nombramiento y/o la sustitución del abogado defensor, puesto que además de contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, ésta debe eficaz, sin duda. Es decir no se considera al derecho a contar con el tiempo y los medios necesarios para preparar la defensa en una dimensión formal, por el contrario, se considera que este derecho se concreta en su dimensión cualitativa y de contenido, mediante el ejercicio del derecho a la defensa eficaz de la persona acusada de delito, y la adecuadas y apropiada representación y defensa de sus intereses en el proceso penal.

En la actualidad el derecho a la defensa pública se encuentra en fricciones con el derecho a la defensa eficaz, afectando por tanto su ejercicio y la protección de ambos. La carga procesal a la que se ven sometidos los defensores públicos, *rebasa la capacidad* y los parámetros de asignación de casos a los Defensores Públicos¹⁵⁷. Lo que genera fuertes limitaciones y presiones en la disponibilidad del tiempo para la adecuada preparación de los casos en los juzgados. Siendo superados por demandas que rebasan sus capacidades humanas y profesionales. Lo que plantea dudas en cuanto a la adecuada protección de los derechos de las personas representadas la Defensa Pública como mecanismo interno de protección al derecho a la defensa de su preferencia, por el que se concreta en el derecho a la defensa eficaz. El presume y parte de las premisas de eficiencia y eficacia.

¹⁵⁶ O'Donnell, Daniel. Op. Cit. Tomo II, ps. 190 – 191 y 414.

¹⁵⁷ En una entrevista brindada por la Directora de Defensoría Pública, expresó que cada defensor público maneja entre 60 – 80 casos cada uno. Lo que refleja una sobrecarga laboral y profesional que desempeñan los defensores públicos, afectando *el buen manejo técnico* de los casos. Lo que sugiere impactos negativos en la calidad del servicio público ofertado, en particular una limitada protección al derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa de las personas inculpadas y acusadas de delitos, lo que genera tensiones en el derecho a la defensa eficaz. Ello evidentemente impacta negativamente en la protección del derecho a la defensa efectiva. Ver: “Presupuesto recortado golpea la Defensoría”. El Nuevo Diario, edición 10259 del 5 de Febrero 2009. Managua.

Mecanismos internos de protección establecidos por la legislación penal

Mecanismos internos de protección establecidos por el Código Procesal Penal

El Código Procesal Penal establece cuatro grupos de mecanismos internos de protección los que están disponibles para las personas acusadas de delitos en los casos en que su derecho a la asistencia legal de su preferencia y el derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor han sido omitido o violados en alguno momento del proceso penal. En el primer grupo de mecanismos internos se ubican aquellos encaminadas a prevenir y protegerlas de la actuación judicial malsana originada en intereses personales o ajenos al proceso, como son la *inhibición y la recusación* (arts. 32 y ss. CPP)

El segundo grupo de mecanismos internos de protección, está encaminado a proteger a la persona acusada de delitos en contra del abandono injustificado de su abogado defensor establecido en el artículo 105 CPP. Este mecanismo interno cuenta con dos tipos diferentes de acciones a desarrollar. Cuando se produce el abandono injustificado, en primer lugar el Juez de la causa está obligado remitir un informe sobre los hechos a la Comisión de Régimen Disciplinario de la Corte Suprema de Justicia *para que ésta proceda de conformidad* con la materia propia de su competencia. En segundo lugar, el Juez de la causa hará acreedor al abogado que abandona injustificadamente la defensa de la persona acusada penalmente al *pago del costo de las audiencias que debieron repetirse a causa del abandono*. Este mecanismo de protección del derecho a la defensa es aplicable tanto a abogados pagados por la persona acusada como para defensores públicos o de oficio.

Además en este grupo se ubica la prohibición a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de interceptar o revisar las comunicaciones *entre acusado y abogado*, o entre abogado y sus auxiliares (art. 103 CPP).

En el tercer grupo de mecanismos internos de protección al derecho a la asistencia legal de su preferencia, lo constituyen las diversas soluciones que establece el CPP para subsanar la *actividad procesal defectuosa* establecida en los artículos 160 y ss. CPP. Los remedios a la actividad procesal defectuosa son: reclamo de subsanación (arts. 161 – 162 CPP), incidente de nulidad (art. 164 CPP). Los que eventualmente derivan en la renovación o rectificación de la acto defectuoso (art. 165 CPP).

El cuarto grupo de mecanismos internos de protección al derecho a la asistencia legal de su preferencia y el derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor, lo constituyen los diversos recursos ordinarios establecidos en la legislación procesal penal. Tienen como finalidad rectificar las decisiones judiciales, así como revisar las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces locales y jueces de distrito.

Los recursos ordinarios establecidos por la legislación procesal penal son: Recurso de reposición (arts. 364 y 373 CPP), este recurso es de suma importancia puesto que pretende rectificar decisiones judiciales emitidas *sin haber oído a las partes*; recurso de hecho (art. 365 CPP), y el recurso de apelación que funciona contra autos establecidos en el artículo 376 CPP y contra *todas las sentencias* dictadas en primera instancia por los jueces locales y jueces de distrito (art. 380 CPP).

Para información complementaria acerca de las posibilidades con que cuentan los mecanismos internos de protección establecidos por la legislación procesal penal se debe consultar el capítulo 6.2. Derecho a la presunción de inocencia, y el capítulo 6.4.2. Derecho al tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa.

La legislación penal como mecanismo interno de restitución del derecho a la asistencia legal de su preferencia y el derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor

En capítulos anteriores se ha planteado la tesis que el derecho penal en sí mismo no se puede considerar como un mecanismo interno de los derechos humanos en sí mismo, el fin que corresponde desempeñar al derecho penal será la protección de todas las personas en contra los actos dañosos y perjudiciales que el derecho penal considera delitos y los sanciona con una pena. Sin embargo en el derecho internacional de los derechos humanos, ocupa un lugar central el establecimiento de las diferencias entre delito y violación de derechos humanos, puesto que plantean mecanismos diversos para su tratamiento.

A diferencia de los mecanismos internos de protección que establece la legislación procesal penal, estos son de naturaleza protectora, puesto que aspiran a hacer prevalecer el derecho que se encuentra en riesgo de ser vulnerado, y corresponde a estos preservarlo, poniendo al alcance de las personas los mecanismos precisos para la conservación y protección del derecho en riesgo. Sea por medio de corregir la actividad procesal defectuosa, o sea brindando recursos por los que se impugnan y eventualmente se quiebran o rectifican las decisiones judiciales dañosas que afectan el derecho en riesgo.

Corresponde a la legislación penal interna procesar, juzgar y sancionar aquellos delitos que han sido cometidos por personas que actuando en ejercicio de funciones públicas cometen delitos, conforme a las reglas de la legislación penal nacional. En los casos en los que se recurre al derecho penal como mecanismo sancionador de un delito, se debe tener en cuenta que el derecho que ha sido violentado y corresponde al derecho penal proteger, ha sido perpetrado. Por tanto su protección de este derecho es un asunto de tiempo pasado, y que corresponde únicamente pedir su sanción y eventualmente su restitución, mas no su protección en sentido estricto.

La legislación penal nicaragüense establece tres tipos delictivos que caben ser aplicados en aquellos casos en los que el derecho a la asistencia legal de su preferencia y el derecho a

comunicarse libre y privadamente con su defensor han sido violados, constituyéndose la omisión o violación en delito. En primer tipo penal lo constituye el “obstáculo a la asistencia del abogado o los derechos de imputado, acusado o sentenciado” establecido en el artículo 430 Pn. y sancionan a las personas que ejerciendo funciones públicas impidan u obstaculicen *el derecho a la asistencia de abogado*, al imputado, acusado, sentenciado, procure o favorezca la renuncia del mismo.

El segundo tipo penal lo constituye el *patrocinio infiel* establecido en el art. 466 y 467 Pn. y tiene como fin sancionar a los abogados de su preferencia y a los defensores públicos, considerados como *sujetos equiparados*, que perjudiquen los *intereses que le han sido confiados*. Es decir las acciones u omisiones que traicionan los intereses de sus defendidos. En ambos delitos se establecen penas de multa e *inhabilitación especial* para ejercer profesión, empleo o cargo público.

En tercer lugar se encuentra el delito de “Influencia indebida en el proceso” establecido en el artículo 481 del Código Penal, que pretende proteger al proceso penal de influencias directas o indirectas ejercidas sobre cualquiera de las partes y otros sujetos equiparados, con el fin de alterar la *declaración, testimonio, dictamen, interpretación, traducción, defensa o gestión*, de cualquiera de las partes en cualquier proceso judicial. Corresponde a este delito penas que oscilan entre cuatro y ocho años de prisión.

Patrones y modalidades de violaciones del derecho a asistencia legal de su preferencia y a comunicarse libre y privadamente con su defensor

- Acciones u omisiones realizadas por personas que ejercen funciones públicas encaminadas a forzar e imponer el abogado defensor de la persona inculpada o acusada de delito.
- En los casos que la persona inculpada o acusada de delito, la omisión del nombramiento de abogado defensor, cuando ésta, en la primera comparecencia no nombra el abogado defensor de su preferencia.
- Acciones u omisiones realizadas por personas que ejercen funciones públicas que tienen por objetivo amedrentar, limitar, restringir o hacer renunciar al abogado defensor.
- El *patrocinio infiel* es decir aquellas acciones u omisiones realizadas por el abogado de su preferencia o por el defensor público, en su caso, que perjudiquen *deliberadamente los intereses que le han sido confiados* de conformidad con el artículo 466 Pn.
- El *obstáculo a la asistencia del abogado o los derechos de imputado, acusado o sentenciado*. Que consiste en impedir u obstaculizar *el derecho a la asistencia de abogado, al imputado, acusado, sentenciado*, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata o comprensible, sus derechos y las razones de su detención, de conformidad con lo establecido en el artículo 430 Pn.
- Cualquier acción u omisión realizada por personas que ejercen funciones públicas que tiene como finalidad violentar la privacidad de la comunicación de la persona inculpada o acusada con su abogado defensor. Entre estas se incluyen todo tipo de escuchas,

grabaciones, filmaciones, o la presencia física de oficiales encargados de hacer cumplir las leyes durante las entrevistas.

- La producción de evidencias obtenidas por medio de escuchas o grabaciones ilícitas, de conversaciones y/o comunicaciones de la persona inculpada o acusada con su abogado defensor, las que posteriormente son reveladas como piezas de evidencias en el proceso penal.

Sugerencias para la verificación del derecho a la defensa de su preferencia y a comunicarse libre y privadamente con su abogado

- Entreviste a la persona privada de libertad con el fin de conocer su decisión en el nombramiento del abogado defensor.
- Entreviste a la persona privada de libertad, al abogado defensor e indague acerca de la frecuencia, condiciones y tipo de comunicación sostenida con el abogado defensor. En los casos de restricciones u obstáculos impuestos por personas que ejercen funciones públicas, averigüe, si estos han sido recurridos ante el juez de la causa. Indague si se ha interpuesto el recurso respectivo.
- En casos de omisiones del derecho a la defensa de su preferencia, tenga en cuenta las posibilidades de protección que brinda la legislación procesal penal, en particular la *actividad procesal defectuosa*, así como los demás mecanismos de impugnación de las decisiones judiciales que establece el Código Procesal Penal.
- En casos de obstáculos y restricciones impuestas al derecho a la comunicación libre y privada con el abogado defensor, entreviste al superior de los oficiales señalados como los que violentan el derecho a la privacidad de esta comunicación, indague acerca de las razones que se persiguen por medio de estas intromisiones indebidas, y los fines que se pretenden dar a la información obtenida. En casos flagrantes de intromisiones indebidas a este derecho, se recomienda elevar la queja formal y escrita ante el tribunal respectivo, y active simultáneamente el recurso respectivo.
- En aquellos casos en los que el Abogado Defensor no cuente con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, verifique si éste ha solicitado la suspensión del proceso. En caso contrario alerte al Abogado Defensor en cuanto al derecho que le asiste para mejorar la defensa de la persona acusada.
- En los casos de defensores públicos nombrados por el Juez o Tribunal de la causa, tenga presente que el derecho a la defensa, implica, el derecho a la defensa eficaz. Este derecho no es un derecho formal, no es un derecho que se ejerce en papeles. Por lo que tenga en

cuenta el tiempo real y la atención que el defensor público ha brindado a la defensa de la persona inculpada o acusada.

- En los casos de entrevistas realizadas a personas privadas de libertad dentro de establecimientos de policía y penitenciaría, en los que el personal policial y penitenciario omiten el derecho de la persona privada de libertad a entrevistarse en privado con su defensor. Los que insisten estar presentes durante las entrevistas. Someta la queja correspondiente ante la autoridad administrativa y judicial, y active los recursos del caso.

6.4.4. Derecho a la defensa eficaz y gratuita

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 14 (inciso 3)

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988)

Principio 11 (numeral 1)

1. Nadie será mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora por un juez u otra autoridad. La persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado según prescriba la ley.

Convención sobre los Derechos del Niño (1989)

Artículo 37 (inciso d.)

Los Estados Partes velarán por qué:

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (1990)

Regla 18 a.

18. Las condiciones de detención de un menor que no haya sido juzgado deberán ajustarse a las reglas siguientes, y a otras disposiciones concretas que resulten necesarias y apropiadas, dadas las exigencias de la presunción de inocencia, la duración de la detención y la condición jurídica y circunstancias de los menores. Entre esas disposiciones figurarán las siguientes, sin que esta enumeración tenga carácter taxativo:

a) Los menores tendrán derecho al asesoramiento jurídico y podrán solicitar asistencia jurídica gratuita, cuando ésta exista, y comunicarse regularmente con sus asesores jurídicos. Deberá respetarse el carácter privado y confidencial de esas comunicaciones.

Principios Básicos sobre la Función de los Abogados (1990)

Principios 5 y 6

5. Los gobiernos velarán por que la autoridad competente informe inmediatamente a todas las personas acusadas de haber cometido un delito, o arrestadas o detenidas, de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección.

6. Todas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se les asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 8. Garantías Judiciales (numeral 2.e.)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 34 (numerales 4 y 5)

Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

4. A que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa.
5. 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.
- 6.

El procesado tiene derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 260/1998

Debido proceso en las actuaciones judiciales

Artículo 14. Los Jueces y Magistrados deben guardar observancia del debido proceso en toda actuación judicial, cualquiera sea la naturaleza del proceso, brindando las garantías necesarias a las partes para la adecuada defensa de sus derechos. También deben de impulsar de oficio los procedimientos que la ley señale y ejercer la función tuitiva en los casos que la ley lo requiera.

Los principios de supremacía constitucional y del proceso deben observarse en todo proceso judicial. En los procesos penales puede restringirse el acceso de los medios de comunicación y del público, a criterio de la Autoridad Judicial, sea de oficio o a petición de parte, por consideraciones de moralidad o de orden público.

Derecho a la Defensa Pública

Artículo 212. La Dirección proveerá de un defensor público cuando se lo soliciten verbalmente o por escrito personas que no tengan la capacidad económica, previamente comprobada para sufragar los gastos de un Abogado particular y que estuviesen imputada o procesadas penalmente, así como de un Abogado a las o los demandantes de alimentos o litigantes en lo civil, mercantil, derecho de familia y agrario o trabajadores en lo laboral.

Defensa de Oficio de Defensor de Oficio

Artículo 218. En los lugares donde no exista la Defensoría Pública la asistencia de los indiciados o procesados la asumirán Defensores de Oficio.

El cargo de Defensor de Oficio es gratuito; se designa por rotación entre los Abogados de la localidad, y en su defecto, entre los egresados de las Escuelas de Derecho.

Código Penal, Ley 641

Artículo 430. Obstáculo a la asistencia del abogado o los derechos de imputado, acusado o sentenciado.

La autoridad, funcionario o empleado público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado, al imputado, acusado, sentenciado, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata o comprensible, sus derechos y las razones de su detención, será sancionado con pena de cien a trescientos días multa e inhabilitación especial a uno o tres años, para ejercer profesión, empleo o cargo público.

Artículo 466. Patrocinio infiel.

El abogado que perjudique deliberadamente los intereses que le han sido confiados, será penado con multa de trescientos a seiscientos días e inhabilitación especial de dos a seis años. Si la conducta anterior fuere realizada por imprudencia temeraria, será sancionado con inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía de seis meses a dos años.

Serán sancionados con las mismas penas señaladas en el párrafo anterior:

- a. El abogado que habiendo asesorado, defendido o representado a una persona, asesorare, defendiere o representare en el mismo asunto a quien tenga intereses contradictorios; o
- b. El abogado que destruyere, inutilizare u ocultare documentos o información a los que hubiere tenido acceso en razón de su profesión, con perjuicio para los intereses de la parte que representa, asiste o asesora.

Artículo 467. Sujetos equiparados.

Las disposiciones del artículo anterior serán aplicables a los fiscales, defensores públicos, asistentes, secretarios, consultor técnico o perito de parte, árbitros o mediadores.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 287

Artículo 101 (inciso b). Las y los adolescentes sujetos a la Justicia Penal de Adolescentes gozaran de los derechos, libertades y garantías reconocidas por la Constitución Política, Tratados, Convenciones, Pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Nicaragua y las leyes ordinarias, además de aquellas que les corresponden por su especial condición. En consecuencia deberá garantizarse el respeto, entre otros, de los siguientes derechos y garantías:

- b. A ser informado del motivo de su detención y de la autoridad responsable de la misma; el derecho a permanecer en silencio y a solicitar la presencia inmediata de su madre, padre o tutor y su defensor, so pena de nulidad de todo lo actuado por la autoridad, funcionario o empleado que lo realizare no produciendo efecto alguno en juicio o fuera de él.

Código Procesal Penal, Ley 406

Artículo 4. Derecho a la defensa. Todo imputado o acusado tiene derecho a la defensa material y técnica. Al efecto el Estado, a través de la Dirección de Defensores Públicos, garantiza la asesoría legal de un defensor público a las personas que no tengan capacidad económica para sufragar los gastos de un abogado particular.

Si el acusado no designare abogado defensor le será designado un defensor público o de oficio, con arreglo al procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial. En la misma forma se procederá en los casos de abandono, revocatoria, muerte, renuncia o excusa del defensor.

Toda autoridad que intervenga en el proceso deberá velar para que el imputado conozca inmediatamente los derechos esenciales que le confiere el ordenamiento jurídico.

Artículo 100. Ejercicio. Pueden ser defensores los abogados en el ejercicio libre de su profesión y los Defensores Públicos.

En aquellos lugares en los que aún no exista el servicio de la Defensa Pública o, existiendo, hubiere contraposición de intereses entre imputados, el juez de la causa podrá designar Defensores de Oficio. Los defensores de oficio se designarán rotativamente de entre los abogados en ejercicio de la localidad; si en la localidad, no hay abogados, la designación podrá recaer en egresados de las escuelas de Derecho y, en su defecto, en estudiantes o entendidos en Derecho.

El servicio de Defensoría Pública es gratuito. Los honorarios profesionales dejados de percibir por los Defensores de Oficio, a propuesta de éstos y tomando como base el salario horario de un Defensor Público, serán tasados por el juez de la causa y establecidos en la resolución judicial respectiva; a efectos del pago del Impuesto sobre la Renta, estos honorarios se podrán acreditar como donaciones efectuadas en beneficio del Estado y, en consecuencia, serán deducibles de la renta bruta anual gravable en la Declaración Anual del Impuesto sobre la Renta del año en que se establecieron o en los siguientes dos años.

Artículo 105. Abandono. Si el defensor abandona la defensa y deja a su defendido sin abogado, se procederá a su inmediata sustitución por un defensor público o de oficio según corresponda, en la forma señalada en los artículos anteriores, hasta que el acusado designe a quien haya de sustituirle.

Cuando se produzca abandono injustificado de la defensa, el juez remitirá a la Comisión de Régimen Disciplinario de la Corte Suprema de Justicia un informe sobre los hechos para que ésta proceda de conformidad con la materia propia de su competencia. Lo anterior es igualmente aplicable para los casos de abandono por el defensor público o de oficio.

El abandono injustificado de la defensa hará acreedor al responsable de la obligación civil, declarada por el mismo juez ante el cual se produzca la falta consistente en el pago del costo de las audiencias que debieron repetirse a causa del abandono.

Artículo 108. Defensor sustituto. Con el consentimiento expreso del acusado, su defensor podrá designar ante la autoridad judicial a un defensor sustituto para que intervenga en la causa cuando el titular tenga algún impedimento temporal y así lo haya informado previamente al juez o tribunal. La intervención del defensor sustituto no modificará en forma alguna el procedimiento.

Si el defensor titular abandona la defensa, el sustituto le reemplazará definitivamente.

La Dirección de la Defensoría Pública podrá nombrar un sustituto del defensor público asignado, para que asista a las diligencias para cuya asistencia el titular tenga algún impedimento.

Breve reseña del derecho a ser asistido por un defensor publico

El derecho a ser asistido por un defensor público en el derecho internacional de los derechos humanos

El artículo 11.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el concepto de las *garantías necesarias*, que se refiere a todas las garantías que el Estado ha de observar para demostrar la culpabilidad de una persona acusada de un delito. Este concepto es cimero en el derecho internacional de los derechos humanos, puesto que abarca las garantías indispensables

que el Estado está obligado a ofrecer a las personas acusadas de delito para su sometimiento a la jurisdicción. Proceso que se concreta por medio del juicio penal, el que se encuentra debidamente regulado, y del que el derecho a la defensa, también conocido como el derecho a la asistencia letrada ocupa un lugar privilegiado y que no es posible omitirlo.

La Declaración Universal de Derechos Humanos por medio del concepto de las garantías necesarias refiere a las *debidas garantías judiciales*, que en la tradición anglosajona se conoce como el grupo de derechos y garantías que conforman el derecho al debido proceso y juicio justo. Siendo el derecho a la asistencia letrada uno de los pilares, que engendra el derecho a la asistencia legal y el derecho a la defensa ejercida por defensor público es una de sus variantes más usuales.

El concepto de las *garantías necesarias*, consideradas como las garantías que conforman el derecho al debido proceso evoluciona con la promulgación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hacia el concepto de las *garantías mínimas*, que refieren a los mínimos inexcusables a los que el Estado está en la obligación de prestar a las personas acusadas de delito y sometidas al juicio penal. El PIDCP desarrolla con mayor rigor los derechos y las garantías que se reconocen a las personas acusadas de delito y sometidas al juicio penal. El artículo 14.3. establece la doble naturaleza puesto que a estos derechos se le considera como un derecho y como una garantía simultáneamente. El derecho a la defensa está desarrollado en el numeral d. en donde se incluye el derecho a la asistencia de defensor de oficio gratuita pagada por el Estado *si careciere de medios suficientes para pagarlo*.

Con posterioridad diversos instrumentos internacionales de derechos humanos ratifican el derecho a la defensa gratuita y pagada por el Estado, entre los que se mencionan: Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (principio 11), Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 37 numeral d.), Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (regla 18.a.), y los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados (principios 5 y 6).

El concepto de las *garantías necesarias* acuñado por la DUDH evoluciona al concepto de las *garantías mínimas* acunado por el PIDCP, ambos conceptos han de evolucionar con la promulgación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que en el artículo 8 acuña el concepto de las debidas garantías judiciales. La DASDH desarrolla y profundiza el concepto de los mínimos inexcusables a los que el Estado está obligado a observar como derechos y garantías de todas las personas acusadas de delito en el proceso penal. Dotando así de una condición es decir las debidas garantías, como mínimos inexcusables y garantías que se manifiestan en el ámbito judicial.

En cuanto al derecho a la defensa gratuita, la CASDH (art. 8.2. numeral e.) amplía los márgenes de protección del derecho a la asistencia legal de forma considerable, brindándole las siguientes notas características: a. su universalidad, lo que implica es válido y aplicable para todas las personas, b.

se reconoce como un *derecho irrenunciable*, c. el deber estatal de proveer la defensa de las personas por medio de defensores de oficio en forma gratuita, siempre y cuando, las personas inculpadas de delito no se defendieren por sí mismas ni nombraren defensor pagado dentro del plazo establecido por la ley. Lo que deriva en la obligatoriedad de la asistencia legal en forma gratuita.

El derecho a la defensa eficaz y gratuita en la legislación nicaragüense

En cuanto al derecho a la asistencia legal eficaz y gratuita, también conocida como el derecho a la defensa gratuita, la tradición garantista de la Constitución Política nicaragüense en el artículo 34 numeral 5 se reconoce la influencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puesto se refiere al derecho *a que se le nombre defensor de oficio* en los mismos términos del artículo 14.3. inciso d. del PIDCP.

El artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuenta con similares pretensiones garantistas obliga a Jueces y Magistrados a garantizar las *garantías necesarias* a las partes para la adecuada defensa de sus derechos, inspirada en el artículo 11 de la DUDH, por medio de observar las reglas del *debido proceso*. La DUDH toma este concepto de la tradición anglosajona, en la que el derecho a la defensa en general y el derecho a la defensa gratuita se consideran como parte del grupo de derechos que conforman el derecho al debido proceso y el derecho a juicio justo.

La LOPJ brinda al derecho a la defensa de oficio dos tratamientos. En primer lugar el artículo 14 establece como principio general del derecho nacional el deber de Jueces y Magistrados a observar y regir *toda actuación judicial* conforme las reglas del derecho al debido proceso, asegurando a las partes la *adecuada defensa de sus derechos*, entre los que se encuentran contenidos el derecho a la defensa de oficio. En segundo lugar, por su carácter fundacional la LOPJ crea la Dirección de Defensores Públicos (art. 211 LOPJ) que tiene como finalidad asegurar el derecho a la defensa de oficio de las personas imputadas o procesadas penalmente que no cuentan con la capacidad económica para pagar un abogado particular (art. 212 LOPJ). Una de las características de la prestación de defensores de oficio lo constituye su gratuidad (art. 218 LOPJ).

En cuanto a la Ley Orgánica del Poder Judicial corresponde hacer tres comentarios. En primer lugar destaca el interés garantista del legislador, por medio de imponer la obligatoriedad de las garantías necesarias con el fin de tutelar los derechos de las partes, aspecto completamente loable. Enumerando los principios general del derecho nicaragüense aplicables toda actuación judicial, entre los que destacan los principios de supremacía constitucional y el derecho al debido proceso como principios vinculantes a *todo proceso* judicial, derivando así su carácter rector y normativo.

El segundo comentario remite a la desafortunada mención que el artículo 14 LOPJ hace del debido proceso. Resulta desafortunada puesto que a la fecha no existe norma alguna que desarrolle los derechos y las garantías que este contiene, ni sus elementos constitutivos. Lo que hace una

mención exótica, ambiciosa, aunque sin asidero en la tradición de derecho escrito nicaragüense. A diferencia de la tradición constitucional norteamericana la Quinta y la Sexta Enmienda de las Constitución de los Estados Unidos de América que establecen en el año 1789 el derecho al debido proceso y a juicio justo respectivamente, enumerando los derechos que lo conforman. En el caso nicaragüense esta lamentable omisión propone incertidumbres en cuanto a su extensión, aplicación, tutela y protección real de parte de Jueces y Magistrados. Tomando en consideración que no está definido, ni establecido: ni su contenido, ni su alcance.

En tercer lugar, a pesar que la enumeración principal de los valores de supremacía constitucional y debido proceso vinculantes a todo proceso judicial, establecidos en la LOPJ y asentados en el concepto de las *garantías necesarias* que fue acuñado en 1948 por el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que posteriormente en 1966 con la promulgación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos evoluciona hacia el concepto de las *garantías mínimas* (art. 14 PIDCP). Con posterioridad en el año 1969 la Declaración Americana sobre Derechos Humanos asume como el concepto de las debidas *garantías judiciales*. Permitiendo de esta forma ubicar la doble naturaleza de las garantías judiciales, como derechos y garantías a las que el Estado está obligado a proteger y prestar *en todo proceso judicial*. Lo que permite ubicar su naturaleza y el ámbito material en que estas se manifiestan. Desafortunadamente este proceso evolutivo ha sido omitido en la LOPJ, limitando su ámbito conceptual, por tanto su alcance y tutela a los albores conceptuales del derecho internacional de los derechos humanos, además de omitir el proceso evolutivo antes mencionado y las implicaciones que en materia de protección se derivan.

El Código Procesal Penal desarrolla el derecho a la defensa eficaz y gratuita o a ser asistencia legal gratuita, reconociéndola como un derecho de todas las personas imputadas o acusadas de un delito y que *no tengan capacidad económica* para pagar un abogado particular (art. 4 CPP). Corresponde al Estado asegurar este derecho por medio de la Dirección de Defensores Públicos. Sera nombrado un Defensor Publico que se hará cargo de la defensa de la persona acusada de delito, en todos los casos que no haya nombrado o designado abogado defensor de su preferencia. En los casos de sustituciones de los Defensores Públicos, la Dirección del Defensores Públicos deberá nombrar a otro Defensor Público para que asuma la defensa y representación de la persona acusada de delito (art. 108 CPP).

Por su parte el Código de la Niñez y de la Adolescencia por medio de una clausula residual establece el derecho a la defensa eficaz y gratuita de adolescentes en conflicto con las leyes (art. 101 numeral b.). Haciendo una extensiva invocación tanto a *los derechos que la Constitución Política, Tratados, Convenciones, Pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Nicaragua y las leyes ordinarias*, incluye el derecho a solicitar la *presencia inmediata* de su defensor. So pena de nulidad de todo lo actuado.

El Código Penal al igual que el código Procesal Penal establecen los mecanismos internos de protección los que serán enumerados en forma sucinta. El código Penal crea los delitos relativos al

derecho a la defensa eficaz y gratuita, como son: Obstáculo a la asistencia del abogado o los derechos de imputado, acusado o sentenciado, y Patrocinio infiel (arts. 430 y 466 Pn.). El Código Procesal Penal establece el procedimiento para tratar el *abandono injustificado de la defensa* (art. 105 CPP). Lo establecido en el Código Penal como el Código Procesal Penal es aplicable tanto a abogados particulares como a abogados de oficio y Defensores Públicos.

La justificación y el contenido del derecho a la defensa eficaz y gratuita

La justificación del derecho a la defensa eficaz y gratuita

Existen dos argumentos que permiten justificar la eficacia de la defensa gratuita. En primer lugar se admite que la defensa de las personas *en toda diligencia judicial* presume la adecuada representación y asistencia legal de los intereses de estas personas, además presume en los abogados los valores de *honor y la dignidad* de su profesión en su calidad de agentes fundamentales de la administración de justicia. Además la defensa y representación de cualquier persona en cualquier diligencia judicial impone el deber a los abogados de brindar a sus representados la *asistencia en todas las formas adecuadas, y adoptar medidas jurídicas para protegerlos o defender sus intereses*, de conformidad con los Principios Básicos sobre la función de los Abogados (principios 12 y 13).

En cuanto a la eficacia de la defensa gratuita brindada por Defensores Públicos, esta precisa del requisito de calidad en la defensa de las personas acusadas de delitos o de cualquier otra persona que corresponde brindar asistencia legal. La fundamentación de la defensa eficaz y gratuita se ubica en el principio de igualdad de todas las personas. El hecho que se representen los intereses de *personas que no tengan capacidad económica para sufragar los gastos de un abogado particular*, no es razón suficiente para minimizar y justificar la calidad deficiente de esta.

La anterior sugiere un doble estándar de prestación de la asistencia y representación legal gratuita que corresponde brindar a los Defensores Públicos, originada en la capacidad económica de las personas defendidas o representadas por estos. Ello equivale a admitir que los pobres no tienen posibilidad de asistencia y representación legal de sus intereses en el juicio penal debido a su condición económica. Lo que implica prestar un servicio público marcado por la discriminación a partir de la condición económica de las personas privadas de libertad. Lo que es inadmisibles.

La prestación del derecho a la defensa colige como conclusión que el derecho a la defensa eficaz y gratuita se ha de regir por los más altos estándares de prestación de la asistencia legal brindada por los Defensores Públicos. Parámetros de prestación de este servicio público que se rige por los criterios del deber de prestación de sus servicios *en todas las formas adecuadas, y adoptar medidas jurídicas para protegerlos o defender* los intereses de sus defendidos o representados en armonía con lo establecido por la regla 6 de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados. La que establece el derecho de las personas acusadas de haber cometido un delito se

encuentren arrestadas, detenidas, o presas, tendrán el derecho a *asistencia jurídica eficaz y gratuita*, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios.

El contenido del derecho a la defensa eficaz y gratuita

Al igual que el grupo de derechos que conforman el derecho a la defensa del que el derecho a la defensa eficaz y gratuita forma parte, su contenido se ubica en el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a iguales armas en el proceso penal. El fundamento del derecho a la defensa eficaz y gratuita se ubica en los principios de igualdad ante la ley, la presunción de inocencia reconocidos ampliamente por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos (arts. 11.1. DUDH, 14.2. PIDCP y 8.2. CASDH).

Además la fundamentación del derecho a la defensa eficaz y gratuita tiene su fundamento en la teoría del estado derecho que presume que tanto las personas como las instituciones del Estado, en una sociedad democrática están sometidas a las leyes. Lo que impone la necesidad de establecer el balance entre las actuaciones de las instituciones encargadas de hacer cumplir las leyes y los derechos de las personas inculpadas y/o acusadas de delitos.

Mecanismos de protección internos del derecho a la defensa eficaz y gratuita

Se considera que los mecanismos internos de protección del derecho a la asistencia legal de su preferencia y a comunicarse libre y privadamente con su defensor también pueden aplicarse e invocarse en la protección del derecho a la defensa eficaz y gratuita. Por lo que se recomienda ver los mecanismos internos de protección al derecho a la asistencia legal de su preferencia y a comunicarse libre y privadamente con su defensor, los que se encuentran desarrollados en el Capítulo 6.4.3. de este trabajo.

Patrones y modalidades de eventuales violaciones al derecho a la defensa eficaz y gratuita

- En casos de abandono de la defensa por el abogado de la causa, se omite el nombramiento del Defensor Público, como mecanismo temporal que permite salvar el derecho a la asistencia legal de su preferencia.
- En casos de abandono injustificado de la defensa por el Defensor Público, el juez de la causa omite los procedimientos establecido en el artículo 105 CPP.
- La demanda, sugerencia, o exigencias de pago o cualquier otra contraprestación requerida por servicios prestados por el Defensor Público y/o por el Abogado de Oficio sea en servicios, bienes o en efectivo.
- La actuación indecorosa del Defensor Publico en el manejo de defensa de la persona acusada por delito, en contradicción con los valores de honor y justicia que este representa.

- La defensa ineficaz de la persona acusada por delito y llevada por el Defensor Público y/o por el Abogado de Oficio, faltando al deber de asesorarla en cuanto a sus deberes y obligaciones, así como al falta de *asistencia en todas las formas adecuadas, y adoptar medidas jurídicas para protegerlos o defender sus intereses* (Regla 13.c. Principios Básicos sobre la Función de los Abogados).
- La ausencia del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, sin que el Defensor Público solicite la suspensión del proceso, con el fin de asegurar el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa.
- Intervenciones, revisiones e intromisiones indebidas en la comunicación del acusado y su abogado, como del abogado y sus auxiliares, realizadas por agentes encargados de hacer cumplir las leyes.
- Acciones u omisiones realizadas por personas que ejercen funciones públicas que tienen por objetivo amedrentar, limitar, restringir o hacer renunciar al abogado defensor.
- El *patrocinio infiel* es decir aquellas acciones u omisiones realizadas por el abogado de su preferencia o por el defensor público, en su caso, que perjudiquen *deliberadamente los intereses que le han sido confiados* de conformidad con el artículo 466 Pn.
- El *obstáculo a la asistencia del abogado o los derechos de imputado, acusado o sentenciado*. Que consiste en impedir u obstaculizar *el derecho a la asistencia de abogado, al imputado, acusado, sentenciado*, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata o comprensible, sus derechos y las razones de su detención, de conformidad con lo establecido en el artículo 430 Pn.

Sugerencias para la verificación del derecho a la defensa eficaz y gratuita

- Entreviste a la persona inculpada o acusada por delito y a sus familiares a fin de conocer el acceso, la disponibilidad del tiempo y los medios con que ha contado y ha dispuesto el Defensor Público para preparar la defensa. Tenga en cuenta que el derecho a contar con un Defensor Público no significa que el derecho a la asistencia legal sea deficiente, por el contrario, cualquier defensa de cualquier persona acusada por delito implica que esta se ha de regir por los criterios de eficacia, eficiencia y gratuidad.
- En los casos de Defensores Públicos nombrados por el Juez o Tribunal de la causa, tenga presente que el derecho a la defensa, implica, el derecho a la defensa eficaz. Este derecho no es un derecho formal. No es un derecho que se ejerce en papeles. Por lo que tenga en cuenta el tiempo real y la atención que el defensor público ha brindado a la defensa de la persona inculpada o acusada.
- En aquellos casos en los que el Defensor Público no cuente con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, verifique si este ha solicitado la suspensión del proceso. En caso contrario alerte al Defensor Público en cuanto al derecho que le asiste para mejorar la defensa de la persona acusada.

- Cuando exista abandono injustificado de la defensa de parte del Defensor Público, confirme con el Juez de la causa, la remisión del informe respectivo a la Comisión de Régimen Disciplinario de la Corte Suprema de Justicia, y verifique si el Juez de la causa ha impuesto el pago por los costos de las *audiencias que debieron repetirse a causa del abandono* (art. 105 CPP).
- Ante eventuales cobros o cualquier otra forma de retribución solicitada por el Defensor Público como recompensa por sus servicios legales, analice con la persona defendida y/o sus familiares, las ventajas de interponer la denuncia respectiva por cobro ilegal.
- En los casos en los que existan evidencias de *interceptación o revisión previa* de las comunicaciones *entre acusado y abogado*, recomiende a la persona acusada y al Defensor Público someter la formal denuncia ante el juez de la causa (103 CPP). Ello permitirá contar con evidencia previa en el futuro inmediato, en el caso que la persona defendida y sus familiares consideran conveniente acusar penalmente por *obstáculo a la asistencia del abogado o los derechos de imputado, acusado o sentenciado* (art. 430 Pn.)

6.4.5. Derecho a presentar e interrogar testigos

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 14 (numeral 3.e.)

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Convención sobre los Derechos del Niño (1989)

Artículo 40 (numerales 1. y 2. b. iv.)

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 8. Garantías Judiciales (numeral 2. f.)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 46

En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal

de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 260/1998

Debido proceso en las actuaciones judiciales

Artículo 14. Los Jueces y Magistrados deben guardar observancia del debido proceso en toda actuación judicial, cualquiera sea la naturaleza del proceso, brindando las garantías necesarias a las partes para la adecuada defensa de sus derechos. También deben de impulsar de oficio los procedimientos que la ley señale y ejercer la función tuitiva en los casos que la ley lo requiera.

Los principios de supremacía constitucional y del proceso deben observarse en todo proceso judicial. En los procesos penales puede restringirse el acceso de los medios de comunicación y del público, a criterio de la Autoridad Judicial, sea de oficio o a petición de parte, por consideraciones de moralidad o de orden público.

Código Penal, Ley 641

Artículo 475. Falso testimonio. Quien al rendir testimonio o declaración en causa judicial o administrativa, oculte o deforme los hechos verdaderos o simule o firme hechos falsos, total o parcialmente, será penado con prisión de de tres a cinco años.

Si el falso testimonio se da contra el acusado o querellado en causa penal, la pena de prisión será de cinco a siete años. Si a consecuencia del falso testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrá la pena de seis a ocho años de prisión.

Las penas precedentes se aumentaran en un tercio en sus límites mínimos y máximos, cuando la falsedad sea cometida mediante soborno. (...)

Artículo 477. Ofrecimiento en intercambio de testigo, peritos, intérpretes o traductor. Quien a sabiendas, haya ofrecido o intercambiado testigo, perito, interprete o traductor, que haya incurrido en falsedad en su declaración, informe o traducción en causa judicial o administrativa, será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión e inhabilitación especial por el mismo periodo para ejercer empleo, oficio o cargo público de que se trate.

La misma pena se impondrá al que conscientemente presente en juicio documentos o piezas de convicción falsos.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 287

Artículo 108. Todo adolescente tiene derecho a ser oído, a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa, a presentar las pruebas, interrogar a los testigos y refutar los argumentos necesarios para su defensa y a rebatir todo aquello que le sea contrario. Lo anterior está garantizado por la intervención de un defensor y del representante de la Procuraduría General de Justicia.

Código Procesal Penal, Ley 406

Arto. 101. Designación. El acusado tiene derecho a designar un abogado de su elección como defensor desde el momento del inicio del proceso. La designación del defensor será comunicada al juez.

Se permitirá la autodefensa de quienes sean profesionales en Derecho, aunque no estén autorizados para el ejercicio profesional de la abogacía. La intervención del defensor no menoscaba el derecho del acusado a formular solicitudes y observaciones.

Artículo 307. Testigos. Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en el Juicio. No obstante, el incumplimiento de la incomunicación no impedirá la declaración del testigo, pero el juez o el jurado, según el caso, apreciará esta circunstancia al valorar la prueba.

El juez moderará el interrogatorio y, a petición de parte o excepcionalmente de oficio, evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes; procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas.

Después de que el juez tome la promesa de ley al testigo, la parte que lo propone lo interrogará directamente. A continuación la contraparte podrá formular repreguntas al testigo y, terminadas éstas, la parte que lo propuso podrá nuevamente formularle preguntas limitándose, en esta oportunidad, a la aclaración de elementos nuevos que hayan surgido en el contrainterrogatorio realizado por la contraparte.

Después de su declaración, se informará al testigo que queda a disposición del tribunal hasta la finalización del Juicio, que puede permanecer en la sala o retirarse y de ser necesario podrá ser llamado a comparecer nuevamente a declarar cuando así lo requiera cualquiera de las partes. Estas podrán solicitar que un testigo amplíe su declaración cuando surjan elementos o circunstancias nuevas o contradictorias con posterioridad a su declaración.

Breve reseña del derecho a presentar e interrogar testigos

El derecho internacional de los derechos humanos

La referencia al derecho a la presunción de inocencia que estatuye el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, es el argumento por el que construye el derecho a las garantías necesarias para la defensa de las personas inculpadas o acusadas de delito. Es la referencia inicial al conjunto de derechos que conforman el derecho a las debidas garantías judiciales de las que el derecho a presentar e interrogar testigos forma parte.

El artículo 14 numeral 3.e. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del sistema de Naciones Unidas en el año de 1966 desarrolla el derecho a presentar e interrogar testigos, que asiste a las personas acusadas de delitos. El Pacto establece este derecho como una garantía mínima por medio de señalar que todas las personas acusadas de delitos, en relación a los testigos, cuentan con los siguientes derechos: a. interrogar a los testigos de cargo, b. hacer comparecer a los testigos de descargo, c. que ambos grupos sean interrogados en las mismas condiciones.

La Declaración Americana sobre Derechos Humanos, en el continente americano establece el derecho a las garantías judiciales de las personas inculpadas de delitos, tomando como punto de partida el derecho a la presunción de inocencia. El artículo 8 numeral 2.f. de la Convención establece como derechos los siguientes: a. *derecho de la defensa* a interrogar *testigos, peritos y otras personas* que puedan arrojar luz sobre los hechos, b. derechos a presentar testigos y peritos. En este sentido una de las características de la Convención, consiste en que no hace diferencia en cuanto a los testigos de cargo o descargo. A estas personas les establece dos condiciones, a ser interrogados por igual en la presencia del tribunal, b. establece una definición amplia de los testigos o peritos, como aquellas personas que *puedan arrojar luz sobre los hechos*.

En 1989 se proclama la Convención sobre los Derechos del Niño, la que retoma lo establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y establece como derecho de *todo niño privado de libertad*, del que se alegue que *ha infringido las leyes penales*, cuenta con los derechos: a. derecho a interrogar a los testigos de cargo, b. derecho a convocar a los testigos de descargo, c. derecho a que los testigos de cargo y de descargo sean interrogados en condiciones de igualdad.

El derecho a presentar e interrogar testigos en la legislación nicaragüense

A pesar de la marcada influencia garantista que inspira a la Constitución Política, esta no tiene previsión expresa en cuanto al derecho de las personas acusadas de delito a presentar e interrogar testigos. Sin embargo la Constitución cuenta con una cláusula residual de protección de derechos humanos la que permite por extensión invocar la protección a partir de lo establecido en el artículo 46 Cn. que establece la *plena vigencia* de los derechos consignados en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Entre los que menciona la Declaración

Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la *Declaración Americana sobre de Derechos Humanos*, incurriendo en una imprecisión puesto que el nombre apropiado de este instrumento internacional es Declaración Americana de Derechos Humanos. Se considera por tanto, que el derecho a presentar e interrogar testigos se encuentra contenido por la clausula residual de protección de derechos humanos contenida en el artículo 46 Cn.

La Ley Orgánica del Poder Judicial al igual que la Constitución Política no menciona en forma en forma específica al derecho a presentar e interrogar testigos. Sin embargo el artículo 14 de la Ley Orgánica establece que Jueces y Magistrados en toda actuación, tienen el deber de observar como principios generales: observar el *debido proceso* y brindar las garantías necesarias a las partes para la *adecuada defensa* de sus derechos. En cuanto al derecho al debido proceso este se considera como el grupo de derechos al que el Estado está obligado a prestar a todas las personas, en los casos que estas sean sometidas a su jurisdicción. Su origen se fija en el siglo XIX con la promulgación de la Quinta y Sexta Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América, conocidas como las clausulas del *debido proceso* y el *juicio justo*. Desafortunadamente en la tradición de derecho escrito nicaragüense esta institución globalmente reconocida, no ha sido adecuadamente desarrollada.

En la legislación penal destaca el artículo 307 del Código Procesal Penal reservado a los testigos. En cuanto al derecho a presentar e interrogar testigos, peritos y otras personas *que puedan arrojar luz sobre los hechos*, el CPP establece: a. el derecho tanto de la persona acusada como de la Fiscalía a proponer testigos, b. el derecho de ambas partes a interrogar a los testigos, c. el interrogatorio de los testigos consiste en la parte proponente interroga primero, la otra parte contrainterroga, y el interrogatorio se cierra con las preguntas que hace la parte proponente con el fin de aclarar *elementos nuevos que hayan surgido en el contrainterrogatorio* realizado por la contraparte.

En cuanto al derecho de la persona acusada de delito de interrogar testigos, a pesar que el Código Procesal Penal no lo establece como un derecho en forma taxativa, sin embargo este derecho se encuentra facultado por medio del artículo 101 por el que se establece la designación del *abogado de su elección* a quien la ley presume la intervención en el proceso. Sin embargo el CPP establece como derecho de la persona acusada *a formular solicitudes y observaciones* sin menoscabo de las intervenciones del abogado defensor.

El Código de la Niñez y de la Adolescencia por medio del artículo 108 hace un contundente reconocimiento al derecho a presentar e interrogar testigos, estableciendo en forma amplia el ámbito de este derecho. El Código de la Niñez establece como derecho de los adolescentes sometidos al *proceso penal especial* del adolescente el *derecho interrogar a los testigos y refutar los argumentos necesarios para su defensa y a rebatir todo aquello que le sea contrario*. Corresponde al Código de la Niñez y de la Adolescencia el merito de ser la única ley de desarrollo nicaragüense que acoge el derecho a presentar e interrogar testigos. El que se establece en su

forma más amplia en beneficio de los adolescentes sometidos al proceso penal especial del adolescente.

La legislación penal ha establece además las tipologías delictivas por las que se previene la intervención delictiva de testigos en el proceso penal. El Código Penal estatuye los delitos de *Falso testimonio* mediante el artículo 475 Pn. y el delito de *Ofrecimiento en intercambio de testigo, peritos, intérpretes o traductor* por medio del artículo 477 Pn. Estableciendo en ambos casos penas de prisión e inhabilitación especial para *ejercer empleo, oficio o cargo público* de que se trate.

El contenido del derecho a presentar e interrogar testigos

La protección que establece el derecho internacional de los derechos humanos al derecho a la presunción de inocencia, genera impactos que trascienden al conjunto de las debidas garantías judiciales, a las que los Estados están obligados a garantías a todas las personas acusadas de delitos. El derecho a la presunción de inocencia se erige en el punto de partida y justificación para construir el cauce por el que transcurre el conjunto de los derechos que constituyen el derecho a las garantías judiciales. El que también se conoce como el derecho al debido proceso, del que el derecho a presentar e interrogar testigos forma parte.

El derecho a la presunción de inocencia se encuentra inspirado en la perspectiva normativa que se observa en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos (arts. 11.1. DUDH, 14.2. PIDCP y 8.2. DASDH). La que se presume inocente obliga a tenerla como tal en tanto *no se establezca legalmente su culpabilidad*. Lo que impone al Estado el deber de observar rigurosamente las debidas garantías judiciales, de las que el derecho a presentar e interrogar testigos forma parte.

Mecanismos internos de protección del derecho a presentar e interrogar testigos

Mecanismos internos de protección establecidos por normas constitucionales y los principios generales del derecho

El Recurso de Amparo

El Recurso de Amparo se erige como un mecanismo interno de protección peculiar, ante la ausencia de norma específica y particular que establece el derecho a presentar e interrogar testigos en la legislación nicaragüense, cuya única excepción es el artículo 108 del Código de la Niñez y de la Adolescencia. El Recurso de Amparo se encuentra establecido por la Constitución Política en el artículo 188 de la Constitución Política y es desarrollado por los artículos 4, 23 y siguientes de la Ley de Amparo.

La protección al derecho a presentar e interrogar testigos establecido por el derecho internacional de los derechos humanos, por medio del Recurso de Amparo es muy especial. En estos casos es posible invocar en forma directa los compromisos internacionales de derechos humanos que el Estado nicaragüense ha asumido, y que se faculta su *irrestricto respeto, promoción y protección*, a partir de la clausula residual de protección de los derechos humanos que establece el artículo 46 Cn.

En estas circunstancias la clausula residual se constituye en el mecanismo de recepción del derecho internacional de los derechos humanos, abriendo una vena por la que este se introduce y penetra en forma directa en la legislación nacional, haciendo posible alegarlo como norma de aplicación inmediata y directa. Lo que facilita su protección. Sin embargo esta interpretación peca de optimista, tomando en consideración que su aplicación estará condicionada a la discrecionalidad del juez o magistrado y la falta de experiencia en el país de aplicación e invocación directa de la norma internacional a caso concreto. Por lo que su aplicación exitosa estará sujeta a pruebas futuras.

La Ley Orgánica del Poder Judicial

Además el Recurso de Amparo funciona como mecanismo interno de protección aplicable en aquellos casos en los que la persona acusada de delito es privada del derecho que le asiste *a formular solicitudes y observaciones*, establecido en el artículo 101 del Código Procesal Penal. Lo que propone una íntima conexión con los principios generales del derecho nacional, como son: el derecho al debido proceso y las garantías necesarias de las partes, establecidos en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Mecanismos internos de protección establecidos en las leyes de desarrollo

El Código Procesal Penal

Este cuerpo normativo ofrece mecanismos internos de protección específicos y particulares. Existen dos mecanismos específicos de implementación del derecho a presentar e interrogar testigos, los que en sí mismos se erigen en mecanismos internos de protección. El primer mecanismo, lo establece el artículo 101 CPP que reconoce el derecho de las personas acusadas de delitos además de nombrar a un abogado de su preferencia desde el inicio del proceso, a quien le corresponde preparar y ejercer la defensa de la persona acusada en el proceso penal. El CPP también establece el derecho de las personas acusadas de *formular solicitudes y observaciones*, a lo largo de todo el proceso penal, lo que faculta a proponer, presentar e interrogar testigos sea de *mutu proprio* o mediante el abogado defensor.

El segundo mecanismo específico de implementación y por tanto de protección al derecho a presentar e interrogar testigos, lo establece el artículo 307 CPP que señala el procedimiento para

interrogar a los testigos. El orden establecido es el siguiente: a. la parte proponente interroga en primer lugar, b. la contraparte formula repreguntas al testigo, c. la parte proponente de nuevo formula preguntas sobre los *elementos nuevos* surgidos en el contrainterrogatorio.

En cuanto a los mecanismos generales se mencionan aquellos que solucionan la *actividad procesal defectuosa* establecida en el artículo 160 y ss. CPP. Los remedios a la actividad procesal defectuosa son: reclamo de subsanación (arts. 161 – 162 CPP), incidente de nulidad (art. 164 CPP). Los que eventualmente derivan en la renovación o rectificación de la acto defectuoso (art. 165 CPP). Además de los diversos recursos ordinarios que establece el Código Procesal Penal, entre los que se mencionan: Recurso de reposición (arts. 364 y 373 CPP), recurso de hecho (art. 365 CPP), y el recurso de apelación (arts. 376 y 380 CPP).

El Código Penal como mecanismo de restitución de omisiones al derecho a presentar e interrogar testigos

Corresponde al Código Penal establecer las conductas ilícitas y por tanto punibles. En cuanto a las conductas establecidas por el Código Penal como delitos que se relacionan con el ejercicio al derecho a presentar e interrogar testigos están: Falso testimonio (art. 475Pn.), y Ofrecimiento en intercambio de testigo, peritos, intérpretes o traductor (art. 477 Pn.)

El Código de la Niñez y de la Adolescencia

Ofrece uno de los mecanismos de implementación del derecho a presentar e interrogar testigos de más amplia protección de la legislación nicaragüense, por medio de establecer en forma generosa estos derechos aplicables en el proceso penal especial del adolescente. Se reconoce como derecho de los adolescentes sujetos al proceso penal especial del adolescente los derechos de: a. interrogar a los testigos, b. refutar los argumentos necesarios para su defensa, c. rebatir todo aquello que le sea contrario. Constituyéndose este último derecho en una clausula residual que permite incluir cualquier otra forma de desafío a las pruebas ofrecidas por testigos en el proceso penal.

Se debe tener en cuenta que cuando estos derechos son omitidos, se debe hacer uso de los recursos establecidos en el Capítulo IV del Código entre los que se mencionan: Recurso de Apelación, Recurso de Casación y Recurso de Revisión, establecidos en los artículos 186, 190 y 191 del Código de la Niñez y la Adolescencia, respectivamente.

Patrones y modalidades de eventuales violaciones al derecho a presentar e interrogar testigos

- Rechazos u omisiones de Jueces, Magistrados, Fiscales y/o Policía Nacional para hacer comparecer a cualquier persona mencionada como testigo, perito y/o cualquier otra persona que pueda *arrojar luz sobre los hechos*, la que ha sido propuesta y/o solicitada por cualquiera de las partes.

- Denegación del derecho de la persona acusada de delito de formular solicitudes, observaciones y preguntas en el proceso penal, aunque esta cuente con abogado de su preferencia que la represente en juicio.
- Omisiones y/o alteraciones del procedimiento establecido para interrogar a los testigos en el proceso penal establecido por el Código Procesal Penal.
- Cualquier acción u omisión de persona que ejerce funciones públicas y/o persona particular encaminada a disuadir o entorpecer la participación e intervención en el proceso penal de los testigos que han sido propuestos por la persona acusada de delito y su abogado.
- Cualquier omisión de Juez, Magistrado, Fiscal y/o Policía Nacional del deber de investigar, prevenir y sancionar los delitos de Falso testimonio y Ofrecimiento en intercambio de testigo, peritos, intérpretes o traductor, establecidos en los artículos 475 y 477 Pn.

Sugerencias para la verificación del derecho a la defensa eficaz y gratuita

- Entreviste a la persona acusada de delito y su abogado con el fin de conocer las facilidades y el cumplimiento de las prescripciones legales establecidas para la comparecencia de los testigos en juicio.
- En casos de omisiones del deber de prevenir, investigar y sancionar los delitos establecidos por el Código Penal en materia de presentación e interrogatorio de testigos, sugiera a la persona acusada de delito y/o a su abogado tramitar el Recurso de Amparo correspondiente.
- En casos de intimidación y entorpecimiento de la participación en el juicio de testigos, peritos y otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos se recomienda utilizar el Recurso de Amparo correspondiente. Analice esta opción en conjunto con la persona acusada de delito y su abogado. Asegúrese que la persona acusada de delito y los testigos cuentan con la protección necesaria y apropiada en casos de eventuales represalias.
- En los casos de omisiones del procedimiento para interrogar testigos establecidos por la ley, recomiende recurrir a los procedimientos establecidos para corregir la *actividad procesal defectuosa* establecida en el artículo 160 y ss. CPP.
- En los casos en los que el proceso ha sido embarazado con omisiones de hecho y de derecho de la persona acusada de delito, recomendar a la defensa y a la persona acusada de delito recurrir por medio de los recursos ordinarios establecidos por la legislación procesal penal.

- Ante situaciones constitutivas de delitos relativos a la participación de testigos en juicio, sugiera a la persona acusada de delito y a su abogado defensor, iniciar y activar el proceso penal por medio de la interposición de la denuncia y/o acusación penal, según sea el caso.

6.5. Derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable

Derecho internacional de los derechos humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 5

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 7

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Artículo 10 (numeral 1)

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Artículo 14 (inciso 3. g.)

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1979)

Artículo 2

En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.

Artículo 5

Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984)

Artículo 1

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988)

Principio 21

1. Estará prohibido abusar de la situación de una persona detenida o presa para obligarla a confesar o declarar contra sí misma o contra cualquier otra persona.
2. Ninguna persona detenida será sometida, durante su interrogatorio, a violencia, amenazas o cualquier otro método de interrogación que menoscabe su capacidad de decisión o su juicio.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (1990)

Regla 17

Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XXVI. Derecho a proceso regular.

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 8. Garantías Judiciales (numerales 2.g. y 3)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985)

Artículo 2

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación

sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Artículo 3

Serán responsables del delito de tortura:

- a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.
- b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 34 (numerales 1 y 7)

Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

1. A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme la ley.
7. 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.

Artículo 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 de este derecho constituye delito y será penado por la ley.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 287

Artículo 101 (inciso c.)

Las y los adolescentes sujetos a la Justicia Penal de Adolescentes gozaran de los derechos, libertades y garantías reconocidas por la Constitución Política, Tratados, Convenciones, Pactos y

demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Nicaragua y las leyes ordinarias, además de aquellas que les corresponden por su especial condición. En consecuencia deberá garantizarse el respeto, entre otros, de los siguientes derechos y garantías:

c. A que se le presuma inocente hasta tanto no se le compruebe mediante sentencia firme, por los medios establecidos en este Código u otros medios legales, los hechos que se le atribuyen.

Artículo 104

Ningún adolescente está obligado a prestar testimonio, ni declarar contra sí mismo, sus ascendientes, inclusive hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, ni confesarse responsable.

Código Penal

Artículo 481. Influencia indebida en el proceso.

El que con violencia o intimidación intente influir o influya directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, fiscal, procurador, perito, intérprete, traductor o testigo, en un proceso, para que altere su declaración, testimonio, dictamen, interpretación, traducción, defensa o gestión, en un proceso Judicial, será penado con prisión de cuatro a ocho años.

Igual pena se impondrá a quien realice cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el párrafo anterior, por su actuación en el proceso judicial.

Las penas señaladas en los párrafos anteriores se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los actos de violencia o intimidación ejercidos.

Artículo 486. Tortura.

Quien someta a otra persona a cualquier tipo de tortura física o psíquica con fines de investigación penal, como medio intimidatorio, castigo personal, medida preventiva, pena o cualquier otro fin, será sancionado con pena de siete a diez años de prisión.

A la autoridad, funcionario o empleado público que realice alguna de las conductas descritas en el párrafo anterior se le impondrá, además de la pena de prisión, la de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

La autoridad, funcionario o empleado público que no impida la comisión de alguno de los hechos tipificados en los párrafos anteriores, cuando tenga conocimiento y competencia para ello, será sancionado con pena de cinco a siete años de prisión e inhabilitación especial para ejercer el

empleo o cargo público de cinco a nueve años. La misma pena se impondrá a la autoridad, funcionario o empleado público que, teniendo conocimiento de la comisión de alguno de los hechos señalados en los párrafos anteriores y careciendo de competencia, omita denunciar el hecho ante la autoridad competente dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, a partir del momento en que los conoció.

Para los efectos de este Código, se entenderá por tortura causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o psíquicos, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control, sin embargo no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuitas de ellas.

Código Procesal Penal, Ley 406

Artículo 2. Presunción de inocencia.

Toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente y como tal deberá ser tratada en todo momento del proceso, mientras no se declare su culpabilidad mediante sentencia firme dictada conforme la ley. Hasta la declaratoria de culpabilidad, ningún funcionario o empleado público podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido.

En los casos del ausente o del rebelde se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial. Cuando exista duda razonable sobre la culpabilidad del acusado, al dictarse sentencia o veredicto, procederá su absolución.

Artículo 95 (incisos 5, 6, 12 y párrafo final). Derechos.

El imputado o el acusado tendrán derecho a:

- 5. No ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de su dignidad personal;
- 6. No ser objeto de técnicas o métodos que alteren su libre voluntad, incluso con su consentimiento;
- 12. Abstenerse de declarar, y a no declararse culpable, (...)

El imputado detenido, sin perjuicio de las medidas de vigilancia, deberá ser conducido y tratado por la Policía Nacional con las debidas garantías individuales, el respeto de su dignidad humana y la observancia del principio de inocencia, razones por las que no podrá ser presentado a la prensa en condiciones que menoscaben dichos derechos; sin perjuicio del derecho a la libertad de información de los medios de comunicación.

Artículo 311. Declaración del acusado y derecho al silencio. El acusado tiene derecho a no declarar. Si decide hacerlo, el juez previamente le advertirá del derecho que le asiste de no declarar, de que de su silencio no podrá derivarse ninguna consecuencia que le sea perjudicial, de que si declara lo hará previa promesa de ley y en la forma prevista para la declaración de los testigos y de que, en tal caso, su declaración se valorará como cualquier medio de prueba.

Durante el Juicio, no deberá hacerse mención alguna al silencio del acusado, bajo posible sanción de nulidad.

El acusado podrá en todo momento comunicarse con su defensor, sin que por ello la audiencia se suspenda; para tal efecto se le ubicará a su lado. No obstante, no lo podrá hacer durante su declaración o antes de responder a preguntas que se le formulen.

Breve reseña del derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable

El derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable en el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho internacional de los derechos reconoce el derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El proceso de decantación que este derecho en particular acusa, es relevante, puesto que originalmente se consideraba como parte del derecho a las *garantías necesarias* para la defensa de las personas acusadas de delitos sin que existiera como un derecho autónomo e independiente, conforme a lo que establecía la DUDH. Con posterioridad en la década de los setentas el derecho a no declarar contra sí mismo ni a declarar culpable sería enunciado en forma independiente como se le conoce en la actualidad.

El artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se caracteriza por su generalidad el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de las personas acusadas de delito a ser juzgadas con *todas* las garantías necesarias para su defensa. Aludiendo de esta forma al amplio catalogo de derechos que asiste a las personas acusadas de delitos, entre los que se incluye el derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Adicionalmente la DUDH en el artículo 5, establece la prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, como un mecanismo internacional de protección de los derechos de las personas privadas de libertad.

La mención del derecho a la dignidad e integridad personal que se concreta mediante la prohibición contra las torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es de suma importancia puesto que se constituyen en el fundamento sobre el que el derecho internacional de los derechos humanos construye el derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

Prohibición que se constituye en la salvaguarda contra cualquier intento de obligar a cualquier persona a declararse culpable o declarar contra sí misma.

El artículo 14 numeral 3.g. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho de las personas privadas de libertad a *no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable*, aspecto innovador puesto que se le identifica como un derecho independiente debidamente aislado e identificado. Al igual que la DUDH, el Pacto establece las premisas que sirven de fundamento a este derecho. En primer lugar el artículo 14.2. establece el derecho a la presunción de inocencia para todas las personas acusadas de un delito. En segundo lugar 7 PIDCP establece la prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En tercer lugar el artículo 11 reconoce como premisa del derecho internacional de los derechos humanos el derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas *humanamente* y con el *respeto debido* a la dignidad inherente al ser humano.

Con posterioridad a la promulgación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, diversos instrumentos internacionales reconocen el derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Es incorporado en dos grandes acepciones: a. en forma manifiesta, individualizada como derecho independiente; b. en forma presunta, incluido dentro de cláusulas generales encaminadas a proteger la dignidad inherente del ser humano, la prohibición de torturas, o el derecho a la integridad personal.

El principio 21 del “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, establece el derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable en dos formas: manifiesta y presunta. En primer lugar se señala como prohibición *abusar de la situación de una persona detenida o presa* para obligarla a confesar o declarar contra sí misma o contra cualquier otra persona. En segundo lugar en forma presunta se alude al derecho a no declararse culpable ni a declarar contra sí mismo, por medio de prohibir la violencia, amenazas o *cualquier otro método de interrogación* que menoscabe su capacidad de decisión o su juicio. Remitiendo al derecho a la integridad personal y la prohibición de torturas penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Otros instrumentos internacionales de derechos humanos acogen al derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable en forma presunta. Entre estos destacan los artículos 2 y 5 del “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, que establecen la obligación de estos respetar y proteger la dignidad humana, así como respetar y observar los derechos humanos de todas las personas, entre las que se incluyen por extensión, las personas privadas de libertad.

El artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, establece una definición muy clara de estas conductas prohibidas, todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, *con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión*. En evidente

oposición al derecho a no declarar contra sí mismo o declararse culpable. Por su parte la regla 17 del conjunto de “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad”, hace hincapié en el derecho a la presunción de inocencia por tanto los menores acusados de delito *deberán ser tratados como tales*.

Con relación al derecho a no declarar contra sí mismos ni declararse culpable, tres instrumentos internacionales conviene destacar, pertenecientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

El artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, con relación al derecho a no declarar contra sí mismo y no declararse culpable, establece dos premisas. Por un lado establece como derecho de *todo acusado* a ser considerado inocente, en tanto no se demuestre lo contrario. En segundo lugar establece algunas condiciones para juzgar a las personas acusadas de delitos: a. derecho a ser oída en forma imparcial y pública; b. derecho a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes; c. derecho a que *no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas*. Esta última encaminada a proteger la integridad personal y la dignidad de las personas acusadas de delitos, protegiendo a estas contra las confesiones extraídas por medio de violencia y amenazas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos hace un esfuerzo normativo digno de destacar, al brindar un listado amplio que contiene el catálogo de las *garantías judiciales* que asisten a las personas acusadas de delitos. Estableciendo de esta forma los derechos de las personas privadas de libertad y acusadas de delito, así como fijar las garantías mínimas a las que el Estado se encuentra obligado a respetar durante el proceso penal, por el que se somete a las personas a la jurisdicción penal.

En relación al derecho a no declarar contra sí mismo ni declararse culpable, la CASDH aporta tres argumentos que permiten su delimitación. En primer lugar la Convención Americana en el artículo 8.2. parte del principio de presunción de inocencia de las personas acusadas de delito que es uno de los fundamentos que permite asegurar la protección de las personas acusadas de delito obligando al Estado a demostrar por medio legítimos la culpabilidad de estas. En segundo lugar, el artículo 8.2. acápite g. establece en forma manifiesta el derecho de todas las personas inculpadas de delito *a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable*. En tercer lugar, como parte del derecho a las garantías judiciales que establece el artículo 8.3. la Convención establece que la confesión del inculpado *solamente es válida* si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. Prohibiendo así cualquier forma de violencia, coacción, amenazas o cualquier otro método de interrogación que *menoscabe su capacidad de decisión o su juicio* de las personas privadas de libertad y acusadas de delito. Situación que vendría a ser ratificada en el año 1988 con

la proclamación del “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” del sistema de protección de las Naciones Unidas.

Finalmente, el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, establece en forma escueta y directa la definición de tortura, catalogada como “todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, *con fines de investigación criminal*, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin”. Cabe destacar que el uso de la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, con fines de *investigación criminal*, se encuentran ampliamente relacionados en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas. La que establece como uno de los fines en los que se utiliza la tortura como son aquellos encaminados a *obtener* de la persona privada de libertad y acusada de delito *o de un tercero información o una confesión*.

El derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable en la legislación nicaragüense

El derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable encuentra debida establecido por la Constitución Política en el artículo 34.7. reconocido como derecho de todas las personas privadas de libertad y acusadas de delito 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*. Además la Constitución Política protege los valores sobre los que este derecho se funda, como son el derecho a la presunción de inocencia (art. 34.1. Cn.) y el derecho a la integridad personal. Este ultimo establecido por la Constitución como la prohibición de torturas, tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes establecido por el art. 36 Cn.

En el caso de los adolescentes *sujetos* a la Justicia Penal de Adolescentes, el Código de la Niñez y de la Adolescencia acoge como derecho de estos, el derecho a la presunción de inocencia (art. 101.c.). También establece como derecho a no declarar contra sí mismo ni confesarse responsable, cabe mencionar que el Código de la Niñez y de la Adolescencia rebasa el limite estricto de del adolescente acusado de delito, ampliando la protección a no declarar contra sus ascendientes: padres, tutores o guardianes, *inclusive* hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (art. 104).

El artículo 95 del Código Procesal Penal es cenital en materia de protección de los derechos de las personas imputadas o acusadas de delitos. Corresponde al Código Procesal Penal desarrollar las premisas tutelares que establece la Constitución Política, ello explica la enumeración categórica de los derechos de las personas imputadas o acusadas de delitos.

En primer lugar cabe mencionar que el derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, se encuentra reconocido en el artículo 95.12. CPP. El tratamiento brindado parte de

reconocer la autonomía de la voluntad de las personas imputadas o acusadas de delitos, al establecer que a estas les asiste el derecho de *abstenerse* de declarar, y a no declararse culpable. En segundo lugar el CPP establece el derecho la integridad personal por medio de la prohibición de *tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes* de su dignidad personal (95.5. CPP). En tercer lugar estas personas se encuentran protegidas contra prácticas médicas, psicológicas, o coercitivas encaminadas a alterar *su libre voluntad*. Lo que se constituye en un mecanismo de protección contra prácticas que pueden derivar en la producción de confesiones obtenidas en forma ilícita (95.6. CPP).

El Código Procesal Penal retoma la garantía que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos acerca de la ausencia absoluta de coacción en la obtención de confesiones de las personas inculpadas o acusadas de delitos, para que estas se consideren legítimas. El CPP establece el *derecho al silencio* de las personas imputadas y acusadas. Es decir el artículo 311 CPP reconoce el derecho de estas personas a no declarar. Derecho al silencio del que no podrá derivarse *ninguna consecuencia* perjudicial. Ello es de suma importancia, puesto que aleja la tentación de obtener y forzar la declaración del acusado utilizando violencia, coacción o amenazas o cualquier otro medio prohibido en contra de las personas privadas de libertad y acusadas de delitos.

El Código Penal crea dos tipicidades delictivas que en forma paralela refieren al derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. En primer lugar, a pesar que la definición de tortura que ofrece el Código Penal es estrecha, tomando en consideración que fue copiada literalmente del artículo 7.2.e. del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, omitiendo por tanto la definición clásica establecida por el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, ofreciendo por tanto una definición más apropiada y originaria que la que ofrece el Estatuto de Roma.

A pesar de la desafortunada referencia, el artículo 486 del Código Penal establece la tortura como delito, brindando así la protección del derecho a la integridad personal de las personas privadas de libertad y acusadas de delito. Ello resulta de suma utilidad, tomando en cuenta el derecho a no declarar contra sí mismo ni declararse culpable, y las implicaciones del artículo 1 de la Convención contra la Tortura que entre otras cosas señala como tal *dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido*. Lo que es aplicable a las personas privadas de libertad y acusadas de delitos. La tortura es penada penas de siete a diez años de prisión e de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

La segunda tipicidad penal establecida por el Código Penal es la “Influencia indebida en el proceso” establecido en el artículo 481 Pn. La que aspira a proteger a las partes y a los demás sujetos equiparados contra influencias perversas, cuyo objetivo es alterar la declaración, testimonio,

dictamen, interpretación, traducción, defensa o gestión en cualquier proceso judicial. Las penas que establece el Código Penal fluctúan desde cuatro a ocho años de prisión.

El fundamento del derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable

La dignidad inherente de la persona humana es el fundamento ultimo sobre el que se soporta el derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. La *dignidad inherente de la persona humana* que ha sido el referente principal del derecho internacional de los derechos humanos, ocupando un lugar privilegiado en la declaración de principios que establece la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Humanos, así como fundamento del derecho a la integridad personal establecido por el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cuanto al derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, la dignidad inherente de la persona humana cobra diversas magnitudes por compartir ámbitos tutelados íntimos con otros principios y derechos, su disección resulta en una tarea difícil de acometer. En primer lugar la dignidad inherente de la persona humana es el fundamento de la prohibición de la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Por tanto no se puede explicar el derecho a la protección contra la tortura sin su referente obligatorio, como es la dignidad de las personas, premisa y limite de actuación a la que el Estado se encuentra obligado a respetar y enaltecer. Afirmación ultima que propone como garantía de todas las personas, en particular de las privadas de libertad y acusada de delito que el Estado se abstendrá de ejercer violencia, coacción o amenazas en contra de estas, y en especial en los casos que se pretenda obtener de las personas acusada de delitos o de un tercero *información o una confesión*.

Lo anterior propone que la dignidad inherente de la persona humana adquiere diversas dimensiones y se manifiesta en diversas formas, en este caso particular, esta aflora en la forma del derecho de las personas acusada de delito a la integridad personal y el derecho a la protección contra la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Construcción que es acogida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En segundo lugar, otra fuente que permite fundamentar el derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, se ubica en el derecho a las *debidas garantías judiciales*, en donde corresponde al Estado por medio de las instituciones de la administración de justicia, demostrar la culpa de las personas. Imponiendo parámetros estrictos por los cuales este ha de cumplir las funciones de investigación, prevención y castigo de los delitos en beneficio de las personas privadas de libertad y acusadas de delitos. Se encuentra ampliamente reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos como por el derecho interno que la confesión del inculpado *solamente es válida* si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. Aludiendo en forma tangencial al derecho a iguales armas.

Los mecanismos internos de protección del derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable

Mecanismos internos de protección establecidos por normas constitucionales

En cuanto a la protección del derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, destacan dos mecanismos: el Recurso de Amparo y el Recurso de Exhibición Personal.

El Recurso de Amparo

Establecido por el artículo 188 de la Constitución Política, está diseñado para proteger a todas las personas *en contra de toda acción u omisión* realizada por cualquier persona investida de funciones públicas, que viole o trate de violar los derechos y las garantías establecidas por la Constitución Política. El Recurso de Amparo es desarrollado a partir del artículo 23 de la Ley de Amparo. Este recurso es aplicable en casos de omisiones y violaciones al derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, sea mediando resolución escrita, o por cualquier acción u omisión cometida por cualquier funcionario estatal, o cualquier otro actuando en representación del Estado. Entre las que cabe mencionar violaciones al derecho al silencio de las personas acusadas de delitos, o en los casos de confesiones de las personas acusadas de delitos obtenidas ilegalmente en omisión de las leyes.

El Recurso de Exhibición Personal

El Recurso de Exhibición Personal se encuentra establecido por el artículo 189 de la Constitución Política y es desarrollado a partir del artículo 52 de la Ley de Amparo. Está diseñado como mecanismo interno de protección de los derechos a la libertad, integridad física y seguridad. Sea cuando estos derechos han sido violados, sea cuando se encuentren en peligro de serlo.

El Recurso de Exhibición Personal, tiene amplia aplicación en casos en aquellos en los que el derecho a la protección contra la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, ha sido omitido. En estos casos las confesiones extraídas a las personas privadas de libertad y acusadas de delito, han sido producidas por medio de la violencia, la coacción y las amenazas. Lo que invoca el derecho a recurrir por medio del Recurso de Exhibición Personal.

Mecanismos internos de protección establecidos por la legislación de desarrollo

Mecanismos establecidos por el Código Procesal Penal

El Código Procesal Penal establece cuatro grupos de mecanismos internos de protección del derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. El primer grupo de mecanismos

internos que establece el Código Procesal Penal es de naturaleza constitutiva, mediante el artículo 95 CPP se establecen los derechos de las personas imputadas y acusada de delitos. Entre los que se encuentran: el derecho a la protección contra la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, el derecho a no ser objeto de técnicas o métodos que alteren la voluntad, incluso con su consentimiento, el derecho al silencio. Por este medio el CPP establece derechos subjetivos de las personas privadas de libertad y acusadas de delitos. Lo que invoca el derecho a recurrirlos por medio de mecanismos de control constitucional, sea por medio del Recurso de Amparo o mediante el Recurso de Exhibición Personal.

Un segundo grupo de mecanismos de protección establecidos por la legislación procesal penal están encaminados a prevenir y proteger a las personas acusadas de la actuación judicial malsana originada en intereses personales o ajenos al proceso. En este grupo de mecanismos cabe mencionar a los incidentes que resuelven cuestiones de competencia (art. 29 CPP), la *inhibición y la recusación* (arts. 32 y ss. CPP)

El tercer grupo de mecanismos internos de protección al derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, lo constituyen las diversas formas por las que se subsana la actividad procesal defectuosa. El fundamento de esta se lee en el artículo 164 CPP, parte de la presunción que considera, que todos los actos del proceso cumplidos *con inobservancia* de las formas esenciales y los requisitos procesales básicos, *no podrán ser considerados para crear una decisión judicial, ni como presupuestos de ella*. Por tanto deberán ser subsanados.

La actividad procesal defectuosa será tramitada mediante el incidente de nulidad establecido en el art. 164 CPP, a partir de la regla que establece que, la nulidad de los actos procesales *distintos de las sentencias* se tramitara por medio de incidentes. Las formas por las que se subsana la actividad procesal defectuosa pueden ser variadas. Conforme el artículo 165 CPP esta se puede subsanar por medio de renovar el acto, rectificando errores, cumpliendo el acto omitido, sea de oficio o a solicitud de parte interesada.

El cuarto grupo de mecanismos internos de protección del derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable lo constituyen los diversos recursos ordinarios establecidos en la legislación procesal penal. Tienen como finalidad rectificar las decisiones judiciales, así como revisar las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces locales y jueces de distrito. Los recursos ordinarios establecidos por la legislación procesal penal son: Recurso de reposición (arts. 364 y 373 CPP), este recurso es de suma importancia puesto que pretende rectificar decisiones judiciales emitidas *sin haber oído a las partes*; recurso de hecho (art. 365 CPP), y el recurso de apelación que funciona contra autos establecidos en el artículo 376 CPP y contra *todas las sentencias* dictadas en primera instancia por los jueces locales y jueces de distrito (art. 380 CPP).

Patrones y modalidades de violaciones del derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable

- Cualquier acción u omisión realizada por persona que ejerce funciones públicas encaminada a producir declaraciones o incriminaciones de las personas privadas de libertad y acusadas de delitos, en omisión de los derechos establecidos en el artículo 95 CPP. Entre las que destacan: las torturas, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; la utilización de técnicas o métodos que alteran la voluntad de las personas, así sea con el consentimiento de estas.
- Omisiones del *derecho al silencio* de las personas privadas de libertad y acusadas de delitos. Sea obligando, coaccionando, amenazando o utilizando violencia en contra de estas con el fin de producir una declaración o incriminación de la persona acusada de delito o de un tercero.
- Amenazas y coacción ejercida en contra de las personas acusadas de delito que guardan silencio, el que es utilizado como asentimiento tácito de los hechos investigados.
- Durante el proceso cualquier alusión o mención del silencio de la persona acusada, acarrea la nulidad. En estos casos la omisión de la nulidad por el judicial de la causa se constituye en una violación al derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.
- Cualquier acción u omisión constitutiva del derecho a la presunción de inocencia, perpetrada por persona en ejercicio de funciones públicas, encaminada a producir una declaración o incriminación de la persona acusada de delito, o como consecuencia del derecho al silencio de la persona acusada de delito.
- El rechazo y la negación a investigar, prevenir y sancionar los delitos de influencia indebida en el proceso y torturas, cuando estos delitos son cometidos con el fin de producir una declaración o incriminación de la persona privada de libertad y acusada de un delito o de un tercero.

Sugerencias para la verificación del derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable

- Entreviste a la persona privada de libertad e imputada o acusada de delito con el fin de conocer de primera mano, cualquier incidente de violencia, coacción o amenazas ocurridas durante el proceso de investigación y realizadas con el fin de producir declaraciones o incriminación de las personas acusadas de delito o de un tercero.
- En los casos en los que existan declaraciones inculpatorias hechas por las personas acusadas de delito, entreviste al abogado de esta a fin de conocer las circunstancias en las que la declaración o inculpación fueron producidas.
- En los casos que la persona privada de libertad y acusada de delito declare en el proceso que su declaración fue producida por medio de tortura. En estos casos la inacción o negación del judicial para investigar las supuestas torturas, se deben considerar como

violación de doble naturaleza, por una lado por las torturas en sí mismas, y por la violación al derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

- En los casos de violaciones al derecho a la presunción de inocencia, sugiera al abogado defensor someter la acusación respectiva.
- En los delitos de tortura e influencia indebida en el proceso, sugiera al abogado defensor someter la acusación respectiva, conforme a lo establecido por el Código Penal y el Código Procesal Penal.
- En casos en los que existan indicios racionales de torturas, o de la utilización de técnicas o métodos que alteren la voluntad de la persona acusada de delito, sugiera al abogado defensor y a los familiares, analizar la pertinencia de interponer el Recurso de Exhibición Personal.
- En los casos de actividad procesal defectuosa, se sugiere identificar y analizar las ventajas que acarrea utilizar los mecanismos para subsanar la actividad procesal defectuosa.
- En casos de sentencias dictadas en primera instancia por los jueces locales y jueces de distrito, analizar la posibilidad de recurrir por medio de alguno de los recursos procesales que establece el Código Procesal Penal.
- En situaciones que impliquen omisión o violación del derecho a abstenerse de declarar y a no declararse culpable, recomiende valorar las ventajas de recurrir de Amparo, contra cualquiera de las acciones omisiones, resoluciones o actos que pongan en riesgo este derecho.
- En los casos de omisiones del deber de prevenir, investigar y sancionar los delitos de torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, causados por la omisión del judicial. Sugiera al Juez o Magistrado del caso el deber de perseguir los delitos, conforme lo establecido en los artículos 468 y ss. del Código Penal.

6.6. Derecho a un recurso efectivo

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 2 (numeral 3)

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:
 - a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
 - b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
 - c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

Artículo 6

Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 37 (inciso d.)

Los Estados Partes velarán por que:

- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la

privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XVIII. Derecho a la justicia.

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 8. Garantías Judiciales (numeral 2.h.)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 34 (incisos 3, 8 y 9)

Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

3. A ser sometido al juicio por jurados en los casos determinados por la ley. Se establece el recurso de revisión.

8. A que se le dicte sentencia dentro de los términos legales, en cada una de las instancias del proceso.

9. A recurrir ante un tribunal superior, a fin de que su caso sea revisado cuando hubiese sido condenado por cualquier delito.

Ley Orgánica del Poder Judicial

Doble instancia

Artículo 20.

Todas las sentencias de primer grado, dictadas por los jueces, podrán ser impugnadas por las partes mediante el recurso de apelación, sin perjuicio de los demás recursos establecidos por la ley.

En todo proceso, cualquiera que sea la materia, solo habrá dos instancias.

Código Penal, Ley 641

Artículo 464. Denegación de justicia. El juez o magistrado, que se niegue a resolver, sin tener causa legal, o con el pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, será penado de trescientos a seiscientos días multa e inhabilitación especial para ejercer el empleo o cargo público de dos a seis años.

Artículo 465. Retardo malicioso. El juez o magistrado que retarde maliciosamente la administración de justicia, será penado con multa de trescientos a seiscientos días e inhabilitación especial de dos a seis años. Se entenderá por malicioso el retardo cuando fuere provocado para afectar los intereses de cualquiera de las partes.

Si la misma conducta descrita en el apartado anterior fuere realizada por el fiscal, procurador, secretario o empleado judicial, las penas anteriores se reducirán a la mitad.

Artículo 468. Omisión del deber de perseguir delitos. La autoridad, funcionario o empleado público que, faltando a la obligación de su cargo, deje ilegalmente de promover o proseguir la persecución de los delitos de que tenga noticia, será sancionado con doscientos a quinientos días multa e inhabilitación especial para ejercer empleo o cargo público de uno a tres años.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 287

Artículo 185. Las partes podrán recurrir de las resoluciones del Juzgado Penal de Distrito del Adolescente mediante los recursos de apelación, casación y revisión.

Código Procesal Penal, Ley 406

Artículo 17. Derecho a recurso. Todas las partes del proceso tienen derecho a impugnar las resoluciones que le causen agravio, adoptadas por los órganos judiciales en los casos previstos en el presente Código. Igual derecho tendrá el Ministerio Público en cumplimiento de sus obligaciones.

Artículo 364. Impugnación de declaración de inadmisibilidad. Contra el auto que declare la inadmisibilidad de un recurso de apelación o de casación, procede el recurso de reposición en el término de ley y, mientras éste se tramita, se interrumpe el plazo legal establecido para recurrir de apelación o de casación.

Artículo 365. Recurso de hecho. De igual forma, contra el auto que declaró la inadmisibilidad de un recurso de apelación o de casación o contra el que lo confirma al resolver su reposición, cabe recurrir de hecho.

El recurso de hecho deberá ser interpuesto ante el órgano competente para conocer del recurso de apelación o de casación según el caso, en el término máximo de tres días, contados a partir de la notificación del auto impugnado; se deberá acompañar copia del recurso declarado inadmisibile y del auto que así lo declaró o confirmó. En él se deberán expresar los agravios ocasionados por el auto impugnado y los alegatos de derecho que el recurrente estime pertinente.

El órgano competente resolverá el recurso de hecho dentro de los cinco días siguientes a su recepción. Si estima que el recurso interpuesto fue debidamente rechazado, así lo declarará en forma motivada y archivará las diligencias. En caso contrario, lo admitirá y ordenará al juez de instancia notificarlo a la parte recurrida para que conteste, continuando la tramitación que corresponda.

Artículo 373. Procedencia. El recurso de reposición procederá contra las resoluciones dictadas sin haber oído a las partes, a fin de que el mismo tribunal que las dictó, examine nuevamente la cuestión y dicte, de inmediato, la decisión que corresponda.

Artículo 380. Sentencias apelables. El recurso de apelación cabrá contra todas las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces locales y de distrito.

Breve reseña del derecho a un recurso efectivo

El derecho a un recurso efectivo en el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho a un recurso efectivo cuenta con sus antecedentes inmediatos en el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ampliamente reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Entre estos se mencionan el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 2.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El sistema interamericano de protección de derechos humanos, los antecedentes del derecho a un recurso sencillo, rápido y eficaz se pueden trazar hasta el artículo XVIII la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por el que se establece el derecho de toda persona a *ocurrir a los tribunales* para hacer valer sus derechos, asentando los cimientos del *derecho a la justicia*. La promulgación de la Convención Americana de Derechos Humanos vendría a hacer la diferencia. En ella se establece por un lado el derecho de todas las personas a contar con un *recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (art. 25 CASDH), y por el otro se reconoce por primera vez el derecho de todas las personas inculpadas de delitos a *recurrir del fallo ante juez o tribunal superior* (art. 8.2.h. CASDH).

Este proceso de diferenciación que inicia la Convención Americana sobre Derechos Humanos es vital puesto que pone en evidencia las diferencias entre ambos derechos. En primer lugar el derecho a un recurso sencillo, rápido y eficaz es un derecho de protección universal, puesto que es válido para todas las personas, y su tutela se extiende a todas las materias de la administración de justicia. Por el contrario el derecho a recurrir las sentencias judiciales, apunta a brindar un mecanismo de impugnación específico a la justicia penal, que reconoce el derecho a la doble instancia de revisión de los fallos penal como mecanismo de control de las decisiones judiciales, que aspira a corregir errores y eventuales arbitrariedades que pudieron haber ocurrido en el proceso penal. Lo que pone el énfasis en el deber estatal de observar y asegurar las debidas garantías judiciales a todas las personas imputadas y acusadas de delitos.

El derecho internacional de los derechos humanos insiste en proteger el derecho a recurrir las sentencias judiciales por medio establecer la nota de eficacia que ha de caracterizar el derecho a recurrir. El artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos pone en evidencia esta intención al establecer *que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo*, que le proteja contra actos que violan sus derechos. En el mismo sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos aporta nuevos elementos que caracterizan al derecho a un recurso efectivo al afirmar en el artículo 25 que toda persona *tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro*

recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

En cuanto a la eficacia que los instrumentos internacionales le atribuyen al derecho a recurrir las sentencias judiciales, y en particular al recurso de exhibición personal la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que *un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido. El de exhibición personal puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable*¹⁵⁸. Lo que pone de manifiesto que los recursos solamente cumplen con su cometido cuando producen los resultados que de estos se espera, es decir la restitución de los derechos que le corresponde proteger.

El derecho a un recurso efectivo en la legislación nicaragüense

El derecho a un recurso rápido, sencillo y eficaz, por el que se concreta el derecho a recurrir las sentencias penales, los que han sido establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos, ambos se encuentran acogidos y desarrollados en la legislación nicaragüense. En lo que refiere al derecho a un recurso rápido, sencillo y eficaz se recomienda ver el “Capítulo 5. Derecho a las debidas garantías judiciales” al que se le dedica especial atención.

En relación al derecho a recurrir las sentencias penales la Constitución Política en el artículo 34 Cn. establece tres derechos específicos de las personas *procesadas* o acusadas de delitos. Estos derechos comparten su origen procesal puesto que están asociados a la existencia previa de decisiones judiciales de carácter penal. Los incisos 3, 8 y 9 del artículo 34 Cn. establecen los siguientes derechos: 3. Derecho a ser juzgado mediante juicio por jurados en los casos determinados por la ley. Se establece el *recurso de revisión*, 8. Derecho a que *se le dicte sentencia* dentro de los términos legales, en cada una de las instancias del proceso, 9. Derecho a *recurrir ante un tribunal superior*, a fin de que su caso sea revisado cuando hubiese sido condenado por cualquier delito. Correspondiendo a este último retomar lo establecido por el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece el derecho de las personas inculpadas de delitos a *recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*.

Uno de los principios generales del derecho nicaragüense es establecido por el artículo 20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por el que se establece la doble instancia, que se concreta en el derecho de las partes en juicio a impugnar *todas las sentencias* de primer grado dictada por los jueces. Estableciendo como mecanismo el recurso de apelación, independientemente de los demás recursos que establecen las leyes. Reconociendo de esta forma el derecho de las personas acusadas de delitos a impugnar las sentencias penales dictadas en primera instancia, a tono con lo establecido por el derecho internacional de los derechos humanos. En el mismo sentido se menciona el artículo 185 del Código de la Niñez y la Adolescencia que también reconoce el

¹⁵⁸ Caso Velázquez Rodríguez versus el Estado de Honduras. Sentencia del 29 de Julio de 1988. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C. Numero 4 (1988), párrafo 66.

derecho de las partes a *recurrir* las sentencias emitidas por el del Juzgado Penal de Distrito del Adolescente, estableciendo como mecanismos de impugnación los recursos de apelación, casación y revisión.

El Código Procesal Penal desarrolla el derecho a recurrir las sentencias penales en dos formas. En primer lugar el artículo 17 CPP establece el *derecho a recurso* de todas las personas a recurrir las resoluciones judiciales que *causen agravio*. Mediante este artículo el Código Procesal Penal desarrolla el principio de la doble instancia de la jurisdicción penal, establecida por el artículo 34 de la Constitución Política y el artículo 20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De esta forma la legislación nacional admite la posibilidad de yerros en las decisiones judiciales y brinda los mecanismos de corrección.

La segunda forma por la que el Código Procesal Penal desarrolla el derecho a recurrir las sentencias penales, por medio de brindar los mecanismos procesales por los que este derecho se concreta. Establece los diversos recursos que permiten la revisión de todas las sentencias penales. Entre estos se mencionan: Recurso de Reposición contra el auto que declare la inadmisibilidad de un recurso de apelación o de casación (art. 364 CPP), Recurso de Hecho (art. 365 CPP), Recurso de Apelación (art. 380 CPP). De esta forma el Código Procesal Penal desarrolla la revisión de las sentencias penales emitidas en primera instancia, facilitando su revisión, y reconociendo el derecho a recurrirlas ante un tribunal superior.

La legislación penal por medio del Código Penal sanciona las omisiones al derecho a recurrir las sentencias judiciales en general y las sentencias penales en particular, por medio de crear dos tipicidades delictivas. En ambos casos se identifica como el sujeto activo de estos delitos a jueces y magistrados los que por acción u omisión violen este derecho en las formas siguientes: Denegación de justicia (art. 464 Pn.) y Retardo malicioso (art. 465 Pn.). Delitos a los que se les impone penas de multa e inhabilitación especial para ejercer el empleo o cargo público.

El contenido del derecho a un recurso efectivo

Uno de los fundamentos prácticos sobre el que se asienta el derecho a recurrir las sentencias judiciales se justifica en la posibilidad de error o arbitrariedad en las decisiones judiciales, lo que obligatoriamente remite a crear los mecanismos de corrección de los eventuales errores judiciales. A diferencia del derecho canónico que reconoce la infalibilidad del Papa como uno de sus preceptos. Salvando al Sumo Pontífice de cometer errores, sus decisiones por tanto siempre serán las acertadas, puesto que el Papa no comete yerros. El derecho penal, si admite riesgos de error y por tanto brinda los mecanismos para subsanarlos, por medio de brindar a las personas acusadas de delitos el derecho a que las sentencias penales, sean revisadas por un tribunal superior.

Otra vertiente de fundamentación al derecho a recurrir las sentencias judiciales, se ubica en el derecho a la presunción de inocencia que asiste a todas las personas acusadas de delitos. Se

considera que para demostrar la culpa de las personas acusadas de delitos, se deben observar todas las garantías necesarias para la defensa de estas en juicio público. Derecho que se encuentra reconocido por los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.

Mecanismos internos de protección de derecho a recurrir las sentencias penales

Mecanismos internos de protección establecidos por leyes constitucionales

El primer mecanismo interno de protección del derecho a un recurso efectivo, lo constituye el Recurso de Amparo establecido en el artículo 188 de la Constitución Política. Fue creado para proteger a todas las personas de toda acción u omisión cometida por cualquier persona que ejerce funciones públicas que viola o trata de violar los derechos establecidos por la Constitución Política. El Recurso de Amparo es desarrollado por los artículos 23 y ss. de la Ley de Amparo. El Recurso de Amparo se constituye en uno de los mecanismos internos más utilizados en casos de omisiones y violaciones de los derechos y las garantías ciudadanas.

Mecanismos internos de protección al derecho a un recurso efectivo establecidos por los principios generales del derecho nicaragüense

Corresponde a la Ley Orgánica del Poder Judicial enumerar el catálogo mínimo de los principios generales del derecho nacional. El artículo 20 LOPJ establece el principio de la doble instancia en todos los procesos judiciales. El mecanismo que crea la LOPJ y por el que se concreta la doble instancia, es el Recurso de Apelación, por el que se manifiesta el derecho a recurrir las sentencias judiciales. La LOPJ establece como principio de actuación del poder judicial, el Recurso de Apelación, que permite impugnar cualquier sentencia judicial dictada en primera instancia. Adicionalmente se reconoce también como principio de actuación judicial, que el ejercicio del derecho a recurrir las sentencias judiciales, no agota la utilización de los demás recursos que establezca la legislación.

Mecanismos internos de protección al derecho a recurrir las sentencias judiciales establecidos por la legislación penal

La legislación penal cuenta con dos cuerpos normativos que establecen mecanismos internos de protección al derecho a recurrir las sentencias penales en forma diversa: El Código Procesal Penal y el Código Penal.

Código Procesal Penal en su artículo 17 desarrolla el *derecho a recurso* establecido por la Constitución Política y la Ley Orgánica del Poder Judicial, facultando a las partes procesales, entre las que se mencionan las personas acusadas de delitos *a impugnar las resoluciones que le causen agravio*, particularmente las resoluciones judiciales de la jurisdicción penal. Adicionalmente el

derecho a recurrir, es desarrollado por el CPP poniendo al alcance de todas las personas los mecanismos disponibles para impugnar las decisiones judiciales.

Los mecanismos de impugnación de las sentencias penales son: Impugnación de la declaración de inadmisibilidad de un Recurso de Apelación o de Casación (art. 364 CPP), el Recurso de Hecho que funciona *contra* el auto que declaró la inadmisibilidad de un recurso de apelación o de casación o contra el que lo confirma al resolver su reposición (art. 365 CPP), el Recurso de Apelación que opera *contra todas las sentencias dictadas en primera instancia* por los jueces locales y de distrito (art. 380 ss. CPP).

En cuanto a los mecanismos internos de protección del derecho a recurrir las sentencias judiciales establecidos por el Código Penal, se debe tener en cuenta la carga punitiva que sustenta este cuerpo normativo. De esta forma los mecanismos internos de protección operan como consecuencia de la omisión o violación de los derechos y garantías que el derecho a recurrir las sentencias penales engendran. Funciona como ultimo mecanismo interno, y se aplica ante casos de actuaciones judiciales reñidos con la ley y constitutivos de delitos.

El Código Penal establece los *Delitos contra la Administración de Justicia*, como mecanismo de protección de las personas contra los ilícitos cometidos por jueces o magistrados en el ámbito de la administración de justicia, así como de omisiones cometidas por cualquier persona que ejerce funciones públicas, los que se constituyen en violaciones y omisiones de los derechos y garantías de los ciudadanos. Entre las tipicidades delictivas establecidas por el Código Penal están: Denegación de justicia (art. 464 Pn.), Retardo malicioso (art. 465 Pn.) y Omisión del deber de perseguir los delitos (art. 468 Pn.).

El Código Penal funciona como mecanismo interno de protección del derecho a recurrir las sentencias penales a partir de la comisión de los delitos que afectan este derecho. Ello da lugar a someter la acusación respectiva ante los jueces penales. También cabe invocar el derecho a la justicia como otro de los derechos afectados por las acciones u omisiones cometidas por personas que ejercen funciones públicas y que han derivado en delitos.

Patrones y modalidades de violaciones del derecho a un recurso efectivo

- Denegación o tardanza para emitir las sentencias de primera instancia dentro los plazos establecidos. Emisión de las sentencias en días feriados, fines de semana o encajonados con el fin de obstaculizar la interposición de cualquiera de los recursos o cualquier otro mecanismo de protección establecido por la ley.
- Denegación o tardanza de cualquier juez o tribunal a resolver cualquier recurso interpuesto. El o los recursos son interpuestos pero no son resueltos, y si lo son se

resuelven en forma extemporánea, facilitando las omisiones y violaciones de los derechos que han de ser protegidos por el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo.

- La existencia de poderes facticos, que pueden ser políticos, económicos o religiosos, tratando de influenciar en los jueces o magistrados la resolución de algún recurso acorde a los intereses que estos preconizan y defienden.
- La división y asignación de cuotas de poder en las instituciones del Estado, por medio de representación de partidos políticos, influenciando o frenando la resolución de los recursos, sea en forma contraria a la ley o a favor de los intereses políticos que estos representan conforme a la asignación de cuotas de poder.
- El archivo indefinido de cualquier recurso, por el que se somete a una prolongada incertidumbre jurídica por falta de resolución de los recursos, afectando los derechos de las personas acusadas de delitos y terceros.
- En casos de recursos resueltos, las omisiones o violaciones al derecho a recurrir las sentencias penales pueden originarse en la ausencia de medidas cautelares por las se reducen los riesgos y aseguran los derechos en riesgo de las partes, causando daño a alguna de las partes.
- La ausencia de sentencia, en omisión del derecho a la justicia. Lo que obstruye el derecho a recurrir con que cuenta la persona acusada de delito, o cualquiera de las partes.
- La imposición de requisitos adicionales o extraordinarios no establecidos en las leyes, requeridos para la tramitación del recurso.

Sugerencias para la verificación del derecho a un recurso efectivo

- Identifique el o los derechos a recurrir. Identifique los yerros y omisiones cometidas por la autoridad judicial en la sentencia emitida en primera instancia.
- Asegure que el recurso a interponer cuenta con los requisitos formales y de fondo que establece la ley. Recomiende a la persona acusada, sus familiares, o defensores auxiliarse de la legislación y asesoría especializada en la materia.
- Identifique la instancia para interponer el recurso respectivo, así como los procedimientos de recepción e interposición en casos de días feriados, fines de semana o días encajonados.

- En casos de influencias ilegítimas provenientes de grupos de poder, asegure que la persona acusada de delito y su familia cuentan con las garantías necesarias para su vida, integridad, y seguridad personal. En casos que estas garantías sean perentorias sugiera solicitar las medidas de seguridad requeridas, y recomiende recurrir de amparo, independientemente de la interposición de los demás recursos disponibles.
- Ante omisiones expresas y deliberadas del derecho a recurrir, se recomienda valorar con las personas afectadas, sus familiares y abogados, las ventajas de interponer la acusación penal y/o administrativa respectiva en contra del funcionario judicial negligente.
- Establezca la cronología de los trámites relativos a la interposición y resolución de los recursos, además analice la reacción de las autoridades judiciales en la tramitación del recurso y el aseguramiento de los derechos eventuales de las partes recurrentes.
- Analice las reacciones y pronunciamientos públicos de personas que ejercen funciones públicas y/o grupos de poder a raíz de la interposición o resolución del recurso.
- Entreviste a los abogados defensores con el fin de conocer las decisiones de las autoridades judiciales en cuanto a la tramitación y resolución del recurso.
- Analice con la persona acusada de delito, sus familiares y sus abogados las ventajas presentar el caso ante la opinión pública.

6.7. Derecho a no ser juzgado de nuevo por los mismos hechos (El principio *non bis in idem*)

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 14

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.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 8. Garantías Judiciales

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 34 (inciso 10)

Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

10. A no ser procesado nuevamente por el delito por el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme.

Código Procesal Penal

Artículo 6. Única persecución

Quien haya sido sobreseído, absuelto o condenado por una resolución firme no podrá ser sometido a una nueva persecución penal por los mismos hechos.

A este efecto, las sentencias dictadas y ejecutadas en el extranjero serán reconocidas en Nicaragua conforme a los tratados y convenios suscritos y ratificados soberanamente por la República.

Código Penal, Ley 641

Artículo 463 Prevaricato. Se impondrá prisión de cinco a siete años e inhabilitación absoluta por el mismo período al Juez o Magistrado que incurra en alguna de las siguientes conductas:

- a) Dicte resolución contra la Constitución Política de la República de Nicaragua o ley expresa;
- b) Funde la resolución en un hecho falso;
- c) Conozca una causa que patrocinó como abogado;

- d) Aconseje o asesore a las partes o sus abogados que litigan en casos pendientes en su despacho;
- e) Durante la tramitación de la causa se vincule en negocios o sentimentalmente con alguna de las partes o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad.

Artículo 464 Denegación de justicia. El juez o magistrado, que se niegue a resolver, sin tener causa legal, o con el pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, será penado de trescientos a seiscientos días multa e inhabilitación especial para ejercer el empleo o cargo público de dos a seis años.

Artículo 465 Retardo malicioso. El juez o magistrado que retarde maliciosamente la administración de justicia, será penado de trescientos a seiscientos días multa e inhabilitación especial de dos a seis años. Se entenderá por malicioso el retardo cuando fuere provocado para afectar los intereses de cualquiera de las partes.

Si la misma conducta descrita en el párrafo anterior fuere realizada por el fiscal, procurador, secretario o empleado judicial, las penas anteriores se reducirán a la mitad.

Breve reseña del derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos: El principio *non bis in ídem*

La expresión latina *non bis in ídem* puede ser traducida literalmente como *no repetir en lo mismo*. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, este principio hace referencia al derecho a que asiste a las personas inculpadas, acusadas y sancionadas por causa de delito mediante sentencia firme, a no ser juzgadas de nuevo por los mismos hechos. Ello pone en evidencia la alocución, estableciendo la prohibición de no repetir juicio penal por los mismos hechos.

El principio *non bis in ídem* en el derecho internacional de los derechos humanos

Tomando en cuenta la extensión y el conjunto de derechos que protege la Declaración Universal de Derechos Humanos mediante el establecimiento de las *garantías necesarias* para la defensa de las personas acusadas de delitos, garantías establecidas en el artículo 11.1 DUDH. Lo que permite argumentar que el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, se encuentra incluido en el derecho a las garantías necesarias que establece la Declaración Universal de Derechos Humanos. Se debe considerar que el derecho a las garantías necesarias como un mecanismo de protección de los derechos de las personas imputadas, acusadas y sancionadas por delitos, que nace en los albores del derecho internacional de los derechos humanos. Lo que remite la génesis del principio *non bis in ídem* a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Dada la generalidad con la que la Declaración Universal de Derechos Humanos construye en 1948 el derecho a las garantías necesarias, ello impuso su ulterior desarrollo. Será en 1966 con la promulgación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos toma vida particular. El artículo 14.7 PIDCP establece como derecho de las personas condenadas o absueltas por delito mediando *sentencia firme*, a no ser juzgada ni sancionada por el mismo. Lo que plantea una amplia protección que abarca tanto a las personas absueltas como las condenadas. Por su parte la Declaración Americana sobre Derechos Humanos en el año 1969 acoge en el artículo 8.4 DASDH el derecho a no ser juzgado dos veces *por los mismos hechos*, dando cabida de esta forma al principio *non bis in ídem*.

Sin embargo el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es tratado de manera diferente por los instrumentos internacionales de derechos humanos antes mencionada. El Profesor Daniel O'Donnell pone en evidencia dos diferencias, en primer lugar el PIDCP reconoce como derecho de toda persona condenada o absuelta por sentencia firme *a no ser sometida a un nuevo proceso*, mientras que la CASDH establece este derecho como exclusivo de los inculpados absueltos, lo que plantea márgenes de protección más estrechos. En segundo lugar, el PIDCP prohíbe que una persona condenada o absuelta sea procesada dos veces por el mismo delito, mientras que la CASDH establece la prohibición de un nuevo juicio por “los mismos hechos”, lo que *parece ser más amplia* que la fórmula restrictiva por delitos que utiliza el PIDCP¹⁵⁹.

Las diferentes aproximaciones que ambos instrumentos contienen, proponen una amplia protección para las personas inculpadas, acusadas y condenadas por delitos, prohibiendo un nuevo juicio por los hechos que fueron juzgados con anterioridad en sentencia firme. En segundo lugar, se prohíbe un segundo juicio por los mismos hechos, rebasando el estrecho marco que plantea ser juzgado por los mismos delitos. La diversidad de las aproximaciones citadas, también permite proponer que la protección que establece el principio *non bis in ídem*, no solo está referida a los inculpados absueltos, también ello aplica a los inculpados condenados. Ello propone una perspectiva más amplia de las posibilidades de protección que ambos instrumentos internacionales establecen, tomando en cuenta su recíproca armonía.

El derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos en la legislación nicaragüense

El principio *non bis in ídem* por el que el derecho internacional de los derechos humanos establece el derecho de las personas inculpadas, acusadas o condenadas en razón de un delito a no ser sometidas dos veces a juicio penal por los mismos hechos, en la legislación nicaragüense se encuentra claramente establecido. La legislación nacional da cabida a este principio tanto a nivel constitucional como procesal.

¹⁵⁹ O'Donnell, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Op. Cit; T. II, p. 452.

En el nivel constitucional el principio non bis in ídem se encuentra establecido en el artículo 34. 10 Cn. que retoma los elementos fundamentales establecidos tanto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles como los de la Declaración Americana de Derechos Humanos. Inspirado en el concepto de las *garantías necesarias* que establece la Declaración Universal de Derechos Humanos (11.1. DUDH), la Constitución Política establece el concepto de las garantías mínimas en el que incluye como derecho de “todo procesado” a *no ser procesado nuevamente* por el delito por el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme.

En nivel procesal el Código Procesal Penal desarrolla la garantía mínima establecida por la Constitución Política y establece en el artículo 6 CPP el principio procesal de *única persecución*, que establece que cualquier persona que haya sido sobreseída, absuelta o condenada por sentencia firme, *no podrá* ser sometida a una nueva persecución penal por los mismos hechos. El CPP toma como referencia el concepto de los mismos hechos, que fue establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que propone un ámbito de protección mayor, puesto que la prohibición de un nuevo juicio penal no se asienta en la tesis del mismo delito.

A pesar del interés que prevalece tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en derecho nacional en cuanto a proteger a las personas absueltas, sobreseída o condenadas mediante sentencia firme de un nuevo juicio originado en los mismos hechos. Aun quedan espacios sin protección. El derecho internacional de derechos humanos y el derecho interno limitan la protección por medio de la prohibición de un nuevo juicio, aplicable únicamente a las personas que cuentan con sentencia firme.

Lo anterior propone que la seguridad jurídica como interés supremo y paradigma que inspira tanto la normativa internacional como la interna, puesto que la protección estará condicionada a la existencia previa de una sentencia firme, por lo que una persona pueda ser sobreseída, absuelta o condenada. Sin embargo quedan desprotegidos los derechos de las personas que no cuentan con sentencia firme que implique sobreseimiento, absolución o condena. Esta limitación propone que previo a una sentencia firme de esta naturaleza, si se pueden repetir juicios penales al infinito, sin que ello implique eventuales violaciones al principio non bis in ídem. Sin embargo se pueden repetir múltiples juicios penales basados en los mismos delitos o en los mismos hechos, mediante actos procesales que no implican necesariamente una sentencia firme de sobreseimiento, absolución o condena, en detrimento de los derechos de las personas inculpadas o acusadas por delitos.

En la actualidad la prioridad del derecho internacional de los derechos humanos y el mismo derecho interno ha sido la estabilidad jurídica, dejando en un segundo lugar la protección de los derechos de las personas sometidas al juicio penal, los derechos de las personas sometidas a la jurisdicción estatal. Esta situación propone una disyuntiva futura al derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a sus paradigmas, ubicando la seguridad y estabilidad jurídica en primer plano en detrimento de la protección de los derechos de las personas, o por el contrario

invertir las prioridades, y replantear como paradigma primario la protección de los derechos de las personas sometidas al juicio penal. Lo que ubica en un segundo plano la seguridad jurídica como valor intrínseco o principal.

Los mecanismos internos de protección del derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos: El principio *non bis in idem*

La legislación nicaragüense establece tres grandes grupos de mecanismos internos de protección de este derecho. En primer lugar destacan los mecanismos de control constitucional establecidos por la Constitución Política, particularmente el Recurso de Amparo establecido por el art. 188 Cn. y desarrollado por el 23 y ss. de la Ley de Amparo.

El segundo grupo de mecanismo se encuentra establecido en la legislación penal, que permite enjuiciar a funcionarios responsables de delitos cometidos en contra de la administración de justicia. Sin embargo se debe insistir que la legislación penal funciona más como mecanismo correctivo que como mecanismo de protección en estricto sentido. Es posible invocar la legislación penal ante eventuales delitos causados por omisiones y violaciones del derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

Entre los delitos que establece la legislación penal que cabe considerar ante eventuales violaciones de este derecho se mencionan: prevaricato (art. 463 Pn.), denegación de justicia (art. 464 Pn.), retardo malicioso (art. 465 Pn.) entre otros. El procedimiento se activa mediante someter denuncia respectiva en la jurisdicción penal en contra del funcionario que se reputa como eventual comisor del delito que establece la legislación penal, según proceda.

En tercer lugar se ubican todos los mecanismos que establece la legislación procesal penal, que permiten quebrar las decisiones judiciales por medio de activar los mecanismos procesales encaminados a revertir una decisión o sentencia judicial dañosa. A grandes rasgos estos se pueden agrupar de la siguiente manera: a. Mecanismos procesales encaminados a proteger a las partes de intervenciones judiciales malsanas originadas en intereses personales o ajenos al proceso: Incidentes que resuelven cuestiones de competencia, la inhibición y la recusación; b. Mecanismos que permiten subsanar la actuación procesal *defectuosa*; c. Los diversos recursos procesales que establece la legislación procesal penal, desarrollados en capítulos anteriores.

Patrones y modalidades de violaciones del derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos

- El surgimiento de nuevos juicios originados en los mismos hechos y circunstancias, que se inician con posterioridad a la emisión de una sentencia firme, sea de sobreseimiento, condena o absolución.

- El proceso investigativo así como el judicial, originado en los mismos hechos, se desarrollan en un círculo vicioso de aparentes avances, los que son frustrados por sistemáticas anulaciones de lo actuado que remite el proceso o los diversos procesos al inicio del proceso. Sin que ello conlleve la emisión de una sentencia firme.
- La persona es sometida a un proceso penal, en la que es investigada por un delito X, el juez o magistrado de la causa emiten sentencia firme, con posterioridad otro juez u otro tribunal pretende incoar un nuevo juicio por un delito Y, cuya pena es mucho mayor. Sin embargo los dos alegados delitos se asientan en los mismos hechos.
- La reiterada detención o reclusión de la persona, con supuestos fines de investigación criminal y/o judicial de delitos diferentes, aunque originados en los mismos hechos.
- La realización de un segundo proceso originado en los mismos hechos, que pretende agravar la situación jurídica de la persona acusada, condenada o absuelta.

Sugerencias para la verificación de denuncias por eventuales violaciones del derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos

- Recomendar a la persona investigada o detenida y a su abogado recurrir de amparo, argumentando en la interposición del recurso, aquellos elementos que ponen en evidencia una segunda investigación o juicio originados en los mismos hechos.
- Alertar a las autoridades administrativas acerca de la reiterada detención e investigación que recae sobre la persona, a pesar de originarse en los mismos hechos.
- En los casos en los que el proceso se desarrolla en el ciclo de avances y retrocesos, que remiten el juicio a un nuevo comienzo, analizar con la persona inculpada o acusada de delito, la utilización de los diversos recursos procesales, en especial aquellos que permiten corregir la actividad procesal defectuosa.
- Analizar con la persona acusada de delito y su abogado, los intereses en juego que facilitan el surgimiento de un segundo o nuevos procesos. Analizar la conveniencia de someter el caso a la opinión pública.
- Analizar el interés que prima para incoar el segundo proceso, tenga en cuenta el análisis de las eventuales penas a imponer. En estos casos tener en cuenta los errores procesales cometidos en la argumentación y justificación de la acusación en el primer proceso.
- En casos que se evidencia la comisión de delitos cometidos contra la administración de justicia, activar el proceso penal por medio de interponer la acusación del caso.

- Elabore la cronología del primer proceso, sus resultados y las reacciones de los diversos actores. Simultáneamente identifique los resultados probables del segundo proceso, y las reacciones de los diversos actores.

6.8. Derecho a ser oído y juzgado en juicio público

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 14 (numeral 1)

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XXVI. Derecho a proceso regular.

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 8. Garantías Judiciales (numeral 5)

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 34 (inciso 11)

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.

El proceso penal deberá ser público. El acceso de la prensa y el público en general podrá ser limitado, por consideraciones de moral y orden público.

El ofendido será tenido como parte en los juicios, desde el inicio de los mismos y en todas sus instancias.

Ley Orgánica del Poder Judicial

Debido proceso en las actuaciones judiciales

Artículo 14. Los Jueces y Magistrados deben guardar observancia del debido proceso en toda actuación judicial, cualquiera sea la naturaleza del proceso, brindando las garantías necesarias a las partes para la adecuada defensa de sus derechos. También deben de impulsar de oficio los procedimientos que la ley señale y ejercer la función tuitiva en los casos que la ley lo requiera.

Los principios de supremacía constitucional y del proceso deben observarse en todo proceso judicial. En los procesos penales puede restringirse el acceso de los medios de comunicación y del público, a criterio de la Autoridad Judicial, sea de oficio o a petición de parte, por consideraciones de moralidad o de orden público.

Código de la Niñez y la Adolescencia

Artículo 106

Todo adolescente tiene derecho a que se le respete su vida íntima, privada y de su familia. Consecuentemente se prohíbe publicar divulgar cualquier dato de la investigación o del proceso que directa o indirectamente posibilite su identidad. La violación de la presente disposición conlleva responsabilidad administrativa, civil y/o penal.

Lo anterior es sin perjuicio de la información que los Juzgados Penales Especializados de Adolescentes deben enviar para efectos de estadísticas judiciales o policiales o de la obligación de remisión establecida en el Artículo 133 del presente Código.

Código Procesal Penal, Ley 406

Artículo 281. Principios. El Juicio se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y concentrada.

Artículo 285. Publicidad. El Juicio será público. No obstante, el juez podrá restringir el dibujo, la fotografía o la filmación de los miembros del jurado, de algún testigo o perito, y regular los espacios utilizables para tales propósitos.

Excepcionalmente y con carácter restrictivo, el juez podrá resolver que se limite el acceso del público y de los medios de comunicación al Juicio por consideraciones de moral y orden público,

cuando declare un menor de edad u otros casos previstos por la ley. La resolución será fundada y se hará constar en el acta del Juicio.

Desaparecida la causa de la restricción, se hará ingresar nuevamente al público. El juez podrá imponer a las partes el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaron o conocieron, y así se hará constar en el acta del Juicio.

Breve reseña del derecho a ser oído y juzgado en juicio publico

El derecho de las personas acusadas de delitos a ser juzgadas en juicio público en el derecho internacional de los derechos humanos

Los principales instrumentos internacionales de derechos humanos construyen este derecho como uno de los requisitos del derecho a ser juzgado por un juez o tribunal *competente, independiente e imparcial*, en lo que coinciden la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10 DUDH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1. PIDCP). Iniciando de esta forma la construcción del derecho a juicio justo y debido proceso, desarrollado en capítulos anteriores, conformando así el derecho a ser oído públicamente por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial en su puerta de entrada. Este derecho es tratado en forma similar por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXVI DASDDH).

La Declaración Americana de Derechos Humanos construye el derecho a ser juzgado en juicio público en forma diferente a sus predecesoras. Establece en forma precisa que el proceso penal *debe ser público* (art. 8.5. DASDH), estableciendo que la publicidad del proceso únicamente está limitada por *los intereses de la justicia*, lo que deja un amplio margen interpretativo acerca del contenido de los intereses de la justicia, que permite interpretaciones excesivas dejando espacios grises en detrimento de los derechos de los usuarios de la administración de justicia.

El derecho de las personas acusadas de delitos a ser juzgadas en juicio público en la legislación nicaragüense

La Constitución Política en el artículo 34 inciso 11 establece como derecho de todos los procesados a ser juzgados en juicio público, derecho que asume la forma de garantía general que asiste a todas las personas sin excepción, por medio de la afirmación garantista: *El proceso penal deberá ser público*. Sin embargo a renglón seguido se establecen las excepciones a esta garantía general; es decir la Constitución Política establece límites en el acceso del público y los medios de comunicación al proceso penal, invocando *consideraciones* de moral y orden público. Consideraciones que por su naturaleza establecen amplios espacios interpretativos, y por tanto siembran incertidumbres. Se debe tener en cuenta que en la sociedad no existen acuerdos únicos acerca de la moral y lo que ella implica. De igual forma el concepto rebasado que fundamenta las restricciones de los derechos de las personas a partir de consideraciones de orden público, deriva

cierto lastre anacrónico, en relación a los límites y argumentos que sirven de fundamentación restrictiva en el acceso al juicio público, afectando su publicidad misma.

El artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los principios de supremacía constitucional y del debido proceso son los imperativos sobre los que discurre el *proceso judicial* en Nicaragua. El derecho a ser oído y juzgado en juicio público se reconoce como parte integrante del grupo de derechos que conforman el derecho al debido proceso. El derecho al debido proceso ha sido retomado por el derecho internacional de los derechos humanos de la tradición constitucional estadounidense, por la que se establecieron el conjunto de derechos y garantías por las que las personas son sometidas a la jurisdicción penal.

La mención del derecho al debido proceso por la LOPJ, está en armonía con el derecho a ser juzgado en juicio público creado como una *garantía necesaria* por la Declaración Universal de Derechos Humanos, también considerado como una *garantía mínima* por el PIDCD y la CASDH establece que el derecho a ser juzgado en juicio público, como parte de las *debidas garantías* por las que se construye el proceso penal moderno. De esta forma también la LOPJ retoma los postulados del derecho internacional de los derechos humanos al introducir la obligatoriedad del debido proceso como premisa procesal que rige *todo proceso judicial*, como mecanismo que tutela este grupo de derechos entre los que se encuentran el derecho a ser oído y juzgado en juicio público.

El Código Procesal Penal amplía el ámbito general del derecho a juicio público, estableciendo que este es un principio general y por tanto un derecho valido a todas las personas (art. 281 CPP). Sin embargo retoma del derecho internacional de los derechos humanos y la Constitución Publica los ámbitos restrictivos de este derecho. El artículo 285 CPP aporta dos elementos del derecho a juicio justo de suma importancia. Por un lado que el juicio penal es público por principio, y por tanto se debe considerar como una garantía general; por el otro, reconoce que este derecho general puede ser *excepcionalmente* restringido, limitando el acceso del público y los medios de comunicación.

Las justificaciones que sirven de fundamento restrictivo a este derecho son las mismas establecidas por la Constitución Política: la moral y el orden público. Además de estas el CPP introduce nuevas consideraciones restrictivas estas son cuando declare un menor y aquellas previstas por la ley. Es decir se protege el interés superior de protección del menor, reconocido también por el artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, y se recurre a ley expresa que establezca de antemano la restricción a este derecho.

El contenido del derecho a ser juzgado en juicio publico

El derecho a ser juzgado en juicio público que el derecho internacional de los derechos humanos establece como derecho de las personas inculpadas o acusadas de delitos, oscila dentro de dos extremos. Por un lado la publicidad en su más amplio sentido, considerada como el derecho de

todos los ciudadanos a participar y conocer de los asuntos de la administración de justicia sin límite. Lo que tiene trae aparejadas consecuencias, que caracterizan a las sociedades democráticas, en beneficio de sus ciudadanos, ello plantea que el derecho a ser juzgado en juicio público implica, que tanto los actores como los procedimientos del proceso penal son públicos.

En derecho a ser oído y juzgado en juicio público en una sociedad democrática, es decir aquella que se rige por el principio del Estado de derecho, no admite a jueces sin rostros, acusaciones confidenciales, procedimientos oscuros, ni mucho menos sentencias y castigos secretos. En este esquema se considera que la opinión pública canalizada por los medios de comunicación juega un rol de suma importancia como mecanismo de control de la administración de justicia.

El segundo lugar, el derecho de las personas acusadas de delito a ser juzgadas en juicio público se ve limitado por las excepciones de este derecho que vienen establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos. Las excepciones al derecho a ser juzgado en juicio público facultan a jueces y magistrados a restringir el acceso de la prensa y el público en *la totalidad o parte* de los juicios. Las *consideraciones* sobre los que se fundamentan estas excepciones han sido establecidas en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre las que se citan: la moral, el orden público, la seguridad nacional en una sociedad democrática, la vida privada de las partes y los intereses de la justicia.

Los dos extremos entre los que oscila el derecho a ser juzgado en juicio público, tienen origen y fin el Estado de derecho que preconiza que ninguna autoridad tiene mayor autoridad o poder que aquel que las leyes le confieren, así como el grupo de derechos que conforman el derecho a juicio justo y debido proceso. Por medio de estos derechos se aseguran las condiciones y las garantías mínimas y necesarias para someter a la jurisdicción a las personas acusadas de delito en las sociedades democráticas.

Se debe tener en cuenta el que el derecho a juicio público también tiene una dimensión vinculante y cohesionadora de todos los miembros de la sociedad, por los que cuentan con el derecho a conocer y controlar las decisiones de la administración de justicia previniendo de esta forma eventuales abusos. En ese sentido el papel que corresponde jugar a los medios de comunicación como elemento articulador de la opinión pública es de suma importancia. La aplicación de las consideraciones restrictivas a este derecho que establece el derecho internacional de los derechos humanos, deben ser interpretadas a partir los valores sobre los que se funda la sociedad democrática y el estado de derecho.

Los mecanismos internos de protección del derecho a ser juzgado en juicio público

Los diversos mecanismos de protección del derecho a ser oído y juzgado en juicio público se originan en tres diversas fuentes: La Constitución Política, el derecho procesal penal y el derecho penal.

En el primer grupo de mecanismos internos de protección se ubica el artículo 188 de la Constitución Política, el que establece el Recurso de Amparo como mecanismo de control constitucional creado para proteger a las personas contra *toda acción u omisión* de cualquier funcionario o persona que ejerce funciones públicas, que violan o traten de violar los derechos y garantías establecidos por la Constitución Política. En ese sentido el Recurso de Amparo es el principal mecanismo establecido que posibilita la protección del derecho a ser oído y juzgado en juicio público, en aquellas circunstancias en las que este derecho es omitido.

En el segundo grupo se ubican los diversos mecanismos internos de protección que establece el Código Procesal Penal. En primer lugar destacan las diversas formas por las que se subsana la actividad procesal defectuosa. El fundamento de esta se lee en el artículo 164 CPP, parte de la presunción que considera, que todos los actos del proceso cumplidos *con inobservancia* de las formas esenciales y los requisitos procesales básicos, *no podrán ser considerados para crear una decisión judicial, ni como presupuestos de ella*. Por tanto deberán ser subsanados.

La actividad procesal defectuosa será tramitada mediante el incidente de nulidad establecido en el art. 164 CPP, a partir de la regla que establece que, la nulidad de los actos procesales *distintos de las sentencias* se tramitara por medio de incidentes. Las formas por las que se subsana la actividad procesal defectuosa pueden ser variadas. Conforme el artículo 165 CPP esta se puede subsanar por medio de renovar el acto, rectificando errores, cumpliendo el acto omitido, sea de oficio o a solicitud de parte interesada.

Un segundo grupo de mecanismos internos de protección del derecho a ser oído y juzgado en juicio público son establecidos por el CPP. Pueden ser utilizados en dos formas distintas: a. Como mecanismo que protege a las partes de intervenciones malsanas del juez o magistrado de la causa, originados en intereses personales o ajenos al proceso. El Código Procesal Penal establece en estos casos los procedimientos de *inhibición y recusación* establecidos en el artículo 32 y ss. CPP; b. Los recursos ordinarios establecidos en la legislación procesal penal. Tienen como finalidad rectificar las decisiones judiciales, así como revisar las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces locales y jueces de distrito.

Los recursos ordinarios establecidos por la legislación procesal penal son: Recurso de reposición (arts. 364 y 373 CPP), este recurso es de suma importancia puesto que pretende rectificar decisiones judiciales emitidas *sin haber oído a las partes*; recurso de hecho (art. 365 CPP), y el recurso de apelación que funciona contra autos establecidos en el artículo 376 CPP y contra *todas las sentencias* dictadas en primera instancia por los jueces locales y jueces de distrito (art. 380 CPP).

En el tercer grupo se ubican la legislación penal como mecanismo correctivo de los delitos originados en omisiones y violaciones del derecho a ser oído y juzgado en juicio penal. Argumento

que por simple definición plantea dos circunstancias, en primer lugar implica dirigir la acción penal en contra de los funcionarios encargados de administrar justicia por las eventuales omisiones y violaciones cometidas. En segundo lugar propone recurrir al proceso penal como mecanismo punitivo y corrección, acusando por los supuestos delitos cometidos en contra las personas que han sido juzgadas en omisión de sus derechos, particularmente el derecho a ser oído y juzgado en juicio penal. Ello plantea en tercer lugar, que el derecho penal es invocado no en el sentido de protección de los derechos omitidos, sino como mecanismo sancionador y retributivo del daño causado.

Las posibilidades que establece el derecho penal relacionadas con relación a eventuales violaciones del derecho a ser oído y juzgado en juicio público, pasan por activar el juicio penal por medio de la acusación respectiva originada en eventuales delitos. Estos delitos pueden ser: Prevaricato (art. 463 Pn.), Denegación de justicia (art. 464 Pn.), Retardo malicioso (art. 465 Pn.), Omisión del deber de perseguir los delitos (art. 468 Pn.). Además en este grupo se incluyen los delitos relacionados con *violación de secretos*, sean estas omisiones de las partes al deber de guardar secretos impuestos por el Juez de la causa (art. 285 CPP), como también aquellos originados en omisiones de los deberes impuestos a los funcionarios establecidos por los artículos 213 CPP y 440 – 442 Pn.

Patrones y modalidades de violaciones del derecho a ser juzgado en juicio público

- Los jueces y fiscales sin rostro. En los países en los que esta modalidad fue empelada, los jueces sin rostro por lo general fueron militares que juzgaron a civiles.
- La aplicación de procedimientos espureos, inexistentes y secretos. Procedimientos no reglados de previo en la ley. Procedimientos que solo son del conocimiento del Juez o Magistrado que conoce la causa.
- La emisión y ejecución de sentencias sin las formalidades que establece la ley, en omisión del procedimiento de notificación, o la omisión de cualquier otro procedimiento que invoque el principio de publicidad del proceso penal.
- Restricciones excesivas, discriminatorias en el acceso del público y de los medios de comunicación, aludiendo consideraciones extremas, injustificadas, diferentes y no previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos ni en la ley nacional.
- Por el contrario, el acceso ilimitado del público y los medios de comunicación al juicio penal en omisión de las consideraciones establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos y la legislación nacional que justifican su restricción en especial las relativas a la vida privada de las partes y la de los menores en conflicto con la ley.
- Cualquier procedimiento realizado en privado sin que medie la asistencia de parte contraria, así como cualquier procedimiento que implique la participación de la persona acusada de delito sin que a esta se le aperciba de las implicaciones legales del procedimiento, se le prive de su derecho a guardar silencio y se omita su derecho a ser asistida de su abogado defensor.

- Restricciones en el acceso a la información, evidencias, expedientes y en general al proceso penal, encaminadas a favorecer a una de las partes y fomentar el secreto del proceso penal.
- La selección, nombramiento y conformación de Tribunales de Jurados en forma secreta.

Sugerencias para la verificación de denuncias por eventuales violaciones El contenido del derecho a ser juzgado en juicio publico

- Entreviste a la persona acusada de delito a fin de conocer los procedimientos a los que esta ha sido sometida. Preste atención a las declaraciones brindadas por esta, el proceso de producción de evidencias, y la participación de la parte contraria, así como el abogado defensor de la persona acusada de delitos.
- Entreviste a los abogados a fin de establecer la existencia previa, y la aplicación de los procedimientos acorde a lo establecido por la legislación en materia del principio de publicidad del juicio penal.
- Asegúrese que las resoluciones judiciales, sean de trámite o definitivas han sido notificadas conforme a la legislación, es decir en observancia del principio de publicidad procesal que establece la legislación.
- En casos de omisión del derecho a la vida privada de las partes y menores en conflicto con las leyes, sugiera a los abogados recurrir de Amparo. Se debe valorar las implicaciones que contiene la utilización de inhibitorias y recusaciones, así como los demás recursos que establece la legislación procesal penal.
- En casos de omisiones en el acceso del público y los medios de comunicación al proceso penal, sea por abuso o por defecto, analice las ventajas y desventajas de eventuales denuncias públicas.
- En casos de restricciones a personas y medios de comunicación al proceso penal, originados en consideraciones diversas a las establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos y la legislación nacional, considere los siguientes aspectos: los intereses que el juez o magistrado pretende proteger limitando el acceso, la posición de las partes, las ventajas y desventajas que estas obtienen con las restricciones. Considere documentar también eventuales violaciones al principio de igualdad, a partir de consideraciones originadas en discriminación.

Capítulo 7. Derecho a la honra, la dignidad y la privacidad

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo V. Derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar.

Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

Artículo IX. Derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio.

Artículo X. Derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia.

Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 26. Toda persona tiene derecho:

1. A su vida privada y la de su familia.
2. A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo.
3. Al respeto de su honra y reputación.
4. A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué tiene esa información.

El domicilio solo puede ser allanado por orden escrita de juez competente, excepto:

- a. si los que habitaren en una casa manifestaren que allí se está cometiendo un delito o de ella se pidiera auxilio;
- b. si por incendio, inundación u otra causa semejante, se hallare o amenazada la vida de los habitantes o de la propiedad;
- c. cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas en una morada, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito;
- d. en caso de persecución actual e inmediata de un delincuente;
- e. para rescatar a la persona que sufra secuestros.

En todos los casos se procederá de acuerdo a 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.

Código Penal Ley 641/2007

Artículo 192. Apertura o interceptación ilegal de comunicaciones.

Quien ilegítimamente abra, intercepte o por cualquier otro medio se entere del contenido de una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telemático, electrónico o de otra naturaleza que no le este dirigido, será penado con prisión de seis meses a dos años.

Si además difundiera o revelara el contenido de las comunicaciones señaladas en el párrafo anterior, se impondrá prisión de uno a tres años.

Artículo 193. Sustracción, desvió o destrucción de comunicaciones.

Quien sin enterarse de su contenido, se apodere ilegalmente, destruya o desvíe de su destino una comunicación que no le está dirigida, será penado con prisión de seis meses a un año.

Quien conociendo o presuponiendo el contenido de la comunicación realizare la conducta prevista en el párrafo anterior, será penado con prisión de uno a dos años.

Artículo 194. Captación indebida de comunicaciones ajenas.

Quien ilegítimamente grabe las palabras o conversaciones ajenas, no destinadas al público, o el que mediante procedimientos técnicos escuche comunicaciones privadas o telefónicas que no le estén dirigidas, será penado con prisión de uno a dos años.

Artículo 195. Propalación.

Quien hallándose en posesión de una comunicación, de documentos, o grabaciones de carácter privado, los haga públicos sin la debida autorización, aunque le hayan sido dirigidos, será penado con multa de sesenta a ciento ochenta días.

Artículo 196. Violación de secreto profesional.

Quien por razón de su investidura, oficio, cargo, empleo, profesión o arte, tenga noticia de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, y lo revele sin justificación legítima, ser penado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer el cargo, profesión oficio de que se trate.

Artículo 197. Registros prohibidos.

El que sin autorización de ley promueva, facilite, autorice, financie, cree o comercialice un banco de datos o un registro informático con datos que pueden afectar a las personas naturales o jurídicas, será penado con prisión de dos a cuatro años y de trescientos a quinientos días de multa.

Artículo 198. Acceso y uso no autorizado de información.

Quien, sin la debida autorización, utilice los registros informáticos de otro, o ingrese, por cualquier medio, a su banco de datos o archivos electrónicos, será penado con prisión de uno a dos años, y de doscientos a quinientos días de multa.

Artículo 201. Allanamiento ilegal.

La autoridad, funcionario o empleado público que allane un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley, será sancionado con pena de tres años de prisión e inhabilitación por el mismo periodo.

Se excluye de este supuesto el allanamiento producido en los casos expresamente previstos en la Constitución Política y en la ley.

Artículo 203. Injuria

Quien mediante expresión o acción, lesione la dignidad de otra persona menoscabando su fama, imagen, reputación, honor o atentando contra su propia estima, será sancionado con pena de cien a doscientos días de multa. Si las injurias se propalan con publicidad se sancionará con pena de doscientos a trescientos días de multa.

Código Procesal Penal, Ley 406

Artículo 213. Intervención telefónica

Procederá la interceptación de comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicaciones, cuando se trate de:

1. Terrorismo;

2. Secuestro extorsivo;
3. Tráfico de órganos y personas con propósitos sexuales;
4. Delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas;
5. Legitimación de capitales o lavados de dinero y activo; y
6. Tráfico internacional de armas, explosivos y vehículos robados.

Es prohibida la interceptación de cualquier comunicación entre el acusado y su defensor.

La interceptación de telecomunicaciones solo procederá a solicitud expresa y fundada del Fiscal General de la República o del Director General de la Policía Nacional, quienes deben hacer constar que han valorado los antecedentes y que la intervención se justifica en su criterio, e indicará también la duración por la que solicita la medida, así como las personas que tendrán acceso a las comunicaciones.

El juez determinará la procedencia de la medida, por resolución fundada, y señalará en forma expresa la fecha en que debe cesar la interceptación, lo cual no puede durar más de treinta días, los que se podrán prorrogar por una sola vez por un plazo igual.

Al proceso solo se introducirán las grabaciones de aquellas conversaciones o parte de ellas, que, a solicitud del Fiscal, se estimen útiles para el descubrimiento de la verdad. No obstante el acusado podrá solicitar que se incluyan otras conversaciones u otras partes que han sido excluidas, cuando lo considere apropiado para su defensa. El juez ordenará la destrucción de las secciones no pertinentes al proceso.

Salvo su uso para los fines del proceso, todas las personas que tengan acceso a las conversaciones deberán guardar absoluta reserva de su contenido. Los funcionarios públicos que violaren esta disposición podrán destituidos de sus cargos, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

Artículo 214. Interceptación de comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas.

Procederá la interceptación de comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas, cuando se trate de los delitos a los que se refiere al artículo anterior, previa solicitud ante el juez competente con clara indicación de las razones que la justifican y de la información que se espera encontrar en ellas. La resolución judicial mediante la cual se autoriza esta disposición deberá ser debidamente motivada.

La apertura de la comunicación será realizada por el juez y se incorporará a la investigación aquellos contenidos relacionados con el delito.

Artículo 217. Allanamiento de morada.

Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado, en sus dependencias, casa de negocio u oficina, el allanamiento y registro será realizado con orden judicial, la cual deberá solicitarse y decretarse fundadamente y por escrito.

La diligencia de allanamiento deberá practicarse entre las seis de la mañana y las seis de la tarde. Podrá procederse a cualquier hora cuando el morador o su representante consienta o en los casos sumamente graves y urgentes, en los que jueces resolverán en un plazo máximo de una hora las solicitudes planteadas por el fiscal o el jefe de la unidad policial a cargo de la investigación. Deberá dejarse constancia de la situación de urgencia en la resolución que acuerda el allanamiento.

Artículo. 246. Autorización judicial

Para efectuar actos de investigación que puedan afectar derechos consagrados en la Constitución Política cuya limitación sea permitida por ella misma, se requerirá autorización judicial debidamente motivada por cualquier juez de Distrito de lo Penal con competencia por razón del territorio. Una vez iniciado el proceso, es competente para otorgar la autorización, el juez de la causa.

En caso de urgencia se practicará el acto sin previa autorización, pero su validez quedará supeditada a la convalidación del juez, la que será solicitada dentro de un plazo de veinticuatro horas. Si el juez apreciara además que en la práctica del acto se ha incurrido en delito, pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Público. Si esta autorización es decretada luego de celebrada la Audiencia Preliminar o la Inicial, según se trate, el defensor deberá ser notificado y tendrá derecho a estar presente en la práctica del acto.

Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 287/1998)

Artículo 14

Las niñas, niños y adolescentes no serán objeto de abusos e injerencias en su vida privada y la de su familia o en su domicilio, pertenencias, propiedades o correspondencia salvo en los casos establecidos por la ley, ni de ataques a su honra y reputación.

Ley de Acceso a la Información Pública (Ley 621/2007)

Artículo 3 (inc. 1)

Para los fines de la presente Ley, se establecen los siguientes principios:

1. Principio de Acceso a la Información Pública: Toda persona sin discriminación alguna, tiene derecho a solicitar y recibir datos, registros y todo tipo de información pública en forma completa, adecuada y oportuna de parte de todas las entidades sometidas al imperio de la presente Ley, salvo las excepciones previstas como información reservada.

Artículo 4 (inc. b.)

Para los fines de la presente Ley, se establecen las siguientes definiciones:

b. Habeas Data: La garantía de la tutela de datos personales privados asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos, sean éstos públicos o privados, cuya publicidad constituya una invasión a la privacidad personal familiar, que tenga relevancia con respecto a datos sensibles de las personas, su vida íntima, incluyendo sus asuntos familiares, que se encuentren en poder de las entidades especificadas en el Arto. 1.

Se entiende por Datos Sensibles, los datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliaciones políticas, sindicales e información referente a la salud física y psicológica o a la vida íntima de las personas, en cualquier formato en el que se generen o almacenen.

De igual manera, el Habeas Data garantiza el acceso de toda persona a la información que puede tener cualquier entidad pública sobre ella, así como el derecho a saber por qué y con qué finalidad tienen esa información. (...)

Breve reseña del derecho a la honra, la dignidad y la privacidad, y su contenido

El grupo de derechos que conforman y se agrupan como el derecho a la honra, la dignidad y la privacidad, también establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el derecho a la *protección de la honra y de la dignidad* (art. 11 CASDH), reviste cierta complejidad tomando en consideración la diversidad de los derechos que lo componen así como el tratamiento diverso que a estos brindan tanto los sistemas internacionales de protección como la legislación nacional. Se debe tomar en cuenta que cada uno de los derechos tiene contenidos y procedimientos independientes, dándoles vida propia a cada uno, sin embargo por efectos metodológicos y taxonómicos en este trabajo se organizan como un conjunto de derechos que

conforman el derecho a la honra, la dignidad y la privacidad, tal como será mencionado a lo largo de este capítulo.

El derecho a la honra, la dignidad y la privacidad, es el resultado de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos ocurrida durante el siglo veinte. Los dos sistemas internacionales de protección de derechos humanos han acuñado espacios comunes y diferencias que nos proponemos establecer. El sistema de las Naciones Unidas cuenta con dos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en los que se establece este derecho, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Humanos.

El desarrollo del derecho a la honra, la dignidad y la privacidad, en ambos instrumentos es de carácter progresivo, lo que implica que los instrumentos recientes han sido construidos a partir de los ámbitos protegidos y promulgados en instrumentos anteriores. La promulgación de la DUDH en 1948 establece por primera vez como ámbitos protegidos de las personas a nivel global: la vida privada, la vida familiar, el domicilio, la correspondencia, la honra y la reputación personal (art. 12 DUDH). Estableciendo como derecho universal la protección del estado contra *las injerencias o ataques* dirigidos a los ámbitos tutelados o protegidos por la DUDH.

Doce años después, en 1966 la promulgación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos implico una mayor profundidad normativa de los ámbitos protegidos y los derechos establecidos por la DUDH. Por su parte el PIDCP funde en el artículo 17 con idéntica redacción los mismos ámbitos y el derecho que la DUDH había establecido en 1948, como son: la vida privada, la vida familiar, el domicilio, la correspondencia, la honra y la reputación personal. Retomando además el derecho a la protección estatal contra las injerencias arbitrarias o ilegales que perpetran los ámbitos protegidos.

La novedad del PIDCP estriba en sentar las bases del principio de legalidad, al identificar la naturaleza de las invasiones e intromisiones a los ámbitos protegidos. Si con la DUDH las injerencias se catalogaron como arbitrarias, con el PIDCP la naturaleza de estas además de arbitrarias se establecen como ilegales. Lo que remite a la ley como principal guía por el que el estado ha observar sus actuaciones en materia del derecho a la honra, la dignidad y la privacidad.

El 20 de Noviembre de 1989 se adopta y ratifica por medio de la resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones la Convención sobre los Derechos del Niño. La que retoma lo establecido por la DUDH y el PIDCP. Retoma en el artículo 16 los ámbitos previamente protegidos: la vida privada, la vida familiar, el domicilio, la correspondencia, la honra y la reputación personal. Y establece como derecho de la niñez a la protección legal en contra de las *injerencias o ataques* contra los valores previamente establecidos en los instrumentos anteriores.

En el Sistema Americano de Derechos Humanos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, promulgada en 1948, es pionera en materia de protección del derecho a la honra, la dignidad y la privacidad, estableciendo tres premisas: a. Reconoce el derecho a la protección de la ley en contra de ataques abusivos a la honra, la reputación la vida privada y la vida familiar (art. V); b. Establece como derecho la inviolabilidad del domicilio (art. IX); c. Reconoce como derecho de todas las personas la inviolabilidad de la correspondencia.

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos retoma las previsiones de su antecesora la DASDDH y los demás instrumentos del Sistema de Naciones Unidas, y los sintetiza en el artículo 11 *Protección de la honra y la dignidad*, compuesto por tres grandes elementos: a. Establece como derechos de las personas la honra y la dignidad personal (inciso 1); b. Retoma de los demás instrumentos que le preceden la identificación de los ámbitos protegidos en beneficio de las personas, que en su conjunto delinean el derecho a la privacidad: la vida privada, la vida familiar, el domicilio, la correspondencia, la honra y la reputación (inciso 2); c. Establece como derecho de las personas el derecho a la protección estatal en contra de las invasiones, ataques, injerencias arbitrarias y abusivas de los ámbitos personales protegidos (inciso 3).

Los principales elementos que componen el derecho a la honra y la dignidad personal reconocidos en ambos sistemas son:

- El reconocimiento al derecho a la seguridad por medio de formulas generales y asociado con otros derechos como son la vida y la libertad personal, sin mayor desarrollo, lo que no permite en una primera lectura identificar su contenido. Sin embargo esta omisión se soluciona mediante la identificación del derecho a la seguridad personal, como la protección a ámbitos en los que las personas desarrollan sus relaciones personales, centrando la atención en los derechos a la privacidad y la dignidad personal.
- Se establecen como derechos de todas las personas: la honra o reputación y la dignidad personal, los que han de ser protegidos contra *ataques abusivos*.
- Identifican las parcelas protegidas que conforman el derecho a la privacidad: la vida privada, la vida familiar, y la correspondencia considerada en todas sus formas.
- Se establece el derecho de las personas a ser protegidas de las *injerencias arbitrarias o ataques ilegales* contra su dignidad y la privacidad personal, obligando a los estados a brindar la debida protección de estos derechos mediante mecanismos legales apropiados.

La CASDH delinea el conjunto de derechos de las personas y los ámbitos personales que han de ser protegidos por el Estado, poniendo especial énfasis en tres grandes valores y atributos de la personalidad humana: la honra, la dignidad personal y la privacidad. Valores que se constituyen en el contenido material de este derecho múltiple, los que por su naturaleza diversa redundan en mecanismos de protección de los espacios en los que las personas desarrollan sus vidas y sus relaciones personales que son indispensables para la convivencia colectiva diaria.

Una segunda dimensión del contenido mínimo de este derecho múltiple se ubica la obligatoria protección que ha de brindar el estado a todas las personas son objeto de injerencia o invasiones *arbitrarias o abusivas* que contrarían la honra, la dignidad personal y la privacidad. En el que se observa una doble perspectiva, por un lado el deber de protección estatal como garantía de protección pública en contra de injerencias externas. Mientras que por otro lado también convive la perspectiva privada interna por la que las personas les asiste la prerrogativa y el derecho a *excluir* a los demás a acceder a los ámbitos protegidos por los que transcurre sus relaciones íntimas¹⁶⁰. Lo que conlleva a la creación derechos en sentido positivo, que regulan el derecho a la honra, la dignidad personal y la privacidad.

El marco normativo del derecho a la seguridad personal

El derecho a la seguridad personal en la legislación nicaragüense

Constitución Política de la República de Nicaragua

El artículo 26 de la Constitución Política identifica el conjunto de derechos que conforman el contenido del derecho a la honra, la dignidad y la privacidad: a. la privacidad de cada persona, ampliando su protección a la privacidad de su familia; b. identifica y protege los ámbitos en que transcurre el derecho a la privacidad de las personas como son inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y las comunicaciones, c. establece el derecho a la dignidad personal por medio de reconocer como tales la honra y la reputación, d. amplía los límites del derecho a la privacidad y la dignidad personal, puesto que rompe con la confidencialidad de la información, poniendo al alcance de las personas el derecho al acceso a la información.

La Constitución Política establece las dos influencias entre las que ha de oscilar el derecho a la honra, la dignidad y la privacidad a lo largo de todo el ordenamiento jurídico. Por un lado rescata una fuerte influencia garantista encaminada a reconocer por el estado los derechos de las personas. La que convive con el reduccionismo, por el que se establecen de límites al ejercicio de los derechos antes reconocidos, por medio de legitimar la intervención estatal en aquellos ámbitos exceptuados. En este marco destacan los siguientes aspectos:

- La dimensión garantista por la que se establecen derechos positivos oponibles y validos para el conjunto de la sociedad, por la que se reconocen como derechos de todas las personas a su privacidad y a la de su familia, la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones sin distingo alguno y el acceso a la información.

¹⁶⁰ Derecho a la Intimidad. Curso Sistemático de Derechos Humanos. Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. http://www.iepala.es/curso_ddhh/

- El establecimiento de los límites y los ámbitos protegidos, puesto que por esta se establecen garantías de la actuación estatal, regulando de previo los casos y las circunstancias por las que las diversas administraciones públicas pueden invadir los derechos arriba citados. Esta característica deriva en beneficio de los ciudadanos puesto que posibilita establecer y prever de antemano las intervenciones estatales, con lo que se fortalece la premisa de certidumbre y previsibilidad de la actuación estatal, característica de los modernos estados de derecho.
- Las técnicas por las que se concreta la dimensión garantista son diversas. Están dirigidas a establecer las circunstancias que justifican la intervención estatal sobre los principales derechos protegidos que conforman el derecho a la seguridad: privacidad, dignidad personal y acceso a la información. Entre las que destacan:
 - Límites al derecho a la privacidad del domicilio y la garantía por la que este se concreta como es la inviolabilidad del domicilio, así se identifican como las principales excepciones las siguientes: a. la comisión de un delito, la persecución *actual e inmediata* de un delincuente que se como conoce como delito infraganti, b. la necesidad de protección basada en razones humanitarias como incendio, inundación o catástrofes naturales, c. a fin de proteger a las personas secuestradas.
 - En cuanto al derecho a la privacidad de la correspondencia y las comunicaciones se establecen como excepciones: a. la existencia de juicio previo en la administración de justicia, aunque este apartado peca de vaguedad y amplitud, al establecer la generalidad que la ley faculta el examen documentos privados *cuando sea indispensable para esclarecer asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia*. Lo que plantea la posibilidad de interpretaciones antojadizas y arbitrarias, por falta de concreción del texto constitucional; b. también se puede interrumpir el derecho a la privacidad de la correspondencia y las comunicaciones cuando se trate de investigar delitos fiscales, lo que equivale a afirmar que el ámbito fiscal es uno de los aspectos restrictivos del derecho a la privacidad, lo que presume de previo la existencia de ilícitos penados por el derecho y la consecuente investigación estatal que presume el estricto respeto de las leyes y los derechos de los ciudadanos.

El principio de legalidad en la Constitución Política como soporte del derecho a la honra, la dignidad y la privacidad personal.

El derecho a la honra, la dignidad y la privacidad de las personas, ha sido acuñado por la Constitución Política, en forma amplia y generosa. Lo que se equilibra con la restricción a estos derechos que el texto constitucional establece. Por lo que el establecimiento de restricciones a

estos derechos implica identificar las circunstancias excepcionales en los que estos si pueden ser invadidos y restringidos por el Estado.

Sin embargo la existencia de ámbitos restrictivos al conjunto de derechos que conforman el derecho a la seguridad personal, específicamente el derecho a la privacidad, la dignidad personal y el acceso a la información, únicamente son posibles si se observa la premisa legal de que establece el art. 183 Cn., que plantea como fuente de legitimación de los poderes del Estado y sus funcionarios a la Constitución misma y las leyes. Por lo que conviene identificar las vertientes que justifican la existencia de ámbitos restrictivos de los derechos que nos ocupan.

En primer lugar, únicamente se puede allanar el domicilio *por orden escrita de juez competente*, que equivale a reconocer que el derecho a la privacidad personal en la que el domicilio es uno de sus componentes esenciales, no es absoluto e ilimitado. Reconociendo como juez competente únicamente a aquellos que la Constitución y las leyes establecen como tales, lo que necesariamente pasa por establecer los criterios de idoneidad y las calidades profesionales de estos, las que han de estar establecidas de antemano y reguladas en ley ex profeso.

En segundo lugar, la Constitución Política establece las causas por las que el derecho a la inviolabilidad o privacidad del domicilio puede ser invadido o allanado, lo que nos remite nuevamente al precepto de ley previa. Podrá ser allanado por orden escrita de juez, además de las circunstancias que justifican la intervención estatal: la persecución *actual e inmediata* de un delito o un delincuente, con finalidad de proteger a las personas contra incendio o catástrofe natural, y para rescatar a persona secuestrada. La Constitución insiste en el apego a la ley en los allanamientos mencionados en cada una de las causas por medio de la formula *en todos los casos se procederá de acuerdo a la ley*.

En tercer lugar, el principio de legalidad cumple la función de regulación de la actuación estatal, al establecer la reserva de ley, por la que se han de examinar documentos privados y libros contables, que equivale a establecer la excepción al derecho a la privacidad de la correspondencia y las comunicaciones.

En cuarto lugar, se debe de tener presente que no puede restringirse el derecho a la privacidad, la dignidad personal y el acceso a la información sin que existan causales previas que justifiquen la intervención estatal. No se autoriza al Estado a invadir impunemente los espacios protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos que retoma la Constitución Política, para ello se requieren dos condiciones indispensables e ineludibles: a. La existencia previa un ámbito protegido de naturaleza colectiva y publica, como podría ser la seguridad pública, por lo que requiere de la comisión de un delito que es investigado por las administraciones públicas, lo que justifica el ánimo de la intervención restrictiva, en el que se aduce la seguridad pública, o es el caso de la seguridad o la defensa nacional en los casos restrictivos al acceso a información pública, b. La observancia rigurosa de requisitos establecidos por las leyes, como el caso de la autorización y/o

petición de auxilio de los moradores, la notificación previa de las piezas de información interceptada, etc.

La existencia u observancia de una sola de estas condiciones deriva en omisiones al principio de legalidad en la actuación estatal. Puesto que una de las consecuencias prácticas del principio de legalidad parte de reconocer, que el Estado por medio de las administraciones públicas no puede, ni debe enfrentar acto ilícito con otro acto ilícito. Lo que equivale a afirmar que el Estado no puede realizar acciones encaminadas a restringir los derechos de las personas con intervenciones ilegales y reñidas con las leyes.

Limites a los derechos a la honra, la dignidad y la privacidad personal en la legislación de desarrollo nicaragüense

- El derecho a la honra y la dignidad

El derecho a la protección estatal contra las *injerencias arbitrarias o abusivas* que atentan contra la honra y la dignidad, se encuentra reconocido a nivel global, correspondiendo a las legislaciones nacionales su regulación y tutela en sentido más amplio. Ambos valores coinciden en reflejar en los demás miembros de la comunidad la percepción que se tiene de nosotros como miembros de una sociedad determinada a partir de nuestro actuar y comportamiento, los que se traducen en códigos de conducta aceptados por la sociedad, los que pueden variar de una sociedad a otra. La percepción que los demás tendrán de nosotros tiene como resultado la *estima, respeto, buena opinión y fama* en caso de la honra. En lo referido a la dignidad las percepciones colectivas tienen como referencias *el decoro de las personas en la manera de comportarse*¹⁶¹, lo que nos remite al fundamento de los derechos humanos. El que nos es otra más que la dignidad inherente a nuestra condición de seres humanos, la que nos habilita por nuestra condición de seres humanos para ser sujetos de derechos.

En la legislación nicaragüense la honra y la dignidad personal están reconocidas como derechos de las personas, tanto por la Constitución Política como por las leyes de desarrollo. En cuanto al derecho a la honra y dignidad el punto de partida lo señala el texto constitucional al afirmar en el artículo 26 que todas las personas tienen derecho *al respeto de su honra y reputación*. Por tanto la legislación admite el compromiso establecido en el derecho internacional de los derechos humanos para establecer mecanismos legales de protección contra injerencias o ataques a la honra y la dignidad, de conformidad los arts. 11 CASDH, V CASDH, 16 CSDN, 17 PIDCP y 12 DUDH.

En cuanto a la naturaleza de las injerencias o ataques a la honra y la dignidad pueden ser diversos. Se debe tener cuenta que la pretensión de estos apunta hacia denigrar la honorabilidad de las personas y su buen nombre, además de ignorar y restar importancia la existencia previa de

¹⁶¹ Real Academia de la Lengua Española. Diccionario 22ª Edición, 2001. Edición en línea, en: <http://www.rae.es/rae.html>

derechos y atributos inherentes de las personas encaminados a someter a estas a tratamientos indignantes y degradantes de su condición de sujetos de derechos y obligaciones.

Los mecanismos internos de protección del derecho a la honra, la dignidad y la privacidad

En la legislación nacional los mecanismos de protección contra las injerencias o ataques en contra de la honra y dignidad de las personas, se encuentran tipificados como delitos, correspondiendo a las personas afectadas o víctimas de estos delitos denunciarlos e invocar el deber de protección estatal. En la legislación destacan cuatro mecanismos específicos de protección: la calumnia, la injuria, ofensas a difuntos y la difusión de imágenes de personas fallecidas.

En lo referido a la calumnia (art. 202 Pn.) su esencia radica en la mentira y la falsedad acerca del delito imputado en contra la persona a quien truculentamente se le imputa. La sanción que corresponde a este delito será multa, sin embargo si la calumnia está acompañada de difamación, es decir se *propaga con publicidad* el monto de la multa será mucho mayor. Se debe tener presente que en cuanto a los eventuales comisores de este delito pueden ser personas particulares como funcionarios públicos actuando en ejercicio de potestades públicas.

La injuria se considera como una injerencia o ataque a la dignidad de las personas, que menoscaban *su fama, imagen, reputación, honor y/o la propia estima* de las víctimas (art. 203 Pn.) Sin embargo no se considera como injerencias o ataques a la dignidad de las personas las excepciones contempladas como exclusión del delito de calumnia (art. 204 Pn.). Las que por mandato de la ley derivan que *no existe el delito de injuria*, y que a continuación se enumeran:

- Cuando lo expresado actuado sea cierto e implique la defensa de un interés público legítimo;
- No se consideran como injurias, las informaciones o noticias realizadas conforme a la ética periodística. Situación ambigua que deja amplios márgenes interpretativos, tomando en consideración la renuencia de los medios de comunicación a la regulación mediante ley de los medios de comunicación, así como la ausencia de un código de ética periodística, en el que se establezcan los valores y los mecanismos de autorregulación de la profesión periodística.
- El ejercicio de la crítica artística o científica *sin propósito ofensivo*.
- Las críticas dirigidas a los funcionarios o empleados públicos *sobre hechos verdaderos* relacionados al ejercicio de sus cargos.
- Críticas desfavorables originadas en el ejercicio de un deber o un derecho, realizadas sin propósitos ofensivos.
- Las ofensas contenidas en los escritos presentados, manifestaciones o discursos *hechos por los litigantes, apoderados o defensores* en relación al objeto del juicio. Sin embargo estas serán sujetas de sanciones disciplinarias.

El honor y la dignidad de las personas fallecidas. La legislación nicaragüense establece dos circunstancias en las que se pretende proteger la dignidad y el honor de estas:

- a. Ofensas a difuntos (art. 208 Pn. Ofensa a la memoria de un difunto), el Código Penal pretende proteger la memoria de las personas fallecidas de invasiones o injerencias que tengan por objeto atacar la memoria de las personas fallecida. La pena impuesta será de multa. Sin embargo el ejercicio de la acción penal corresponderá únicamente a los familiares cercanos del difunto: cónyuge, padre, madre, hijos e hijas, o hermanos y hermanas;
- b. La difusión de imágenes por cualquier medio de personas fallecidas, también acarrea responsabilidad penal sancionada con multa. Se pena *el interés malsano* que incrementa el dolor a causa de la muerte de las personas fallecidas.

En general los delitos que atentan contra el honor y la dignidad de las personas, se sancionan con penas de multa. Sin embargo las sanciones se agravan hasta en un cincuenta por ciento de las multas, cuando la calumnia o la injuria se comenten mediando precio, recompensa o promesa remuneratoria (art. 205 Pn. Circunstancia agravante).

A los efectos de la verificación de los derechos a la honra y dignidad, la relación ciudadanos – medios de comunicación y administraciones públicas. Es una relación difícil que cuenta con dos grandes desafíos, en primer lugar ha sido usual la utilización de los tribunales de justicia en contra de ciudadanos y/o medios de comunicación acusados por funcionarios públicos por el delito de calumnias. Los resultados han sido que los acusados han sido condenados, primando el interés punitivo de la parte interesada, por lo general vinculada al estado. Es el caso de la condena del 22 de Agosto de 2008 en contra del sacerdote Ernesto Cardenal¹⁶² y el juicio en contra de directivos del diario La Prensa incoado el 17 de Octubre de 2008¹⁶³.

En ambos casos los imputados como supuestos calumniadores han emitido críticas en contra del gobierno. Lo que trae como consecuencia el riesgo de utilizar la figura penal de las injurias y los tribunales del país como mecanismos para *ejercer censura previa y hasta persecución* en contra de los denunciados¹⁶⁴. Lo que pone en evidencia la precaria situación y la amenaza permanente contra los medios de comunicación y los ciudadanos acusados por el Estado y sus funcionarios del delito de injurias. Lo que plantea graves omisiones a la tutela debida y la protección adecuada de

¹⁶² Se recomienda ver artículo: Condenan por injurias al Poeta Ernesto Cardenal. En EL NUEVO DIARIO.COM.NI 26/08/08 <http://www.elnuevodiario.com.ni/nacionales/25160>

¹⁶³ Se recomienda ver: Juicio contra los funcionarios de La Prensa se celebrará hoy. En EL NUEVO DIARIO.COM.NI 17/10/08 <http://www.elnuevodiario.com.ni/nacionales/29734>

¹⁶⁴ Ver: Injurias y calumnias, un arma contra los medios en LA PRENSA.COM.NI 23/05/07 <http://www.laprensa.com.ni/archivo/2007/mayo/23/noticias/politica/192787.shtml>

los derechos en juego, por tanto plantea serios riesgos en la adecuada protección de los derechos humanos de las personas condenadas por las supuestas injurias.

El segundo eje de esta difícil y compleja relación, plantea la eventual indefensión de los ciudadanos frente a los medios de comunicación, que frente a eventuales ataques o injerencias al honor y la dignidad de las personas, se constituyen en eventuales calumnias e injurias. Sin embargo las personas quedan desprotegidas puesto que se les obliga a enfrentar un eventual juicio en donde se arguye como eximente del delito que lo informado fue realizado conforme a la ética periodística. En este sentido se debe aclarar que en el país los medios de comunicación han sido renuentes a aceptar leyes encaminadas a regular los medios de comunicación, y en segundo lugar, el código de ética del ejercicio periodístico, en aquellos casos que exista, puesto que estos varían de acuerdo a ciertos principios etéreos adscritos en forma individual por cada medio de comunicación, no cuentan con referentes públicos establecidos, ni previsibles. Lo que deja espacios a abusos del ejercicio de la libertad de la expresión en contra de los ciudadanos.

En estos casos es importante analizar la finalidad de los juicios, la independencia y la imparcialidad de los jueces. Además se debe considerar el interés de la parte demandante y el papel que esta juega en la sociedad. Un aspecto importante a tener en cuenta consiste la reglamentación del derecho a la honra y la dignidad como patrimonio de todas las personas con *la obligación de respetar la libertad de expresión*, necesaria para la existencia de la libertad de prensa y de pensamiento¹⁶⁵. Ello propone eventuales colisiones entre ambos derechos, las que pueden ser salvadas por medio de mecanismos legislativos democráticos y eficaces sistemas de protección de derechos humanos.

- El derecho a la privacidad

La vida privada como la vida familiar son derechos establecidos por la Constitución Política (art. 26 Cn.). Abarca un conjunto de ámbitos por los que transcurren las relaciones personales y familiares, los que considerando su sensibilidad, individualidad y ámbitos materiales sobre los que las personas construyen sus vidas, requieren de protección. Se consideran como ámbitos protegidos e inherentes al derecho a la privacidad los siguientes: La vida privada, la vida familiar, el domicilio, las comunicaciones de todo tipo, la correspondencia, y la información personal que se encuentra en archivos y bases de datos de las instituciones y las privadas que reciban financiamiento con fondos públicos.

¹⁶⁵ Opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Francisco Martorral versus el Estado de Chile del 3 Mayo de 1996. En Resúmenes de las Jurisprudencia del Sistema Americano de Protección a los Derechos Humanos. <http://www.derechos.net/doc/cidh/index.html>

El derecho a la privacidad cuenta con una doble dimensión, por un lado la dimensión personal, que faculta a las personas a excluir de los ámbitos protegidos a los demás o a aquellos a quien considere conveniente, es decir son ámbitos personalísimos y facultativos, en los que las personas les asiste el derecho a la protección estatal en contra de las injerencias arbitrarias o abusivas de su vida privada y familiar. En segundo lugar se encuentra la dimensión colectiva del derecho a la privacidad, que como derecho de todas las personas plantea su necesaria regulación y las formas por las que el Estado en representación de la colectividad está facultado a invadir aquellos ámbitos protegidos que lo conforman. Es decir ello requiere la identificación de las excepciones a la inviolabilidad del derecho a la privacidad como potestad de poder público.

Los mecanismos internos de protección del derecho a la privacidad

En el caso nicaragüense los mecanismos internos de protección del derecho a la privacidad se manifiestan en tres principales ámbitos materiales, los que a su vez se encuentran protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos: el domicilio, las comunicaciones y la información pública.

El derecho a la privacidad personal no se puede concebir en abstracto, por el contrario en este trabajo se considera que este derecho se manifiesta en ámbitos materiales, como son el domicilio y las comunicaciones. Al igual que en el derecho a la honra y la dignidad personal, los principales mecanismos de protección son de naturaleza jurídica. El estado ha identificado aquellos comportamientos que se constituyen en invasiones y agresiones al derecho a la privacidad, sancionándolos con una pena, para aquellos que contravengan el supuesto jurídico. La protección estatal opera una vez que el hecho delictivo se perpetra en contra de personas específicas, correspondiendo al estado brindar la adecuada protección, activando el juicio penal, que aspira a investigar los hechos denunciados, sancionar a los infractores y restituir los derechos de las víctimas. Sin embargo la legislación también ha establecido los requisitos para allanar la inviolabilidad y por tanto la privacidad del domicilio.

a. El derecho a la privacidad del domicilio, también reconocido como la inviolabilidad del domicilio.

- Excepciones al derecho a la privacidad del domicilio

En Nicaragua prevalece el principio que el domicilio es un espacio privado, personal personalísimo por tanto inviolable, ello implica que para allanarlo, se reconoce como regla general que *solo* se puede realizar *por orden escrita de juez competente* (art. 26 Cn.). Las excepciones a la regla antes citada autorizan el allanamiento del domicilio sin orden escrita de juez competente en los casos siguientes:

- a. Cuando los habitantes de una casa manifiesten o pidieran auxilio porque dentro de la casa se está cometiendo un delito.
- b. Cuando la vida y bienes de los habitantes se encuentren en riesgo a causa de incendio, inundación u otra catástrofe.
- c. Cuando se denuncia la presencias de extraños *con indicios manifiestos de ir a cometer un delito*.
- d. En casos de *persecución actual e inmediata* de un delincuente, lo que se conoce como persecución infraganti de un delincuente.
- e. En casos de secuestros, con el fin de rescatar a las víctimas.

En todas las demás circunstancias, para allanar un domicilio, se requiere necesariamente e indubitadamente de la orden escrita de un juez competente.

Los mecanismos internos de protección establecidos en la legislación

Están referidos a eventuales delitos cometidos por agentes del estado en el cumplimiento de potestades públicas, en detrimento de los derechos de las personas. Lo que acarrea la necesaria el deber de prevenir, investigar y sancionar a los comisores de los delitos, en estos casos aquellos agentes del estado que por acción u omisión han cometido un ilícito. En los casos de inacción o falta de intervención del estado, además de las violaciones relativas al derecho a la privacidad, ocurridas a consecuencia de eventuales delitos, también se debe considerar omisiones al derecho a la justicia.

Por regla general se debe tener en consideración que toda acción cometida por agentes del estado, que no cumpla con los requisitos establecidos por el artículo 26 Cn. es delictuosa, ilegal y por tanto asiste a las personas el derecho a protección estatal por medio del juicio penal en contra de los comisores. A continuación se mencionan dos delitos particulares que establece la legislación y que son relativos al derecho a la privacidad. Los que en casos de ser cometidos funcionan como mecanismos internos de protección:

- El allanamiento ilegal (art. 201 Pn.)

En aquellos casos que no se contemplan dentro de las excepciones arriba citadas, se presume que se comete el delito de allanamiento ilegal conforme lo establece el Código Penal. El que se considera como un delito particular de los funcionarios públicos, puesto que se considera que este delito es cometido únicamente por funcionarios o empelados públicos en uso de potestades públicas. La ilegalidad del allanamiento radica en la falta u omisión de las formalidades que

establece la ley: casos no cubiertos por las excepciones del art. 26 Cn. y la falta de orden escrita de juez competente. La sanción que acarrea el allanamiento ilegal será la pena de tres años de prisión e inhabilitación por el mismo periodo.

Como mecanismo de protección opera por medio de establecer responsabilidad penal de los eventuales comisores del allanamiento ilegal, lo que abre múltiples posibilidades protección en beneficio de las personas sujetas al juicio penal.

- El allanamiento y registro de morada (art. 217 CPP)

Tiene por objetivo asegurar la intervención estatal al ámbito del domicilio. El que conforme el Código Procesal Penal se establece como el lugar habitado y sus dependencias casa de negocio u oficina. Tiene como fin asegurar el registro físico de la vivienda y el registro personal de los moradores, rompiendo en forma legítima los sellos de protección a la privacidad personal. Los requisitos que han de observarse son: a. *deberá solicitarse y decretarse* fundadamente y por escrito; b. Solo se podrá efectuar *entre las seis de la mañana y las seis de la tarde*; c. Se podrá realizar a cualquier hora con el consentimiento de los moradores o representantes; d. en casos *sumamente graves y urgentes* los jueces deberán resolver en un plazo máximo de una hora, dejando constancia de la situación de urgencia.

En todos aquellos casos en que no se observen uno o varios de los requisitos establecidos en este artículo anterior, el allanamiento realizado deriva en allanamiento ilegal, y por tanto evidencia omisiones en la protección de los derechos de las personas al derecho a la privacidad, también conocido como el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Lo que plantea el derecho a protección para las personas afectadas, por medio de la activación del proceso penal que se fundamenta en el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar los delitos.

b. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones está reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos en diversos instrumentos internacionales: DUDH art. 12; PIDCP art. 17, DASDDH art. X, y la CASDH art. 11.2, en Nicaragua la Constitución Política lo reconoce como un derecho de las personas en el art. 26, inc. 2. por medio de la formula toda persona tiene derecho "*A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo*". Se debe tener en cuenta la pretensión constitucional de protección incluye todos los tipos de comunicaciones, entre los que se pueden mencionar, conforme el art. 192 Pn., están: impresos, *carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telemático, electrónico o de otra naturaleza*, todas las formas y medios al alcance por los que se puede almacenar y transmitir información.

El principio de legalidad en materia de inviolabilidad de las comunicaciones también se encuentra recogido en el texto constitucional, al establecer que solo aquellas piezas de información

obtenidas conforme a lo establecidos por las leyes causan certeza y se les considerara con merito probatorio. En sentido contrario, el segundo párrafo del art. 26 Cn. es enfático al asegurar que los documentos privados *sustraídos ilegalmente no producen efecto alguno en juicio o fuera de él*. En este mismo sentido se considera el art. 213 CPP *Es prohibida la interceptación de cualquier comunicación entre el acusado y su defensor*; establecido como medida de protección al derecho a la defensa y la presunción de inocencia.

- Los limites al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones

Sin embargo la extensión que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones consagrado en el art. 26 Cn. pretende proteger, se ven constreñido frente circunstancias excepcionales que establecen las leyes, por las que el estado está facultado para interceptar las comunicaciones. El fundamento principal por el que se faculta al estado a intervenir y limitar el derecho a la privacidad de las comunicaciones es la seguridad pública nacional e internacional. La legislación establece un conjunto de delitos, los que por su peligrosidad, riesgos e impactos, posibilitan el principal mecanismo de intervención estatal en la privacidad de las comunicaciones, como lo es la interceptación.

Los delitos identificados en la legislación, cuya persecución sirve de excepción para interceptar las comunicaciones, son aquellos identificados en el art. 213 CPP Intervención telefónica:

1. Terrorismo;
2. Secuestro extorsivo;
3. Tráfico de órganos y personas con propósitos sexuales;
4. Delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas;
5. Legitimación de capitales o lavados de dinero y activo; y
6. Tráfico internacional de armas, explosivos y vehículos robados.

En la investigación y persecución de los delitos citados, el estado se le faculta para invadir el ámbito privado de las comunicaciones. Sin embargo en aquellas invasiones al derecho a la privacidad, efectuadas por el estado y sus agentes, estos han de observar rigurosos procedimientos, tomando en consideración los eventuales hallazgos que las interceptaciones podrían aportar, y los impactos que en materia probatoria pueden acarrear. Lo que invoca mayor rigurosidad en la verificación, tomando en cuenta los impactos que conllevan interceptaciones ilícitas, con derechos humanos consagrados como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, entre otros.

- Las formas y procedimientos de intervención estatal que justifican la interceptación de las comunicaciones

La legislación establece dos grandes formas de interceptación de las comunicaciones: la interceptación telefónica; y la interceptación de comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas.

La interceptación telefónica (art. 213 CPP)

Esta ocurre a causa de la investigación y/o persecución de alguno o algunos de los delitos antes mencionados. Deberá ser autorizada por medio de resolución fundada de juez competente, a solicitud del Fiscal General de la República o del Director General de la Policía Nacional. No puede durar más de treinta días, los que se podrán prorrogar por una sola vez por un plazo igual. *Al proceso solo se introducirán las grabaciones de aquellas conversaciones o parte de ellas, que, a solicitud del Fiscal, se estimen útiles para el descubrimiento de la verdad.* Las demás conversaciones interceptadas *no pertinentes al proceso*, deberán ser destruidas por mandato del juez de la causa.

Recae sobre aquellos funcionarios que hayan tenido acceso a las conversaciones interceptadas, el deber *absoluta reserva de su contenido*, so pena de destitución de sus cargos y las eventuales responsabilidades civiles y penales se produzcan a causa de la revelación del secreto.

La interceptación de comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas (art. 214 CPP)

Esta ha de ser autorizada por medio de resolución judicial *debidamente motivada*. Al igual que en los casos de interceptación telefónica, la interceptación de comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas, sirve de mecanismo de investigación y persecución de los delitos establecidos en el artículo 213 CPP. *La apertura de la comunicación será realizada por el juez y se incorporará a la investigación aquellos contenidos relacionados con el delito.*

Los mecanismos internos de protección del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones

La legislación establece al menos cinco mecanismos de protección, creados por medio de diversas técnicas: i. el establecimiento de garantías que generan derecho positivos; ii. el establecimiento de tipos delictivos punibles; iii. el agravamiento de las penas.

- i. El Código Procesal Penal establece con diáfana claridad una garantía de carácter procesal en beneficio de las personas acusadas. Es categórico al prohibir *la interceptación de cualquier comunicación entre el acusado y su defensor* (art. 213 CPP). Lo que deriva automáticamente en alguno de los delitos tipificados contra

la inviolabilidad de las comunicaciones. Uno de los efectos inmediatos de esta prohibición consiste en la protección referida a las pruebas, lo que equivale a afirmar que cualquier información entre el acusado y su defensor obtenida por el estado en forma ilícita: no tiene ningún valor.

Una segunda garantía la constituye el deber de reserva en los casos de interceptación de comunicaciones. El art. 213 CPP obliga a todas las personas con acceso a información interceptada, en especial la intervención telefónica, a *guardar absoluta reserva* acerca de su contenido. En el caso de agentes del estado o funcionarios públicos se establece su destitución, sin menoscabo de las responsabilidades *civiles y penales que correspondan*.

- ii. El Código Penal protege el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones estableciendo diversos tipos delictivos: Apertura o interceptación ilegal de comunicaciones (art. 192 Pn.); Sustracción, desvío o destrucción de comunicaciones (art. 193 Pn.); Captación indebida de comunicaciones ajenas (art. 194 Pn.); Propalación (art. 195 Pn.); Violación de secreto profesional (art. 196 Pn.); Registros prohibidos (art. 197 Pn.); y Acceso y uso no autorizado de información (art. 198 Pn.).

La legislación establece penas de multa y prisión que oscilan desde seis meses hasta dos años.

- iii. La comisión de actos agravados, como es el caso del art. 199 Pn. *Agravación por abuso de función o cargo* (art. 199 Pn.), dirigida a los funcionarios del estado y empujados públicos, los que en uso de sus funciones y *valiéndose de su cargo* comentan cualquiera de los delitos citados. Las penas oscilan entre tres a seis años de prisión, inhabilitación para el ejercicio del cargo por el mismo periodo.

c. El derecho al acceso a la información pública

La recolección y almacenamiento de información relativa a la vida de las personas por agencias del estado está vinculada a la necesidad de contar con información fiable y precisa acerca de la población, cuya finalidad es el diseño, planificación e implementación de políticas públicas, entendidas estas como intervenciones de los poderes públicos áreas asignadas a las administraciones públicas, como pueden ser impuestos, censos de salud, planificación urbana, registros electorales, etc. Sin embargo la recolección y almacenamiento de información personal en registros públicos, también se puede prestar a *injerencias arbitrarias o abusivas* en la privacidad de las personas cuyos impactos pueden ser devastadores en cuanto al ejercicio de los derechos civiles y políticos de las personas, en especial lo referido al derecho a la privacidad.

Cabe mencionar que los servicios de policía política, inteligencia del estado en toda sociedad funcionan como sistema de recolección de información y datos. Sin embargo la utilización de la información recolectada y el uso de esta, es un parámetro para identificar regímenes democráticos de los autoritarios, y hace la diferencia entre democracia y opresión. En los regímenes autoritarios todos los sistemas de información del Estado son utilizados como mecanismos de control político de los ciudadanos, así como instrumentos de represión de los disidentes, la que es dirigida hacia la administración de justicia con el fin de legitimar eventuales castigos y penas. Estos sistemas se rigen a partir de la antítesis del derecho a la presunción de inocencia que plantea que todas las personas son culpables en tanto no demuestren lo contrario.

Los sistemas de información pública también pueden contener información personal sensible, que en el caso de ser revelada puede derivar en situaciones embarazosas de las personas puestas en evidencia. Ello acarrea omisiones en el deber de tutela de la información, lo que crea responsabilidad penal y administrativa a aquellos que se prestan la comisión del este delito. La recolección y almacenamiento de información personal en registros públicos, se rige por el principio de legalidad y publicidad, lo que implica que no se puede recolectar y almacenar información en forma ilícita, violentando las leyes del país, en ese sentido el caso Watergate es emblemático y aleccionador¹⁶⁶. En segundo lugar la información recolectada y almacenada se debe

¹⁶⁶ El escándalo Watergate inicia el 17 de Junio de 1972, cuando cinco hombres son atrapados *intentando robar* dentro de las oficinas del Comité Demócrata Nacional en el hotel Watergate en Washington en EUA. Posteriormente se descubriría que los hombres *estaban instalando equipos de grabación y fotografiando documentos en forma ilegal*, con la finalidad de *espíar a la oposición política*. Se recomienda ver BBC MUNDO.COM 28/07/03 http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_3102000/3102183.stm

En Febrero de 1993 el Senado de los EUA crea un comité de investigación, cuyas audiencias públicas revelaron el involucramiento *del Partido Republicano* (en el poder), *el FBI, la CIA, el Departamento de Justicia, la Casa Blanca y el Presidente de los Estados Unidos de América Richard Milhouse Nixon* (1913 – 1994) BBC MUNDO.COM 17/06/02 http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/news/newsid_2050000/2050213.stm

En 1974 la Cámara de Representantes autoriza a su Comité Judicial a considerar el procedimiento de “impeachment” en contra del Presidente Nixon. En los sistemas parlamentarios el impeachment cuenta con una institución similar conocida como “moción de censura” la que permite exigir la responsabilidad política al gobierno y forzar su sustitución. El 25 de Julio de 1974 en una brillante argumentación constitucional pronunciado por la representante del estado de Texas (D) la afroamericana Barbara Jordan, retoma una frase de James Madison (1751 – 1836) a quien se conoce como uno de los *Padres Fundadores de la Constitución de los Estados Unidos*. La representante Jordan concluye que el Presidente si puede ser enjuiciado políticamente y por tanto destituido e inhabilitado para sus funciones, *si este intenta subvertir la constitución*. Posteriormente ello abriría la posibilidad de exigir responsabilidades penales y administrativas según lo amerite el caso. Cierra su exposición dirigiendo una pregunta a sus colegas del Comité Legal: *El Presidente ha cometido los delitos, ha planeado, dirigido y consentido aquellas conductas que la Constitución no tolera?* La historia diría que si se cometieron una serie de ilícitos y por tanto omisiones de los derechos fundamentales. (A President Is Impecheable If He Attempmts To Subvert The Constitution). Tomado de [watergate.info](http://www.watergate.info/impeachment/74-07-25_barbara-jordan.shtml) en http://www.watergate.info/impeachment/74-07-25_barbara-jordan.shtml Ante la presión del escándalo el presidente Nixon se ve obligado a renunciar el 8 de Agosto de 1974. Asume la presidencia su vicepresidente, Gerald Ford (1913 – 2006) quien posteriormente le indulta. (Watergate: The scandal that brought down Richard Nixon. Tomado de [watergate.info](http://www.watergate.info/) <http://www.watergate.info/>)

El caso Watergate es aleccionador en cuanto a exigir responsabilidades incluso al Presidente de los Estados Unidos si este viola la constitución. Violando por tanto los derechos de sus ciudadanos, sea tomando ventaja de su poder y/o utilizando los aparatos de Fiscalía, policía, inteligencia y contrainteligencia con fines malsanos, ilegales y perversos. En este caso el

airear a partir de considerar que su naturaleza es pública y por tanto los ciudadanos tiene el derecho inobjetable de conocerla, y el estado el deber de facilitarla y explicar los fines para los que fue recolectada y almacenada.

Mecanismos internos de protección internos del derecho al acceso a la información publica

El habeas data cuya traducción simple del latín equivaldría a afirmar “he aquí el dato”. Se encuentra establecido en la ley el art. 4 de la Ley de Acceso a la Información, Ley 621/2007 por el que el estado asume dos obligaciones. En primer lugar, se obliga a proteger la *privacidad persona familiar* de sus nacionales, por medio de tutelar, es decir proteger los datos personales privados *asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos, sean éstos públicos o privados*. La tutela debida implica el deber de sigilo de los datos, lo que significa que el estado como depositario de ellos no puede revelarlos. En segundo lugar, el habeas data faculta y garantiza a todas las personas el derecho a conocer y acceder *a la información que puede tener cualquier entidad pública sobre ella, así como el derecho a saber por qué y con qué finalidad tiene esa información*.

La garantía de acceso a la información, aleja las tentaciones de emplear la información recolectada y almacenado con fines oscuros y perversos, así como brindar seguridad a las personas acerca de la legalidad con que las instituciones públicas están obligadas a observar en sistemas democráticos. La observancia del principio de legalidad y publicidad en el acceso a la información es una garantía estatal que fortalece la percepción de un estado regido por el estado de derecho, que establece que ninguna persona estará por encima de las leyes, ni que ningún funcionario o empleado público o institución pública *tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción* que las que les confieren las leyes.

El mecanismo de protección que asegura el acceso a la información, así como las explicaciones acerca de la recolección y almacenamiento de información personal en registros públicos lo constituye en habeas data y la garantía de tutela de información. El procedimiento para acceder a la información consiste en: a. Solicitar por escrito la información en formulario con datos los establecidos, ante la institución que se presumen cuenta con la información (arts. 26 – 27 LAIP); b. La persona tiene derecho a recibir una copia de la solicitud escrita; c. Las autoridades están obligadas a responder a las solicitudes *de manera inmediata o dentro de un plazo no mayor de quince días hábiles*, contados a partir de la fecha de presentada la solicitud (art. 28 LAIP); d. El plazo puede ser prorrogado por otros diez hábiles adicionales, siempre que exista alguna de las causas de justificación enumeradas en la ley (art. 29 LAIP).

ingrediente principal lo constituyeron violaciones al derecho a la privacidad, la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones. En síntesis violaciones flagrantes al principio del Estado de Derecho como fundamento de la Constitución y por tanto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Para mayor información se recomienda consultar documentos adicionales, disponibles en el sitio <http://www.watergate.info>

Se debe tener presente que como un derecho, el acceso a la información no se puede condicionar, ni demandar justificación para su uso, ni mucho menos de requiere expresar el interés que motiva a las personas a ejercer su derecho a acceder a la información solicitada, de conformidad con el art. 28 LAIP. Además la consulta y acceso a la información es gratuito.

Consulta *in situ*. Además de la solicitud escrita mencionada en párrafos anteriores, también la LAIP faculta la consulta *in situ*, es decir en el lugar y en la institución en donde se encuentra la información. La que se realizara en horas hábiles, es decir en horarios y días laborables. El funcionario está obligado a atender la solicitud y no puede rechazar la solicitud presentada. La consulta del registro que almacena la información se hará en presencia del empleado público a cargo, y su función se limita únicamente a cuidar y resguardar la seguridad del documento o los documentos consultados. En caso que la información solicitada se encontrara en otro registro o archivo, el funcionario ha de indicar *con certeza* el lugar, ante quien y el funcionario que resguarda la información. En caso contrario se incurre en responsabilidad por incumplimiento de la ley (art. 30 LAIP).

- Limites al derecho al acceso a la información pública

La Ley de Acceso a la Información Publica en el artículo 15 establece reservas, es decir información vetada por causa establecida de previo y por tanto no es posible acceder por los mecanismos regulares que la ley establece. Se considera como información pública reservada la referida a cualquiera de las siguientes materias:

1. La relativa a la defensa nacional o las comunicaciones internas.
2. Información de inteligencia para la defensa, inteligencia militar y contrainteligencia militar, así como su personal.
3. Armamento y municiones para la defensa nacional.
4. Ejercicios y maniobras militares.
5. Secretos regionales contenidos en tratados regionales de los que el país esa signatario.
6. Información acerca de prevención y/o persecución de los delitos y crimen organizado.
7. Información relacionada al sigilo bancario, así como información que contiene secretos industriales, científicos, técnicos, así como propiedad intelectual, comercial, e industrial.

8. Información sensible que ponga en riesgos las relaciones internacionales, tratados, litigios, convenios internacionales.
9. Proyectos de sentencias, acuerdos o resoluciones de las administraciones públicas, se considera que una vez publicada la sentencia, acuerdo o resolución la información contenida, sin ningún obstáculo podrá ser consultada.

Las excepciones arriba enumeradas, se constituyen en límites al derecho al acceso a la información pública, lo que es explicable teniendo en cuenta el interés colectivo y el ámbito público que las excepciones pretenden proteger: seguridad nacional, comunicaciones, relaciones internacionales, etc., temas sensibles que se convierten en asuntos reservados en interés de la nación y el estado. Sin embargo se debe tener en cuenta que el acceso a la información pública recolectada y almacenada en registros públicos del estado o instituciones que reciben fondos públicos es un derecho de las personas, y es una obligación del estado protegerla así como garantizar el pleno acceso a las personas interesadas.

- El acceso a la información pública en interacción con otros derechos

El derecho de los ciudadanos para acceder a la información pública, se constituye en fin instrumental en sí mismo, que permite control de la función pública. El acceso a la información pública, es la concreción de un grupo diversos de derechos humanos, reconocidos en los principales convenios internacionales, posibilitando su ejercicio. Entre éstos destacan: la libertad de expresión y de pensamiento, el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos así como en el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública¹⁶⁷.

En este último escenario corresponde a las administraciones públicas poner a la disposición de todas las personas interesadas, toda la información referida a la función pública. En esta categoría caben: contratos realizados por las administraciones públicas, pactos y convenios internacionales, asignaciones presupuestarias, ingresos y egresos públicos, entre otros. Sin embargo, se debe tener en cuenta aquellos espacios reservados por la LAIP arriba enumerados. En los que el acceso a la información pública se encuentra protegido por medio del concepto *información clasificada*. La que se estará al alcance del público *hasta por un periodo de diez años*, o cuando dejaran de concurrir las circunstancias que motivaron la reserva (arts. 15 y ss. LAIP).

¹⁶⁷ Para detalles acerca de las interacciones que se generan entre el derecho a acceder a la información pública, como concreción del derecho a la honra, la dignidad y la privacidad con otros derechos como la libertad de expresión y pensamiento y los derechos políticos. Se recomienda consultar los capítulos 9 y 17 de este trabajo dedicados a la libertad de expresión y de pensamiento, y los derechos políticos.

Eventuales formas y modalidades de violaciones al derecho a la honra, la dignidad y la privacidad

Se debe considerar que la mención de todas las posibles formas y modalidades de violaciones a los derechos a la honra, la dignidad y la privacidad resulta una tarea de difícil cumplimiento. Sin embargo a continuación se mencionan las principales. Entre otras:

- Omisiones al principio de legalidad mediante injerencias arbitrarias o ilegales a la inviolabilidad del domicilio cometidas por agentes del estado o funcionarios públicos en el uso de potestades públicas que derivan en delitos. Las que se pueden cometer: a. Omitiendo la obligatoria orden escrita de juez competente; b. Se allana el domicilio aduciendo la persecución infraganti de delitos o delincuentes ignorando el principio de persecución actual e inmediata. Es decir ha transcurrido tiempo suficiente que no aplica a la *persecución actual e inmediata* que faculta al Constitución Política (Art. 26 Cn.); c. el domicilio se allana sin la debida justificación que se requiere en la orden judicial. La que debe mencionar el delito investigado y la motivación de la investigación.
- Allanamientos de morada sin debida orden judicial debidamente fundada y escrita. En ausencia de orden judicial, el allanamiento se realiza sin el consentimiento de los moradores. El allanamiento se ejecuta fuera del horario establecido (entre las seis de la mañana y las seis de la tarde).
- Interceptación de comunicaciones ilegales realizadas sin observar los requisitos establecidos por la legislación, en cuanto a la solicitud por autoridad expresamente facultada para ello. La interceptación se realiza para investigar delitos diferentes a los enumerados taxativamente por la ley. La interceptación se realiza sin resolución fundada, sin expresión del periodo de interceptación, sin mención del delito que se investiga, ni las razones que impulsan la investigación.
- Se intercepta comunicación entre el acusado y su defensor. Se debe tomar en cuenta que además de la violación al derecho a la privacidad de las comunicaciones, eventualmente implican serias violaciones al derecho a la defensa y la asistencia letrada.
- Además de las injerencias arbitrarias o ilegales al derecho a la inviolabilidad del domicilio, es difunde y revela el contenido de las comunicaciones interceptadas.
- Todas las demás injerencias arbitrarias o ilegales cometidas por funcionarios públicos y agentes del estado en uso de potestades públicas, constitutivas de los delitos: a. Captación indebida de comunicaciones ajenas, b. Propalación, c. Violación de secreto profesional, y d. Registros prohibidos.

- La revelación de secreto. En cuanto a las personas que participan en casos de interceptación de comunicaciones, la omisión al deber de absoluta reserva acerca del contenido de las comunicaciones interceptadas. Lo que constituye en el delito de revelación de secreto que en el caso de los funcionarios públicos, la omisión es de mayor trascendencia.
- La revelación de secretos, por medio de exponer y revelar información privada de las personas interceptada por agentes del estado en uso de facultades públicas, con el fin de castigar, tomar represalias, sentar precedentes, avergonzar, acallar a organizaciones sus representantes, grupos de personas, y/o adversarios políticos.
- Acusaciones y juicios por injurias, iniciados por funcionarios públicos o agentes del estado en contra de ciudadanos u organizaciones, con el fin de reprimir críticas en contra de su gestión o cargo, como represalias o escarmientos por denuncias originadas en la gestión y desempeño de sus cargos. En estos además de violaciones al derecho a la dignidad de las víctimas, se debe considerar también verificar otros derechos involucrados como son la independencia de la judicatura. El derecho a protección con garantías judiciales, también conocido como el derecho al debido proceso.
- Estableciendo requisitos adicionales e imposibles, no establecidos en la ley, para acceder a la información pública; La negación de la información por medio de referir al solicitante a diferentes instancias, lo que se conoce como “boleo”; Exigiendo o sugerir pago o contribución para acceder a la información pública; Exigir razón y justificación para acceder a la información pública. Negación deliberada y evidente a registros públicos en revisión “in situ” así como solicitudes escritas.
- Revelación ilegal de información privada, recolectada y almacenada en bases de datos o registros públicos.

Sugerencias para la verificación de eventuales violaciones de violaciones al derecho a la honra, la dignidad y la privacidad

Entre otras se recomienda:

- Analice el respeto de los agentes del estado a los requisitos establecidos en el art. 26 Cn., relativos a la necesaria orden de allanamiento decretada por juez competente *fundadamente y por escrito*. Establezca la existencia de la necesaria argumentación de la orden de allanamiento en relación a los delitos investigados y los fundamentos que causan la orden de allanamiento.

- En casos de allanamientos de hecho, es decir aquellos facultados por la Constitución Política (art. 26 Cn.), establezca la existencia causa o razón justificada que amerite el allanamiento de hecho conforme las excepciones del artículo mencionado.
- En aquellos casos en que ha sido aplicada la interceptación de alguna de las formas de comunicación, asegúrese que existe orden razonada autorizando tales interceptaciones, la que deberá contener la razón de la autoridad solicitante, los fundamentos en los que el juez autoriza la interceptación, el plazo por el que se autoriza la interceptación.
- Respecto a la evidencia producida por las interceptaciones, se debe tener presente que solo es admisible aquellas piezas *se estimen útiles para el descubrimiento de la verdad*, y aquellas que a juicio del acusado o su defensa se estimen útiles para su defensa. Asegúrese que las demás piezas producidas mediante la interceptación fueron destruidas, mediando autorización judicial. Recuerde que la interceptación solo es admisible para la investigación y sanción de una lista cerrada de delitos, lo que implica que no aplica para aquellos delitos no incluidos en el art. 213 CPP.
- En los casos de violación o revelación de secretos, en especial los que involucran a funcionarios públicos y agentes del estado, se debe interponer la denuncia por los delitos correspondientes.
- En cuanto a grabaciones producidas en la comunicación entre el acusado y su defensor. Siempre se debe recurrir e impugnar por ilegal, además se debe analizar la pertinencia de ampliar la verificación a eventuales violaciones y/o omisiones al derecho a la defensa y el acceso a la asistencia letrada.
- En todos los casos que existan indicios de la comisión de los delitos siguientes: Apertura o interceptación ilegal de comunicaciones; Sustracción, desvío o destrucción de comunicaciones; Captación indebida de comunicaciones ajenas; Propalación; Violación de secreto profesional; Acceso a registros prohibidos; y Acceso y uso no autorizado de información. Se recomienda interponer la denuncia a fin de activar los mecanismos internos de protección que brinda el derecho penal. En estos casos se debe prestar atención a la rapidez y eficacia de las agencias del Estado involucradas en la investigación. En forma simultánea, se recomienda verificar la tutela debida al derecho a la justicia (acceso a la justicia) así como el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar los delitos.
- En casos de injurias impulsados por agentes del Estado y/o funcionarios públicos, se debe prestar atención al interés que la acusación persigue (amedrentar, escarmentar, acallar críticas, proteger otros intereses, sometimiento o eliminación de rivales políticos). En estos casos además verificar eventuales violaciones al derecho a la honra, la dignidad y la

privacidad de las personas, también se debe verificar el derecho a juez competente, independiente e imparcial.

- En casos de obstrucción u ocultamiento de la información pública, analice los intereses que el funcionario y/o institución pública persiguen ocultando u obstruyendo el acceso a la información. Tenga en cuenta la celeridad y el periodo que la ley establece para acceder a la información. Analice los obstáculos y las cargas impuestas para acceder a la información. ¿Existen costos adicionales? ¿Ha sido la persona solicitante dirigida hacia el registro que contiene la información? O por el contrario, ¿ha sido “boleada”? ¿Se le ha pedido a las personas solicitantes que justifiquen las peticiones de información y den razones de los fines que le darán a la información pública solicitada? En los casos que se confirmen estas preguntas, rediseñar su estrategia de verificación.
- En casos de obstrucción u ocultamiento de información pública, se debe prestar atención a otros derechos afectados como son, la libertad de información, libertad de pensamiento y expresión, entre otros.

Capítulo 8. La libertad de conciencia y de religión

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 18

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Artículo 5

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

- a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia;
- b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución;
- c) Los derechos políticos, en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas;
- d) Otros derechos civiles, en particular:
 - (...)
 - vii) El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; (...)

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Artículo III. Derecho de libertad religiosa y de culto.

Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 14

El Estado no tiene religión oficial.

Artículo 29

Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de profesar o no una religión. Nadie puede ser objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar estos derechos ni a ser obligado a declarar su credo, ideología o creencias.

Artículo 69

Todas las personas, individual o colectivamente, tienen derecho a manifestar sus creencias religiosas en privado o en público, mediante el culto, las prácticas y su enseñanza.

Nadie puede eludir la observancia de las leyes, ni impedir a otros el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes, invocando creencias o disposiciones religiosas.

Ley Orgánica del Poder Judicial

Artículo 21

A través del Poder Judicial, el Estado de Nicaragua garantiza el libre e irrestricto acceso a los Juzgados y Tribunales de la República para todas las personas, en plano de absoluta igualdad ante la ley para el ejercicio del derecho procesal de acción y la concesión de la tutela jurídica.

En el ejercicio de la acción procesal únicamente se exigirá el cumplimiento de los presupuestos de capacidad para ser parte y tener capacidad procesal.

La administración de justicia en Nicaragua es gratuita. En todo caso, el cobro de aranceles por la prestación de determinados servicios judiciales deberá hacerse en la forma establecida por la ley.

Código de la Niñez y la Adolescencia

Artículo 15 (inciso b.)

Toda niña, niño y adolescente goza del derecho a la libertad, sin más restricciones que las establecidas por la Ley. Este derecho abarca, entre otros, los siguientes aspectos:

b. Creencia y culto religioso.

Artículo 50

En el proceso educativo se deberán respetar los valores culturales, artísticos, religiosos e históricos propios del contexto social de la niña, niño y adolescente y promover el acceso a las fuentes de cultura y a la libertad de creación y todos aquellos consignados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Código Penal

Artículo 427 Discriminación

Quien impida o dificulte a otro el ejercicio de un derecho o una facultad prevista en la Constitución Política de la República de Nicaragua, leyes, reglamentos y demás disposiciones, por cualquier motivo o condición económica, social, religiosa, política, personal u otras condiciones, será sancionado con pena de prisión de seis meses a un año o de trescientos a seiscientos días multa.

Artículo 428 Promoción de la discriminación

Quien públicamente promueva la realización de los actos de discriminación, señalados en el artículo anterior, será penado de cien a quinientos días multa.

Breve reseña del derecho a la libertad de conciencia y libertad religiosa

El derecho a la libertad de conciencia y libertad religiosa en el derecho internacional de los derechos humanos

El sistema de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas delinea el derecho a libertad de conciencia y de religión en forma amplia. En este sistema de protección se construye en

forma amplia y lo forja a partir de tres elementos como son el derecho de pensamiento, de conciencia y religión.

En este sistema el derecho internacional de los derechos humanos presenta una marcada influencia del artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece que toda persona tiene derecho a la *libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*. Derecho que sería retomado con el mismo contenido por el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta influencia se observa en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas entre los que se mencionan el artículo 5.d.vii. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que establece mecanismos de protección contra la discriminación, por medio de asegurar entre otros, el derecho a la *libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*. Influencia similar acusa la Convención sobre los Derechos del Niño, que mediante el artículo 14 establece como *derecho del niño* a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Los elementos principales por los que se construye el derecho a libertad de pensamiento, conciencia y religión en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son: a. Conviven en forma y en el mismo artículo un grupo de derechos: derecho a libertad de pensamiento, derecho a libertad de conciencia y a la libertad religiosa; b. Se adhieren como derechos, aquellos derechos que implican la práctica del derecho pensamiento, conciencia y religión, entre los que se incluyen, el derecho a cambiar de religión o creencias religiosas, el derecho a manifestar sea en público o en privado las creencias religiosas, el derecho a la práctica individual y colectiva de ritos y celebraciones religiosas, y el derecho a acceder a la enseñanza religiosa de cualquier elección; c. La prohibición de *medidas coercitivas* en contra de cualquier persona que ha adoptado o cambiado de religión o de creencias religiosas; d. No es un derecho absoluto e ilimitado, sino que se encuentra delimitado por valores supremos establecidos de previo por el derecho internacional de los derechos humanos.

A pesar que el PIDCP establece el contenido material del derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y religión, en forma simultánea también fija los límites de este derecho. Los que *únicamente* aquellos establecidos en la ley para la protección de *la seguridad, el orden, la moral o la salud pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás*. El establecimiento de límites al derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión, por medio de identificar valores protegidos que sirven de frontera y mecanismos de protección a una teórica e ilimitada libertad religiosa y de conciencia, permite proponer que el ejercicio de este derecho se encuentra limitado por los derechos de los demás. De esta forma se puede afirmar que tanto la libertad de conciencia, de pensamiento y religión no son ilimitados, por el contrario el derecho internacional de los derechos humanos se ha encargado de identificar su contenido material, y al mismo tiempo ha establecido sus fronteras y límites.

En el sistema americano de protección de derechos humanos la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo III establece el derecho de todas las personas a la profesar, manifestar y practicar libremente sus creencias religiosas, sea en público como en privado. Será en el año de 1969 la Convención sobre Derechos Humanos establece el derecho a la libertad de conciencia y religión. Estableciendo una ruptura con los instrumentos internacionales anteriores, y marcando la diferencia en la forma con la que el sistema de Naciones Unidas había acuñado el derecho a la libertad de conciencia, religión y conciencia.

La novedad de la CASDH radica en que esta hace la diferencia entre el derecho a la libertad de conciencia y religión del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Estableciendo de esta forma una separación de ámbitos y contenidos más especializada, la que permite una mejor comprensión del contenido material de ambos grupos de derechos. En el primer grupo estos giran en torno a la religión, mientras que en el segundo grupo de derechos se fundamentan en la razón humana. La CASDH establece el derecho a la libertad de conciencia y religión en el artículo 12 CASDH, que en cuanto a libertad de conciencia y religión retoma lo fundamental lo establecido por el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión es desarrollado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho a la libertad de conciencia y religión en la legislación nicaragüense

La legislación nacional acusa un limitado desarrollo del derecho a la libertad de conciencia y religión. El Estado nicaragüense acoge el principio de laicidad estatal establecido en el artículo 14 Cn., por su parte el artículo 29 de la Constitución Política se inspira en la tradición del sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, construye este derecho a partir de los tres elementos: *pensamiento, conciencia y religión* en la tradición de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo los límites de este derecho que con posterioridad fueron identificados, no se encuentran presentes en el texto constitucional. Irradiando esta omisión a todo el ordenamiento normativo del país. De esta forma la norma constitucional solo incorpora uno de los fundamentos que conforman este derecho. Los límites a éste derecho identificados con posterioridad se encuentran ausentes en el enunciado constitucional.

La generalidad que integra el artículo 29 Cn., al incorporar ámbitos tan disímiles como son la libertad de pensamiento, la conciencia y la religión, la Constitución Política incorpora la novedad que introduce la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al separar e identificar en ámbitos independientes, estableciendo en forma independiente, por un lado el derecho a la libertad de conciencia y religión (art. 12 CASDH); y por el otro el derecho a libertad de pensamiento (art. 13 CASDH). Acierto que la Constitución Política lo retoma en el artículo 30 Cn., que será desarrollado en capítulo adelante. Sin embargo ello propone una carga repetitiva en cuanto al derecho a la libertad de pensamiento, puesto que este se establece tanto en el artículo

29 como en el artículo 30 de la Constitución Política. Ello plantea una nota de obsolescencia en cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento establecida en el artículo 29 Cn., puesto que su contenido moderno es desarrollado en el artículo inmediato siguiente del texto constitucional.

En cuanto a la ausencia de límites para el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia y de religión, el artículo 69 Cn., establece un principio general por el que se declara que el cumplimiento de la ley, el cumplimiento de deberes y el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, no pueden ser obstaculizados, ni menoscabados *invocando creencias o disposiciones religiosas*, que se fundamenta en el principio del Estado laico establecido en el art. 14 Cn. Lo que deriva en una garantía de tutela de los derechos de los demás, protegidos en contra de invasiones fundadas en razones religiosas.

Sin embargo por su naturaleza principal, requiere de normas desarrollo. Las que aun no han sido emitidas. Lo que pone en evidencia nuevamente el limitado alcance efectivo de esta pretendida garantía.

Una norma especializada como es el Código de la Niñez y la Adolescencia incorpora el derecho a la libertad de conciencia y religión, estableciendo en forma escueta como derecho de los niños, niñas y adolescentes el derecho a la creencia y culto religioso. En este cuerpo normativo destaca la remisión a la ley como único límite, sin que ello implique enumerar las limitaciones a este derecho que estableció el derecho internacional de los derechos humanos como son la protección de la *seguridad, el orden, la moral o la salud pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás*, limitaciones que fueron establecidas en el año 1989 en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ante el escaso desarrollo que el derecho a la libertad de conciencia y libertad religiosa que acusa el derecho nicaragüense, conviene aludir un principio general del derecho internacional de los derechos humanos, que ha sido retomado en el ordenamiento nacional, como es el principio de igualdad, por el que el derecho a la libertad de conciencia y de religión puede ser invocado. El principio de igualdad se establece en dos normas nacionales, que permiten construir en forma negativa este derecho. En primer lugar se menciona el principio de igualdad al que remite el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al establecer el derecho a la justicia y la protección judicial en *absoluta igualdad* para todas las personas. En segundo lugar por medio el derecho a la protección contra la *discriminación* que establecen los artículos 427 y 428 del Código Penal.

La construcción general del derecho a la libertad de conciencia y de religión, en líneas arriba mencionada, faculta el principio de igualdad establecido en ambos cuerpos normativos. Lo que pone en evidencia una coincidencia, en ambos cuerpos normativos el principio de igualdad, presume como consecuencia el derecho a igual protección de la ley para todas las personas sin

discriminación alguna. Consecuencia de suma importancia para la protección de ámbitos tan sensibles como son la conciencia individual y la religión.

El contenido del derecho a la libertad de conciencia y de religión

Identificar el contenido del derecho a la libertad de conciencia y libertad religiosa, engendra un arduo desafío, puesto que en este confluyen diversas creencias y valores que han estado sometidos a profundos y tensos debates desde la antigüedad. Elementos religiosos, políticos, sociales, adquieren diversas magnitudes y se tornan controversiales al momento de identificar el contenido ulterior sobre el que este derecho se construye.

Conviene identificar algunos de los argumentos más acuciantes que giran en este debate, por un lado está el lugar cimero e influyente en el que la sociedad ha ubicado a la divinidad, en segundo lugar los roces que este derecho engendra con otros derechos, y algunas prerrogativas de origen divino que se asocian a este derecho, esgrimidas como derechos infalibles de algunos sectores o grupos involucrados en este debate, y en tercer lugar, el lugar predominante en el que la sociedad moderna ubica a los individuos como receptores de derechos y deberes.

En el modelo de derechos que estableció la Declaración Universal de Derechos Humanos, que asigna derechos a las personas, el derecho a la libertad de conciencia y libertad religiosa, parte de la premisa que los individuos son los que cuentan con la potestad personalísima de creer o no en la divinidad. Les asiste el derecho a tener o no, mediante su *elección* soberana, la religión o las creencias que estos consideren convenientes. Lo que también deriva el derecho a cambiar y profesar la religión de la conveniencia de cada persona. En segundo lugar, cabe introducir y recordar el derecho que asiste a las personas a no ser coaccionadas para creer en divinidad alguna, o por el contrario a dejar de creer y adoptar otra religión u otras creencias. Lo que implica que lo que prevalece en esta dimensión es el derecho de las personas a creer o no en la divinidad. Conforme a su propia voluntad, elección y juicio.

En tercer lugar, el papel que corresponde jugar al Estado debe estar siempre en armonía con la premisa que establece y reconoce el derecho soberano de las personas a creer o no en la divinidad de su elección. Este último argumento, pone en evidencia los siguientes argumentos, a. Es inadmisibles ejercer medidas coercitivas que menoscaben o atenten contra la *libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias* de elección de las personas, ello plantea la garantía del Estado laico, es decir el Estado no puede tomar preferencias en materia religiosa; b. La prohibición de medidas coercitivas que atenten contra el derecho a la libertad de conciencia y de religión, impone al Estado el deber de protección para aquellos cuyos derechos han sido violentados. En este contexto los derechos de las minorías religiosas se tornan un aspecto muy sensible y relacionado con el Estado de derecho moderno y democrático.

En último lugar, corresponde al Estado, salvaguardar y proteger los límites que se establecen para este derecho. En la actualidad el derecho a la libertad de conciencia y libertad religiosa no es ilimitado y absoluto, por el contrario se encuentra delimitado por valores principales como son la *seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás*. Correspondiendo al Estado su tutela y protección, con el fin de que estos principios no sean rotos en detrimento de los derechos de las demás personas.

El derecho a la libertad de conciencia y libertad religiosa, se construyen a partir del derecho soberano de las personas a creer o no en la divinidad de su elección y conveniencia. Protegiendo a las personas de la imposición creencias o de religiones. En segundo lugar, corresponde al estado, proteger a las personas contra las *medidas coercitivas* que atenten contra el derecho a la libertad de conciencia y la libertad religiosa, sean infringidas estas por personas naturales, corporaciones de cualquier naturaleza, y del Estado mismo. Además corresponde al Estado proteger y asegurar, que los principios sobre los que este derecho se construye la *seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás*, sean observados por todos sin excepciones. A guisa de conclusión se puede afirmar, que en el derecho a la libertad de conciencia y libertad religiosa, corresponde a las personas creer o no en la divinidad de su elección, a practicar o no religión alguna, mientras que corresponde al Estado proteger los valores principales sobre los que se construye la convivencia democrática y civilizada, que son necesarios como garantías al derecho a creer en la divinidad o no, a practicar o no religión alguna.

Mecanismos internos de protección del derecho a la libertad de conciencia y de religión

Dos mecanismos internos de carácter general existen y se encuentran disponibles ante eventuales omisiones del derecho a la libertad de conciencia y libertad religiosa. En primer lugar el Recurso de Amparo establecido en el artículo 188Cn. y desarrollado en los artículos 23 y siguientes de la Ley de Amparo. Es considerado como mecanismo de control constitucional y de tutela de los derechos individuales de todas las personas. Este recurso funciona contra toda *acción u omisión* de cualquier oficial que ejerce funciones públicas que viole o trate de violar los derechos que establece la Constitución Política entre los que se ubican el derecho a la libertad de conciencia y libertad religiosa.

En segundo lugar, el derecho penal por medio de los artículos 427 y 428 del Código Penal, permiten sancionar la discriminación, considerada esta como impedir o dificultar *por cualquier motivo o condición económica, social, religiosa, política, personal u otras condiciones* el ejercicio de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico. En tercer lugar cabe mencionar la diferencia que proponen ambas normas, por un lado la norma constitucional es un mecanismo interno de protección en sí mismo, puesto que aspira a proteger a las personas de actuaciones dañosas provenientes de cualquier persona que ejerce funciones públicas, sean estas consumadas o eventuales en forma de amenazas. Por su parte el Código Penal únicamente puede ser invocado ante hechos consumados, que por su naturaleza eventualmente son constitutivos de delito, por lo

que la legislación en este caso, solo ofrece la posibilidad retributiva ante un hecho consumado. Lo que propone procedimientos independientes, en el primer caso se requiere invocar el derecho constitucional y la disposición, acto o resolución dañosa, mientras que en el caso del derecho penal, este implica activar el proceso penal por medio de la acusación penal.

En síntesis, los mecanismos internos de protección del derecho a la libertad de conciencia y libertad religiosa: son limitados, tomando en cuenta el escaso desarrollo que estos tienen en la legislación nicaragüense. Ello pone en evidencia la necesidad de profundizar su desarrollo, y poner al alcance de las personas adecuados mecanismos internos de protección de estos derechos.

Patrones y modalidades de violaciones del derecho a libertad de conciencia y de religión

- Medidas coercitivas ejercidas en contra de personas que se rehúsan a ser parte de religión, secta o denominación religiosa. En sentido contrario, también se consideran como modalidades de violación a este derecho, medidas coercitivas en caminadas a forzar a una persona a pertenecer o abandonar, religión, secta, o denominación religiosa.
- El ejercicio institucional de prácticas religiosas y confesionales realizadas en las instituciones públicas, asumidas como religión oficial por parte de los funcionarios públicos. En este sentido se ubican los patronazgos. Se debe tener en cuenta que la subordinación institucional que caracteriza al Estado no obliga a los funcionarios a practicar la religión oficial.
- Cualquier acto, norma o ley encaminada a forzar declaraciones o admisiones de creencias religiosas, o la pertenencia a religión o creencia religiosa determinada.
- Actos discriminatorios o represalias originadas en creencias religiosas o la práctica de culto religioso. Así mismo la discriminación y represalias por haber renunciado a práctica religiosa o dejar de pertenecer a alguna religión.
- Cualquier medida, norma o acto que otorga prebendas o preferencias a los miembros de religiones o sectas específicas, detrimento de las demás. Por el contrario, se considera como modalidad de eventuales violaciones de este derecho, a cualquier acto, norma, o ley que discrimine a las personas en razón de sus creencias religiosas.
- La asistencia forzada y obligatoria a ritos o prácticas religiosas, sin contar con el asentimiento o autorización expresa de los asistentes a los ritos o prácticas religiosas.
- Cualquier acción u omisión que menoscabe el derecho prevalente de los padres, guardianes o tutores, a determinar la educación religiosa de sus hijos, o menores bajo su custodia; ello incluye la participación autorizada y voluntaria en ritos y prácticas religiosas.

- En el caso de las personas privadas de libertad, la evangelización selectiva, brindando preferencia a ciertas religiones, las que se ven forzadas a participar en ritos o prácticas religiosas extrañas a sus creencias.
- El establecimiento de condiciones, declaraciones o adhesiones a cualquier religión, como requisito para acceder a cualquier servicio público.
- En el caso de los miembros de las fuerzas armadas y miembros de instituciones jerarquizadas, se constituye en modalidad de violaciones, la imposición de prácticas religiosas, sin que medie la voluntad expresa de las personas que participen de estas prácticas o ritos religiosos, considerados como practicas institucionales.
- Las represalias ejercidas en las instituciones del Estado en contra de las personas que no practican la religión oficial, o no pertenecen a la religión oficial. Sean estos usuarios de las instituciones públicas o funcionarios de estas.
- La enseñanza religiosa en las escuelas públicas, así como la promoción de ritos, prácticas y creencias religiosas en la enseñanza pública. En estos casos los principios a respetar, entre otros son: el Estado laico que presume la Constitución Política, el derecho de todas las personas a creer o no en religión determinada.
- La omisión del deber estatal de protección ante denuncias sometidas a las instituciones públicas, en especial la administración de justicia, en razón de eventuales *medidas coercitivas que puedan menoscabar la libertad de tener o de adoptar* la religión o las creencias de elección de las personas.
- El uso y la ostentación de símbolos, imágenes o frases de contenido religioso en instituciones públicas. En particular las declaraciones de funcionarios estatales adhiriendo creencias religiosas haciendo uso de su posición para privilegiar sus creencias religiosas por encima de las de los demás, en omisión del principio del Estado laico que pregonan la Constitución Política.

Sugerencias para la verificación del derecho a la libertad de conciencia y de religión

- Entreviste a las eventuales víctimas a fin de conocer, si a estas se les brindó la oportunidad de participar o no en la ceremonia, acto o rito religioso denunciado.
- Entreviste a los funcionarios o personas que ejercen funciones públicas, y se les señala de promover y proteger creencias religiosas determinadas en las instituciones públicas. Establezca la relación de ascendencia y subordinación de estas personas, a fin de identificar las prácticas religiosas promovidas y protegidas en el ámbito estatal, que conforman el patrón de religión oficial.

- En los casos de imposición de creencias religiosas en las escuelas públicas o en el sistema de enseñanza pública, entreviste a los padres familia afectados.
- Identifique y entreviste a los funcionarios públicos señalados, a fin de conocer, si su participación en ritos o creencias religiosas practicadas en las instituciones públicas, es a título personal, o es una práctica admitida y promovida por la estructura jerárquica institucional.
- En los casos de las personas privadas de libertad, se debe entrevistar a estas a fin de conocer si sus derechos voluntario a participar o no fueron debidamente protegidos por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Entreviste a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, a fin de conocer la política institucional en cuanto a la participación y práctica religiosa de las personas privadas de libertad.
- En casos de represalias o prácticas discriminatorias originadas en ritos o prácticas religiosas, entreviste a las personas afectadas, a fin de conocer e identificar los actos procedimientos discriminatorios. En el mismo sentido, se aconseja entrevistar a los funcionarios señalados, a fin de conocer el acto, la norma o el reglamento que justifica la alegada práctica discriminatoria o medida de coerción empleada.
- En casos de recursos o causas en trámite, originadas en demandas de protección del derecho a la libertad de conciencia y de religión: acceda al expediente, entreviste a las partes en proceso, identifique el entorno, establezca si existen afirmaciones previas que atentan contra el Estado no confesional que rige en las instituciones públicas. Establezca si existen actos u omisiones previas encaminadas a promover o proteger ritos, o prácticas religiosas determinadas por el Juez o Magistrado de la causa.

Capítulo 9. Libertad de pensamiento y expresión

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 19

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 18 (numeral 1)

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
(...)

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:
 - a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
 - b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo IV. Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión.

Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 29

Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de profesar o no una religión. Nadie puede ser objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar estos derechos ni a ser obligado a declarar su credo, ideología o creencias.

Artículo 30

Los nicaragüenses tienen derecho a expresar libremente su pensamiento en público o en privado, individual o colectivamente, en forma oral, escrita o por cualquier otro medio.

Artículo 66

Los nicaragüenses tienen derecho a la información veraz. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, ya sea de manera oral, por escrito, gráficamente o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Artículo 67

El derecho de informar es una responsabilidad social y se ejerce con estricto respeto a los principios establecidos en la Constitución. Este derecho no puede estar sujeto a censura, sino a responsabilidades ulteriores establecidas en la ley.

Artículo 68

Los medios de comunicación, dentro de su función social, deberán contribuir al desarrollo de la nación.

Los nicaragüenses tienen derecho de acceso a los medios de comunicación social y al ejercicio de aclaración cuando sean afectados en sus derechos y garantías.

El Estado vigilará que los medios de comunicación social no sean sometidos a intereses extranjeros o al monopolio económico de algún grupo. La ley regulará esta materia.

La importación de papel, maquinaria y equipo y refacciones para los medios de comunicación social escritos, radiales y televisivos, así como la importación, circulación y venta de libros, folletos, revistas, materiales escolares y científicos de enseñanzas, diarios y otras publicaciones periódicas, estarán exentas de toda clase de impuestos municipales, regionales y fiscales.

Los medios de comunicación públicos, corporativos y privados, no podrán ser objeto de censura previa. En ningún caso podrán decomisarse, como instrumento o cuerpo del delito, la imprenta o sus accesorios, ni cualquier otro medio o equipo destinado a la difusión del pensamiento.

Artículo 125 (último párrafo)

Se garantiza la libertad de cátedra. El Estado promueve y protege la libre creación, investigación y difusión de las ciencias, la tecnología, las artes y las letras, y garantiza y protege la propiedad intelectual.

Ley de Emergencia

Artículo 10 (inciso 3)

El Presidente de la República cuando hayan sido suspendidos los respectivos derechos y garantías constitucionales, en los casos que así lo demande la seguridad de la nación, podrá ejercer por sí o por medio de las autoridades en quienes deleguen, las siguientes facultades:

3. Suspender las transmisiones radiales o televisivas, proyecciones de cines, videos o representaciones teatrales, órganos impresos o escritos y cualquier otro medio de comunicación colectiva, cuando ello fuere necesario para el mantenimiento del orden público y la seguridad de la nación. La duración de la suspensión será por el tiempo que juzgue necesario.

Ley Electoral

Artículo 90

Durante la campaña electoral para Presidente y Vicepresidente de la República, tanto para la primera y segunda elección si la hubiere y para Diputados ante la Asamblea Nacional y para el Parlamento Centroamericano, el uso de los medios de comunicación se regulará así:

1) El Consejo Supremo Electoral a los partidos políticos o alianzas de partidos que presenten candidatos garantizará:

1.1. Treinta minutos diarios en cada canal de televisión estatal.

1.2. Cuarenta y cinco minutos diarios en cada una de las radioemisoras estatales.

Estos tiempos se distribuirán entre los partidos políticos o alianzas por partes iguales.

Los partidos políticos o alianzas de partidos podrán usar el tiempo que les corresponde de una sola vez o distribuido durante la semana. Al efecto, presentarán su propuesta de calendarización y horarios de programas al Consejo Supremo Electoral, que después de analizarlos, tomando en cuenta la programación de los canales de televisión estatal y de los medios radiales, elaborará el calendario y horario final, procurando la equidad en la distribución de los tiempos radiales y televisivos.

2) El Consejo Supremo Electoral garantizará a los partidos políticos o alianzas de partidos que tengan candidatos inscritos, el derecho de contratar para su campaña electoral espacio en los medios de comunicación privados.

3) Globalmente no se podrá dedicar al día a propaganda electoral más de:

3.1. Treinta minutos en cada canal de televisión.

3.2. Cuarenta y cinco minutos en cada radioemisora.

3.3. Dos páginas enteras en cada diario.

Ningún partido o alianza podrá contratar más del 10% de tiempo o espacio permitido en las radios y en los canales de televisión.

4) Los canales de televisión estatales y privados y las diversas radioemisoras, presentarán en un plazo determinado sus proyectos de tarifas al Consejo Supremo Electoral, quien establecerá las mismas y no podrá exceder su valor del precio fijado en los tiempos ordinarios.

Cada partido o alianza deberá pagar los costos de producción y realización de sus programas.

5) Para proteger a las empresas nacionales la producción y realización de los programas de radio y televisión se deberán hacer en el país, pero si las condiciones no lo permiten, podrán hacerse en el extranjero. El Consejo Supremo Electoral decidirá sobre esta imposibilidad, previo dictamen de los organismos técnicos correspondientes.

Artículo 91

Para las elecciones de Alcaldes, Vicealcaldes, y de los Concejales Municipales, el Consejo Supremo Electoral garantizará a cada uno de los partidos políticos o alianzas de partidos:

- 1) Quince minutos diarios en cada una de las radioemisoras estatales que no alcancen cobertura nacional, en aquellas circunscripciones que hubiesen inscrito candidato.
- 2) Diez minutos diarios en cada una de las radioemisoras estatales con cobertura nacional y tres minutos en cada canal de televisión estatal, al cierre de su campaña.

Para efectos de determinar la cobertura de las radioemisoras, el Consejo Supremo Electoral realizará una clasificación de las mismas.

Artículo 92

En la campaña electoral de los Consejos Regionales de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, el Consejo Supremo Electoral garantizará a los partidos políticos o alianzas de partidos:

- 1) Veinte minutos diarios en cada una de las radioemisoras estatales de las regiones autónomas.
- 2) Cinco minutos diarios en cada una de las radioemisoras estatales con cobertura nacional y en los canales de televisión estatales para la apertura y cierre de la campaña electoral.

La libre contratación no podrá exceder de los tiempos señalados.

Estos tiempos se distribuirán entre las entidades políticas en partes iguales. En ningún caso el tiempo radial mínimo podrá ser inferior a tres minutos por semana, aunque se exceda del tiempo total garantizado.

Artículo 93

Las disposiciones sobre los medios radiales y televisivos relacionados con la distribución del tiempo, el procedimiento para la elaboración del calendario, horario, pago y fijación de las tarifas,

se aplicarán en las elecciones municipales y los Consejos Regionales de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica.

Artículo 94

La realización simultánea de dos o más formas de elección no produce efectos acumulativos en los tiempos establecidos en los artículos anteriores. Se utilizará la alternativa que ofrezca mayor cantidad de tiempo.

Legislación de desarrollo

La libertad de expresión y pensamiento se encuentra regulada en un conjunto disperso de normas de desarrollo. Entre las principales se mencionan:

- Ley Orgánica del Poder Judicial
- Código Penal
- Código Procesal Penal
- Código de la Niñez y Adolescencia
- Ley General de Telecomunicaciones y Servicios Postales
- Ley de Participación Ciudadana
- Ley de Acceso a la Información Pública
- Ley Creadora del Colegio de Periodistas de Nicaragua
- Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales
- Ley General de Salud
- Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos
- Ley de Medicamentos y Farmacias
- Ley de Justicia Tributaria y Comercial
- Ley de Promoción de los Derechos Humanos y de la Enseñanza de la Constitución Política
- Ley de Promoción, Protección y Defensa de los Derechos Humanos ante el Sida.

La abundante regulación normativa que el derecho a la libre expresión y pensamiento, hace difícil su codificación, puesto que el conjunto normativo lo componen un conjunto disperso de normas diluidas en normas de diverso objeto, contenido y sistema de fuentes. Esta particularidad sugiere un grupo de parches variopintos y de diversa factura, lo que no favorece el análisis del sistema normativo que regula la libertad de expresión y pensamiento. Esta situación se agrava tomando en cuenta que, en la actualidad no existe una Ley General de Medios de Comunicación. En Nicaragua, la última ley que regulaba la actividad de los medios de comunicación fue derogada en el mes de Abril de 1990¹⁶⁸.

¹⁶⁸ RothsschuhVillanueva, Guillermo. Estado de la Libertad de Expresión en Nicaragua (2007 – 2008). Observatorio de Medios de Comunicación. Centro de Investigación de la Comunicación (CINCO). Managua, 2009. p. 12.

Breve reseña de la libertad de expresión y de pensamiento y su contenido

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La libertad de expresión se encuentra asociada y convive en íntima armonía e interdependencia con la libertad de pensamiento y el derecho a acceder a la información. Lo que forma una trilogía de derechos y libertades que conviven en permanente *interdependencia* e interacción, en donde la existencia o ausencia de alguna de estos derechos condiciona y determina la existencia y observancia de los demás. La libertad de expresión y de pensamiento se encuentra reconocida en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto en el Sistema de las Naciones Unidas (Declaración Universal de Derechos Humanos: arts. 18 y 19; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: arts. 18 y 19), como en el Sistema Americano de Derechos Humanos (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: art. IV; Convención Americana sobre Derechos Humanos: art. 13).

Conforme el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), el derecho a la libertad de expresión *comprende* la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. Derecho que por su contenido y ejercicio se encuentra delineado en dos dimensiones, una personal que establece que su ejercicio requiere observar los derechos y la reputación de los demás, y una dimensión colectiva, la que establece como límites del derecho a la libre expresión los siguientes: la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Lo que propone que el ejercicio del derecho a la libre expresión no es un derecho ilimitado, sino que su ejercicio cuenta con límites establecidos de antemano por el derecho internacional de los derechos humanos.

En cuanto al derecho a la libertad de pensamiento, la DUDH como el PIDCP le reconocen un contenido específico, asociado a la libertad de conciencia y religión que *incluye* la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia (art. 18 DUDH). Es la Convención Americana sobre Derechos Humanos el instrumento que establece el contenido común de la libertad de expresión y la libertad de pensamiento, por medio de la siguiente fórmula “Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección” (art. 13.1. CADH).

Al identificar la estrecha interacción que existe entre el derecho a la libre expresión y el libre acceso a la información Daniel O’Donnell señala:

“La libertad de expresión comprende no sólo el derecho a difundir informaciones e ideas, sino también la libertad de investigación y el derecho a “recibir” información y

opiniones. La doctrina reconoce otro derecho que surge de la interacción entre el derecho de investigar y el de participar en la gestión de los asuntos públicos, que es el derecho a tener acceso a la información que obra en los archivos del Estado y de las instituciones públicas¹⁶⁹”.

El derecho al acceso a la información tiene efectos en la vida privada de las personas como información de interés público, cuyas implicaciones tienen alcances en el derecho a la intimidad y honra, como en la dimensión pública como es el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos. Ampliando en ese sentido O'Donnell plantea:

“El derecho del individuo a tener acceso a la información contenida en archivos y bancos de datos tiene dos aspectos: el derecho de acceso a información de interés público que se encuentra en archivos públicos, mencionado arriba, y el derecho del individuo a obtener la información que sobre sí mismo se encuentra en bancos de datos públicos y privados¹⁷⁰”.

Lo que pone en evidencia la íntima interacción del derecho a la libre expresión, la libertad de pensamiento y el derecho a acceder a la información pública. Lo que reafirma una de las características de los derechos humanos como es la *interdependencia*, puesto que se considera que se encuentran en permanente interacción y relación con otros derechos.

La libertad de expresión y de pensamiento además de estar regulada en los cuatro principales instrumentos de derechos humanos arriba citados: DUDH, PIDCP, DADDH y la CASDH; también este derecho se encuentra establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y el Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo.

Libertad de expresión y pensamiento en la legislación nacional

El derecho a la libre expresión, libertad de pensamiento y el acceso a la información en la Constitución Política

El derecho a la libre expresión y libertad de pensamiento, se encuentran establecidos en la Constitución Política de Nicaragua, la que los Recepiona del derecho internacional de los derechos humanos y los introduce en el sistema normativo nacional. La libertad de expresión, su contenido es retomado del artículo 19 PIDCP y reconocida en el artículo 66 de la Constitución Política como el *derecho a la información*, que comprende “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, ya sea de manera oral, por escrito, gráficamente o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

¹⁶⁹ O'Donnell, Daniel. Op. Cit. Vol. III, p. 662.

¹⁷⁰ Idem.

Los principales instrumentos internacionales de derechos humanos han asociado a la libertad de pensamiento a otros derechos como son la libertad de conciencia y religión (DUDH y PIDCP). Sin embargo la Constitución Política hace una adecuada diferencia entre estos, desarrollando el derecho a la libertad de pensamiento en dos normas. En primer lugar la Constitución Política, a tono con la normativa internacional de derechos humanos clásica que asocia a la libertad de conciencia y la religión, esta establece como derecho de todas las personas el *derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de profesar o no una religión*. “Nadie puede ser objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar estos derechos ni a ser obligado a declarar su credo, ideología o creencias” (art. 29 Cn.). A continuación en el artículo 30 la Constitución Política establece para todas las personas el *derecho a expresar libremente su pensamiento*, “en público o en privado, individual o colectivamente, en forma oral, escrita o por cualquier otro medio’.

En cuanto al derecho a la información, la Constitución Política lo establece en el artículo 66 Cn. y lo construye como el *derecho a la información veraz*, cuyo contenido es “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, ya sea de manera oral, por escrito, gráficamente o por cualquier otro procedimiento de su elección”

Adicionalmente, dos normas constitucionales relativas a la libertad de expresión y de pensamiento merecen ser mencionadas. En primer lugar, la prescripción de la censura previa a los medios de comunicación, lo que plantea el ejercicio soberano de divulgación de información y amplia libertad de expresión, protegida de la censura estatal por medio del artículo 68 in fine de la Constitución Política que establece los medios de comunicación públicos, corporativos y privados, *no podrán ser objeto de censura previa*. En segundo lugar, un componente indispensable de la libertad de pensamiento lo constituye la ausencia de censura y prohibiciones al pensamiento en las cátedras universitarias, en ese sentido la Constitución Política reconoce como garantía la libertad de cátedra, al establecer que *se garantiza la libertad de cátedra* (art. 125 Cn.).

Lo anterior deriva e implica que en Nicaragua se encuentra proscrita cualquier forma de control o imposición al pensamiento académico, sea científico, artístico o espiritual. Lo que tiene como consecuencia que están prohibidas cualquier forma de represión o discriminación a partir del pensamiento académico, construido, emitido, creado o compartido en las cátedras del país. Ello pretende proteger y salvaguardar la diversidad de corrientes de pensamiento, cosmovisiones, ideas y creencias sobre la que se construye la sociedad democrática.

La legislación de desarrollo y las paradojas de los medios de comunicación

Ante la ausencia de una Ley General de Medios de Comunicación, la normativa que regula el derecho a la libre expresión y libertad de pensamiento en Nicaragua se encuentra contenido en un conjunto disperso de normas de desarrollo. Lo que dificulta fijar su contenido material, y facilita la doble paradoja a la que se encuentran sometidos los medios de comunicación en Nicaragua.

En primer lugar, al concebirse a los medios de comunicación *como actores políticos*, surge la *tentación de sustituir* a estos. Ello tiene como consecuencia, una alta hipersensibilidad a cualquier intento de regulación a los medios de comunicación. La historia de represión y autoritarismo que ha vivido el país en las últimas décadas, brinda argumentos de libertad y democracia como divisas de los medios de comunicación. Sin embargo ello conlleva el riesgo de excesos en la interpretación del rol de interlocución política que corresponde realizar a los medios de comunicación, y derivar en una función de comunicación política y social en *exceso beligerante*, en la que los ciudadanos y la opinión pública cuentan con poderes disminuidos¹⁷¹.

La segunda paradoja, se esboza en la función legitimadora del poder que ejercen los medios de comunicación, por medio de las funciones intermediación e interlocución propia de los medios de comunicación. Lo que convierte a estos en objeto de dominación y control por parte del poder político u otros poderes facticos, que genera la perenne y permanente tentación para *atraer a los medios* de comunicación hacia las posiciones del gobierno de turno. Situación que eventualmente facilitaría a este un control más cómodo de la función de legitimación que realizan los medios de comunicación, facilitando así el ejercicio del poder¹⁷². Sin embargo en el caso de Nicaragua esta lucha permanente por el control de los medios de comunicación, lejos de propiciar la domesticación de los medios, ha fortalecido el rol de los medios de comunicación *como actores políticos*, con niveles de legitimación y aceptación mayor que la aspirada por los gobiernos mismos.

La discusión política arriba expuesta, ha incidido directamente en la ausencia de un marco normativo moderno de la libertad de expresión, la alta politización que este ámbito de la vida nacional presenta no permite en la actualidad generar el debate hacia una ley de medios de comunicación. Como consecuencias de esta ausencia se pueden sintetizar los siguientes aspectos que inciden en el marco normativo de desarrollo de los medios de comunicación:

- La desconfianza generalizada no favorece el debate acerca de la legislación normativa de los medios de comunicación, por considerar que esta se presta a convertirse en mecanismo de control estatal de la función de comunicación social. La que eventualmente sería subordinada y controlada arbitrariamente por el gobierno.
- Los ciudadanos y la opinión pública, se ven afectados en cuanto a ciertos abusos cometidos en aras de la libertad de expresión y libertad de comunicación que ejercen los medios de comunicación. Temas como el derecho a la privacidad, la diferencia entre vida pública y privada (invasión de la privacidad), el derecho a la presunción de inocencia, derechos de la niños y las víctimas de delitos o catástrofes a no ser expuestos en

¹⁷¹ Chamorro, Carlos F. El Poder de la Prensa entre el Mercado y el Estado. Informe el Estado de la Región, PNUD, 2002; p. 30.

¹⁷² Montenegro, Sofia. Los Medios de Comunicación como actores políticos en Nicaragua. Centro de Investigaciones de la Comunicación (CINCO). Managua, 2007; p. 214.

público, la necesaria protección de la identidad de los agentes encargados de hacer cumplir las leyes, para mencionar algunos, han sido afectados y omitidos por los medios de comunicación. Sin ninguna forma de recurso por los afectados, ni retribución para las víctimas.

- En tercer lugar se ubican el conjunto de derechos que tienen los comunicadores sociales, que ante la ausencia de un marco normativo apropiado, ejercen sus profesiones en arenas movedizas con fronteras y límites difusos. Ello no facilita la identificación de mecanismos internos de protección del ejercicio de la profesión, tanto en la dimensión pública, como en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos.

Como telón de fondo a esta compleja madeja de interacciones: ciudadanos, medios de comunicación y el poder en general, se encuentra la fragilidad institucional y la *debilidad generalizada del Estado de derecho* que aqueja al país¹⁷³. Las instituciones a las que corresponde mediar los conflictos, por medio de asignaciones autoritarias de valores, se encuentran sumidas en la incertidumbre de sus propias debilidades institucionales. En este cuadro, ocupa un lugar especial la administración de justicia vulnerable, frágil, endeble y sometida a los designios de quien ejerce el poder. Lo que propone como hipótesis de trabajo el fortalecimiento de los derechos humanos y las instituciones democráticas: derecho a la justicia, transparencia y rendición de cuentas de la función pública, derecho a participar e igualdad de oportunidades en la función pública así como el derecho a participar en elecciones libres y auténticas. Así derechos humanos y democracia se constituyen en las claves y los desafíos en que a los medios de comunicación y las universidades les corresponde enfrentar e intermediar la relación ciudadanos – poder.

Patrones y modalidades de violaciones de la libertad de expresión y pensamiento

La experiencia nicaragüense en materia de libertad de expresión y libertad de pensamiento ha sido fructífera, al enseñarnos lo que no es la libertad de expresión, ni lo que es la libertad de pensamiento. La evolución de la libertad de expresión y de pensamiento en Nicaragua ha trascendido diversas etapas históricas y gobiernos con sellos políticos e ideológicos diversos. Sin embargo, en su mayoría han aspirado al control de los medios de comunicación, como mecanismo de legitimación político y control de la agenda. En la búsqueda del control, se han impuesto diversas formas de restricciones y amenazas, que han derivado en omisiones a la libertad de expresión y de pensamiento. Entre las principales se mencionan:

- La censura de los medios de comunicación en cualquier de sus formas.

¹⁷³ Montenegro, Sofía. Opus Citus, p. 191.

- La coacción y amenazas a la integridad personal de los periodistas, hechas por funcionarios que ejercen funciones públicas u otra persona vinculada al partido gobernante, dirigidas a coartar el ejercicio profesional de informar.
- La renovación de permisos y licencias, sujetos a la voluntad discrecional de la administración pública responsable de los medios de comunicación. En estos casos la máxima que rige es “o te comportas como yo quiero, o sufrís las consecuencias”.
- La violencia física en contra de periodistas, así como vandalismo y destrucción de la propiedad privada relacionada a medios de comunicación disidentes. Acciones ejercidas con el fin de intimidar, amedrentar, escarmentar o reprimir a estos. Sea ejercida por funcionarios que ejercen funciones públicas o personas vinculadas al partido de gobierno.
- La utilización de los dineros públicos, asignados en el Presupuesto General de la República como propaganda estatal. A partir de controlar las asignaciones *bajo la concepción premio-castigo*. La que se concreta por medio del *secretismo y el embargo de la publicidad estatal*, favoreciendo a los medios leales al gobierno o al partido gobernante o se han apegado a *difundir las informaciones oficiales tal como se les impone*¹⁷⁴. Lo que implica la exclusión y discriminación de los medios de comunicación independientes.
- La colegiación obligatoria de los periodistas. Se debe tener en cuenta que además de ser una agresión contra la libertad de expresión y de pensamiento, por medio del control de las organizaciones de periodistas con fines políticos, también implica eventuales violaciones al derecho a la libertad de organización y asociación de los periodistas y los comunicadores sociales.
- El manejo discrecional de la información pública. En especial la información regulada por la Ley de Acceso a la Información Pública, mediante dilaciones, negaciones, o limitando el acceso por medio de mecanismos de hecho como, ignorar y omitir los mecanismos que establece la legislación para poner al alcance la información.
- El monopolio de la información pública y aquella que conforma la agenda pública, por personas que ejercen funciones públicas. Sea privilegiando a los medios de comunicación leales, o discriminando y excluyendo a los periodistas independientes.

¹⁷⁴ Sociedad Interamericana de Prensa (SIP). Informe de la Reunión de Medio Año. Caracas, Venezuela. 28 – 30 Marzo de 2008. Disponible en: <http://mercury.websitewelcome.com/~sipiapa/informe.php?id=293&idioma=sp&asamblea=5>

- La aplicación o amenazas de aplicación de medidas fiscales lesivas a los medios de comunicación encaminadas a asegurar la subordinación de estos a la agenda y discursos del gobierno.
- El uso de los tribunales de justicia y las instituciones de la administración de justicia, o cualquier otra administración pública para amedrentar, intimidar, castigar o escarmentar a los medios de comunicación independientes.
- La omisión del deber jurídico de prevenir, investigar y sancionar los delitos. En especial cuando los delitos son cometidos para acallar, intimidar, amedrentar o escarmentar a los medios de comunicación, o forzar un cambio de la política de comunicación de un medio en particular y cuando las víctimas son periodistas.
- Represalias o discriminación en contra de catedráticos y educadores por disentir en las aulas de los programas de gobierno o la agenda oficial. Sea buscando, recibiendo, difundiendo, informaciones e ideas, sea de forma oral, escrita, o *por cualquier otro procedimiento* de su elección.
- Represalias o actos discriminatorios en contra de cualquier persona, por manifestar sus creencias religiosas, sea *en privado o en público, mediante el culto, las prácticas y su enseñanza*. Como también las represalias o amenazas en contra cualquier persona por haber abandonado ritos, creencias o religión.

Sugerencias para la verificación de la libertad de expresión y de pensamiento

- Recomiende agotar los mecanismos internos de control establecidos en la Constitución Política: Recurso por Inconstitucionalidad, Recurso de Amparo y Recurso de Exhibición Personal, así como todos los recursos disponibles en la legislación.
- En casos de juicios incoados en los tribunales de justicia en contra de medios de comunicación o periodistas, analice con sus defensores la utilización y el agotamiento de mecanismos internos de protección. Es decir el conjunto de instancias y recursos disponibles en la legislación, sean procesales o aquellos que ponen fin al proceso. En estos casos, sugiera contar con la asistencia legal apropiada.
- Frente a situaciones que implican riesgos inminentes para las vidas y bienes de comunicadores o medios de comunicación, recomiende activar el juicio penal, por medio de acusar penalmente en los tribunales de justicia. Simultáneamente, recomiende ejercer el derecho a recurrir, sea de Amparo o por Exhibición Personal según sea el caso. Adicionalmente sugiera otras acciones de protección física, encaminadas a disuadir las amenazas por medio de acompañamiento o traslado de las personas en riesgo. En estos casos se recomienda solicitar protección ante la Policía Nacional o la administración

pública responsable de brindarla. Además proponga brindar medidas de protección personal o acompañamientos en coalición con otras organizaciones.

- En casos de discriminación a medios de comunicación independiente (medidas fiscales, propaganda estatal, o asignaciones de dineros públicos, o la política del “palo y la zanahoria”), analice la conveniencia de recurrir de Amparo, atacando la vulneración del derecho a la igualdad, evidenciando la discriminación y sus causas.
- En juicios o procedimientos judiciales incoados contra medios de comunicación o periodistas, sugiera y asegúrese que las instancias y los recursos internos que establece la legislación, hayan sido agotados en forma rigurosa. Tenga en cuenta que esta circunstancia será de mucha utilidad para recurrir a mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. Nuevamente en este tipo de casos, sugiera contar con la asistencia legal apropiada.
- Durante el proceso de verificación de eventuales denuncias por violaciones de la libertad de expresión o de pensamiento, se sugiere, entrevistar a las personas afectadas por las acciones u omisiones reputadas como lesivas. Identifique el marco normativo por el que se afecta la libertad de expresión y de pensamiento. Es decir identifique la norma específica empleada o aquellas omitidas. De ser posible entreviste a las personas que ejercen funciones públicas relacionadas con los hechos denunciados a fin de conocer la versión oficial del caso.
- Elabore una bitácora de los acontecimientos, lo que le permitirá tener una visión cronológicamente ordenada de los acontecimientos.
- Se sugiere cautela en cuanto a emitir criterios o juicios preliminares o precipitados. En especial tenga cuidado de declaraciones públicas durante el acto de recepción de la denuncia o la petición de intervención. Tenga presente que sus declaraciones públicas crearan sesgos, interpretaciones o preferencias que afectaran la imparcialidad que requiere el proceso de verificación de la denuncia o la petición de intervención.

Capítulo 10. Derecho de reunión pacífica y sin armas

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 20

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 21

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.
2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XXI. Derecho de reunión.

Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 15. Derecho de Reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad

democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 24

Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad, la patria y la humanidad. Los derechos de cada persona esta limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común.

Artículo 53

Se reconoce el derecho de reunión pacífica; el ejercicio de este derecho no requiere permiso previo.

Artículo 54

Se reconoce el derecho de concentración, manifestación, movilización pública de conformidad con la ley.

Ley Electoral, Ley 331

Artículo 62 (numeral 10)

Son derechos de los partidos políticos:

10. Realizar reuniones privadas y manifestaciones públicas.

Artículo 89

Para la realización de manifestaciones públicas durante la campaña electoral se seguirá el siguiente procedimiento:

1. Los partidos políticos o alianzas de partidos presentaran solicitud al Consejo Electoral correspondiente para la realización de la manifestación, señalando fecha, hora, día, lugar y trayecto con una semana de anticipación como mínimo.
2. El Consejo Electoral resolverá dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la solicitud.

3. En casos de manifestaciones que puedan coincidir en tiempo y lugar, el Consejo Electoral podrá modificar la programación de las actividades para evitar alteraciones del orden público. La solicitud presentada primero tendrá preferencia.

El Consejo Supremo Electoral coordinará con las instancias correspondientes, para que movilizaciones de otra naturaleza que no sean partidarias no interfieran con la campaña electoral.

Artículo 173 (numeral 3)

Será sancionado con arresto inmutable de treinta a ciento ochenta días:

3. El que no cumpliera con las disposiciones contenidas en la presente Ley o con las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia de propaganda.

Código Penal

Artículo 524. Agresiones multitudinarias

Quien, incite a la agresión física de una persona o grupo de personas contra otras personas o la propiedad pública o privada, será sancionado de quince a sesenta días multa, o trabajo en beneficio de la comunidad de veinte a sesenta jornadas de dos horas diarias.

Artículo 525. Disparo de armas de fuego

Quien, en sitio poblado o frecuentado, dispare arma de fuego y con peligro para las personas o las cosas, será sancionado de diez a cuarenta y cinco días multa o con trabajo en beneficio de la comunidad de quince a cuarenta y cinco jornadas de dos horas diarias.

Artículo 534. Perturbación por ruido

El que utilizando medios sonoros, electrónicos o acústicos de cualquier naturaleza, tales como altoparlantes, radios, equipos de sonido, alarmas, pitos, maquinarias industriales, plantas o equipos de cualquier naturaleza y propósitos, instrumentos musicales y micrófonos, entre otros, ya sea en la vía pública, en locales, en centros poblacionales, residenciales o viviendas populares o de todo orden, cerca de hospitales, clínicas, escuelas o colegios, oficinas públicas, entre otras; produzcan sonidos a mayores decibeles que los establecidos por la autoridad competente y de las normas y recomendaciones dictadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS), y que causen daño a la salud o perturben la tranquilidad y descanso diurno y nocturno de los ciudadanos, será sancionado con diez a treinta días multa, o trabajo en beneficio de la comunidad de diez a treinta jornadas de dos horas diarias,

y además de la suspensión, cancelación o clausura de las actividades que generan el ruido o malestar.

Las actividades tales como campañas evangelísticas masivas realizadas al aire libre en plazas, parques y calles requerirán la autorización correspondiente. Se exceptúan las actividades de las congregaciones religiosas dentro de sus templos, tales como cultos, ayunos congregacionales diurnos y vigiliat nocturnas. Así mismo, se exceptúan los que tengan establecidos sistemas de protección acústica que impidan la emisión de sonidos, música o ruidos, hacia fuera de los locales debidamente adecuados para tales fines y que cuenten con la autorización correspondiente y dentro de los horarios permitidos.

Para efectos de este artículo se considerarán las siguientes escalas de intensidad de sonidos.

- a) Para dormitorios en las viviendas treinta decibeles para el ruido continuo y cuarenta y cinco para sucesos de ruidos únicos. Durante la noche los niveles de sonido exterior no deben exceder de cuarenta y cinco decibeles a un metro de las fachadas de las casas;
- b) En las escuelas, colegios y centros preescolares el nivel de sonido de fondo no debe ser mayor de treinta y cinco decibeles durante las clases;
- c) En los hospitales durante la noche no debe exceder cuarenta decibeles y en el día el valor guía en interiores es de treinta decibeles; y
- d) En las ceremonias, festivales y eventos recreativos el sonido debe ser por debajo de los ciento diez decibeles.

El decibel es la unidad de medida en una escala logarítmica que sirve para expresar la intensidad de un sonido.

Artículo 537. Escándalo público

Quien cause escándalo o perturbe la tranquilidad de las personas, será sancionado de diez a treinta días multa, o trabajo en beneficio de la comunidad de diez a treinta jornadas de dos horas diarias.

Artículo 557. Pintat

El que sin autorización del propietario, haga pintas o pegue carteles o papeletas en muros, paredes, puertas o ventanas de edificios públicos o privados, será sancionado con diez a veinte días multa, o trabajo en beneficio de la comunidad de diez a veinte días de dos horas diarias.

Si los actos anteriormente descritos se realizan sobre bienes definidos como patrimonio cultural e histórico por la ley de la materia, se sancionarán con veinte a sesenta días multa, o trabajo en beneficio de la comunidad de diez a treinta días de dos horas diarias.

Breve reseña del derecho de reunión pacífica y sin armas

El derecho internacional de los derechos humanos

El derecho de reunión pacífica y sin armas presenta una evidente evolución desde que fue inicialmente establecido en el inciso 1 del artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que lo enuncia como el derecho de todas las personas a *la libertad de reunión y de asociación pacíficas*. Este derecho es relacionado desde su nacimiento al derecho de asociación, que presume la existencia de organizaciones de representación, entre las que destacan los partidos políticos, los que por su naturaleza y fines se les considera como componente imprescindible de las sociedades democráticas. Ello explica la prohibición que la DUDH referida a la prohibición de la asociación forzada a cualquier organización, establecida en el inciso 2 del artículo 20 DUDH.

La promulgación del artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos retoma en esencia lo establecido por la Declaración Universal de Derechos Humanos y vendría a depurar el derecho de reunión pacífica como lo conocemos en la actualidad. Sin embargo el PIDCP aporta los límites generales por los que discurren los derechos y las garantías de todas las personas, los que sirven de dique de contención a la intervención estatal. El PIDCP al igual que hace en otros derechos reconocidos previamente por el derecho internacional de los derechos humanos, ubica a la sociedad democrática, los derechos y las garantías de las personas como su fundamento, y establece a la ley como el punto de partida para identificar los límites entre los que se reconoce el derecho a reunión pacífica como derecho de todas las personas. Entre estos límites están interés de la *seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás* (art. 21 PIDCP).

La promulgación en el año 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño, inspirada en tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos vendría a retomar en lo fundamental los elementos constitutivos del derecho de reunión. En materia de derecho de reunión pacífica la CSDN establece los siguientes elementos: a. Es un derecho general de todos los niños sin distinción; b. Al igual que lo que establece la DUDH el derecho de reunión pacífica convive con el derecho de asociación voluntaria o pacífica; c. Refunde del PIDCP los valores generales sobre los que se cimenta este derecho, como son el reconocimiento a la sociedad democrática y los derechos de las personas como el fundamento de este derecho, y establece que la ley es la forma por la que se establecen los límites de este derecho; d. Identifica los límites particulares que sirven de frontera y salvaguarda de este derecho, establecidos de previo en el PIDCP, como son: la *seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás*.

Simultáneamente en el año 1948, en el continente americano la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre reconoce por medio de su artículo XXI el derecho de toda persona

a reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole. Conviene resaltar la ambiciosa y contundente declaración que contiene este artículo. Esta vendría a ser cimera y facilitaría la construcción de un mínimo marco de participación de los nacientes regímenes políticos que surgen con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial en el continente americano.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, es la forma más moderna por la que se ha promulgado el derecho de reunión como lo establece el artículo 15 como *derecho de reunión*, delineando su forma por medio de identificar dos requisitos para su ejercicio. Por un lado el derecho de reunión ha de ser ejercitado en forma pacífica, y en segundo lugar además de ser pacífico ha de ser ejercido sin armas, el que se considera en su más amplio sentido y por el otro el derecho de reunión ha de ser pacífico. De esta forma la Convención Americana sobre Derechos Humanos acuña el *derecho de reunión pacífica y sin armas*.

La CASDH retoma de los instrumentos internacionales de derechos humanos previos en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo relativo al fundamento, la forma y los límites de este derecho: a. Concibe la sociedad democrática y los derechos y garantías de las personas como el fundamento mínimo; b. Establece que las restricciones al derecho de reunión pacífica y sin armas solo puede ser realizado mediante la ley; c. Establece como límites específicos *la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás*.

El derecho a reunión pacífica y sin armas en la legislación nicaragüense

La legislación nicaragüense reconoce el derecho de reunión en forma explícita y con alcance amplio. La legislación nacional lo caracteriza por medio de dos argumentos. En primer lugar lo establece en forma explícita y de amplio alcance. En segundo lugar, por medio de la legislación penal de desarrollo introduce elementos que permiten una adecuada implementación dejando a salvo su núcleo, que está referido a la naturaleza social de los seres humanos, que parte de asociarse, reunirse y manifestarse en torno a asuntos y temas comunes.

La Constitución Política en el artículo 53 establece el *derecho de reunión pacífica* con una amplia pretensión de libertad, protegiéndolo de cualquier intento de regulación restrictiva, al considerar a renglón seguido que el ejercicio de este derecho *no requiere* permiso previo. La que plantea serias dudas en cuanto a la legalidad y pertinencia de autorizaciones emitidas por cualquiera de las instituciones encargadas de hacer cumplir las leyes. Ello pone en entredicho la solicitud y autorización posterior de permisos previos para manifestarse en reunión pacífica y sin armas, que la tradición le ha reservado a la Policía Nacional.

La segunda mención que realiza la Constitución Política referida al derecho de reunión pacífica y sin armas, refiere al derecho de las personas de *concentración, manifestación, movilización*

pública, establecido en el artículo 54 Cn. Sin embargo para el ejercicio de esta modalidad del derecho a reunión pacífica, la Constitución Política establece una reserva de ley, circunscribiendo esta modalidad al ámbito de las campañas electorales, en donde el derecho de concentración, manifestación y movilización, adquiere la dimensión particular alimentada por la competencia política asignando un papel central a los partidos políticos.

La regulación del derecho de reunión pacífica y sin armas *durante* las campañas electorales es regulado mediante la Ley Electoral, la que establece en el artículo 89 LE la obligatoriedad de solicitud previa ante el Consejo Electoral correspondiente, el que resolverá la solicitud dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la solicitud. En los casos de omisión de la solicitud y posterior autorización de las manifestaciones públicas durante la campaña electoral, la Ley Electoral establece que serán consideradas como delitos electorales, imponiendo penas de arresto inmutable de conformidad con el artículo 173 inc. 3 LE.

A pesar que los límites que establece el derecho internacional de los derechos humanos para regular el ejercicio de este derecho no se encuentran establecidos taxativamente como aplicables al ejercicio del derecho de reunión pacífica y sin armas, ello no significa que no existan regulaciones generales aplicables en esta materia. La legislación penal por medio del Código Penal establece normas generales aplicables al ejercicio del derecho de reunión pacífica y sin armas, las que por su generalidad pueden ser interpretadas en su forma más amplia. Lo que permite su aplicación en dos sentidos, en dependencia del interés que prevalezca y esgrima la autoridad que las tutela.

El Código Penal establece como faltas penales relativas y relacionadas con el derecho de reunión pacífica y sin armas las siguientes: agresiones multitudinarias (art. 524 Pn.), disparo de arma de fuego (art. 525 Pn.), perturbación por ruido (art. 534 Pn.), escándalo público (art. 537 Pn.) y pintas (art. 557 Pn.).

Sin embargo la existencia de faltas penales relacionadas con el derecho de reunión pacífica y sin armas, no está exenta de riesgos, dada la generalidad de la legislación penal, puesto que esta no puede ser utilizada para restringir este derecho. Ello pone en relieve la ambigüedad a la que queda sujeto este derecho, si se contrasta con la legislación penal, puesto que esta última puede ser empleada como mecanismo de control restrictivo de este derecho, lo que deja amplios márgenes discrecionales a las autoridades que lo tutelan. Ello pone de manifiesto la necesidad de recursos y mecanismos efectivos de protección de este derecho, que pongan a buen resguardo el contenido reservado por el derecho internacional de los derechos humanos, y la Constitución Política misma, considerando este derecho en su dimensión más amplia y por tanto requiere de ser dotado de las garantías más amplias.

El contenido del derecho de reunión pacífica y sin armas

A manera de premisas el derecho de reunión pacífica y sin armas establece dos condiciones intrínsecas que le caracterizan: el ejercicio de este derecho ha de ser pacífico, lo que equivale a afirmar, que las diversas formas de violencia están prescritas y por tanto no se puede invocar el ejercicio y la protección de este derecho si se ejerce con utilización de la violencia. En segundo lugar, ello implica renunciar al uso de la violencia y las armas para su ejercicio y protección. Ello pone de manifiesto que su ejercicio se encuentra limitado por los derechos y garantías de las demás personas y presume la aceptación de las condiciones mínimas de la convivencia democrática, que presume el respeto al estado de derecho y las libertades ciudadanas.

Sin embargo las premisas por las que transcurre el derecho de reunión pacífica y sin armas, no se deben confundir con el fundamento de este derecho, puesto que este se fundamenta en tres vertientes. La primera vertiente la constituye el derecho a la libertad personal y las diversas formas por las que este se manifiesta. La segunda consiste en el derecho de toda persona a no ser molestada a causa de sus opiniones. Y la tercera vertiente impone al Estado y a sus instituciones el deber de abstenerse de ejercer cualquier medida, acción o procedimiento ejercida en contra de cualquier persona a causa de sus pensamientos, conciencia o religión.

En síntesis el derecho de reunión pacífica y sin armas se construye a partir del derecho a la libertad personal que presume la diversidad, la tolerancia, inclusión y convivencia de todas las personas en el conglomerado social y político sin exclusión, y el deber de garantía estatal de abstenerse a ejercer represalias en contra de las personas a causa de sus opiniones, pensamiento, conciencia o religión. Lo que presume su ejercicio sin chantajes, intimidaciones, amenazas, pago o promesa, es decir el ejercicio de este derecho es un atributo indisoluble de la libertad de las personas.

Mecanismos internos de protección del derecho de reunión pacífica y sin armas

La legislación nacional presenta tres principales mecanismos internos de protección de este derecho, por los que se establecen vías para su protección y restitución frente a eventuales omisiones. Sean estas cometidas por particulares como personas que ejercen funciones públicas. En primer se ubica el Recurso de Amparo establecido en el artículo 188 Cn. y desarrollado por los artículos 3, 23 y ss. de la Ley de Amparo.

El Recurso de Amparo puede ser empleado en dos diversas circunstancias: a. En contra de toda acción u omisión de cualquier persona que ejerce funciones públicas que *violate o trate de violar* este derecho; b. La costumbre nicaragüense reconoce en la Policía Nacional facultades de regulación del derecho de reunión pacífica y sin armas, se estila acudir ante esta a solicitar autorización para realizar cualquier tipo de manifestaciones públicas, en contra sentido de la norma constitucional que establece que *el ejercicio de este derecho no requiere permiso previo*,

conforme lo establece el art. 53 Cn., adicionalmente la regulación de este derecho no se encuentra mencionado entre las funciones que la ley le asigna a la Policía Nacional. Sin embargo dada la fuerza de la costumbre, el Recurso de Amparo puede ser utilizado en contra de las resoluciones escritas de autorización que la Policía Nacional acostumbra emitir.

La Ley Electoral establece como derechos de los partidos políticos la celebración de *reuniones privadas y manifestaciones públicas*, adicionalmente la tipología de delitos electorales, como mecanismo sancionador de los ilícitos que atentan contra esta ley. Sin la Ley Electoral delega el impulso de la acción penal a los que resulten perjudicados por estos delitos y a la Procuraduría General de Justicia, por tanto corresponde a estos *el ejercicio de las acciones penales* correspondientes, conforme lo establece el artículo 178 LE. Se debe tener presente que estas acciones por tanto corresponde ejercerlas a los partidos políticos como actores principales de la Ley Electoral, lo que deja en un segundo plano la aproximación de los derechos asignados a personas naturales por su condición de seres humanos, concepción fundamental sobre la que se construye el fundamento de los derechos humanos.

A la legislación penal se le puede considerar como un tercer mecanismo contingente, que permite más que la protección del derecho de reunión pacífica y sin armas, la restitución de este toda vez que de previo se presume su violación. Por tanto corresponde la intervención del derecho penal sancionando a aquellos que han delinquido, cometiendo faltas penales relacionadas al derecho de reunión pacífica y sin armas. En esta dinámica el proceso penal funciona como mecanismo ultimo de intervención estatal frente a los derechos violados por medio de delitos electorales y faltas penales. Este se activa por medio de someter la acusación penal respectiva identificando la falta que se pretende impugnar: agresiones multitudinarias, disparo de arma de fuego, perturbación por ruido, escándalo público y pintas.

En este apartado se debe tener en cuenta que los mecanismos arriba mencionados han sido empleados como mecanismos de protección en forma muy limitada. Lo que pone en evidencia la falta de experiencia de parte de las personas que se consideran afectadas en su derecho de reunión pacífica y sin armas, como de parte de las instituciones que administran justicia y regulan la materia electoral en Nicaragua. Por tanto el empleo de cualquiera de los mecanismos citados impone un alto grado de desafío en cuanto a la protección efectiva de este derecho en el país.

Patrones y modalidades de eventuales violaciones del derecho de reunión pacífica y sin armas

- Conforme a la costumbre y la tradición nacional se solicita permiso anticipado de manifestación o reunión pública ante la Policial Nacional, a pesar de que el texto constitucional que establece que el ejercicio de este derecho no requiere de permiso previo. En este contexto se puede considerar como eventuales violaciones la denegación injustificada de solicitudes de manifestaciones o reuniones pacíficas y sin armas por la Policía Nacional o por cualquier institución pública ante quien se solicite.

- A pesar de solicitar con suficiente anticipación y cumpliendo todos los requisitos, los horarios, fechas, lugares y recorridos son modificados o trasladados, como consecuencia de marchas o actos paralelos organizados por organizaciones que apoyan al gobierno u organizadas por instituciones públicas o el partido de gobierno. En este caso la institución pública responsable de otorgar los permisos además de violar el derecho a reunión pacífica y sin armas, deriva eventuales violaciones al principio de igualdad y la prohibición de discriminación.
- La imposición de garantías y condiciones adicionales no establecidas en la legislación como condición para autorizar la reunión.
- La organización de actividades públicas, marchas, manifestaciones, actos o reuniones paralelas, con el fin de intimidar, neutralizar o restar asistencia o impacto a la reunión inicial. En especial si estos son organizados por el gobierno o por el partido o grupos afines al gobierno.
- El desplazamiento de piquetes, grupos violentos, o grupos paramilitares sean temporales o permanentes, con el fin de amedrentar, desanimar o desmovilizar la participación de las personas y limitar el ejercicio del derecho de reunión pacífica y sin armas.
- Acciones violentas, desinformación, amenazas y cualquier acción encaminada a intimidar, disuadir, amedrentar o desalentar la participación de las personas y el ejercicio del derecho de reunión pacífica y sin armas.
- El uso de armas de fuego o letales para intimidar y desmovilizar las reuniones o marchas organizadas.
- La entrega de bienes o cualquier otra prebenda comprados con dineros públicos (gorra, provisión, etc.), entregados como dadas, reconocimientos o premios a los asistentes a cualquier reunión, acto, manifestación organizadas con fines oficiales, así sea pacíficas y sin armas.

Sugerencias para la verificación del derecho de reunión pacífica y sin armas

- Solicite por escrito la denegación del permiso solicitado. La denegación escrita le será de suma utilidad para ejercer los diversos recursos. Inicialmente se recomienda iniciar con el recurso administrativo, sea solicitando la reposición del acto, sea pidiendo la rectificación del mismo, por otra decisión.
- En los casos de reformas o reprogramación de marchas o cualquier otra concentración pública encaminada a privilegiar las concentraciones paralelas de carácter oficial, solicite

copia certificada del acto por el que se autoriza las reformas. Y también solicite se consigne la razón o causa de la reforma.

- En los casos de intimidación, amenazas, pago o promesas encaminados a neutralizar el ejercicio de este derecho, identifique la fuente y la forma por la que la intimidación, amenazas, pago o promesas se concretan. Identifique a los actores las generan, los medios por los que se propagan, los beneficiarios de estas acciones.
- En casos de reuniones paralelas, analice el riesgo que estas imponen a las personas participantes, en caso de existir riesgos o amenazas de violencia extrema, aconseje calma, no a la violencia. Recomiende a los organizadores analizar las ventajas y riesgos de continuar la actividad bajo amenaza inminente.
- En casos de reuniones organizadas por grupos afines al gobierno, en donde se hayan cometido acciones constitutivas de delitos o faltas penales, aconseje activar el juicio penal, por medio de iniciar la denuncia o acusación respectiva.
- En casos de reuniones oficiales promovidas con fondos públicos, identifique el origen de los presupuestos públicos y las formas en las que fueron gastadas. Se debe tener en cuenta que el derecho de reunión pacífica y sin armas, también presume ausencia de intimidación, amenazas, chantajes, promesas o pagos. Por tanto cualquier dádiva, ventaja debe ser considerada como una violación al derecho de reunión pacífica y sin armas.
- En cualquiera de los casos sugiera la utilización de los recursos que establece la legislación como mecanismos de protección internos: Recurso de Amparo, recursos administrativos, y en el ámbito penal cualquiera de los recursos que establece la ley como mecanismo de desafío y ruptura de las decisiones adversas de los funcionarios que ejercen potestades públicas.

Capítulo 11. Derecho a la libre asociación

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 20

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación

Artículo 2

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Artículo 3

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.
2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

Artículo 5

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Artículo 5 (incisos: d. numeral ix; e. numeral ii.)

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en

todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

d) Otros derechos civiles, en particular:

ix) El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;

e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:

ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 22

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 8 (numeral 1 inciso a.)

I. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Artículo 7 (inciso c)

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a:

c.- Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XXII. Derecho de asociación.

Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 16. Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 49

En Nicaragua tienen derecho de constituir organizaciones los trabajadores de la ciudad y el campo, las mujeres, los jóvenes, los productores agropecuarios, los artesanos, los profesionales, los técnicos, los intelectuales, los artistas, los religiosos, las comunidades de la Costa Atlántica y los pobladores en general, sin discriminación alguna, con el fin de lograr la realización de sus aspiraciones según sus propios intereses y participar en la construcción de una nueva sociedad.

Estas organizaciones se formarán de acuerdo a la voluntad participativa y electiva de los ciudadanos, tendrán una función social y podrán o no tener carácter partidario, según su naturaleza y fines.

Artículo 87

En Nicaragua existe plena libertad sindical. Los trabajadores se organizarán voluntariamente en sindicatos y éstos podrán constituirse conforme lo establece la ley. Ningún trabajador está obligado a pertenecer a determinado sindicato, ni renunciar al que pertenezca. Se reconoce la plena autonomía sindical y se respeta el fuero sindical.

Código Civil de la República de Nicaragua

Artículo 2459. Para que la fuerza o intimidación vicien el consentimiento, no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado: basta que se haya empleado por cualquiera otra persona, con el objeto de obtener el consentimiento.

Artículo 2468. Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en la persona y bienes de los individuos designados en el artículo 2464.

Artículo 2469. Hay dolo, cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, hubiera hecho.

Ley 85 Código del Trabajo

Artículo 203. Sindicato es la asociación de trabajadores o empleadores constituida para la representación y defensa de sus respectivos intereses. La constitución de sindicatos no necesita de autorización previa.

Para efectos de obtención de su personalidad jurídica los sindicatos deben inscribirse en el Libro de Registro de Asociaciones Sindicales del Ministerio del Trabajo.

Artículo 204. Siempre que sea por medios y para fines lícitos, los sindicatos, tienen derecho a:

- a) redactar libremente sus estatutos y reglamentos;
- b) elegir libremente a sus representantes;
- c) elegir su estructura orgánica, administración y actividades;
- d) formular su programa de acción.

Artículo 208. (Inciso d.) Son facultades y funciones de los sindicatos:

- d) promover la afiliación voluntaria de trabajadores al sindicato;

Breve reseña del derecho a la libre asociación

El derecho a la libre asociación en el derecho internacional de los derechos humanos

Anteriormente el derecho a la libre asociación fue acuñado en forma simultánea junto a otros derechos como es el caso del art. 20 DUDH que lo establece junto al derecho de reunión. Con posterioridad el art.22 PIDCP lo promulga como un derecho independiente en sí mismo. Lo que le ha permitido alcanzar el alto grado de desarrollo normativo que goza en la actualidad.

El derecho internacional construye el derecho a la libre asociación a partir de considerar a este como un derecho de amplio alcance puesto que el derecho internacional de los derechos humanos lejos de establecer ámbitos particulares en los que este se manifiesta, lo establece en su forma más amplia. Lo que plantea que el derecho a la libre asociación presume la existencia de tres condiciones previas para su ejercicio: Primero, la existencia de organizaciones cuyos fines y actividades son pacíficas. Segundo, el ejercicio del derecho a la libre asociación surge en el contexto de la democracia, la que por antonomasia, propone que el ejercicio del derecho a la libre

asociación no es posible en regímenes autoritarios. Tercero, el ejercicio del derecho a la libre asociación tiene como origen el ejercicio de la libertad en sí misma para asociarse o no, para organizarse o no con otras personas. En ese sentido se debe tener presente que cualquier forma de asociación forzosa está excluida por medio de la formula que establece el artículo 20 DUDH que dice *nadie podrá ser obligado* a pertenecer a una asociación.

A pesar de la amplitud con que cuenta el derecho a la libre asociación no es un derecho absoluto e ilimitado. Por el contrario este si puede ser limitado y restringido. Dichos límites se encuentran establecidos en el art. 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que tienen como puntos de partida la existencia y perseverancia de la democracia como principio rector, y en segundo lugar la existencia de ley previa. A pesar de la existencia de mecanismos restrictivos al derecho a la libre asociación aceptados por el derecho internacional de los derechos humanos, este también ofrece criterios específicos para restringirlo. Estos son: la seguridad nacional, la seguridad pública, la salud o la moral pública, y los derechos y libertades de los demás.

El derecho internacional de los derechos humanos ha establecido dos dimensiones por las que transcurre el derecho a la libertad de asociación. En primer lugar se considera que el derecho a la libertad de asociación se encuentra vinculado a fines generales de naturaleza diversa, los que conforme el artículo 16 CASDH pueden ser ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de *cualquiera otra índole*. Protegiendo de esta forma el derecho de asociación de cualquier persona a participar voluntariamente como a dejar de participar en cualquier forma de organización o asociación con otras personas.

En segundo lugar diversos instrumentos internacionales hacen hincapié en la protección del derecho de todas las personas *a fundar sindicatos y afiliarse a ellos* para la protección de sus intereses, como una forma específica del derecho a la libertad de asociación. En esta dirección se mencionan el art. 2 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, el artículo 5.e numeral ii, de igual forma el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8) protegen el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a estos.

El derecho a la libre asociación en la legislación nacional

El artículo 49 de la Constitución Política reconoce el derecho a la libre asociación para todas las personas *sin discriminación alguna*, en el que se aprecia la influencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es especial la pretensión la pretensión enumerativa que hace gala la CASDH, en cuanto a la enumeración de grupos de personas que la Constitución hace gala, y en segundo lugar estableciendo que el derecho a la libre asociación se encuentra vinculado a fines e intereses de las personas. Poniendo en evidencia la tesis que propone el derecho a la libre

asociación no se manifiesta, ni se debe considerar como un fin en sí mismo, sino que este es el medio para alcanzar fines e intereses propios que corresponde a cada persona elegir libremente.

A pesar del reconocimiento que hace el artículo 49 de la Constitución Política del derecho a la libre asociación facultando su ejercicio a todas las personas sin discriminación, éste es de alcance limitado y está marcado por la Guerra Fría. Pretende someter el derecho a la libre asociación de las personas en forma colectiva y no como forma individual y particular de participación y elección, el que es asimilado a la obligatoria *función social* que la Constitución le impone, así como vincula el derecho a la libre asociación al paradigma socialista de la *nueva sociedad*. Lo que pone manifiesto el contexto histórico y político en el que se promulga el derecho a la libertad de asociación, así como la aspiración revolucionaria de transformación social, que caracterizó los años ochentas en Nicaragua.

Lo anterior plantea la necesaria la reedición contemporánea del derecho a la libre asociación como valor constitucional, tomando en cuenta las ambigüedades que el artículo 49 Cn. presenta. En primer lugar propone que el derecho a la libertad de asociación se fundamenta en la *voluntad participativa y electiva de los ciudadanos*, lo que vacía de contenido a este, puesto que el derecho internacional de los derechos humanos, lo fundamenta en la libertad de las personas.

En segundo lugar, el mencionado artículo fundamenta el derecho a la libertad asociación en la voluntad participativa y electiva de los ciudadanos, los que conforme el artículo 47 Cn. son ciudadanos *los nicaragüenses que hubieran cumplido dieciséis años de edad*. Lo que vulnera derechos de los niños en especial los protegidos por el artículo 15.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño que literalmente señala: Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas. Se debe tener presente que este instrumento internacional de derechos humanos ha sido ratificado por el Estado nicaragüense. Lo que propone la necesaria refundición y reedición del derecho a la libertad de asociación, si se toma en consideración que la Constitución Política no hace una declaración contundente y clara en cuanto a la constitución del derecho a la libertad de asociación.

La segunda dimensión del derecho a la libre asociación referida específicamente a la libertad sindical, que se encuentra establecido en el artículo 87 que reconoce la *plena* libertad sindical. La que se encuentra establecida en sentido positivo como un derecho potestativo y universal, como también en sentido negativo por medio de prohibir la participación, afiliación y renuncia sindical forzosa.

En cuanto a la legislación de desarrollo relativa al derecho a la libertad de asociación conviene mencionar dos cuerpos jurídicos. Por un lado el Código Civil que aporta los vicios del consentimiento, lo que resulta de suma utilidad, por considerarse que la libertad sindical que aluden tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos como la Constitución Política misma, se fundamentan en la libertad como su fundamento. De esta forma cualquier acción u

omisión que atente en contra de la libertad sindical se debe considerar como un atentado en contra del libre consentimiento como expresión de la libertad personal sobre la que se asienta la libertad de asociación.

Los vicios del consentimiento se encuentran enumerados en el Código Civil de la siguiente forma: Fuerza o intimidación (2459 C.), violencia e intimidación (2468 C.) y dolo (2469 C.). Se debe tener presente que la mención de la legislación civil relacionada a la libertad de asociación es de carácter eminentemente conceptual, puesto que esta aporta elementos que permite identificar de mejor manera eventuales omisiones y violaciones de este derecho, haciéndola por tanto una referencia necesaria.

El segundo cuerpo jurídico relacionado con la libertad de asociación es el Código del Trabajo. En este se desarrollan la afiliación, estatutos, elecciones, etc. (arts. 203 y 204 CT). Estableciendo además como premisa sindical la *afiliación voluntaria* de los trabajadores al sindicatos (art. 208 CT).

Una tercera vertiente normativa del derecho a la libre asociación en la legislación nacional se puede ubicar en la ley que regula la formación y funcionamiento de las Asociaciones sin Fines de Lucro y la regulación de la *personería jurídica* de las asociaciones civiles de conformidad con el artículo 138.5. Cn.

El contenido del derecho a la libertad de asociación

Este tiene como fundamento a la libertad individual. Se parte de considerar que todas las personas son libres de organizarse, afiliarse o pertenecer a cualquier organización, con el fin de alcanzar y proteger sus intereses, sean estos individuales o colectivos. Lo que plantea que cualquier acción u omisión que atente o violente el principio de libertad es contraria a la libertad personal misma y por tanto a la libertad de asociación. Los intentos de coartar la libertad de asociación pueden ser de diversa naturaleza y apuntan hacia debilitar la voluntad individual y pueden concretarse como violencia, intimidación, dolo, chantaje, amenaza o recompensa.

La libertad de asociación como concreción de la libertad individual, la que también se manifiesta en forma negativa, es decir, se ejerce la libertad individual afiliándose o dejando de pertenecer al sindicato o cualquier otra organización. El derecho que asiste a las personas a dejar de pertenecer a organización o sindicato en forma voluntaria, también es uno de los atributos que sirven de fundamento a la libertad de asociación como concreción de la libertad individual.

¿Cómo se perfecciona la violación al derecho a la libertad de asociación?

Por medio de cualquier acción u omisión realizada por persona o personas que ejercen funciones públicas, las que tienen como objetivo la incorporación, afiliación a cualquier forma de

organización, incluyendo los sindicatos, utilizando cualquiera de los elementos que vicien la voluntad de las personas. También se viola el derecho a la libertad de asociación por medio de cualquier acción u omisión que tenga por finalidad forzar u obligar la permanencia o el retiro de las personas de cualquier organización legítima. Es decir cualquier organización que persigue fines pacíficos y respeta las leyes.

Mecanismos internos de protección del derecho a la libre asociación

La legislación nacional ofrece dos mecanismos internos de protección al derecho a la libertad de asociación, por un lado la norma constitucional establece el derecho a recurrir de amparo, y por el otro los diversos mecanismos de impugnación que ofrece la legislación laboral.

La Constitución Política en el artículo 188 Cn. establece el Recurso de Amparo como un mecanismo de control constitucional que opera contra de toda disposición, acto o resolución y *en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente* de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política. El mismo se encuentra desarrollado por medio de la Ley de Amparo en los artículos 3, 23 y ss.

Los mecanismos internos de protección que establece el Código del Trabajo encaminados a tutelar el derecho del trabajo y por tanto el derecho a la libre asociación, en particular el derecho a la libre sindicación, éstos son variados y pueden emplearse en los diversos escenarios que establece el procedimiento laboral. Se pueden agrupar en dos grandes grupos.

En primer lugar están: el impedimento, la excusa y la recusación, establecidos en el artículo 304 CT. En segundo lugar se mencionan los mecanismos de impugnación procesal como son los recursos y los remedios procesales establecidos en el artículo 348 CT. En ambos casos la legislación procura establecer los medios tanto para alegar vicios o defectos que embarazan el proceso, como mecanismos de impugnación propiamente dichos, los que pueden ser empleados para impugnar cualquier sentencia emitida por la autoridad laboral, como también son empleados para *reponer, reformar, aclarar o ampliar* autos o sentencias que se consideren dañosas para cualquiera de las partes.

Patrones y modalidades de violaciones del derecho a la libre asociación

- Cualquier acción u omisión cometida por cualquier persona que ejerce funciones públicas encaminada a impedir, limitar, restringir la participación, afiliación, o retiro voluntario de cualquier persona de cualquier organización pacífica y legítima.
- Cualquier acción u omisión cometida por cualquier persona que ejerce funciones públicas, encaminada a fomentar la afiliación o la deserción de los miembros o asociados en

cualquier organización pacífica y legítima, con el empleo de fuerza, intimidación y dolo, amenazas, premios o recompensas.

- Cualquier acción u omisión encaminada a forzar la organización o pertenencia a cualquier organización utilizando cualquier vicio de la voluntad: violencia, intimidación, dolo, chantaje, amenaza o recompensa.
- La retención forzada en contra de la voluntad manifiesta de las personas asociadas o de los miembros de la organización. En particular la retención forzada que tiene como fundamento cualquier vicio de la voluntad: violencia, intimidación, dolo, chantaje, amenaza o recompensa.
- Afiliación de funcionarios públicos en organizaciones sindicales u organizaciones afines al partido de gobierno con promesas de recompensa, represalia o castigo.
- La afiliación forzosa considerada esta como aquella en la que las personas por su condición de vulnerabilidad y/o subordinación son forzadas a afiliarse, mediando para ello cualquiera de las diversas formas que vician la voluntad.
- La exigencia de formalidades y requisitos adicionales a las establecidas en ley previa para la constitución de organizaciones pacíficas y legítimas.
- La creación y promoción de “sindicatos blancos”, como forma de desequilibrar e incidir en la gestión sindical y la libertad sindical.
- El retardo prolongado y más allá de los términos y plazos establecidos en la legislación para resolver peticiones o autorizaciones para constituir aquellas organizaciones que requieren autorización previa establecida por la legislación.

Sugerencias para la verificación del derecho a la libre asociación

- Tome la información o la denuncia en forma directa entrevistando a las personas afectadas.
- En casos en los que las personas se encuentren bajo amenazas o eventuales represalias, debe tener en cuenta la seguridad y la protección de estas. De ser posible entreviste en condiciones de seguridad y fuera de la ascendencia de autoridad que exista sobre ellas.
- En casos o denuncias sometidas a la administración de justicia, acceda a los expedientes. Averigüe si los diversos recursos o remedios que ofrece la legislación han sido empleados o agotados, en caso contrario sugiera su empleo conforme el caso lo amerite.

- En el caso de organizaciones referidas a la niñez, verifique la legitimidad, los fines y la participación de adultos en estas.
- En casos de afiliación forzosa tenga en consideración la percepción y los sentimientos de las personas supuestamente forzadas a afiliarse en determinada organización. Tenga presente sus percepciones y criterios. Recuerde que ninguna persona se encuentra forzada a considerarse a sí misma como víctima, si ésta no se considera como tal.
- Ante casos de afiliación o retención forzada realizada por medio de vicios de la voluntad (violencia, intimidación, dolo, chantaje, amenaza o recompensa) identifique con claridad y documente la forma por la que se concreta el vicio de la voluntad.

Capítulo 12. Derecho a contraer matrimonio y establecer relaciones familiares en condiciones de igualdad

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 25 (inciso 2)

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio;
- b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
- c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
- d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
- f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;
- h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Artículo 5, inciso d. numeral iv

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

d) Otros derechos civiles, en particular:

iv) El derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo VI. Derecho a la constitución y a la protección de la familia.

Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 70

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta y del Estado.

Artículo 71

Es derecho de los nicaragüenses constituir una familia. Se garantiza el patrimonio familiar, que es inembargable y exento de toda carga pública. La ley regulará y protegerá estos derechos. La niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña.

Artículo 72

El matrimonio y la unión de hecho estable están protegidos por el Estado; descansan en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer y podrán disolverse por mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes. La ley regulará esta materia.

Artículo 73

Las relaciones familiares descansan en el respeto, solidaridad e igualdad absoluta de derechos y responsabilidades entre el hombre y la mujer. Los padres deben atender el mantenimiento del hogar y la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, con iguales derechos y responsabilidades. Los hijos, a su vez, están obligados a respetar y ayudar a sus padres. Estos deberes y derechos se cumplirán de acuerdo con la legislación de la materia.

Artículo 75

Todos los hijos tienen iguales derechos. No se utilizarán designaciones discriminatorias en materia de filiación. En la legislación común, no tienen ningún valor las disposiciones o clasificaciones que disminuyan o nieguen la igualdad de los hijos.

Código Civil

Artículo 100

El varón de veintiún años o el declarado mayor, y la mujer de diez y ocho años cumplidos o declarada mayor, pueden contraer matrimonio libremente.

Ley para la Disolución del Matrimonio por voluntad de una de las Partes, Ley 38/1988

Artículo 1

El matrimonio civil se disuelve:

1. Por muerte de uno de los cónyuges.
2. Por mutuo consentimiento.
3. Por voluntad de uno de los cónyuges.
4. Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio.

Artículo 8

Cuando hubieran hijos menores, incapacitados o discapacitados con derecho a recibir pensión o existan bienes comunes, si el emplazado está de acuerdo al contestar la solicitud en los términos expresados en relación a la guarda y cuidado de éstos, las pensiones alimenticias, la garantía de las mismas y la situación en que quedaran los bienes comunes; y previo dictamen del Procurador Civil y de la Oficina de Protección a la Familia del Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y Bienestar, quienes una vez emplazados tendrán el termino común de tres días para su presentación, el Juez dictara sentencia dentro de los cinco días siguientes de vencido el termino anterior, recibidos o no los dictámenes.

Artículo 14

La sentencia del Juez deberá contener:

1. Exposición de los motivos que fundamenten la sentencia.
2. Declaración de disolución del vínculo matrimonial.
3. A quien corresponde la guarda y cuido de los menores, incapacitados o discapacitados.
4. El monto de la pensión para aquellos que tienen derecho a recibirla y su forma de entrega.
5. Distribución de los bienes comunes.

Si no hay acuerdo entre los cónyuges, el Juez en la sentencia establecerá una pensión alimenticia para el cónyuge que esté imposibilitado para trabajar por razones de edad, enfermedad grave o cualquier otra causa valorada por el Juez.

Código de la Niñez y la Adolescencia

Artículo 6

La familia es el núcleo natural y fundamental para el crecimiento, desarrollo y bienestar integral de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, la familia debe asumir plenamente sus responsabilidades, su cuido, educación, rehabilitación, protección y desarrollo.

Artículo 7

Es deber de la familia, la comunidad, la escuela, el Estado y la sociedad en general asegurar, con absoluta prioridad, el cumplimiento de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes referentes a la vida, la convivencia familiar y comunitaria, identidad, nacionalidad, salud, alimentación, vivienda, educación, medio ambiente, deporte, recreación, profesionalización, cultura, dignidad, respeto y libertad.

La garantía de absoluta prioridad comprende:

- a) Primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia;
- b) Precedencia en la atención de los servicios públicos y privados;
- c) Especial preferencia en la formulación y ejecución de las políticas públicas encaminadas a crear las condiciones de vida que garanticen el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes;
- d) Asignación privilegiada de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección y promoción de la niñez y la adolescencia.

Artículo 21

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su familia, por lo que no deberán ser separados de su madre y padre, salvo cuando la convivencia con uno o ambos padres representen un peligro para la vida, integridad física y desarrollo integral del menor.

La separación de su familia deberá ser ordenada mediante resolución judicial motivada, bajo pena de nulidad, en procedimiento contencioso.

Artículo 25

El Estado garantizará el derecho a obtener una pensión alimenticia a través de un procedimiento judicial ágil y gratuito, sin perjuicio de lo que establezca la ley de la materia.

Código Penal

Artículo 168 Violación a menores de catorce años

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

Artículo 170 Estupro

Quien estando casado o en unión de hecho estable o fuera mayor de edad, sin violencia o intimidación, acceda carnalmente o se haga acceder por una persona mayor de catorce y menor de dieciséis años, será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión.

Artículo 210 Matrimonio ilegal

Quien contraiga ulterior matrimonio civil, sin hallarse legalmente disuelto o anulado el anterior, será penado con prisión de dos a cuatro años y pena de cien a doscientos días multa.

Artículo 211 Simulación de matrimonio

La misma pena del artículo anterior sufrirá quien engañe a otra persona, simulando la celebración de un matrimonio con ella.

Artículo 212 Celebración ilegal de matrimonio

El juez o notario público que, con conocimiento de su ilicitud, autorice el matrimonio en los supuestos establecidos en los dos artículos anteriores, o intervenga en su simulación, será penado con prisión de tres a cinco años, e inhabilitación especial para ejercer el cargo, profesión u oficio de juez o notario público por el mismo período.

A los testigos que a sabiendas participen en la celebración ilegal o en la simulación de matrimonio, se les impondrá una pena de seis meses a un año de prisión y pena de cincuenta a cien días multa.

Artículo 217 Incumplimiento de los deberes alimentarios

Se impondrá pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial por el mismo período para ejercer los derechos derivados de la relación padre, madre e hijos, guarda o tutela a:

- a) Quien estando obligado a prestar alimentos conforme la ley de la materia, mediando resolución provisional o definitiva u obligación contractual, o mediante acuerdo ante cualquier organismo o institución, deliberadamente omita prestarlos;
- b) Quien estando obligado al cuidado o educación de otra persona, incumpla o descuide tales deberes, de manera que ésta se encuentre en situación de abandono material o moral.

La pena será de dos a tres años de prisión, cuando el autor a sabiendas de su obligación alimentaria se ponga en un estado en el cual le sea imposible cumplir con su deber alimentario o por haber empleado cualquier medio fraudulento para ocultar sus bienes, o haber renunciado o abandonado su trabajo con el fin de evadir su responsabilidad.

También incurrirá en este delito, quien omita el deber alimentario por haber traspasado sus bienes a terceras personas en el plazo comprendido a doce meses anteriores al planteamiento del proceso judicial para el cobro del deber alimentario, durante el proceso judicial de cobro alimentario y hasta seis meses posteriores al dictado de la resolución estimatoria firme de la existencia del crédito alimentario o del deber de satisfacerlo.

Quedará exenta de pena impuesta la persona que pague los alimentos debidos, garantice razonablemente el ulterior cumplimiento de sus obligaciones o garantice convenientemente el cuidado y educación de la persona a su cargo.

El empleador que no realice la retención de los montos del salario del deudor alimentario ordenada por el Juez u oculte información en relación con los salarios u otros aspectos de interés para el establecimiento del monto que debe atender para cumplir el deber alimentario, que haya sido solicitada por la autoridad jurisdiccional, será responsable por desobediencia a la autoridad.

Para los efectos de este artículo, se entenderá como deudores alimentarios también a los hijos en relación a sus padres, cuando estén obligados a prestar alimentos, así como los hermanos con respecto a su hermano incapaz.

Breve reseña del derecho contraer matrimonio y establecer relaciones familiares en condiciones de igualdad

El derecho internacional de los derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos crea el derecho a contraer matrimonio y establecer relaciones familiares en condiciones de igualdad, a partir de brindarle dos diversos tratamientos. Lo que equivale a afirmar que tanto instrumentos internacionales de carácter general, como también los de carácter especializado, incluyen y protegen este derecho.

El derecho a contraer matrimonio y establecer relaciones familiares en condiciones de igualdad, ha sufrido un proceso paulatino de desarrollo en los instrumentos internacionales de carácter general. La primera alusión a este se encuentra en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, prestando atención a dos instituciones: matrimonio y familia, haciendo hincapié en *el libre y pleno consentimiento* de los contrayentes como elemento básico para el matrimonio. Con posterioridad el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos retoma lo proclamado por la DUDH e introduce como elemento novedoso la protección de los hijos en caso de disolución del matrimonio.

En cuanto a los instrumentos internacionales especializados, carácter que les está dado por la naturaleza particular de estos, puesto que pretenden proteger los derechos de un grupo específico de personas, o proteger a las personas contra situaciones particulares o concretas. Ejemplos de instrumentos de carácter específico son las diversas convenciones que protegen derechos de los niños y mujeres, o convenciones internacionales encaminadas a proteger a las personas en contra de la discriminación.

El derecho a contraer matrimonio y relaciones familiares en condiciones de igualdad, también se encuentra presente en el segundo grupo de instrumentos internacionales de derechos humanos,

es decir, también está protegido por instrumentos especializados de derechos humanos, entre los que destacan tres en particular. Primero, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la que mediante el artículo 16 desarrolla las regulaciones mínimas para el desarrollo de las relaciones de matrimonio y familia, prestando especial atención a la participación de las mujeres con libertad e igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares. Establece además las condiciones mínimas para eliminar la discriminación de la mujer en especial en los asuntos relacionados con el matrimonio, así como asegurar *las condiciones de igualdad entre hombres y mujeres*.

En segundo lugar la Convención sobre los Derechos del Niño por medio de los artículos 8, 9 y 27 CSDH, establece el marco mínimo por el que se aspira a proteger los derechos de los niños, por un lado en el ámbito de las relaciones familiares y en segundo lugar en casos de separación de los padres. La Convención insiste en el derecho de los niños a preservar su identidad, incluyendo en esta las relaciones familiares (art. 8 CSDN). También establece la protección de los niños en los casos de separación de los padres (art. 9 CSDN); y estipula la responsabilidad primordial de brindar las *condiciones de vida* que sean necesarias para el desarrollo del niño, así como el pago de la pensión alimenticia para la mantención del niño en los casos de separación de los padres (art. 27 CSDN).

El tercer instrumento especializado de derechos humanos que incluye el derecho a contraer matrimonio y relaciones familiares en condiciones de igualdad es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. El artículo 5 de la mencionada convención establece como compromisos de los Estados, entre otros: la prohibición de la discriminación racial, garantizar el derecho a la igualdad a todas las personas, así como garantizar un grupo de derechos civiles entre los que destaca el derecho a contraer matrimonio y la libre elección del cónyuge.

En el sistema interamericano de protección de derechos humanos dos instrumentos internacionales acogen el derecho a contraer matrimonio y relaciones familiares en condiciones de igualdad, brindado a este un tratamiento diverso. En primer lugar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo VI establece únicamente el derecho de todas las personas a *constituir familia*, reconociendo que esta es *el elemento fundamental de la sociedad* y por tanto con derecho a recibir protección estatal. En segundo lugar el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el grupo de derechos que conforman el derecho a la protección de la familia, retomando estos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Resumiendo de esta forma el desarrollo que el derecho a contraer matrimonio y relaciones familiares en condiciones de igualdad ha alcanzado en la actualidad.

Los principales elementos que conforman el derecho a la protección de la familia que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos son: a. considera a la familia es como *el elemento natural y fundamental de la sociedad*, b. reconoce el derecho de todas las personas a contraer matrimonio, siempre cuando estas cumplan con el requisito de la edad mínima establecida en las leyes, c. reconoce el libre y pleno consentimiento de los contrayentes para contraer matrimonio, d. la igualdad de derechos de los cónyuges, e. la protección de los hijos en el caso de *disolución*, f. la igualdad de derechos de los hijos, sean estos nacidos *fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo*. Este último aspecto ha sido novedoso y establece un punto de ruptura entre la tradición conservadora imbricada en el matrimonio, que establecía diversas calidades y derechos entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, rompiendo con el estigma social y la discriminación de los hijos.

A lo largo del Siglo XX el derecho a contraer matrimonio y relaciones familiares en condiciones de igualdad ha sufrido una notable evolución, sin embargo en este proceso de desarrollo han destacado cuatro elementos constitutivos: a. el derecho de todas las personas a ejercer el libre y pleno consentimiento para contraer matrimonio, b. el derecho a la igualdad de los contrayentes, c. la familia como el entorno natural y fundamental en el que se gestan las relaciones conyugales, d. la protección de la familia y los hijos durante el matrimonio y en el caso de disolución. Algunos instrumentos internacionales le brindan diversos tratamientos, sin embargo todos coinciden en la protección de dos instituciones fundamentales: el matrimonio y la familia como derecho protegido de todas las personas.

A guisa de conclusión cabe destacar dos notas. La primera plantea la necesaria modernización de este derecho a tono con el desarrollo que la institución conyugal acusa. Hasta inicios del Siglo XX se consideraba al matrimonio con la forma por excelencia por la que un hombre y una mujer convivían, constituían familia y reproducían la especie humana. Sin embargo este concepto deja por fuera a una gran cantidad de familias que no necesariamente caben en este concepto. Lo que plantea que la concepción del matrimonio acuñada en los instrumentos internacionales del siglo pasado acusa caducidad, si se toma en consideración los siguientes aspectos: a. las uniones de hecho estable, es decir la convivencia conyugal entre dos personas que no están casadas, b. la familia disfuncional, es decir aquellas familias compuestas por un cónyuge y los hijos, c. nuevas formas de unión conyugal, por ejemplo el matrimonio entre personas del mismo sexo. Lo que plantea su necesaria actualización en un contexto más amplio. Más cercano a la realidad que a formales modelos legales o religiosos.

La segunda nota está referida a la complejidad que implica acuñar el derecho a contraer matrimonio y fundar familia en la actualidad. Inicialmente este derecho osciló únicamente entre dos instituciones: matrimonio y familia. Con posterioridad el derecho internacional de los derechos humanos, además de las instituciones matrimonio y familia, introdujo nuevas dimensiones de este derecho como son el derecho a la libre elección y derecho a la igualdad de los cónyuges, y la protección de los hijos. Ello explica las diversas alusiones que hacen diversos instrumentos

internacionales de este derecho, lo que hace difícil establecer una síntesis taxonómica de este derecho.

En algunos casos existe la tentación de magnificar una u otra institución o algún elemento constitutivo de entre la diversidad que este presenta, clasificándolo y llamándolo conforme a derechos de familia o derechos de matrimonio, o a hacer una simplificación excesiva dejando por fuera aspectos esenciales de este derecho. Por esta razón este trabajo alude a este derecho como el derecho a contraer matrimonio y relaciones familiares en condiciones de igualdad, integrando las instituciones matrimonio, familia y el derecho a la igualdad de los cónyuges como requisitos indispensables y presentes en la conformación y nominación actual de este derecho.

El derecho a contraer matrimonio y relaciones familiares en condiciones de igualdad en la legislación nicaragüense

La legislación nicaragüense retoma la instituciones creadas por el derecho internacional de los derechos humanos: familia, matrimonio, igualdad de los cónyuges y niñez y las retoma en la Constitución Política: familia (art. 70 y 71 Cn.), matrimonio (art. 72 Cn.), relaciones familiares (art. 73 Cn.), distribuyendo a renglón seguido un conjunto amorfo de deberes colectivos y aspiraciones programáticas que hacen muy difícil su concreción.

En este sentido la Constitución Política da mayor énfasis a las instituciones tradicionales establecidas por el derecho que a la tradición personalizada de derechos y libertades establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos, es decir depositando estos en las personas.

Resulta muy difícil evaluar el grado de tutela y protección de los derechos de la familia por su vaguedad y generalidad, dado que estas son de sujeto o persona indeterminada. Igual sucede con el matrimonio establecido como institución sobre la que se alegan derechos en sí misma. La única excepción a esta tradición de ambigüedad lo constituye el artículo 73 Cn., que reconoce en forma personal el derecho a la igualdad de los hijos.

A pesar de la generalidad del texto constitucional, también cabe reconocer los aportes de este, entre los que destacan: la inequívoca ambición de *igualdad absoluta* de derechos y responsabilidades entre el hombre y la mujer que conforman el matrimonio, el reconocimiento de la *unión de hecho estable* como una realidad que convive en forma simultánea con el matrimonio, la libertad de los cónyuges para fundar familia, así como la disolución del matrimonio, sea de mutuo acuerdo o por la voluntad de una de las partes, y la prohibición de discriminación de los hijos en materia de filiación.

Los artículos 23 PIDCP y 17 CASDH establecen el derecho de todas las personas a contraer matrimonio y fundar familia, sin embargo estos también establecen los mínimos entre los que estos derechos discurren. Por un lado se reconoce el derecho al matrimonio si este tiene como

requisitos: a. el libre y pleno consentimiento de los contrayentes, b. que los cónyuges tengan *la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas*. Lo que deriva dos efectos, por un lado los instrumentos internacionales no reconocen los matrimonios arreglados por los padres o los matrimonios de menores.

En materia de matrimonio la legislación nicaragüense se adhiere a estos requisitos. Por un lado se exige el libre y pleno consentimiento de las contrayentes, de otra forma el matrimonio es impugnabile por vicios en el consentimiento (arts. 2451 y ss. C.), y en segundo lugar el artículo 100 del Código Civil establece la edad mínima para contraer matrimonio, estableciéndola en forma discriminatoria, siendo veintiún años para los hombres y diez y ocho para las mujeres. Lo que genera una incoherencia normativa, puesto que el artículo 47 de la Constitución Política faculta a los nicaragüenses el ejercicio de los derechos ciudadanos desde los dieciséis años.

El Código de la Niñez y de la Adolescencia retoma las principales instituciones que crea la Constitución Política, y repite las mismas formulas institucionales como identidad, relaciones familiares y comunidad, vaciándolas de contenido, lo que tiene como efecto que no es posible demandar su protección específica alguna. A pesar de las ambiciones generales, el Código de la Niñez y de la Adolescencia establece con claridad, como derechos de los niños y los adolescentes: contar con una familia y no ser separado de esta sino es mediante resolución judicial (art. 21), derecho a obtener una pensión alimenticia conforme a un *procedimiento judicial ágil y gratuito* (art. 25).

En cuanto a la disolución del matrimonio, la Ley para la Disolución del Matrimonio por voluntad de una de las Partes, incorpora el principio de *libre y pleno consentimiento* para contraer matrimonio, y lo retoma en el artículo primero que establece que entre varias causales establece que el matrimonio civil *se disuelve* por mutuo consentimiento o por voluntad de uno de los cónyuges. Esta ley presta especial atención a la protección de los terceros afectados por el divorcio, estableciendo provisiones encaminadas a proteger los intereses de los *hijos menores, incapacitada o discapacitados con derecho a recibir pensión* (art. 8). Lo que propone su armonía con los instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial el derecho de los hijos a la pensión alimenticia.

En forma general, se puede mencionar que la legislación nicaragüense oscila entre instituciones de carácter general, lo que limita la protección de los derechos personales específicos, alejándose de la tradición personalista sobre la que se han fundamentado los derechos humanos, y un escaso desarrollo normativo. Cabe mencionar las incoherencias que en materia de edad existen en la legislación, puesto que por un lado la Constitución Política establece derechos políticos a los ciudadanos desde la edad de los dieciséis años (art. 47 Cn.) mientras que el ejercicio de los derechos civiles, entre los que se menciona al matrimonio la legislación de desarrollo establece otras edades, como antes se mencionó.

En cuanto a la protección del derecho a contraer matrimonio y establecer relaciones familiares en condiciones de igualdad, la legislación penal por medio del Código Penal establece diversas tipicidades delictivas, dirigidas hacia tres direcciones: a. Imponiendo penas a los comisores de delitos sexuales cometidos en contra de menores de catorce años, lo que establece que cualquier relación sexual cometida contra una persona menor de catorce años es considerada como delito, por tanto punible y no cubierta por el matrimonio, tipificada como *violación de menores de catorce años* (art. 168 Pn.); b. el estupro (art. 170 Pn.) que se considera como víctima de la relación sexual a los menores comprendidos entre las edades de catorce a dieciséis años de edad; c. el *incumplimiento de los deberes alimentarios* también considerado como delito (art. 217 Pn.).

El derecho internacional de los derechos humanos establecen la protección de los hijos en casos de separación o disolución del vínculo conyugal estableciendo el derecho de alimentos para todos los hijos sin distinción alguna, establecidos en el art. 27 de la Convención de los Derechos del Niño, el art. 17 CASDH. Ambos retomados e incorporados a la legislación nacional por medio del artículo 25 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Lo anterior propone que la legislación nicaragüense no admite matrimonios celebrados por menores, retomando requisito de la plena y libre voluntad de los cónyuges, si estos cumplen con los requisitos de la edad establecidos en la legislación nacional. En este sentido la legislación nacional se encuentra en armonía con las premisas básicas: igualdad, libre y pleno consentimiento, la capacidad de los contrayentes y la protección de los hijos. Argumentos delineados por el derecho internacional de los derechos humanos que se constituyen en fundamento del derecho a contraer matrimonio y establecer relaciones familiares en condiciones de igualdad.

Mecanismos internos de protección del derecho a contraer matrimonio y establecer relaciones familiares en condiciones de igualdad

La legislación nacional ofrece diversos mecanismos internos del derecho arriba mencionado. En primer existe el Recurso de Amparo establecido en el artículo 188 Cn., establecido como mecanismo de control constitucional que opera contra de toda disposición, acto o resolución y *en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente* de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política. El mismo se encuentra desarrollado por medio de la Ley de Amparo en los artículos 3, 23 y ss.

Diseñado para funcionar contra *de toda disposición, acto o resolución*, emitida por persona que ejerce funciones públicas y eventualmente se consideren actos dañosos o perjudiciales cometidos en contra de cualquier persona. Por lo que cabe su eventual aplicación en casos de afectaciones de a cualquiera de los derechos que conforman el derecho a contraer matrimonio y establecer las relaciones familiares en condiciones de igualdad.

En el segundo grupo de mecanismos internos de protección se ubica la legislación penal nicaragüense, por la que se protege a la niñez y la adolescencia contra relaciones sexuales insanas, ilícitos cometidos en contra del matrimonio y el derecho a la pensión alimenticia de las personas con derecho a ellas. Cabe invocar la protección de la legislación penal por medio de activar el juicio penal en contra de los presuntos comisores de los delitos de violación (art. 168 Pn.), estupro (art. 170 Pn.), matrimonio ilegal, simulación de matrimonio y celebración ilegal de matrimonio (arts. 210 - 212 Pn.) e incumplimiento de deberes alimenticios (art. 217 Pn.).

La Ley para la Disolución del Matrimonio por voluntad de una de las Partes, ofrece un mecanismo de protección a los derechos de las partes, es decir a los cónyuges y los hijos, los que a consecuencia del divorcio ven sus derechos afectados. El artículo 18 de esta ley establece un el recurso de apelación el que puede ser utilizado contra decisiones judiciales que afectan la *situación de los menores, a las pensiones alimenticias, y a los bienes comunes*. Se debe tener en cuenta que este artículo fue objeto de una reforma en el año 2004, por el se aclaró el procedimiento e instancias de apelación.

Finalmente se encuentran los diversos procedimientos administrativos establecidos por la autoridad administrativa encaminada a proteger el matrimonio y los derechos de la niñez, entre los que mencionan los procedimientos del Ministerio de la Familia y las acciones preliminares y previas al juicio penal que realiza el Ministerio Público.

Patrones y modalidades de violaciones del derecho a contraer matrimonio y establecer relaciones familiares en condiciones de igualdad

- El asesinato de la esposa o de la prometida a manos del marido o la familia de este. A este tipo de crímenes se les conoce como *crímenes de honor*, por lo general la causa de estos radica en la insuficiente dote brindada por la novia o en la decisión del esposo para acceder a la condición de viudez lo que le allana el camino contraer matrimonio nuevamente. En los países en donde existe esta criminal práctica, el sistema de justicia actúa investigando supuestas denuncias de infidelidad de la esposa, lo que justifica su muerte. Lo que deriva en la inacción del sistema de justicia, la aceptación social de estos crímenes y en la impunidad del o de los asesinos.
- La mutilación o deformación física de la esposa, por lo general realizada por el marido. Al igual que en la práctica anterior, se justifica bajo supuestos alegatos de infidelidad cometidos la víctima. Esta cruel práctica consiste en quemaduras en el rostro o cercenar la nariz de la víctima son realizadas por el marido y sus familias, y siempre quedan en la impunidad.
- El matrimonio de menores, o los esponsales de menores. Celebrados bajo promesa hechas con antelación por los padres de los menores que originan y derivan en

matrimonios. En estos casos el consentimiento es otorgado por adultos, es decir por los padres o los representantes de los futuros esposos. Lo que vulnera y omite el derecho contraer matrimonio mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos, establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

- En cláusulas prematrimoniales, se constituye en omisión del principio de igualdad, cualquier cláusula encaminada a disminuir los derechos que por ley se encuentran establecidos para los contrayentes del matrimonio. Se recomienda prestar atención a la participación de los funcionarios estatales y/o aquellos que gozan de fe pública en la celebración del matrimonio.
- Cualquier omisión del principio de libre y pleno consentimiento para contraer matrimonio. Entre estos se pueden mencionar todos los vicios de la voluntad, establecidos por la legislación civil.
- La denegación, posposición o entorpecimiento del derecho a obtener la pensión alimenticia para las personas con derecho a esta, realizada por cualquier persona que ejerce funciones públicas.
- Cualquier acción u omisión encaminada a privar, excluir o reducir los derechos de las mujeres a establecer relaciones familiares en condiciones de igualdad. Provenga o se encuentre originada en la ley o en la costumbre.
- La inacción de la administración de justicia ante crímenes cometidos en contra de mujeres. En estos casos cabe iniciar la verificación de las eventuales denuncias a partir de violaciones al derecho a la justicia, que se concreta mediante la omisión del deber de prevenir, investigar y sancionar los delitos. Lo que apunta directamente hacia la administración de justicia.

Sugerencias para la verificación del derecho a contraer matrimonio y establecer relaciones familiares en condiciones de igualdad

- En crímenes de género, en especial aquellos cometidos en contra de mujeres y originados en su condición. Analice la conveniencia de verificar la denuncia por medio del derecho de las víctimas a juicio justo y al debido proceso. Es decir analice la conveniencia de monitorear el derecho a la justicia, por medio de documentar el deber del estado de prevenir, investigar y sancionar los delitos.
- En matrimonios celebrados entre menores, se debe poner en evidencia el ejercicio del derecho a contraer matrimonio con pleno y libre consentimiento de los contrayentes. Lo que propone verificar la naturaleza del consentimiento otorgado, sea concedido por los menores o sus representantes. En estos casos sugiera iniciar las acciones penales

pertinentes. Es indispensable que los menores se encuentren debidamente protegidos, sea por sus padres, tutores, representantes, o la institución estatal responsable, con el fin de prevenir ulteriores chantajes o presiones sobre estos.

- En casos referidos a desigualdades o tratos preferentes, se debe brindar la protección necesaria a la parte que alega el trato desigual, tanto real como legal. Sugiera recurrir a las instituciones estatales encargadas de la protección de la familia. Ofrezca a las personas denunciantes el acompañamiento ante las diversas instituciones estatales.
- En casos de cónyuges y menores desprotegidos o privados de su derecho a la pensión alimenticia. Recomiende iniciar acciones legales ante la administración de justicia. De ser posible brinde acompañamiento de los denunciantes ante las instituciones estatales de protección a la familia.
- Documente las acciones y reacciones de los funcionarios encargados de hacer cumplir las leyes, con el fin de agotar las diversas instancias, así como utilizar los diversos recursos disponibles.
- En casos de separación o disolución del vínculo matrimonial, este debe ser realizado por medio de mandato judicial. Además se debe verificar las medidas establecidas en la sentencia, principalmente las medidas de protección de los hijos menores, incapacitados o discapacitados, así como el cónyuge discapacitado con derecho a pensión alimenticia.
- Ante hechos o actos que implican discriminación de la mujer, así como limitaciones al ejercicio de sus derechos, se debe identificar el acto o la norma lesiva, así como el derecho violentado. En estos casos es aconsejable recurrir por medio de los recursos disponibles. Tenga en cuenta que además del derecho en riesgo por la eventual discriminación, también se afecta el derecho de las personas a establecer relaciones familiares en condiciones de igualdad.

Capítulo 13. Derechos de los niños y los adolescentes

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 25 (inciso 2)

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 10 (inciso 3)

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes, contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores "Reglas de Beijing"

2. Alcance de las Reglas y definiciones utilizadas

2.1 Las Reglas mínimas que se enuncian a continuación se aplicarán a los menores delincuentes con imparcialidad, sin distinción alguna, por ejemplo, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2.2 Para los fines de las presentes Reglas, los Estados Miembros aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos:

- a) Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto;
- b) Delito es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate; y
- c) Menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.

4. Mayoría de edad penal

4.1 En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad

1. El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento deberá usarse como último recurso.

2. Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.

11. A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes:

- a) Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley;
- b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo VII. Derecho de protección a la maternidad y a la infancia.

Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 71

Es derecho de los nicaragüenses constituir una familia. Se garantiza el patrimonio familiar, que es inembargable y exento de toda carga pública. La ley regulará y protegerá estos derechos. La niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña.

Artículo 84

Se prohíbe el trabajo de los menores, en labores que puedan afectar su desarrollo normal o su ciclo de instrucción obligatoria. Se protegerá a los niños y adolescentes contra cualquier clase de explotación económica y social.

Código de la Niñez y la Adolescencia

Artículo 4

Toda niña, niño y adolescente nace y crece libre e igual en dignidad, por lo cual goza de todos los derechos y garantías universales inherentes a la persona humana, y en especial de los establecidos en la Constitución Política, el presente Código y la Convención sobre los Derechos del Niño, sin distinción alguna de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, situación física o psíquica o cualquier otra condición, en relación a sus madres, padres o tutores.

Artículo 213

Durante la ejecución de las medidas, el adolescente tendrá los siguientes derechos:

- a) Derecho a la vida, la dignidad y la integridad física y moral;
- b) Derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado;
- c) Derecho a permanecer preferiblemente en su medio familiar, si este reúne los requisitos adecuados para el desarrollo del adolescente;
- d) Derecho a recibir los servicios de salud, educativos y sociales adecuados a su edad y condiciones y a ser asistido por personas con la formación profesional requerida;
- e) Derecho a recibir información, desde el inicio de la ejecución de la medida, sobre:
 - e.1 Los reglamentos internos sobre comportamiento y vida en el centro, en especial la relativa a las medidas disciplinarias que puedan aplicársele, las que deberán colocarse en lugar público y visible.
 - e. 2 Sus derechos en relación con las funciones de las personas responsables del centro de detención.
 - e. 3 El contenido del plan individual de ejecución para reinsertarlo en la sociedad.
 - e. 4 La forma y los medios de comunicación con el mundo exterior, los permisos de salida y el régimen de visitas.
- f) Derecho a presentar peticiones y quejas ante cualquier autoridad y a que se le garantice respuesta;
- g) Derecho a que se le mantenga, en cualquier caso, separado de los delincuentes condenados por la legislación penal común;
- h) Derecho a que se le ubique en un lugar apto para el cumplimiento del plan de ejecución individual y a que no se le traslade arbitrariamente;
- i) Derecho a no ser incomunicado en ningún caso, ni sometido al régimen de aislamiento, ni a la imposición de penas corporales. Cuando la incomunicación o el aislamiento deban ser aplicados para evitar actos de violencia contra el adolescente o terceros, esta medida

se comunicará a la oficina de Ejecución y Vigilancia de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, para que, de ser necesario, la revisen y la fiscalicen.

j) Los demás derechos, especialmente los penitenciarios, establecidos para los adultos y que sean aplicables a los adolescentes.

Breve reseña de los derechos de los niños y los adolescentes

Los *derechos de los niños* en el derecho internacional de los derechos humanos

Desde la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el año de 1948 hasta la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1989, transcurrieron cuatro décadas de acelerados cambios. Durante este periodo de tiempo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos acusa un acelerado desarrollo en materia de los derechos de los niños y los adolescentes.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece el punto de partida, enumerando en forma general y vaga dos compromisos: el derecho de los niños a *cuidados y asistencia especiales*, y el *derecho a igual protección social* para todos los hijos sin distinción (art. 25.2. DUDH). Lo que planteaba serios desafíos en cuanto a su concreción y protección dada la vaguedad y generalidad con la que se establecen estos derechos.

Continuando la tradición de generalidad que inicio la Declaración Universal de Derechos Humanos, dos instrumentos regionales del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, acogen los derechos de la niñez en forma general. En primer lugar la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre establece el derecho a la protección estatal y social de la niñez desde el vientre materno: *Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño*, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales (art. VII). Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece los *Derechos del Niño*, centrando estos en el deber de protección a estos por parte de la familia, la sociedad y el Estado (art. 19 CASDH). Clausula general que no cuenta con mayor desarrollo, lo que no posibilita identificar sus alcances ni los ámbitos particulares en materia de derechos a proteger.

En el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos en el año 1966 se promulgaron dos pactos simultáneamente: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los que avanzaron en el desarrollo y concreción de los derechos de los niños y los adolescentes, ampliando el ámbito de protección. Ambos pactos insisten e introducen el derecho a la protección de los niños y los adolescentes a la protección sin discriminación por la familia, la sociedad y el Estado (art. 24 PIDCP).

Adicionalmente el PIDESC establece como derechos específicos de los niños y los adolescentes: el derecho a la protección contra la explotación, derecho a la protección contra trabajos nocivos o

peligrosos, y el derecho a la protección contra la explotación infantil. Adicionalmente establece el derecho a la salud física y mental, estableciendo como deber de los Estados como protección específica y particular de derechos de la niñez y la adolescencia adoptar medidas dirigidas hacia la *reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños* (arts. 10.3. y 12 PIDESC).

En materia de protección de los derechos de los niños en conflicto con las leyes destacan dos instrumentos internacionales. En primer lugar las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores”, promulgadas en el año 1985 y también conocidas como las “Reglas de Beijing”. Estas se constituirían en el conjunto de reglas que sentaron las bases de la justicia penal de adolescentes, establecen el marco mínimo por el que los Estados han de regular esta materia haciendo hincapié en la tutela y protección del grupo de derechos que conforman el derecho al debido proceso y el derecho a la justicia. En segundo lugar se encuentran las “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad” adoptadas en el año 1990 las que establecen el conjunto de principios que han de observarse en los centros de detención habilitados para adolescentes.

La promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el año de 1989, significó un salto dramático en el desarrollo normativo de los derechos de los niños y los adolescentes. El CSDN desarrolla en forma más acabada y particular, puesto que este instrumento, a diferencia de los anteriores centra la atención y desarrolla derechos en función de la protección de un grupo particular de personas, en este caso los niños. La CSDN ofrece un marco más amplio y específico del conjunto de los derechos de los niños, abarcando desde los derechos civiles y políticos (arts. 6 – 19), derecho a la protección estatal en situaciones particulares que afectan a los niños: cualquier forma de abuso, guarda, adopción, refugio, niños con necesidades especiales de protección (arts. 20 – 23), derechos sociales y culturales: salud, educación, protección contra explotación (arts. 24 – 36), derechos de los niños en situaciones de riesgo y vulnerabilidad: privación de libertad, conflictos armados y niños en conflicto con las leyes (arts. 36 – 41).

Entre las novedades que introduce la Convención sobre los Derechos de la Niñez están: a. Introduce el novedoso concepto del *interés superior del niño* como la referencia que han de tener en cuenta las instituciones públicas y privadas, incluyendo la administración justicia, en cuanto la protección de la niñez y la adolescencia (arts. 3 y 9 CASDN), b. La naturaleza de desarrollo de la Convención al establecer normas específicas y particulares encaminadas a proteger a niños y adolescentes, c. La definición de niño como sujeto de protección a partir de la considerar la edad cronológica como atributo universal de esta (art. 1 CASDN), al establecer que se considera como niño a todo ser humano *menor dieciocho años de edad*, d. El desarrollo normativo encaminado a proteger a los niños en situaciones de riesgo y vulnerabilidad como son la guerra, refugio, así como establecer los derechos de los niños en la jurisdicción penal de adolescentes.

Los derechos de la niñez y la adolescencia en la legislación nacional

La legislación nicaragüense aborda los derechos de los niños y los adolescentes en normas de diversa naturaleza: normas constitucionales y leyes de desarrollo. En estas últimas se encuentran el Código de la Niñez y la Adolescencia y la regulación administrativa que regula las instituciones responsables de la protección de la niñez y los adolescentes, entre las que destacan: Ministerio de la Familia, Ministerio de Salud, Policía Nacional, Instituto de Cultura y Deportes, etc.

Este trabajo centra su atención en particular en dos cuerpos normativos en particular: La Constitución Política y el Código de la Niñez y la Adolescencia. Se debe considerar que dado el nivel de desarrollo normativo que los derechos que aborda este capítulo se merece un trabajo de mayor envergadura y profundidad, por lo que el abordaje de los derechos de los niños y los adolescentes en este capítulo será desde una perspectiva general e informativa. Ello explica el porqué a diferencia de los capítulos precedentes, en este capítulo no se mencionan los mecanismos internos de protección, los patrones y modalidades de violaciones a este derecho. Tampoco se hacen sugerencias para la verificación de eventuales violaciones de estos derechos. Los derechos de los niños y los adolescentes se merecen ser tratados en trabajos especializados, brindando el análisis desde la perspectiva particular de la población a la que estos derechos aspiran a proteger.

Derechos de los niños y los adolescentes en la Constitución Política.

La Constitución Política retoma del derecho internacional de los derechos humanos dos garantías encaminadas a proteger el derecho de los niños. En primer lugar a la *protección especial y de todos los derechos* que su condición requiere (art. 71 Cn.). En este sentido se observa la influencia del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala que todos los niños tienen derecho a las *medidas de protección que su condición de menores* requieren. En segundo lugar, el artículo 84 de la Constitución Política establece el derecho a la protección contra la explotación de menores sea esta de cualquier naturaleza. Estos derechos con posterioridad fueron desarrollados en los artículos 19 y 32 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez.

El artículo 71 de la Constitución Política hace una reserva de ley en cuanto al desarrollo de los derechos de la niñez y la adolescencia por medio de la fórmula *la ley regulará y protegerá* estos derechos. Reserva de ley que se concretó en el año 1998 con la promulgación de la Ley 287, Código de la Niñez y la Adolescencia. Sin embargo se debe poner en evidencia la desafortunada mención que hace este artículo, que pretende recepcionar en el derecho nacional *la protección especial y de todos los derechos* de los niños y los adolescentes que su condición requieren, derivada de *la plena vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña*. Desafortunada mención puesto que la convención internacional que establece los derechos de los niños en el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos se conoce como la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta última no se centra en temas de género, muy a pesar de la lamentable alusión a la

perspectiva de género que los legisladores y los redactores del artículo 71 Cn. pretendieron imprimir y transportar esquemáticamente al ámbito de la niñez y los adolescentes.

La alusión de una inexistente convención internacional con el fin de utilizar conceptos de moda conlleva profundas confusiones no solo de lenguaje y de los conceptos, sino que además deriva consecuencias desfavorables prácticas en el ámbito de la protección real de los derechos de los niños. En primer lugar no se puede invocar adecuadamente la protección del instrumento internacional de protección que establece el derecho internacional de los derechos humanos, que se establecen en la Convención de los Derechos del Niño, por no estar mencionada apropiadamente en el artículo citado.

En segundo lugar, tampoco se pueden utilizar mecanismos internos de protección, es decir los diversos recursos que establece la legislación nacional como mecanismos internos de protección de los derechos de las personas. Simplemente porque no se puede invocar ni recurrir una convención internacional que no existe. Por tanto la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Niña” mencionada en el artículo 71 Cn. no puede ser fuente de protección ni de derechos. Lo que aleja las posibilidades reales de protección por medio de esta convención a los niños y niñas del país.

El Código de la Niñez y la Adolescencia

Es una ley novedosa e innovadora en materia de derechos de niños y adolescentes. Aprobada en 1998 como la Ley 287, se considera el principal cuerpo normativo que regula los derechos de los niños y los adolescentes. Establece el catálogo de derechos y libertades de niños y adolescentes, regula las relaciones familiares y crea la Justicia Penal del Adolescente. Establece el marco institucional y los procedimientos para someter a la jurisdicción penal a los adolescentes en conflicto con las leyes. Sin embargo, a pesar de las innovaciones que la Ley 287 ha introducido en la sociedad nicaragüense, se debe mencionar el vicio de origen que a este considerando le impone el texto constitucional.

Según el Considerando II de la Ley 287, el art. 71 de la Constitución Política establece la *plena vigencia* de la Convención de los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones en el año 1989, y entró en vigencia en el año 1990. Sin embargo el texto del artículo 71 Cn. lo que reconoce es la plena vigencia de la *Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña*. El vicio de origen consiste en que esta convención mencionada en el art. 71 Cn. no existe, lo que desdice y deslegitima la referencia del Considerando II de la Ley 287, puesto que este Considerando pretende corregir sin éxito, la desafortunada incoherencia constitucional, puesto que el asidero del que parte está viciado, trasladando este vicio a toda la legislación de desarrollo, poniendo en una precaria situación los beneficios e innovaciones que la Ley 287 Código de la Niñez y la Adolescencia. Vicio que genera incertidumbres acerca de la validez de esta norma, situación que conviene conciliar urgentemente.

A continuación se hace una síntesis general de los alcances y las principales instituciones que desarrolla la Ley 287 Código de la Niñez y la Adolescencia, a partir de sus cuatro principales elementos:

a. Los valores principales que inspiran y fundamentan la Ley 287 Código de la Niñez y la Adolescencia

Estos se encuentran en el Título Preliminar entre los que destacan:

- La protección integral de los niños, niñas y adolescentes como deber de todas las instituciones colectivas y el Estado (art. 1)
- Definición de niña y niño, en consonancia con el art. 1 CASDN, reconoce como niños a los que no hubiesen cumplido los 13 años de edad y adolescentes a los que se encuentren entre los 13 y 18 años de edad, no cumplidos (art. 2)
- Derecho de los niños y adolescentes a participar activamente en todas las esferas de la vida social y jurídica, sin más limitaciones que las establecidas por las Leyes (art. 3)
- Introduce como derecho de todos los niños el principio de igualdad y la interdicción de la discriminación para el goce de todos los derechos establecidos en la Constitución Política y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 4)
- Retoma del derecho internacional de los derechos humanos, en especial el PIDCP y la CSDN el derecho a ser tratado humana y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art. 5), por tanto a ser protegido en contra de cualquier forma de abuso o explotación.
- El reconocimiento de la familia como núcleo natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente (art. 6).
- El reconocimiento de derechos culturales a las niñas, niños y adolescentes pertenecientes a las comunidades indígenas (art. 8). Enfatizando los derechos a cultura, educación, religión, idioma y costumbres propias.
- Recepiona y desarrolla de la CSDN la institución del *interés superior del niño* (arts. 3 CASDN). Estableciendo esta como pauta de comportamiento a las instituciones públicas y privadas responsables de la protección de la niñez. Ilumina el concepto de interés superior del niño al que define como *todo aquello que favorezca* su pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural, social, en consonancia con la evolución de sus facultades que *le beneficie en su máximo grado* (arts. 9 y 10).

b. La constitución de derechos y libertades de niños y adolescentes

El Código de la Niñez y la Adolescencia es novedoso por establecer el conjunto de los derechos y libertades de los niños y adolescentes, reconociendo compromisos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos en especial la Convención sobre los

Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos se encuentran clasificados en tres grandes grupos:

- Derechos civiles y políticos: vida, al nombre, vida privada, libertad, etc. (arts. 12 – 20)
- Derecho a relaciones familiares, por la se reconoce a la familia como el seno necesario para el desarrollo de la niñez y se establecen mecanismos de protección como son: pensión alimenticia, la responsabilidad compartida de los padres en el cuidado de niños, protección contra el maltrato, abuso sexual o cualquier forma de explotación, entre otros. (arts. 21 – 32).
- Derechos económicos, sociales, culturales y recreación: salud, protección del embarazo, atención médica, educación, etc. (arts. 23 – 53).

c. *Dedica un capítulo a los deberes de los niños y adolescentes entre los que destacan: obediencia, respeto y afecto a padres, abuelos y tutores, estudio, colaboración en las tareas del hogar acorde a la edad, otros.* (arts. 54 y 55)

d. *La Justicia Penal de Adolescentes*

El Libro Tercero del Código de la Niñez y la Adolescencia establece el Sistema de Justicia Penal Especializado (arts.95 y ss.) la que se aplicara a los adolescentes que hayan cumplido 13 años y menores de 18 años.

Como consecuencia de la comisión de un delito, el Sistema de Justicia Penal Especializado opta por la imposición de diversos tipos de medidas a imponer al adolescente, entre las que se encuentran: Socio-educativas (orientación y apoyo socio-familiar, amonestación y advertencia, libertad asistida, servicios a la comunidad, y reparación del daño causado), de orientación y supervisión (cambio de residencia, abandono de ciertas relaciones, prohibición de visitar lugares, inclusión en programas educativos o ocupacionales, abstención de ingestión de sustancias que alteran la conciencia, internamiento en programas de salud, y diversos tipos de privación de libertad). Se debe tener en cuenta que la privación de libertad será ordenada *excepcionalmente* (arts. 195 y 202).

Simultáneamente el Código de la Niñez y la Adolescencia también establece el catalogo de los derechos que el adolescente goza durante la ejecución de las medidas impuestas a consecuencia de un delito (art. 213). Entre los que se mencionan: Los principales derechos civiles y políticos, todos los derechos penitenciarios establecidos para adultos (esparcimiento, alimentación, visitas, ejercicios, derecho a presentar peticiones y a la asistencia letrada, comunicación con el exterior, entre otros). El Código también prescribe especial medida de protección. En especial cuando *la incomunicación o el aislamiento deban ser aplicados para evitar actos de violencia contra el adolescente o terceros*, se deberá informar a la a la oficina de Ejecución y Vigilancia de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (art. 213 inc. i.), para que esta realice las medidas de verificación y seguimiento pertinentes, encaminadas a proteger los derechos del adolescente.

En síntesis la promulgación de la Ley 287 Código de la Niñez y la Adolescencia ha significado un hito en proclamación y protección de los derechos de los niños y adolescentes. Ha introducido en la legislación de desarrollo los principales compromisos en materia de derechos y libertades, así como el establecimiento de compromisos y deberes a las instituciones públicas y privadas en cuanto a la protección de estos. Es notorio el interés que la Ley 287 hace en cuanto a establecer la Justicia Penal de Adolescentes inspirado en modernas instituciones encaminadas a someter a la jurisdicción penal a los menores en conflicto con las leyes y simultáneamente proteger y salvaguardar los derechos y libertades de estos.

Mecanismos internos de protección de los derechos de los niños y los adolescentes

La legislación nicaragüense desarrolla diversos mecanismos encaminados a proteger los derechos de niños y adolescentes en normas de diversa jerarquía, destacan entre estas: mecanismos establecidos por la Constitución Política, mecanismos de protección establecidos por leyes de desarrollo, en particular el Código de la Niñez y la Adolescencia, y mecanismos de protección establecidos en normativa de carácter administrativo.

Mecanismos internos de protección establecidos por la Constitución Política

Los mecanismos de control constitucional aplicables en la protección de los derechos de los niños y adolescentes son dos: El Recurso de Amparo (art. 188 Cn.) y el Recurso de Exhibición Personal (art. 189 Cn.). Ambos desarrollados por la Ley de Amparo a partir de los artículos 23 y 52 respectivamente.

Mecanismos internos de protección establecidos por la Ley 287 Código de la Niñez y la Adolescencia

El Código de la Niñez y la Adolescencia presenta al menos tres diversos mecanismos de protección de los derechos de niños y adolescentes:

- a. En casos de violaciones de los derechos establecidos en la Ley 287, en particular el catalogo de derechos y libertades establecidos en el Libro Primero, Capítulos 1 – 3, el Código de la Niñez y la Adolescencia (art. 53) establece el derecho a recurrir. Sin embargo esta posibilidad no es de carácter específico sino que se deberá ejercer este derecho conforme a ley expresa que regule el derecho recurrido. Lo que abre la posibilidad de recurrir la violación u omisión, y eventualmente abre la posibilidad de su protección y restitución.
- b. Las medidas de protección especial en los casos de niños y adolescentes en riesgo. El Código desarrolla medidas de prevención (art. 64 y ss.), así como medidas especiales de

protección (art. 76), las que pretenden brindar protección especial a niños y adolescentes en situaciones de riesgo, en particular en las siguientes situaciones:

- Cuando los tutores, abusen de la autoridad que le confiere la guarda y tutela de los menores o actúen con negligencia en las obligaciones que les imponen las leyes.
- Cuando carezcan de familia;
- Cuando se encuentren refugiados en nuestro país o sean víctimas de conflictos armados;
- Cuando se encuentren en centros de protección o de abrigo;
- Cuando trabajen y sean explotados económicamente;
- Cuando sean adictos a algún tipo de sustancias sicotrópicas, tabaco, alcohol, sustancias inhalantes o que sean utilizados para el tráfico de drogas;
- Cuando sean abusados y explotados sexualmente;
- Cuando se encuentren en total desamparo y deambulen en las calles sin protección familiar;
- Cuando sufran algún tipo de maltrato físico o psicológico;
- Cuando padezcan de algún tipo de discapacidad;
- Cuando se trate de niñas y adolescentes embarazadas.
- Cualquier otra condición o circunstancia que requiera de protección especial.

La aplicación de estas medidas especiales de protección requieren la intervención inicial de instituciones especializadas, en particular aquellas ubicadas en dentro de la administración o Poder Ejecutivo. Las medidas específicas se encuentran establecidas en el artículo 82 y estas son:

- Inclusión en un programa gubernamental, no gubernamental o comunitario de apoyo a la familia, a las niñas, niños y adolescentes;
 - Inclusión en un programa de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico;
 - Reintegro al hogar con o sin supervisión psicosocial y/o jurídica especializada;
 - Ubicación familiar;
 - Ubicación en hogar sustituto;
 - Inclusión en un programa gubernamental o no gubernamental de rehabilitación y orientación a niñas, niños y adolescentes alcohólicos y toxicómanos;
 - Ubicación en un centro de abrigo o refugio;
 - La adopción.
 -
- c. Los mecanismos internos de protección de los derechos y libertades de los adolescentes sometidos a la justicia a la Justicia Especial de Adolescentes. Los que se pueden enunciar como:
- Mecanismos de de protección legal de mero derecho: Estos operan durante el procedimiento de la Justicia Especial de Adolescentes, que pretende proteger el derecho al debido proceso, en particular los derechos a presunción de inocencia y derecho a la

defensa, contra omisiones de requisitos procesales esenciales, cuya omisión deriva en nulidad de mero derecho lo actuado, lo que deja sin ningún efecto y sin ningún valor a lo actuado, constituyéndose en un mecanismo de protección de los derechos del adolescente.

- Artículo 118. Todo adolescente a quien se le atribuya la comisión o participación en un delito o falta, tendrá derecho desde su detención e investigación a ser representado y oído en el ejercicio de su defensa, a contar con las garantías del debido proceso, a proponer prueba e interponer recursos y a que se motive la medida que se aplicará, *so pena de nulidad*, sin perjuicio de los demás derechos reconocidos en el presente Código.
- Artículo 122. Desde el inicio de la investigación y durante todo el proceso, el adolescente deberá ser asistido y asesorado por un defensor y no podrá recibírsele ninguna declaración sin la asistencia de este, *so pena de nulidad*.

El acusado, su madre, padre o tutores podrán nombrar un defensor particular. En caso de no contar con recursos económicos el Estado, a través de la Defensoría Pública le brindará un defensor público especializado en la materia.

- Artículo 163. La declaración del adolescente mayor de trece años pero menor de quince años de edad deberá realizarse en presencia de su defensor y, de ser posible, de su madre, padre, tutores, guardadores o representantes legales; además, deberá asistir el representante de la Procuraduría General de Justicia. El propósito de esta diligencia será averiguar los motivos del hecho que se le atribuyen al adolescente mayor de trece años y menor de quince años de edad, estudiar su participación e investigar las condiciones familiares y sociales en que se desenvuelve.

La declaración del adolescente no tendrá las formalidades de la declaración indagatoria del proceso penal ordinario, en cuanto lo perjudique y deberá prevalecer, en todo momento, el interés superior del adolescente.

La inobservancia de las garantías del presente Artículo *hará nula la actuación y no tendrá ningún valor o efecto alguno*, dentro o fuera del juicio.

- Artículo 164. La declaración del adolescente mayor de quince años, pero menor de dieciocho años de edad deberá realizarse en presencia de su defensor, la madre, padre, tutores, guardadores o representantes, cuando el adolescente lo solicite. También deberá asistir el representante de la Procuraduría General de Justicia.

La inobservancia de las garantías del Artículo 163 de este Código y del presente Artículo *hará nula la actuación y no tendrá ningún valor o efecto alguno*, dentro o fuera del juicio.

- Los diversos recursos que establece la Justicia Especializada de Adolescentes. Estos permiten a las partes quebrar decisiones judiciales dañosas generadas durante el proceso penal del adolescente. Estos están establecidos en el artículo 185 del Código de la Niñez y la Adolescencia: Apelación, Casación y Revisión.
 - Recurso de Apelación (art. 186 y ss.)
 - Recurso de Casación (art. 190)
 - Recurso de Revisión (art. 192)
- La revisión y fiscalización de la oficina de Ejecución y Vigilancia de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, en los casos los casos de incomunicación o aislamiento, impuestos al adolescente como consecuencia de la comisión de un delito y que se aplican únicamente *para evitar actos de violencia* contra el adolescente o terceros (art. 213 inc. i.).

El Recurso de Apelación establecido en la Ley 38 Ley para la Disolución del Matrimonio por Voluntad de Una de las Partes y su reforma del 20 de Abril de 2004.

El artículo 18 reformado de la Ley 38, concede la posibilidad de recurrir de apelación de la sentencia de divorcio cuando estas se refieren a la *situación de los menores, a las pensiones alimenticias* y a los bienes comunes. Lo que permite proteger eventuales derechos en riesgo de los hijos y otras personas afectadas por la sentencia de disolución del vínculo matrimonial. Brindando así una vía de impugnación de decisiones judiciales dañosas, las que eventualmente omitan o violen los derechos de los menores. Lo que posibilita la eventual restitución de estos.

Sugerencias para la verificación de los derechos de los niños y los adolescentes

- En los casos de eventuales omisiones o violaciones de los derechos y libertades establecidas en la Ley 287 Código de la Niñez y la Adolescencia, en particular los derechos civiles y políticos así como los económicos, sociales y culturales, se debe ubicar y clasificar la violación u omisión conforme a ley específica. Es decir identificar en la legislación de desarrollo correspondiente el derecho omitido o violado. Ello resulta de suma importancia a los efectos de recurrir cualquier acción de persona que ejerce funciones públicas, cuyas decisiones pueden ser quebradas por medio de los mecanismos de control constitucional o el sistema de recursos disponibles en la legislación.

- La remisión y consulta en la legislación de desarrollo, además, facilitara identificar la existencia o disponibilidad de recursos específicos o particulares, para ser utilizados en situaciones específicas y procedimientos específicos.
- En casos de adolescentes en conflicto con las leyes, se debe verificar el requisito de la edad del adolescente, en su ausencia, se recomienda solicitar el *estudio biosicosocial del acusado*.
- En casos de niños y adolescentes en situaciones de riesgo, previo a la decisión de aplicar medidas especiales de protección es aconsejable de previo identificar la existencia de los padres o parientes del niño o adolescente, a quienes se puede responsabilizar de la ulterior protección de estos.
- Para la verificación de los derechos que conforman el derecho al debido proceso, se recomienda verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos de validez del procedimiento penal del adolescente. En especial aquellos cuya omisión deriva en nulidad de lo actuado (arts. 118, 122 y 164 Ley 287) los que protegen el derecho a la defensa, derecho a la asistencia letrada y derecho a ser escuchado en juicio justo, entre otros.
- En las omisiones de alguno de los derechos que conforman el derecho al debido proceso, se recomienda alertar a la autoridad responsable, con el fin de subsanar el defecto. En aquellos casos en los que el defecto no es posible subsanar, recurrir conforme el caso.
- Tenga presente las dos partes del conflicto penal, analice por un lado la protección del adolescente en conflicto con las leyes, y por el otro, siempre tenga presente que el hecho de ser adolescente, y que conforme a la Convención sobre del Niño, este adolescente sea un niño, ello no es justificación suficiente para alentar la impunidad de ninguna persona bajo argumentos de proteger y promover los derechos humanos de los adolescentes.

Capítulo 14. Derecho a la nacionalidad

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 15

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada

Artículo 1

Los Estados contratantes convienen en que ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Artículo 1 (numeral 3)

3. Ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Artículo 9

1. Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.

2. Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Artículo 5 (inciso d. iii.)

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

d) Otros derechos civiles, en particular:

iii) El derecho a una nacionalidad;

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 8 (inciso 1)

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XIX. Derecho de nacionalidad.

Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

TÍTULO III

La Nacionalidad Nicaragüense

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 15

Los nicaragüenses son nacionales o nacionalizados.

Artículo 16

Son nacionales:

1. Los nacidos en el territorio nacional. Se exceptúan los hijos de extranjeros en servicio diplomático, los de funcionarios extranjeros al servicio de organizaciones internacionales o los de enviados por sus gobiernos a desempeñar trabajos en Nicaragua, a menos que optaren por la nacionalidad nicaragüense.
2. Los hijos de padre o madre nicaragüense.
3. Los nacidos en el extranjero, de padre o madre que originalmente fueron nicaragüenses, siempre y cuando lo solicitaren después de alcanzar la mayoría de edad o emancipación.
4. Los infantes de padres desconocidos encontrados en territorio nicaragüense, sin perjuicio de que, conocida su filiación, surtan los efectos que proceden.
5. Los hijos de padres extranjeros nacidos a bordo de aeronaves y embarcaciones nicaragüenses, siempre que ellos lo solicitaren.

Artículo 17

Los centroamericanos de origen tienen derecho de optar a la nacionalidad nicaragüense, sin necesidad de renunciar a su nacionalidad y pueden solicitarla ante autoridad competente cuando residan en Nicaragua.

Artículo 18

La Asamblea Nacional podrá declarar nacionales a extranjeros que se hayan distinguido por méritos extraordinarios al servicio de Nicaragua.

Artículo 19

Los extranjeros pueden ser nacionalizados, previa renuncia a su nacionalidad y mediante solicitud ante autoridad competente, cuando cumplieren los requisitos y condiciones que establezcan las leyes de la materia.

Artículo 20

Ningún nacional puede ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional nicaragüense no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad.

Artículo 21

La adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad serán reguladas por las leyes.

Artículo 22

En los casos de doble nacionalidad se procede conforme los tratados y el principio de reciprocidad.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 260/1998

Artículo 20. Doble instancia

Todas las sentencias de primer grado, dictadas por los jueces, podrán ser impugnadas por las partes mediante el recurso de apelación, sin perjuicio de los demás recursos establecidos por la ley.

En todo proceso, cualquiera que sea la materia, solo habrá dos instancias.

Ley 149. Ley de Nacionalidad

Artículo 2

Los nicaragüenses son nacionales o nacionalizados.

Artículo 3

Son nacionales:

1. Los nacidos en el territorio nacional. Se exceptúan los hijos de extranjeros en servicio diplomático, los hijos de funcionarios extranjeros al servicio de organizaciones internacionales o los de enviados por sus gobiernos a desempeñar trabajos en Nicaragua, a menos que optaren por la nacionalidad nicaragüense.
2. Los hijos de padre o madre nicaragüense.
3. Los nacidos en el extranjero de padre o madre que originalmente fueron nicaragüenses, siempre y cuando lo solicitaren después de alcanzar la mayoría de edad o emancipación.
4. Los infantes de padres desconocidos encontrados en territorio nicaragüense, sin perjuicio de que coincida su filiación, surta los efectos que procedan.
5. Los hijos de padres extranjeros nacidos a bordo de aeronaves y embarcaciones nicaragüenses, siempre que estos lo solicitaren.

Artículo 4

Los centroamericanos de origen tienen derecho de optar a la nacionalidad nicaragüense sin necesidad de renunciar a su nacionalidad y pueden solicitarla ante autoridad competente cuando residan en Nicaragua.

Artículo 5

La Asamblea Nacional podrá declarar nacionales a extranjeros que se hayan distinguido por méritos extraordinarios al servicio de Nicaragua, quiénes gozarán de los mismos derechos que los nacionales, sin más limitaciones que las establecidas en los artículos 134, 147, 152, 161 y 171 de la Constitución Política.

Artículo 6

Los nicaragüenses casados con extranjeros conservarán su nacionalidad, aun cuando por la ley nacional del cónyuge adquieran la nacionalidad de éste, siempre que no hagan renuncia expresa de su nacionalidad nicaragüense.

Artículo 7

Los extranjeros podrán nacionalizarse, previa renuncia de su nacionalidad, mediante solicitud ante autoridad competente, siempre y cuando cumplan con los requisitos siguientes:

- a) Acreditar su residencia en el país por cuatro años continuos, a partir de la fecha de obtención de la cédula de residencia permanente.
- b) Tener medios honestos de vida.
- c) Acreditar buena conducta y carecer de antecedentes penales.
- d) Poseer conocimientos suficientes del idioma español, geografía, historia y de la organización política y social del país, mediante constancia de autoridad de educación.

Artículo 8

Podrán nacionalizarse con dos años de residencia permanente en Nicaragua los extranjeros que además de cumplir con los requisitos de los incisos b), c) y d) del Artículo 7 fueren:

- a) Naturales de España o nacionales de los Estados que adopten el principio de reciprocidad.
- b) El cónyuge extranjero por razón de su matrimonio con nicaragüense, siempre que permanezca el vínculo conyugal. No se exigirá el requisito anterior cuando por la ley nacional del cónyuge extranjero pierda su nacionalidad por causa de matrimonio.

Artículo 12

El otorgamiento, pérdida y recuperación de la nacionalidad nicaragüense será resuelta por el Ministerio de Gobernación a través de la Dirección de Migración y Extranjería, una vez cumplidos los requisitos establecidos en esta ley.

Artículo 15

Los nacionales perderán la nacionalidad nicaragüense cuando en forma voluntaria se nacionalicen en un Estado extranjero, excepto que adquieran la nacionalidad de otro país centroamericano o se beneficien de un convenio de doble nacionalidad.

Artículo 16

Ningún nacional de Nicaragua podrá ser privado de su nacionalidad por una causa distinta de la mencionada en el artículo anterior.

Artículo 17

Los nacionalizados perderán la nacionalidad nicaragüense en los siguientes casos:

1. Cuando adquieran otra nacionalidad.
2. Cuando renuncien expresamente de la nacionalidad nicaragüense.
3. Cuando reincidan en la comisión de delito que merezcan penas privativas de libertad, mayores de tres años.
4. Cuando se nieguen a concurrir en defensa de la Patria en caso de agresión exterior.
5. Cuando fueren condenados por traición a la patria en virtud de sentencia ejecutoriada.

Artículo 20

Los nacionales que hubieren cambiado de nacionalidad recuperarán su nacionalidad nicaragüense si ante la Dirección de Migración y Extranjería del Ministerio de Gobernación manifiestan que tal es su voluntad y renuncia a la nacionalidad que actualmente tienen, de lo cual se levantará el acta respectiva y se le dará certificación al interesado.

Artículo 23

En los casos de doble nacionalidad se procederá de conformidad con los tratados internacionales, el principio de reciprocidad y las leyes de la República de Nicaragua.

Artículo 24

Los extranjeros que se acojan a un convenio de doble nacionalidad y los centroamericanos que opten por la nacionalidad nicaragüense, quedan sujetos a la legislación de Nicaragua, especialmente en lo relacionado al otorgamiento de pasaporte, protección diplomática, ejercicio de los derechos civiles, políticos, de trabajo y de seguridad social. En ningún caso podrá aplicarse simultáneamente la Ley del país de origen y la de Nicaragua.

Artículo 25

También tendrán doble nacionalidad los nacidos en el exterior de padre o madre nicaragüense y los extranjeros nacidos en territorio nacional; pero deberán ratificar la nacionalidad nicaragüense o

renunciar a ella dentro del plazo de dos años de haber sido emancipados o alcanzado la mayoría de edad.

Artículo 28

De todas las resoluciones que dicte la Dirección de Migración y Extranjería en materia de nacionalidad cabrá el recurso de revisión ante el Ministro de Gobernación; resuelto éste se entenderá agotada la vía administrativa.

Breve reseña del derecho a la nacionalidad

El derecho a una nacionalidad en el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos establece el derecho a la nacionalidad por medio de las formas que este se manifiesta: a. derecho de todas las personas a tener una nacionalidad, b. derecho a no ser privado arbitrariamente de la nacionalidad y, c. derecho a cambiar de nacionalidad. Este derecho se conservado incólume desde su promulgación en el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Con posterioridad diversos instrumentos internacionales han reconocido el derecho a la nacionalidad, ampliando este e incorporando perspectivas especializadas, conforme el derecho internacional de los derechos humanos ha transitado por el camino de la generalidad de instrumentos internacionales de derechos humanos, hacia instrumentos especializados. En esta lógica se mencionan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

En el orden anterior se menciona el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece el derecho a la nacionalidad como derecho de todos los niños sin discriminación (art. 24 núm. 3. PIDCP). Por su parte la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (art. 1 núm. 3), establece obligaciones a los Estados para proteger a las personas contra la cualquier forma de discriminación originada en razón de la nacionalidad. Finalmente la *Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada* (art. 1) y la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (art. 9) establecen obligaciones a los Estados con el fin de proteger a las mujeres en los casos de matrimonio con extranjeros o cuando los esposos cambien de nacionalidad, no impliquen cambios automáticos de la nacionalidad de la esposa. Esta última también establece compromisos a los Estados con el fin de otorgar a las mujeres *los mismos derechos que el hombre* con respecto a la nacionalidad de los hijos.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos destacan la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIX) la que establece el derecho a nacionalidad en dos dimensiones, por un lado reconoce el derecho de las personas a nacionalidad conforme a la legislación del país y en segundo lugar, reconoce el derecho cambiar de nacionalidad en cualquier otro país, siempre y cuando este último se encuentre dispuesto a concederla. Llama la atención el enfoque de derecho interno que acoge la Convención, limitando la existencia de este derecho en ambas dimensiones a la legislación previa. Lo que pone en evidencia su limitado alcance, puesto que no se constituye como un derecho absoluto, fundamental y patrimonio de todas las personas, a partir de su condición de seres humanos, sino que este se construye como consecuencia del derecho interno, lo que atenta contra la dimensión universal de este derecho.

Por su parte la Declaración Americana sobre Derechos Humanos establece el derecho a la nacionalidad en su forma más moderna y actual, puesto que amplía los límites que originalmente estableció la Declaración Universal de Derechos Humanos. La CASDH además que reconoce las tres dimensiones establecidas por la DUDH, también incluye el derecho a la nacionalidad del país en que se nace. De esta forma la Declaración Americana sobre Derechos Humanos (art. 20) desarrolla el derecho a la nacionalidad a partir de las dimensiones siguientes: a. derecho de todas las personas a tener una nacionalidad, b. derecho a no ser privado arbitrariamente de la nacionalidad, c. derecho a cambiar de nacionalidad y, d. derecho a contar *con la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra*. De esta forma la CASDH amplía los estrechos límites que había establecido la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre en materia del derecho de nacionalidad, replanteándolo y configurándolo como se conoce en la actualidad.

El derecho a la nacionalidad en la legislación nicaragüense

El derecho a la nacionalidad en Nicaragua se regula mediante dos normas principales: La Constitución Política y la Ley 149, Ley de Nacionalidad promulgada en el año 1992.

Regulaciones principales del derecho a la nacionalidad establecidas por la Constitución Política

La Constitución Política señala cuatro principios por los que se regula el derecho a la nacionalidad en Nicaragua:

1. El derecho a la nacionalidad para todos los nicaragüenses, en consonancia con el derecho de todas las personas a una nacionalidad (arts. 15 – 16 Cn.), establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 15, 24 y 20 respectivamente).
2. La prohibición de la *privación arbitraria* de la nacionalidad (art. 20 Cn.) retomada de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 15 y 20 respectivamente). Este principio tiene amplio alcance, puesto que la Constitución establece que la calidad de nacional nicaragüense *no se pierde* por el hecho de adquirir otra nacionalidad.

3. El reconocimiento del sistema de doble nacionalidad, derecho restringido únicamente a los nacionales y los centroamericanos (arts. 17, 20 y 22 Cn.).
4. Las regulaciones para la nacionalización de personas de otros países (art. 19 Cn.)

El derecho a la nacionalidad conforme la Ley 149: Ley de Nacionalidad

La Ley de Nacionalidad promulgada el 30 de Junio de 19912, desarrolla los principios establecidos por la Constitución Política en materia de nacionalidad.

1. Regula el derecho a la nacionalidad de todas las personas que habitan el país, estableciendo dos categorías: nacionales y nacionalizados (arts. 2 y 3 Ley 149). Como criterios de nacionalidad se establecen: el nacimiento dentro del territorio nicaragüense como criterio general, con algunas excepciones, los hijos de padre o madre nicaragüense, los nacidos en el extranjero de padre o madre que originalmente fueron nicaragüenses y los *hijos de padres extranjeros* nacidos a bordo de aeronaves y embarcaciones nicaragüenses, siempre que estos lo soliciten.
2. La Ley 149 desarrolla el principio de prohibición de privación arbitraria de la nacionalidad en forma ambigua. A pesar de la rotunda declaración que en este sentido hace el artículo 20 de la Constitución Política al señalar que “Ningún nacional puede ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional nicaragüense no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad”. La Ley 149 establece que los nicaragüenses sí pueden ser privados de la nacionalidad nicaragüense en al menos en un caso. En evidente contrasentido con la norma constitucional y la misma Ley 149 puesta que esta reconoce en el artículo 16 el principio constitucional que prohíbe la prohibición arbitraria de la nacionalidad.

El artículo 15 de la Ley 149 establece que “Los nacionales perderán la nacionalidad nicaragüense cuando en forma voluntaria se nacionalicen en un Estado extranjero, excepto que adquieran la nacionalidad de otro país centroamericano o se beneficien de un convenio de doble nacionalidad”. Lo que evidencia el conflicto normativo y la ambigüedad que esta situación impone. Por fortuna el principio de supremacía constitucional establece que es la Constitución Política la norma superior del ordenamiento normativo nacional, por tanto cualquier norma de desarrollo en conflicto o en contrasentido con la norma constitucional perderá su validez y efectos, por lo que se deberá atener a lo escrito por la Constitución Política.

En igual sentido el artículo 17 de la Ley de Nacionalidad también establece las condiciones en las que las personas nacionalizadas pierden la nacionalidad nicaragüense. Lo que nuevamente deja espacios discrecionales que eventualmente pueden derivar en arbitrariedades y omisiones de los principios que en materia del derecho de nacionalidad establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos.

3. La Ley 149: Ley de Nacionalidad desarrolla el sistema de doble nacionalidad (art.6, 23, 24 y 25 Ley 149).
4. Las regulaciones relativas a la adquisición de la nacionalidad nicaragüense a personas extranjeras, se encuentran desarrolladas en la Ley de Nacionalidad en los artículos 7, 8, 23 y 24 de la mencionada ley.

El desarrollo del derecho a la nacionalidad que hace gala la Ley 149: Ley de Nacionalidad merece dos comentarios generales. En primer lugar, a pesar que esta ley retoma de los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución Política el principio que prohíbe la privación arbitraria de la nacionalidad, contradictoriamente en el desarrollo de este principio la Ley admite la privación de la nacionalidad nicaragüense. En el caso de los nacionales la eventual pérdida de la nacionalidad nicaragüense es a consecuencia de la nacionalización en otro *Estado extranjero* (art. 15 Ley 149). En el caso de las personas nacionalizadas, las causas por las que estas pueden perder la nacionalidad nicaragüense se regulan por el artículo 17 de la Ley de Nacionalidad. Lo que pone en evidencia la colisión normativa antes descrita, lo que deriva en ambigüedades, confusión e incertidumbre para aquellas personas que se encuentran bajo estas circunstancias.

En segundo lugar, la Ley 149: Ley de Nacionalidad delega en autoridad administrativa la tutela de los derechos de nacionalidad, es decir el *otorgamiento, perdida y recuperación* de la nacionalidad nicaragüense (art. 12 Ley 149) en la Dirección de Migración y Extranjería del Ministerio de Gobernación. Dejando en manos de los afectados únicamente el recurso de revisión ante el Ministro de Gobernación, como único mecanismo de revisión, agotando la vía administrativa. Sin embargo, dada la naturaleza administrativa de esta instancia, cabe en el futuro analizar la conveniencia de trasladar estas funciones al ámbito judicial, tomando en cuenta que los derechos de de nacionalidad facultan a las personas, sean nacionales o nacionalizados, al ejercicio de todos los derechos que la Constitución Política establece.

El traslado a ámbitos jurisdiccionales de estas funciones plantea mayor estabilidad y seguridad jurídica, puesto que ello presume un único procedimiento en una única jurisdicción: la judicial. Lo que posibilita el ejercicio pleno del sistema de mecanismos de protección que establece el ordenamiento jurídico del país. Además que corresponde exclusivamente a Jueces y Magistrados la función de administrar justicia, la protección y la tutela de los derechos fundamentales de los nicaragüenses (art. 160 Cn.).

En la situación arriba mencionada se observa una evidente confusión de funciones puesto que de acuerdo a la Constitución Política la función jurisdiccional está reservada al Poder Judicial, y no está dentro del ámbito del Poder Ejecutivo, como es el caso de la Dirección de Migración y Extranjería. La que conforme a la Ley 149 tiene potestades para resolver el otorgamiento, pérdida

y recuperación de la nacionalidad nicaragüense, sin embargo los derechos que derivan del derecho a la nacionalidad son de naturaleza fundamental: derechos civiles, económicos, políticos, culturales, etc., es decir todos los derechos y libertades que establece la Constitución Política. Lo que justifica la tutela y protección de los derechos de nacionalidad en el Poder Judicial.

Mecanismos internos de protección de los derechos de nacionalidad

Los mecanismos que permiten revisar y eventualmente quebrar cualquier decisión que afecta los derechos de nacionalidad, están contenidos en la Constitución Política, la Ley de Nacionalidad (Ley 149), y la legislación procesal.

1. El Recurso de Amparo (art. 189 Cn.): Puede ser invocado diversas situaciones, en especial en *contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar* los derechos de nacionalidad establecidos por la Constitución misma y la Ley de Nacionalidad. El Recurso de Amparo es desarrollado a partir del artículo 23 de la Ley de Amparo.
2. La *doble instancia* procesal establecida como principio general de derecho nicaragüense en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que posibilita recurrir de la resolución administrativa en el ámbito judicial. Lo que posibilita la revisión de cualquier acto relacionado con el otorgamiento perdida y recuperación la nacionalidad nicaragüense.
3. El Recurso de Revisión el que cabe ser utilizado en contra cualquier decisión que afecte el *otorgamiento, pérdida y recuperación de la nacionalidad nicaragüense*, emitida por la Dirección de Migración y Extranjería del Ministerio de Gobernación, conforme el artículo 12 de la Ley de Nacionalidad.
4. Los diversos mecanismos internos de protección establecidos en la legislación procesal. Se debe aclarar que estos solo pueden ser utilizados en el contexto del debido proceso administrado por autoridades judiciales. Es decir su utilización estará condicionada a la activación del juicio de amparo, que se desarrolla e incoa por la autoridad judicial. Entre los mecanismos internos de protección de naturaleza procesal están: a. incidentes que resuelven *cuestiones de competencia*; b. la implicancia y, c. la recusación. Estos fueron debidamente tratados en el Capítulo 5 de este trabajo.

La asignación de potestades de otorgamiento, pérdida y recuperación de la nacionalidad nicaragüense en la Dirección de Migración y Extranjería del Ministerio de Gobernación, impone ciertas dificultades en materia de la protección del derecho al debido proceso y juicio justo. En primer lugar, el Recurso de Revisión establecido en el artículo 28 de la Ley de Nacionalidad, es de naturaleza administrativa.

En segundo lugar, el Procedimiento de Amparo abre las posibilidades de recurrir ante las autoridades judiciales por medio del Recurso de Amparo. Sin embargo esta doble instancia contradice el principio de economía procesal, así mismo un alto grado de incertidumbre en las decisiones tomadas.

En tercer lugar, por los derechos que el derecho de nacionalidad deriva, corresponde su tutela a la autoridad judicial la que *garantiza el principio de la legalidad; protege y tutela los derechos humanos* (art. 160 Cn.). Corresponde a las autoridades judiciales en exclusiva la administración de justicia, la protección y la tutela de los derechos fundamentales de las personas en Nicaragua. Por simple comparación, ello plantea el necesario traslado de estas funciones a las autoridades judiciales.

Patrones y modalidades de violaciones y omisiones del derecho a la nacionalidad

- La privación de una supuesta doble nacionalidad sin confirmarse otra existente, creando en la persona afectada el status de “apátrida”.
- Cualquier acción u omisión cometida por persona que ejerce funciones públicas, con el fin de privar arbitrariamente de la nacionalidad a cualquier persona. Sean estas nacionales o nacionalizados.
- Las omisiones injustificadas de los plazos establecidos para resolver peticiones de nacionalidad.
- La denegación de status, documentos de identidad y migratorios a personas nacionales y nacionalizadas conforme lo establecido por la legislación.
- La denegación u obstáculos injustificados en la admisión, trámite y resolución del Recurso de Revisión establecido en el artículo 12 de la Ley 149: Ley de Nacionalidad.
- La exigencia inapelable de retornar al país de origen u otro país para tramitar la nacionalidad desde exterior. Se debe tener en cuenta que el retorno o la salida del país, quiebra y rompe con cualquier plazo.
- La imposición de requisitos adicionales a los establecidos por la ley para la otorgación y recuperación de la nacionalidad.
- La privación y pérdida de la nacionalidad nicaragüense, privando a la persona afectada de los derechos que conforman el debido proceso y el juicio justo.

- La implementación de decisiones administrativas relativas a otorgamiento, pérdida y recuperación de la nacionalidad nicaragüense sin el agotamiento de los recursos judiciales existentes.
- La pérdida automática de la nacionalidad de esposa, a partir del matrimonio que obliga a esta a perder su nacionalidad y asumir obligatoriamente la del marido. En cuanto a la nacionalidad de los hijos, también se considera como tal, la preferencia de la nacionalidad del marido en relación a la de la madre, considerando únicamente la nacionalidad del padre.

Sugerencias para la verificación de los derechos de nacionalidad

- En la implementación de resoluciones emitidas por la Dirección de Migración y Extranjería relativas al otorgamiento, pérdida y recuperación de la nacionalidad nicaragüense, se debe insistir en el agotamiento de las instancias y los recursos disponibles en la legislación. Es decir se agotar la vía administrativa y la judicial.
- A pesar que la legislación nacional no alude casos de pérdida automática de la nacionalidad de la mujer y los hijos, originada y derivada en la nacionalidad del marido y el padre. En estos casos se recomienda sugerir los diversos recursos que establece la legislación nacional, con el fin de proteger el despojo automático de la nacionalidad de las mujeres y menores, originadas en prácticas y legislaciones foráneas; los que han de encaminarse a conservar la nacionalidad voluntaria de estos.
- Observar el procedimiento administrativo realizado en la Dirección de Migración y Extranjería para resolver las peticiones, en función de asegurar la tutela y protección de los derechos que conforman el derecho al debido proceso y juicio justo de las personas afectadas.
- En los casos de dudas e incertidumbres ocurridas por la colisión de los art. 20 Cn. que reza: “Ningún nacional puede ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional nicaragüense no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad’ y los artículos 15 y 17 de la Ley de Nacionalidad, relativos a la pérdida de la nacionalidad. Se recomienda recordar a la autoridad administrativa el principio de supremacía constitucional reconocido en la art. 182 Cn. que establece que “la Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. *No tendrán valor alguno* las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones”.
- Ante resoluciones administrativas relativas al otorgamiento, pérdidas y restitución de la nacionalidad nicaragüense, que se consideren dañosas o lesivas a los derechos de las personas, sugiera a estas o a sus representantes recurrir de Amparo. Así como insistir en el derecho a la asistencia de las personas afectadas durante el juicio de Amparo.

Capítulo 15. Derecho a la libre circulación y elección de la residencia

Derecho Internacional de Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 12

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

Artículo 13

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Artículo 5 (inciso d. numeral i.)

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

d) Otros derechos civiles, en particular:

i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado;

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Artículo 15 (inciso 4)

4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven

Artículo 5 (incisos 2.a. y 3.)

2. A reserva de las restricciones que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en los instrumentos internacionales pertinentes, así como con los enunciados en la presente Declaración, los extranjeros gozarán de los siguientes derechos:

a) El derecho a salir del país;

3. Con sujeción a las disposiciones indicadas en el párrafo 2, los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un Estado gozarán del derecho a circular libremente y a elegir su residencia dentro de las fronteras de ese Estado.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo VIII. Derecho de residencia y tránsito.

Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 31

Los nicaragüenses tienen derecho a circular y fijar su residencia en cualquier parte del territorio nacional; a entrar y salir libremente del país.

Ley de Emergencia

Artículo 2

El Presidente de la República, en caso de guerra, cuando así lo demande la seguridad de la nación, las condiciones económicas o en caso de catástrofe nacional, podrá suspender total o parcialmente y en todo o en parte del territorio nacional, los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política, a excepción de los enunciados en el artículo 186 de la misma.

Ley 153: Ley de Migración

Artículo 28

El residente temporal es el extranjero que entra con el ánimo de residir en el país, mientras duren las actividades, causas o finalidad que dieron origen a su entrada y admisión.

Artículo 29

Los temporales podrán entrar y ser admitidos en el país en algunas de las siguientes subcategorías migratorias:

a.- científicos, profesionales, técnicos y personal especializado, contratado por entes públicos privados, o empresas nacionales o extranjeras establecidas o que desarrollen actividades en el país, para efectuar trabajos de su especialidad; **b.-** directores, gerentes, empresarios y personal administrativo de empresas nacionales o extranjeras, trasladados desde el exterior para cubrir cargos específicos en dichas empresas; **c.-** periodistas y demás profesionales de los medios de información que sean acreditados en tal calidad ante las autoridades nacionales del Ministerio de Gobernación, **ch.-** estudiantes que sigan cursos en centros de estudios oficiales o privados reconocidos oficialmente, de enseñanza secundaria, técnica o universitaria; **d.-** religiosos pertenecientes a iglesias, órdenes o congregaciones reconocidas en el país que se dediquen a actividades propias de su culto, a la enseñanza o tareas de

asistencia social; **e.-** trabajadores independientes o en relación de dependencia; **f.-** refugiados; **g.-** asilados.

Artículo 30

También se consideran como residentes temporales a los familiares dependientes de los extranjeros relacionados en el artículo anterior, siempre que estén comprendidos dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad.

Artículo 52

Los nicaragüenses no requerirán visa de salida. Cumplirán con este requisito únicamente los menores de edad. Para salir del territorio nacional deberán poseer pasaporte expedido a su nombre con vigencia no menor a los seis meses, la tarjeta de embarque desembarque y cumplir con los demás requisitos que la Dirección de Migración y Extranjería estableciere.

Artículo 53

Los extranjeros para salir del territorio nacional deberán poseer pasaporte, documento de viaje o su equivalente, expedido a su nombre, la correspondiente visa o permiso de salida y la tarjeta de embarque desembarque.

Artículo 56

Los nicaragüenses para entrar al territorio nacional, no necesitan visa de ingreso, únicamente deben poseer pasaporte o un documento de viaje expedido a su nombre por autoridad competente y la tarjeta de embarque desembarque.

Artículo 57

Para ser admitido como residente permanente o residente temporal, el extranjero al entrar al país y en oportunidad de practicarse el despacho migratorio deberá presentar:

- a.- pasaporte vigente por más de seis meses, visado con indicación de la categoría y subcategoría de entrada;
- b.- permiso de entrada emitido por la Dirección de Migración y Extranjería;
- c.- tarjeta de embarque-desembarque;
- ch.- certificado médico, expedido por autoridades sanitarias del país de origen o procedencia.

Ley 154: Ley de Extranjería

Artículo 4

No serán admitidos en el país como residentes permanentes o temporales, los extranjeros comprendidos en las causales siguientes:

a) Los que sufren de enfermedad infecto-contagiosa o transmisible que sea un riesgo para la salud pública; **b)** Los que ejerzan, fomenten, se dediquen o lucren con las prostitución y el tráfico ilegal de personas; **c)** Los adictos a los estupefacientes, los que se dediquen al tráfico ilegal de drogas, fomenten su uso o se lucren con él; **ch)** Los que estén cumpliendo condena o estén sometidos a procesos por delito común de carácter doloso; **d)** Cuando se trate de elementos viciosos o inútiles y de dudosa capacidad para integrarse a la sociedad, o sean personas que practiquen la vagancia habitual; **e)** Los que hubieren sido deportados o expulsados del país, a menos que la autoridad competente autorice su reingreso.

Artículo 11

Los extranjeros admitidos en cualquiera de las subcategorías de los Residentes Permanentes adquieren el derecho de residencia definitiva en el país estableciendo su domicilio en forma permanente en el territorio nacional.

Artículo 19

La residencia permanente o temporal la adquiere el extranjero admitido con visa de Residente Permanente o Temporal, a partir del momento que obtiene de la Dirección de Migración y Extranjería, la correspondiente Cédula de Residencia.

Artículo 20

Pueden adquirir la residencia permanente los extranjeros admitidos como Residentes Temporales que se encuentran en los siguientes casos: **a)** Tener más de tres años de permanencia en el país, con domicilio conocido; **b)** Tener cónyuge o hijos nicaragüenses; **c)** Los que por cambio de categoría sean residentes temporales o No Residentes, pasan a la categoría de Residente Permanente.

Capítulo VII. De la Pérdida y Cancelación de la Residencia

Artículo 25

La Dirección de Migración y Extranjería podrá disponer dentro de los tres años de entrada al país, la pérdida de la residencia otorgada a los Residentes Permanentes, cuando: **a)** El inmigrante por

cuenta propia o en relación de dependencia, dejare de realizar o cumplir con las actividades tenidas en cuenta para otorgarle la residencia; **b)** Los organismos contratantes no cumplan con las obligaciones establecidas en los convenios de subvención; **c)** La residencia hubiera sido otorgada en razón del ingreso de capitales para desarrollar actividades que sean de interés para el país y el capital comprometido no ingresare; **ch)** La entrada al país fue concedido en calidad de rentista o pensionado y por razones no justificables dejare de recibir durante seis meses consecutivos las rentas o ingresos generados en el exterior; **d)** Fuere condenado por delito que merezca pena privativa de libertad mayor de tres años o fuere reincidente de delitos que afectan al orden público, aún cuando su residencia en el país supere los tres años.

Artículo 26

El residente permanente pierde su status migratorio, cualquiera fuere el tiempo de su residencia, si se ausenta del país por más de un año.

Artículo 45

Los extranjeros admitidos como residentes permanentes, pueden desarrollar toda tarea o actividad remunerada o lucrativa, por cuenta propia o en relación de dependencia.

Artículo 46

Los extranjeros admitidos como residentes temporales podrán desarrollar solamente las actividades tenidas en cuenta al otorgarles su residencia.

Artículo 47

Los extranjeros admitidos como no residentes, no podrán realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o en relación de dependencia, excepto los incluidos en el Artículo 41, inciso d) de la Ley de Migración.

Artículo 62

La expulsión es la orden emanada del Ministerio de Gobernación, por la cual un extranjero debe abandonar el territorio nacional en el plazo fijado al efecto.

Artículo 64

Cuando proceda el rechazo, deportación o expulsión de un extranjero, no se le obligará a éste salir del país por una vía que lo conduzca al territorio del gobierno que lo persigue por asuntos políticos.

Artículo 74

De las resoluciones administrativas que dicte la Dirección de Migración y Extranjería, en materia migratoria cabrá el recurso de reposición o de apelación, en su caso, los que serán establecidos en el Reglamento de la presente Ley.

Decreto del Presidente de la República 007/2009

Artículo 1

De acuerdo al convenio de creación de visa única centroamericana para la libre movilidad de extranjeros, aprobado y ratificado por la Asamblea Nacional el 12 de diciembre de 2006 y publicado en la Gaceta número 13 del 18 de enero del 2007, aquellos ciudadanos que deseen viajar a Nicaragua, clasificado en la categoría B, visa sin consulta se les otorgará la visa correspondiente, sin menoscabo de cumplir con los requisitos de ley, toda vez que se encuentre en el territorio nacional, en los puestos fronterizos, marítimos, aéreos y terrestres, debiéndose presentar ante la ventanilla de la oficina de Migración y Extranjería de dichos puestos donde pagarán un arancel por el importe de la visa y la tarjeta de turismo.

Breve reseña del derecho a circulación y residencia

El derecho a la circulación y residencia en el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho de circulación y residencia son considerados en el derecho internacional de los derechos humanos como atributos de relacionados a la libertad de elegir el lugar para establecer el lugar en donde vivir en forma continua, sea durante un periodo determinado de tiempo (temporal), o también durante un plazo indeterminado de tiempo o permanente. La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece el derecho a circulación y residencia en el artículo 13 atribuyendo a estos derechos las siguientes características: **a).** Ambos son derechos universales, por tanto exigibles por todas las personas, **b).** No existe límite espacial para el ejercicio de ambos derechos, es decir, ambos son potestativos y pueden ser ejercidos *en el territorio de un Estado*, sin especificación alguna, **c).** El derecho a la libre circulación no se limita por los límites territoriales del Estado, sino que es una libertad personal que faculta a las personas a salir y regresar de cualquier país, *incluso el propio*.

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, retoma de la DUDH los aspectos fundamentales del derecho a la libre circulación y elección de la residencia. Sin embargo aporta nuevos aspectos como son: a. Construye el derecho a la libre circulación y elección de residencia como derechos de limitado alcance. A diferencia de la DUDH que acuña ambos derechos como derechos absolutos, el PIDCP establece los límites a los derechos de libre circulación y elección de la residencia, entre estos están: **a).** Las restricciones a estos derechos han de ser

establecidas por la ley, **b**). Los límites de estos derechos son la *seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros*, **c**). Establece la prohibición del destierro y extrañamiento, es decir la privación arbitraria del *derecho a entrar en su propio país*, como mecanismo de protección para todas las personas.

En el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, además de los instrumentos antes citados, otros dos instrumentos especializados acogen el derecho a la libre circulación y elección de la residencia: La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5. d. i.) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 15 inc. 4). Esta última establece obligaciones a los Estados encaminadas a reconocer iguales derechos *al hombre y a la mujer* a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio. Ampliando el ámbito de protección del derecho a la libre elección de la residencia, tanto a la residencia como al domicilio, como ámbitos materiales diferenciados sobre los que se ejerce este derecho.

En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos dos instrumentos regionales se ocupan del derecho a la libre circulación y elección de la residencia: La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En primer lugar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VIII) en una encomiable economía normativa reconoce: **a**. El derecho a fijar la residencia en ámbito territorial restringido, a diferencia de la amplia extensión que hace gala la DUDH de este derecho, el que no se circunscribe a ningún Estado en particular estableciéndola como ciudadanía universal. Por parte la CASDDH limita el ámbito de ejercicio del derecho a fijar residencia *al territorio del Estado de que es nacional*, reconociendo el principio de ciudadanía territorial restrictiva; **b**. Establece el *derecho de tránsito* por el territorio del Estado de que es nacional, **c**. Reconoce el derecho a no ser desterrado o extrañado arbitrariamente, es decir reconoce el derecho a no abandonar el estado del que se es nacional, sino mediante propia voluntad.

En segundo lugar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 22) acoge el derecho a la libre circulación y elección de la residencia, junto a otros derechos como son los derechos de los extranjeros y el derecho de asilo, estos dos últimos serán tratados en capítulo específico en páginas delante de este trabajo. En cuanto al derecho a la libre circulación y elección de la residencia en la CASDH destacan los siguientes elementos: **a**. Retoma de la DUDH el concepto de libertad de circulación y residencia como atributos de ciudadanía universal, es decir estos pueden ser ejercidos en cualquier Estado, marcando la diferencia con la CASDDH, **b**. Establece las restricciones y los límites a ambos derechos, sin embargo las restricciones han de soportarse en dos criterios, por un lado han de ser establecidas por la ley, y únicamente justificables para la protección de sociedad democrática, **c**. Reconoce sin embargo, que el derecho a la libre circulación también cuenta con una dimensión restrictiva, que se manifiesta en la potestad estatal de restringirlo *en zonas determinadas, por razones de interés público*.

Esta última acotación puede parecer un contrasentido, en comparación con la amplitud de los derechos que pretende establecer la CASDH. La que puede ser explicada en el contexto de los conflictos internos que sufrieron la mayoría de la países de América Latina a consecuencia de la Guerra Fría. En donde los asentamientos y los desplazamientos forzosos de la población, así como restricciones a la libre circulación de las personas fueron utilizados como parte de las estrategias contrainsurgentes desarrolladas a partir de la década de los sesentas, periodo que coincide con la promulgación de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho de circulación y residencia en la legislación nicaragüense

Las fuentes normativas que regulan el derecho de circulación y residencia en la legislación nacional son variadas. En primer lugar este derecho se encuentra reconocido en el artículo 31 de la Constitución Política. Se establece como un derecho de naturaleza universal, por tanto valido para todas las personas. Los elementos que según la Constitución Política constituyen este derecho son: **a.** Es un derecho universal, **b.** Tiene como fundamento la libertad para circular y establecer la residencia *en cualquier parte del territorio nacional*, en su forma más amplia e implica que es un derecho que se ejerce dentro del territorio nacional, **c.** Sin embargo también tiene una dimensión extraterritorial, puesto que implica simultáneamente el derecho a entrar y salir libremente del país.

El derecho a circular libremente y fijar la residencia dentro del territorio nicaragüense, también deriva algunas consecuencias prácticas entre las que se mencionan: **a.** La prohibición de acciones encaminadas a restringir este derecho, sea por medio de medidas ejecutadas por personas que ejercen funciones públicas como por particulares, encaminadas a restringir la libre circulación dentro del territorio nacional, como forzar el asentamiento de personas en contra de la voluntad de estas, **b.** La libertad para fijar residencia en otro Estado diferente, **c.** El derecho a salir y regresar al territorio nicaragüense no puede ser restringido. Ello implica que no se puede prohibir la salida, ni tampoco se le puede privar de entrar al territorio nacional a los nacionales. Lo que deriva que tampoco se puede prohibir la salida legítima de extranjeros, **d.** Ello plantea la última consecuencia práctica: el derecho a circular y fijar la residencia impone la prohibición de destierro o extrañamiento de los nacionales, así como también prohíbe la retención ilegítima de los extranjeros dentro del territorio nacional.

A pesar que el derecho a la libre circulación y elección de la residencia se consideran como derechos universales de amplia protección, también es necesario mencionar que el derecho internacional de los derechos humanos (art. 2. Inc. 4. CASDH) y ordenamiento constitucional nicaragüense establecen su suspensión conforme a la figura de Estados de Emergencia (art. 150 núm. 9. Cn.). Conforme la Ley de Emergencia se consideran como *modalidades* del Estado de Emergencia las siguientes: caso de guerra, amenazas a la seguridad nacional, grave deterioro o amenazas a las condiciones económicas y catástrofe nacional (art. 1 Ley de Emergencia). En estas circunstancias el Presidente de la República cuenta con poderes para suspender los derechos y

garantías de los ciudadanos, entre los que cabe mencionar están el derecho a la libre circulación y elección de residencia. Sin embargo existen otros derechos protegidos que no pueden ser suspendidos en ninguna circunstancia, conforme lo establece el artículo 186 de la Constitución Política.

Simultáneamente dos leyes de desarrollo se ocupan del derecho de residencia, sin embargo estas parten de la premisa que el derecho a la residencia de los nacionales es un derecho presunto, establecido por la Constitución Política y por tanto no requiere de mayor desarrollo. Ello explica que la legislación de desarrollo centra su atención en el desarrollo de normas encaminadas a regular la adquisición, cancelación y pérdida de la residencia de las personas no nacionales.

En primer lugar la Ley 153: Ley de Migración, centra su atención en los siguientes aspectos: a. Desarrolla el derecho de libre circulación al establecer que los nicaragüenses no requieren visa de entrada ni de salida (arts. 52 y 56), exceptuándose únicamente los menores en el caso de la visa de salida, como forma de protección encaminada a proteger a los menores de eventuales secuestros o trata de personas. Limitando su ejercicio a la obtención previa de los documentos migratorios respectivos: pasaporte, tarjeta de embarque y/o desembarque, b. Establece la definición de residente temporal, que puede ser admitido en el país, así como identifica las categorías de personas que caben dentro de esta definición (arts. 28 – 30), c. Regula el derecho a la libre circulación de los extranjeros al establecer los mismos requisitos que han de cumplir los nacionales para abandonar el país (art. 53).

En segundo lugar la Ley 154: Ley de Extranjería, la que se ocupa de regular el ejercicio de la residencia por los extranjeros en el territorio nacional. Establece los requisitos para adquirir el derecho de residencia (arts. 11, 19 y 20). Establece los requisitos para la pérdida y cancelación de la residencia (art. 25 y ss.), así como los mecanismos compulsivos que derivan de la pérdida y cancelación de la residencia: rechazo, deportación y expulsión (arts. 59, 61 y 62). Regula el marco mínimo de los derechos de los extranjeros a partir de la situación de residencia (arts. 45 – 47), fijando su atención en el derecho a ejercer actividad *remunerada o lucrativa*, por cuenta propia o en relación de dependencia, según corresponda con la situación de residencia de estos.

El artículo 1 del Decreto del Presidente de la República 007/2009 aspira a contribuir al *mejoramiento de la economía nacional*, apelando al concepto de ciudadanía universal, elimina el sistema de visado previo para los extranjeros que deseen ingresar al país, abriendo la oportunidad de ingreso a todos los extranjeros, cumpliendo estos los requisitos que establece el artículo 57 de la Ley de Migración y pago de aranceles por el importe de la visa y la tarjeta de turismo, la que se emitirán al momento del ingreso en el territorio nacional.

Sin embargo esta desafortunada manifestación de la ciudadanía universal, deriva algunas implicaciones que conviene mencionar a continuación. En primer lugar, el ingreso de *aquellos ciudadanos que deseen viajar a Nicaragua* beneficiados por el Decreto 007/2009. Dentro de la que

caben los turistas, tendrán la prerrogativa, es decir la opción para aplicar a residencia por haber cumplido los requisitos mínimos que establece el artículo 57 de la Ley de Migración. Lo que eventualmente implica acceder a derechos de ciudadanía como efecto colateral. De esta forma el Decreto en mención amplia derechos eventuales, facilitando la adquisición de la residencia en el país. Lo que deja sin ningún criterio la recepción de extranjeros y la posterior adjudicación de la residencia incluso para aquellos que una vez fueron admitidos como turistas.

El decreto en mención tampoco logra conjurar los riesgos y amenazas a la seguridad regional, teniendo presente amenazas que penden sobre un mundo globalizado como son el tráfico de personas, narcotráfico y el terrorismo. Lejos de afinar mecanismos encaminados a fortalecer la seguridad común, lo que en la práctica promueve una alta movilidad de personas, por medio de abrir las fronteras a todas las personas de todas las nacionalidades. Lo que propone la invitación indiscriminada a todas las personas a todas las personas sin criterios definidos.

Mecanismos internos de protección del derecho a la libre circulación y residencia

Existen dos tipos de mecanismos internos de protección del derecho a la libre circulación y residencia. En primer lugar se ubica el Recurso de Amparo establecido en el artículo 188 de la Constitución Política. Este mecanismo de control constitucional en contra de toda disposición, acto o resolución y en general *en contra de toda acción u omisión* de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política. El Recurso de Amparo es desarrollado por medio del artículo 23 y siguientes de la Ley de Amparo.

En segundo lugar se encuentran los Recursos de Reposición y de Apelación establecidos en el artículo 74 de la Ley 154: Ley de Extranjería, que opera contra las resoluciones administrativas gravosas dictadas por la Dirección de Migración y Extranjería en materia de adquisición, pérdida y cancelación de la residencia, como también opera en casos de derechos, rechazo, deportación y expulsión de extranjeros.

En materia de mecanismos internos de protección de los derechos a la libre circulación y residencia, se debe señalar la omisión que acusa la Ley 153: Ley de Migración la que regula el derecho de circulación para nacionales y extranjeros y la categoría de residente temporal como requisito para ser admitido en el país. Sin embargo esta ley no cuenta con ningún mecanismo de impugnación de las resoluciones que le corresponde emitir a la Dirección de Migración y Extranjería, es decir no ofrece ningún recurso por el que se puedan impugnar las decisiones y resoluciones emitidas por la autoridad administrativa, en este caso la Dirección de Migración y Extranjería. Omisión que se intuye ha de solventarse por medio del reglamento de esta ley. Sin embargo cabe reflexionar acerca de la asignación de potestades que tutelan derechos ciudadanos, sean nacionales o extranjeros, impone al legislador el deber de ofrecer a los ciudadanos mecanismos de impugnación y control de las decisiones y resoluciones tomadas.

La lamentable omisión en que incurre la Ley 153 sugiere una pobre práctica y técnica legislativa, la que hace prevalecer las decisiones de la administración e ignora el derecho de las personas a impugnarlas. Lo que genera además un conflicto normativo referido al sistema de fuentes, puesto que la creación de mecanismos de impugnación creados por reglamento, es decir creados por la potestad reglamentaria de la administración, solo pone en evidencia el conflicto, que presume la asignación de potestades en la Dirección de Migración y Extranjería por medio de ley, mientras que los mecanismos de impugnación, que su empleo eventualmente implica, la ruptura y revocación de estas decisiones, son establecidos en norma de menor jerarquía. Lo que plantea una evidente incongruencia, poniendo en entredicho el principio de jerarquía normativa y el sistema de fuentes del derecho nacional.

La ausencia de mecanismos de protección de los derechos de las personas, que se concreta en la ausencia de mecanismos de impugnación de resoluciones gravosas, solo refuerza la percepción de indefensión. Por el otro lado sugiere falta de control de las decisiones de la administración en detrimentos de los derechos de las personas afectadas por resoluciones gravosas. Lo que revela absolutas potestades discrecionales de la administración que por antonomasia están reñidas con la sociedad democrática.

Patrones y modalidades de eventuales violaciones del derecho a la libre circulación y elección de la residencia

- Resoluciones de admisión, pérdida y cancelación de la residencia para extranjeros en omisión de las categorías y los requisitos establecidos en la Ley de Migración y la Ley de Extranjería.
- Trámites y resoluciones emitidas en omisión de los plazos y tiempos establecidos en la legislación.
- Denegación de peticiones con argumentos distintos a las causales, razones y categorías establecidas por la legislación.
- Desplazamientos forzosos de población civil, como también cualquier mandato para residir en municipio, departamento, zona y vecindario específico, emitido por cualquier persona con funciones públicas, y omisión de la voluntad manifiesta de las personas afectadas. Siempre y cuando estos mandatos no se apeguen a las modalidades de los Estados de Emergencia.
- Restricciones a la circulación de las personas por término indefinido y bajo argumentos oscuros y diferentes al *orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática*, y en contravención de lo establecido para la suspensión de los derechos y libertades y previsto por la Ley de Emergencia.

- Mandato o prohibición de circular a persona específica por determinadas zonas, aéreas, poblados y/o ciudades, que son emitidas por quien no tiene potestades jurisdiccionales, es decir Juez o Magistrado. Situación similar ocurre en prohibiciones para circular en horarios o días específicos.
- La ejecución de las medidas de extrañamiento de extranjeros del territorio nacional (rechazo, expulsión o deportación) sin el agotamiento de los recursos que establece la legislación.
- La ejecución de las medidas de extrañamiento de extranjeros del territorio nacional (rechazo, expulsión o deportación) en omisión del principio de no devolución (*non refoulement*), reconocido en el artículo 42 de la Constitución Política y el artículo 64 de la Ley de Extranjería.

Sugerencias para la verificación del derecho a la libre circulación y elección de residencia

- Verifique la legalidad de la resolución emitida por la Dirección de Migración y Extranjería, preste atención a los procedimientos, los términos y el agotamiento de los recursos.
- En casos de rechazo, expulsión o deportación de extranjeros, alerte a la autoridad administrativa acerca del deber de protección de los derechos de los extranjeros contenidos en los instrumentos internacionales de derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos, en especial la prohibición de entregarlo, o regresarlo al territorio del gobierno que lo persigue por asuntos políticos.
- En casos de extranjeros en proceso de rechazo, expulsión o deportación se sugiere entrevistar a estas personas a fin de conocer la versión de estas personas, así como verificar la protección de los derechos de estas personas durante el proceso y la intervención de estas. Preste atención al grupo de derechos que conforman el derecho al debido proceso y juicio justo, desarrollados en capítulos anteriores, así como el derecho a la comunicación y asistencia consular.
- Asegúrese que los motivos esgrimidos para reducir el derecho a la libre circulación o elección de la residencia se encuentran en armonía o en contradicción de las circunstancias mínimas de las diversas modalidades de Estados de Emergencia conforme lo establece la Ley de Emergencia.
- Una vez superada la situación de emergencia, desastre o calamidad pública, confirme la vigencia o cancelación del Decreto por la que se restringe el derecho a la libre circulación y elección de la residencia. Así mismo verifique si las medidas especiales que originaron el Estado de Emergencia siguen vigentes. Puesto que las situaciones de emergencia y las medidas que estas obligan, han de suspenderse una vez superada la situación de emergencia que las origina.

- Consulte a las personas desplazadas la naturaleza y razones que obligaron el desplazamiento forzoso de estas. Verifique los criterios sobre los que se realiza el desplazamiento, preste atención a cualquier criterio de distinción así como las condiciones que facilitan la discriminación de conformidad con el art. 2 DUDH.
- En las situaciones de Estado de Emergencia, es decir guerra, desastre o calamidad públicos, se debe verificar las condiciones y los medios empleados para ejecutar el desplazamiento forzoso de las personas así como las restricciones impuestas a la circulación de las personas.

Capítulo 16. Derecho de asilo y derechos de los extranjeros

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 14

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.
2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 13

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados

Artículo 1 (inciso A) Definición del término «refugiado»

A. A los efectos de la presente Convención, el término «refugiado» se aplicará a toda persona:

- 1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.

Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión «del país de su nacionalidad» se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Artículo 7

Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

Artículo 22

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.
2. Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley.
3. La decisión les será comunicada en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento.

4. Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión.
5. Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate.
6. En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.
7. Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar suyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen.
8. Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador migratorio o un familiar suyo no correrán por su cuenta. Podrá exigírsele que pague sus propios gastos de viaje.
9. La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden.

Artículo 23

Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o del Estado que represente los intereses de ese Estado, en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho.

Declaración sobre el Asilo Territorial

Artículo 1

1. El asilo concedido por un Estado, en el ejercicio de su soberanía, a las personas que tengan justificación para invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluidas las personas que luchan contra el colonialismo, deberá ser respetado por todos los demás Estados.

2. No podrá invocar el derecho de buscar asilo, o de disfrutar de éste, ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos.

3. Corresponderá al Estado que concede el asilo calificar las causas que lo motivan.

Artículo 3

1. Ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1 será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución.

2. Podrán hacerse excepciones al principio anterior sólo por razones fundamentales de seguridad nacional o para salvaguardar a la población, como en el caso de una afluencia en masa de personas.

3. Si un Estado decide en cualquier caso que está justificada una excepción al principio establecido en el párrafo 1 del presente artículo, considerará la posibilidad de conceder a la persona interesada, en las condiciones que juzgue conveniente, una oportunidad, en forma de asilo provisional o de otro modo, a fin de que pueda ir a otro Estado.

Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven

Artículo 2

1. Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegal de un extranjero en cualquier Estado. Tampoco se interpretará ninguna disposición de la presente Declaración en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de extranjeros y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros. No obstante, dichas leyes y reglamentaciones no deberán ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los derechos humanos.

2. La presente Declaración no menoscabará el goce de los derechos otorgados por la legislación nacional ni de los derechos que, con arreglo al derecho internacional, todo Estado está obligado a conceder a los extranjeros, incluso en los casos en que la presente Declaración no reconozca esos derechos o los reconozca en menor medida.

Artículo 4

Los extranjeros observarán las leyes del Estado en que residan o se encuentren y demostrarán respeto por las costumbres y tradiciones del pueblo de ese Estado.

Artículo 5

1. Los extranjeros gozarán, con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes del Estado en el cual se encuentren, en particular, de los siguientes derechos:

- a) El derecho a la vida y la seguridad de la persona; ningún extranjero podrá ser arbitrariamente detenido ni arrestado; ningún extranjero será privado de su libertad, salvo por las causas establecidas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta;
- b) El derecho a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia;
- c) El derecho a la igualdad ante los tribunales y todos los demás órganos y autoridades encargados de la administración de justicia y, en caso necesario, a la asistencia gratuita de un intérprete en las actuaciones penales y, cuando lo disponga la ley, en otras actuaciones;
- d) El derecho a elegir cónyuge, a casarse, a fundar una familia;
- e) El derecho a la libertad de pensamiento, de opinión, de conciencia y de religión; el derecho a manifestar la religión propia o las creencias propias, con sujeción únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad pública, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás;
- f) El derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones;
- g) El derecho a transferir al extranjero sus ganancias, ahorros u otros bienes monetarios personales, con sujeción a las reglamentaciones monetarias nacionales.

2. A reserva de las restricciones que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en los instrumentos internacionales pertinentes, así como con los enunciados en la presente Declaración, los extranjeros gozarán de los siguientes derechos:

- a) El derecho a salir del país;
- b) El derecho a la libertad de expresión;
- c) El derecho a reunirse pacíficamente;
- d) El derecho a la propiedad, individualmente y en asociación con otros, con sujeción a la legislación nacional.

3. Con sujeción a las disposiciones indicadas en el párrafo 2, los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un Estado gozarán del derecho a circular libremente y a elegir su residencia dentro de las fronteras de ese Estado.

4. Con sujeción a la legislación nacional y la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él.

Artículo 6

Ningún extranjero será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y, en particular, ningún extranjero será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Artículo 7

Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, se le permitirá que presente sus razones para oponerse a que lo expulsen y que someta su caso a examen de la autoridad competente o de una persona o personas especialmente designadas por la autoridad competente, así como que esté representado a esos efectos ante dicha autoridad, persona o personas. Queda prohibida la expulsión individual o colectiva de esos extranjeros por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico.

Artículo 8

1. Los extranjeros que residan legalmente en el territorio de un Estado gozarán también, con arreglo a las leyes nacionales, de los siguientes derechos, con sujeción a sus obligaciones establecidas en el artículo 4:

a) El derecho a condiciones de trabajo saludables y libres de peligros, a salarios justos y a igual remuneración por trabajo de igual valor sin distinciones de ningún género, garantizándose particularmente a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a aquellas de que disfruten los hombres, con igual salario por igual trabajo;

b) El derecho a afiliarse a sindicatos y a otras organizaciones o asociaciones de su elección, así como a participar en sus actividades. No podrán imponerse restricciones al ejercicio de este derecho, salvo las que prescriba la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades de los demás;

c) El derecho a protección sanitaria, atención médica, seguridad social, servicios sociales, educación, descanso y esparcimiento, a condición de que reúnan los requisitos de participación previstos en las reglamentaciones pertinentes y de que no se imponga una carga excesiva sobre los recursos del Estado.

2. Con el fin de proteger los derechos de los extranjeros que desempeñan actividades lícitas remuneradas en el país en que se encuentran, tales derechos podrán ser especificados por los gobiernos interesados en convenciones multilaterales o bilaterales.

Artículo 9

Ningún extranjero será privado arbitrariamente de sus bienes legítimamente adquiridos.

Artículo 10

Todo extranjero tendrá libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado de que sea nacional o, en su defecto, con el consulado o la misión diplomática de cualquier otro Estado al que se haya confiado la protección en el Estado en que resida de los intereses del Estado del que sea nacional.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XXVII. Derecho de asilo.

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Legislación nicaragüense básica

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 27

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país. El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción.

Artículo 42

En Nicaragua se reconoce y garantiza el derecho de refugio y de asilo. El refugio y el asilo amparan únicamente a los perseguidos por luchar en pro de la democracia, la paz, la justicia y los derechos humanos. La ley determinará la condición de asilado o refugiado político, de acuerdo con los convenios internacionales ratificados por Nicaragua. En caso se resolviera la expulsión de un asilado, nunca podrá enviársele al país donde fuese perseguido.

Artículo 43

En Nicaragua no existe extradición por delitos políticos o comunes conexos con ellos, según calificación nicaragüense. La extradición por delitos comunes está regulada por la ley y los tratados internacionales. Los nicaragüenses no podrán ser objeto de extradición del territorio nacional.

Código Procesal Penal

Artículo 350 Competencia.

La facultad de conceder o denegar la extradición corresponde a la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, pero las decisiones que ésta tome se pondrán en conocimiento del Estado requirente o requerido por medio del Poder Ejecutivo. En este último caso, se acompañarán los mismos documentos y se llenarán los mismos trámites que exige esta Ley para todo país que los solicite.

Artículo 356 (inc.7). Trámite.

Cuando la extradición sea solicitada, se observarán los siguientes trámites:

7. De lo resuelto por la Sala de lo Penal cabe recurso de reposición dentro del término de tres días que comenzarán a correr al día siguiente de la notificación.

Ley 153: Ley de Migración

Artículo 11

El extranjero que solicite entrar como residente permanente en cualquiera de las subcategorías migratorias mencionadas en el artículo anterior deberá presentar conjuntamente con la solicitud de entrada los siguientes documentos:

- a.- pasaporte con una validez mínima de seis meses;
- b.- certificados de actas de nacimiento y matrimonio, si correspondiere, autenticadas y traducidas al idioma español, si fuere necesario,
- c.- certificado de antecedentes penales o policiales del país de origen o residencia de los últimos cinco años, autenticado y traducido al idioma español. Se exceptúa de esta obligación a los menores de dieciséis años de edad;
- ch.- certificado médico expedido por las autoridades sanitarias correspondientes del país de, origen o procedencia.

Artículo 29

Los residentes temporales podrán entrar y ser admitidos en el país en algunas de las siguientes subcategorías migratorias:

- a.- científicos, profesionales, técnicos y personal especializado, contratado por entes públicos o privados, o empresas nacionales o extranjeras establecidas o que desarrollen actividades en el país, para efectuar trabajos de su especialidad;
- b.- directores, gerentes, empresarios y personal administrativo de empresas nacionales o extranjeras, trasladados desde el exterior para cubrir cargos específicos en dichas empresas;
- c.- periodistas y demás profesionales de los medios de información que sean acreditados en tal calidad ante las autoridades nacionales del Ministerio de Gobernación,
- ch.- estudiantes que sigan cursos en centros de estudios oficiales o privados reconocidos oficialmente, de enseñanza secundaria, técnica o universitaria;
- d.- religiosos pertenecientes a iglesias, órdenes o congregaciones reconocidas en el país que se dediquen a actividades propias de su culto, a la enseñanza o tareas de asistencia social;
- e.- trabajadores independientes o en relación de dependencia;
- f.- refugiados;
- g.- asilados.

Artículo 40

En el caso de extranjero refugiado o asilado, se requerirá el reconocimiento previo del status de refugiado o asilado, por parte del Gobierno de Nicaragua, debiendo aplicarse los convenios sobre la materia, ratificados por el Estado Nicaragüense.

Artículo 41

El no residente es el extranjero que entra y es admitido en el país de forma transitoria, bajo alguna de las siguientes sub-categorías migratorias:

- a.- turistas;
- b.- personas de especial relevancia en el ámbito científico, profesional, cultural, artístico, económico o político, que fueran invitados por entes públicos o privados, en razón de su prestigio;

c.- agentes viajeros, de negocios y empresarios que entran al país con motivo de sus actividades empresariales o comerciales, para atender asuntos de su interés personal o para evaluar las posibilidades de iniciar actividades productivas en el país;

ch.- cooperantes voluntarios.

d.- integrantes de espectáculos públicos contratados por entes públicos o privados, en; razón de su actividad artística, cultural o deportiva.

e.- tripulantes de los medios de transportes internacionales.

f.- pasajeros en tránsito.

g.- tránsito vecinal fronterizo.

Artículo 57

Para ser admitido como residente permanente o residente temporal, el extranjero al entrar al país y en oportunidad de practicarse el despacho migratorio deberá presentar:

a.- pasaporte vigente por más de seis meses, visado con indicación de la categoría y subcategoría de entrada;

b.- permiso de entrada emitido por la Dirección de Migración y Extranjería;

c.- tarjeta de embarque-desembarque;

ch.- certificado médico, expedido por autoridades sanitarias del país de origen o procedencia.

Ley 154: Ley de Extranjería

Artículo 28

La Dirección de Migración y Extranjería puede disponer la pérdida de la estancia de los extranjeros que entraron como No Residentes, cuando por las actividades que realizan en el país se desnaturalicen los motivos que se tuvieron en cuenta para otorgarles su entrada.

Artículo 29

El Ministerio de Gobernación podrá cancelar la residencia o estancia de un extranjero Residente Permanente, Residente Temporal o No Residente, cuando así lo determinen razones de orden público, defensa, seguridad interior o cuando con su conducta contravenga los principios e intereses del Gobierno de Nicaragua.

Artículo 30

Para los casos contemplados en los artículos anteriores de este Capítulo, la pérdida o cancelación de la residencia o estancia, significa la pérdida del status migratorio otorgado y con ello su derecho a permanecer en el país. Cuando dicha medida es adoptada por las autoridades competentes, el extranjero deberá abandonar el territorio nacional en el plazo que se le fije, bajo apercibimiento de ordenarse su inmediata deportación o expulsión.

Artículo 45

Los extranjeros admitidos como residentes permanentes, pueden desarrollar toda tarea o actividad remunerada o lucrativa, por cuenta propia o en relación de dependencia.

Artículo 46

Los extranjeros admitidos como residentes temporales podrán desarrollar solamente las actividades tenidas en cuenta al otorgarles su residencia.

Artículo 47

Los extranjeros admitidos como no residentes, no podrán realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o en relación de dependencia, excepto los incluidos en el Artículo 41, inciso d) de la Ley de Migración.

Artículo 58

El rechazo es la actuación administrativa por la cual la autoridad migratoria competente al efectuar el control migratorio de entrada al país, se lo niega a un extranjero, ordenando se proceda a su inmediata reconducción al país de embarque, de origen o a un tercer país que lo admita.

Artículo 59

El rechazo del extranjero procede en los siguientes casos: **a)** Cuando no presente la documentación exigida para autorizar su entrada al país; **b)** Cuando se constatare la existencia de alguna de las

causales de inadmisión en relación a su categoría de entrada; **c)** Cuando fuera sorprendido intentando entrar al territorio nacional eludiendo el control migratorio, o por lugar no habilitado al efecto; **ch)** El que hubiera sido deportado o expulsado del país y no se hubiere autorizado su reingreso; **d)** El que estuviera incluido en la lista de personas inadmisibles registradas en la Dirección de Migración y Extranjería, a efectos de evitar su reingreso al país.

Artículo 61

La deportación es el acto administrativo dispuesto por el Director de Migración y Extranjería, por el cual se ordena poner fuera de la frontera del territorio nacional al extranjero que se encuentra en alguna de las siguientes actuaciones: **a)** Haber entrado clandestinamente al país; **b)** Haber obtenido la entrada o permanecer en el país mediante declaración o presentación de documento falso; **c)** Permanecer en el país una vez vencido el plazo legal de estancia; **ch)** Permanecer en el país una vez declarada la pérdida o cancelación de la residencia o estancia en el país y venciera el plazo estipulado para hacer abandono del mismo; **d)** Pertenecer a la tripulación de embarcaciones que entran a aguas jurisdiccionales, sin contar con la respectiva autorización de autoridad nacional competente.

Artículo 62

La expulsión es la orden emanada del Ministerio de Gobernación, por la cual un extranjero debe abandonar el territorio nacional en el plazo fijado al efecto.

Artículo 63

Son causales de expulsión: **a)** En caso que se cancele la residencia o estancia según lo dispuesto en el Artículo 29 de la presente Ley; **b)** Cuando por la naturaleza grave del delito cometido o por la reincidencia delictiva, el extranjero se convierta en un elemento nocivo o peligroso para la sociedad; **c)** Si a juicio de la autoridad competente, los maleantes, vagos, toxicómanos y ebrios consuetudinarios, ofrecieren un carácter de especial peligrosidad o puedan perjudicar a la sociedad; **ch)** Cuando se lucren con el tráfico de personas, drogas o armas; **d)** Cuando se configuren situaciones en las que las leyes especiales previeren la expulsión.

Artículo 64

Cuando proceda el rechazo, deportación o expulsión de un extranjero, no se le obligará a éste salir del país por una vía que lo conduzca al territorio del gobierno que lo persigue por asuntos políticos.

Artículo 74

De las resoluciones administrativas que dicte la Dirección de Migración y Extranjería, en materia migratoria cabrá el recurso de reposición o de apelación, en su caso, los que serán establecidos en el Reglamento de la presente Ley.

Breve reseña del derecho a asilo y los derechos de los extranjeros

Los dos temas que aborda este capítulo son extensos y ocupan un lugar especial en el derecho internacional. El derecho de asilo como los derechos de los extranjeros comparten una característica común, estos se ejercen en países distintos de los que las personas son nacionales, lo que impone la característica de extraterritorialidad que estos derechos presentan. El derecho internacional de los derechos humanos hace hincapié en la protección de estos derechos y ha acuñado diversos instrumentos internacionales de protección. En cuanto al derecho de asilo este capítulo pretende identificar la normativa internacional mínima, los elementos principales y los mecanismos de protección. En lo que refiere a los derechos de los extranjeros, este trabajo se limita a identificar tales derechos así los mecanismos internos de protección.

El derecho de asilo y los derechos de los *no nacionales* en el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho de asilo

El derecho de asilo cuenta con una prolífica normativa internacional y un sistema de protección altamente regulado, lo que deriva complejo sistema de fuentes por el que se regula este derecho.

A continuación se enumeran los instrumentos internacionales más representativos que protegen este derecho. En primer lugar, el artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos los construye a partir de tres elementos: a. Es un mecanismo internacional de protección de las personas perseguidas, b. Es un derecho universal aplicable a toda persona que se encuentre en situación de persecución en su país, y por tanto puede ser ejercido en cualquier país, c. No se puede invocar la protección de este derecho por la comisión de delitos comunes, ni por delitos y/o actos contrarios a los *propósitos y principios* de las Naciones, como son delitos contra la paz, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad. Es decir no aplica en casos de delitos contra la paz y la seguridad internacional.

Será la Declaración sobre el Asilo Territorial adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1967 la que además de retomar los tres elementos esenciales que constituyen el derecho de asilo establecidos en la DUDH: mecanismo internacional de protección a los perseguidos, es un derecho universal, no aplicable para crímenes comunes ni crímenes de lesa humanidad; también establece: a. La obligatoriedad de los Estados para respetar este derecho, lo

que implica que las personas que hayan ingresado en el territorio de un Estado en busca de asilo, no se les puede negar la admisión en la frontera, ni tampoco se les puede expulsar o devolver en forma obligada *a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución*, c. En los casos de excepciones justificadas basadas *razones fundamentales de seguridad nacional o para salvaguardar a la población*, se deberá considerar la posibilidad de *conceder a la persona interesada, en las condiciones que juzgue conveniente, una oportunidad*, en forma de asilo provisional o de otro modo, a fin de que pueda ir a otro Estado.

Delineando de esta forma los dos elementos que conforman el principio de no devolución de las personas solicitantes de asilo a otros Estado en donde se encuentre en riesgo o *donde pueda ser objeto* de persecución. Es decir se prohíbe devolver a las personas que solicitan asilo al Estado en donde se encuentran amenazadas o perseguidas y en los casos en los que a juicio del Estado receptor no sea posible conceder asilo, se deberá conceder asilo temporal con el fin que la persona solicitante pueda ir a otro Estado, con mayor seguridad. El principio de no devolución también es conocido en el derecho internacional como el principio de *non refoulement*.

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, anclado en el Sistema de la Organización de los Estados Americanos, el derecho de asilo ha sido considerado como un derecho universal, es decir valido a todas las personas, reconocido en el artículo XXVII de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre. Contiene en lo fundamental los elementos que constituyen este derecho: es un derecho universal, valido y aplicable para todas las personas que se encuentran perseguidas, y no se puede invocar este derecho en casos de delitos comunes de conformidad con la legislación nacional. Con posterioridad la Declaración Americana sobre Derechos Humanos por medio del artículo 22. 7. lo estatuye como uno de los derechos que conforman el *derecho de circulación y de residencia*. En cuanto al derecho de asilo retoma en lo fundamental lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Derechos de los extranjeros

- Definición del término de refugiado

La entrada en vigor de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en el año 1954, la que vendría a establecer los criterios y la *definición del término refugiado*. Reconoce la condición de refugiado a las personas que reúnan las siguientes condiciones: **a.** Las personas con *fundados temores de ser perseguida* por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país, **b.** Las personas que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (art. 1. inc.2).

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados establece el marco general de deberes de los Estados en el caso de refugiados, así como los deberes y los derechos de estos en el territorio del Estado que brinda el refugio. Establece entre otras cosas: **a.** La definición y criterios de aplicación del término refugiado, **b.** La obligación de los refugiados de acatar sus leyes y reglamentos, así como las medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público, **c.** Los principios generales que han observar los Estados como son la prohibición de discriminación, la libertad religiosa, la documentación de facilitar a los refugiados, **d.** Define la condición jurídica y los derechos mínimos de los refugiados entre los que destacan: el estatuto personal de los refugiados, trato favorable en la adquisición de bienes muebles e inmuebles y otros derechos conexos, arriendos y otros contratos relativos a bienes muebles e inmuebles, protección a los derechos de propiedad industrial e intelectual, acceso a la justicia, el acceso a empleo remunerado, acceso a la vivienda, educación, derechos laborales y libre circulación, **e.** Además regula la documentación (documentos de identidad y de viaje), así como el status de refugiado en cuanto a los refugiados ilegales en el país de refugio, expulsión y la prohibición de devolución (non refoulement) y la naturalización de los refugiados.

- Derechos de las personas que *no son nacionales* del país en que viven

Tomando como referencia y fundamento los valores universales de igualdad y la prohibición de discriminación que este principio entraña, la dignidad inherente de los seres humanos y el reconocimiento de la personalidad jurídica como atributo de todas las personas, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclama en el año 1985 la “Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven”, la que define como extranjero a *toda persona que no sea nacional* del Estado en el cual se encuentre. La Declaración asume la forma de instrumento de derechos humanos de naturaleza y cobertura general, dado que aspira a establecer derechos para todas las personas sin distinción. Engendrando derechos universales y la inscribe en la tradición creadora de derechos personales iniciada con la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por la amplitud y el conjunto de los derechos que la “Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven” aborda, se constituye en el catalogo y la sumatoria de los derechos fundamentales de las personas que viven en el extranjero, proyectándolos en una dimensión externa y diversa del nacimiento y origen de las personas que los ejercerán, imponiendo por tanto obligaciones a los Estados receptores encaminadas a asegurar el derecho universal a igual protección. Lo que obliga a identificar el conjunto de los derechos humanos que asisten a los extranjeros en el *país en que viven*, tomando en cuenta el deber estatal de protección de los derechos de los ciudadanos y los no ciudadanos sin discriminación, puesto

que corresponde al Estado el *monopolio de la protección de los derechos* de todas las personas dentro de los límites de su territorio¹⁷⁵.

La “Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven” hace un recorrido por los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos e identifica el núcleo fundamental de derechos que asisten a los extranjeros en el país en que viven. Establece los derechos civiles y políticos: derecho a la vida, garantías judiciales, libertad de pensamiento, de opinión, de conciencia y de religión, libertad de reunión pacífica, expresión, derechos de propiedad, derecho a fundar familia que incluye el derecho a vivir con su cónyuge y los hijos menores cumpliendo con lo establecido por las leyes del país, derecho a la libre circulación y fijación de residencia (art. 5).

En el mismo grupo de derechos civiles y políticos la Declaración establece además, el derecho a la integridad personal y la consecuente prohibición de torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 6) y el principio de no devolución y prohibición de *expulsión individual o colectiva* de esos extranjeros por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico (art. 8), el derecho a la comunicación y asistencia consular (art. 10).

Además enumera el conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales que protegen a los extranjeros en el país en que viven siempre y cuando *residan legalmente*, entre estos están: condiciones de trabajo saludables y libres de peligros, a salarios justos y a igual remuneración por trabajo de igual valor sin distinciones de ningún género, derecho a participar en sindicatos, derecho a la salud (art. 8). Establece derechos culturales por medio de reconocer que los extranjeros tienen derecho a *conservar su propio idioma, cultura y tradiciones* (art. 5. inc. f.).

La Declaración establece el conjunto de los derechos que asisten y protegen a los extranjeros en el país en donde viven, sin embargo, la Declaración no es un catálogo de derechos ilimitados, puesto que establece el cumplimiento de deberes mínimos que han de ser observados por los extranjeros en el los países en que residen. En primer lugar es necesario mencionar el requisito inicial que establece la Declaración que obliga a los extranjeros a respetar y observar las leyes del Estado, así como demostrar respeto por las costumbres y tradiciones del pueblo del Estado en que residan o se encuentren (art. 4). El ejercicio y la protección de algunos derechos económicos, sociales y culturales, se encuentran regulados por dos condiciones, por un lado el respeto a la legislación interna del país en que se reside en materia de derechos de familia (art. 5), y por el otro, el cumplimiento a las leyes y respeto a las costumbres y tradiciones del país en cuanto al ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se citan: condiciones de trabajo, salario justo, derechos sindicales, educación, educación, salud, etc. , establecidos en el artículo 6 de la *Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven*.

¹⁷⁵ Carens, Joseph H. Aliens and Citizens: The Case for Open Borders. Theorizing Citizenship edited by Ronald Beiner. State University of New York Press. New York 1995. p. 231.

En el continente americano la Declaración Americana sobre Derechos Humanos (art. 22) por un lado establece algunos derechos específicos de los extranjeros que *no son nacionales* en el país en que viven, entre estos están: derecho de circulación y residencia condicionado a la legislación nacional, protección contra la expulsión arbitraria, el derecho a no ser devuelto al país en donde su vida y libertad se encuentren *en riesgo*, prohibición *colectiva* de extranjeros. Por el otro, establece el marco general para el ejercicio de los derechos que establece la Declaración por medio de la obligación estatal de respetar los derechos que asisten a todas las personas *sin discriminación alguna* establecido en el artículo 1 DASDH. Delineando un panorama más amplio para el ejercicio y protección de los derechos que contiene la Declaración Americana sobre Derechos Humanos sean estos nacionales o extranjeros.

En el mismo sentido que la “Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven” y asentada en el principio universal de igualdad y la prohibición de discriminación que este implica, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta en 1990 la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”. Por la que reconocen los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias. Es considerada como un esfuerzo internacional encaminado a proteger a los trabajadores migrantes contra cualquier evento de discriminación ejercida en su contra en país extranjero.

La “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” está encaminada a proteger y por tanto aplica para *todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna* (art. 1). Enumerando los diversos criterios de discriminación, sean originados en *motivos* de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Actualizando los criterios de discriminación los que en 1948 había sido enumerados en el artículo 2 de la Declaración Americana de Derechos Humanos. Ampliando de esta forma la frontera del principio de igualdad y el derecho a la protección contra la discriminación.

Se pone de manifiesto el carácter complementario que tanto la “Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven” como la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” acusan. Ambas construyen el marco de los derechos que protegen a las personas que viven en otro país bajo la condición de extranjeros. Establecen un catalogo amplio que abarca derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, lo que pone evidencia la amplitud de la protección de los derechos que ambas convenciones contienen.

En el caso de los trabajadores migrantes, la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, se constituye en un

instrumento especializado de derechos humanos, dirigido a proteger los derechos no solo laborales de los trabajadores migrantes y sus familiares, sino que aspira a establecer un marco general de los derechos a los que están obligados a proteger los Estados receptores. Sin embargo también queda en evidencia el diverso sistema de fuentes que origina a cada una, mientras la “Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven” origina consecuencias que son asumidas por los Estados en forma voluntaria.

Situación distinta ocurre con la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, tomando en consideración el principio que establece que una de las principales fuentes del derecho internacional son las convenciones y los tratados internacionales. Los que engendran obligaciones y se constituyen en las reglas por las que los Estados regulan sus interacciones y comportamientos, sea en el ámbito internacional como dentro de sus fronteras. Lo que permite que la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” sea considerada en la actualidad como obligación internacional para los Estados¹⁷⁶.

El derecho de asilo y los derechos de los extranjeros en la legislación nicaragüense

La Constitución Política de la República de Nicaragua

- El derecho de asilo

La norma constitucional nicaragüense consagra el derecho de asilo en el artículo 42 Cn., por medio de la siguiente declaración “En Nicaragua se reconoce y garantiza el derecho de refugio y de asilo”. Estableciendo a renglón seguido tres elementos por las que se conforma este derecho. En primer lugar la *condición* de asilado o refugiado político será establecida por la ley en observancia de lo establecido en los convenios internacionales. En segundo lugar acoge el principio de no devolución, es decir se prohíbe la devolución de las personas que buscan asilo o refugio al Estado en donde son perseguidos y su vida y libertad se encuentran en peligro. Introduciendo así el principio de non refoulement, ampliamente reconocido en el derecho internacional.

El tercer elemento lo conjunto de valores teleológicos que han de cumplir los perseguidos luchadores de *la democracia, la paz, la justicia y los derechos humanos*. Valores que sirven de argumento discursivo, lo que genera controversia política y un alto grado de incertidumbre en lo jurídico. La mención de los valores finales como son la democracia, la paz, la justicia y los derechos

¹⁷⁶ La “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” entró en vigor el día 1 de Julio del año 2003 de conformidad al artículo 87 inc. 1. El Estado nicaragüense ratificó esta convención el 26 de Octubre del 2005 con la única reserva referida al estatuto constitucional que limita el ejercicio de derechos políticos a extranjeros establecida en el artículo 27 Cn. Sin embargo se lee en la ratificación que la República de Nicaragua considera *que esta reserva no es incompatible* con el objeto y propósito de la Convención. Para detalles se recomienda ver: United Nations Treaty Collection en <http://treaties.un.org/Pages/RTreaties.aspx>

humanos, dejan por fuera el necesario debate acerca de los medios utilizados para alcanzar estos fines, lo que deja por fuera argumentos jurídicos y éticos en cuanto a los medios empujados, lo que puede ser peligroso, puesto que cualquier persona que dizque es perseguida por su lucha por la *democracia, la paz, la justicia y los derechos humanos*, le califica y habilita para ser protegida por medio del asilo o el refugio, independientemente de las acciones y crímenes que haya podido cometer en la lucha por estos valores. Lo que plantea que no existen argumentos éticos ni jurídicos, puesto que lo importante de la aseveración constitucional son los valores en sí mismos. Argumentos totalmente inaceptables.

El segundo argumento en contra de la persecución a causa de la lucha por los valores democracia, la paz, la justicia y los derechos humanos, lo constituye la ambigüedad y amplitud de éstos valores. Se puede afirmar que cada persona tiene una definición de lo que cada uno de estos valores considera como tales. Lo que permite afirmar que la alta plasticidad de estos valores permite y facilita un altísimo grado de interpretación de quienes lucha por la democracia, la paz, la justicia y los derechos humanos. Ello propone que este debate práctico será zanjado desde el poder, por medio de la intervención de quien tiene el poder de discernir quien lucha por la democracia, la paz, la justicia y los derechos humanos. Lo que plantea una alta incertidumbre y facilita una alta discrecionalidad. De más esta mencionar que la discrecionalidad sin límites, es el caldo de cultivo de la arbitrariedad sin límites.

Por la forma en que este tercer elemento se construye, que deja serios claroscuros, por facilitar una marcada discrecionalidad en cuanto a ciertos valores, los que por su naturaleza cuentan con limitaciones gnoseológicas y teleológicas. Se puede afirmar que en este último elemento la Constitución se constituye en una declaración de principios políticos al gusto e interpretación del gobernante, más que en la norma fundacional de un derecho que se encuentra debidamente regulado tanto por el derecho internacional. Lo que propone algunas limitaciones en cuanto a su debido desarrollo y por tanto su apropiada protección.

- Los derechos de los extranjeros

El artículo 27 Cn. establece el marco básico que regula los derechos de los extranjeros, por medio de reconocer el principio de igualdad como derecho universal de todas las personas, el que se construye por medio de dos argumentos. En primer lugar se reconoce el derecho a igualdad ante la ley y por tanto con igual derecho a igual protección de la ley. En segundo lugar, la Constitución Política admite como consecuencia la prohibición de discriminación contenida en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en toda su extensión.

Los argumentos que construyen el principio de igualdad en la Constitución Política son: **a.** Se reconoce el principio de igualdad ante la ley, que deriva en el derecho a igual protección de la ley para todas las personas, **b.** Prohíbe la discriminación en cualquiera de sus formas y fundamentos, lo que deriva en el derecho a ser protegido contra la discriminación en todas sus formas, **c.** Los

extranjeros les asisten *los mismos deberes y derechos* que a los nicaragüenses, con la excepción que no cuentan con derechos políticos y otros establecidos por la legislación, d. El Estado asume *la obligación de respetar los derechos* a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción, retomando esta obligación del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello dibuja un marco relativamente amplio aunque escaso de desarrollo, en el que se ubican los derechos de los extranjeros en Nicaragua, los que serán objeto de análisis en los párrafos siguientes.

Por su parte el artículo 43 Cn. establece como derechos reconocidos para todas las personas que se encuentren en el territorio nacional, en especial los extranjeros, las siguientes garantías: **a.** El Estado de Nicaragua no reconoce la extradición de extranjeros reputados de la comisión de delitos políticos o comunes conexos. Es decir la legislación nicaragüense no admite la extradición por los delitos mencionados, **b.** La legislación nicaragüense admite la extradición por la comisión de delitos comunes, de acuerdo a lo establecido *por la ley y los tratados internacionales*, **c.** En el caso de extradición de los ciudadanos nicaragüenses, la legislación toma partido por el principio *no entrega de nacionales*, el que establece que los nicaragüenses *no podrán ser objeto de extradición* del territorio nacional.

En forma sucinta, la legislación constitucional nicaragüense delinea un marco general amplio en el que se reconocen los derechos de las personas que no son nacionales de Nicaragua, por medio de reconocer el principio de igualdad y establecer la protección contra la discriminación en todas sus formas. Simultáneamente establece las premisas en las que funciona la extradición para nacionales y extranjeros.

- Los derechos de los extranjeros en la legislación de desarrollo

Cuatro son cuerpos normativos establecen el marco general por el que se traza el conjunto de los derechos de los extranjeros en Nicaragua: El Código Penal, Código Procesal Penal, la Ley 153: Ley de Migración y la Ley 154: Ley de Extranjería.

- El Código Penal y el Código Procesal Penal: El procedimiento para la extradición

Ambos regulan el proceso de extradición, es decir el procedimiento por el que se entrega a un ciudadano extranjero a la justicia de su país o la de un tercero, por la supuesta comisión de un delito. En Código Penal en el Título Preliminar dedicado a las garantías penales, en el artículo 18 establece los *requisitos para la extradición*. Por su parte el Código de Procedimiento Penal desarrolla en el Libro Segundo, Título Quinto el procedimiento para la extradición, a partir del artículo 348 y siguientes. En este título se establecen los mecanismos, plazos, recursos, así como se asigna la competencia de este procedimiento en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

- Las categorías migratorias como referente de los derechos de los extranjeros

La Ley 153: Ley de Migración, a pesar de no establecer ningún tipo de derecho para los extranjeros, es de suma importancia en la conformación de estos, puesto que regula el ingreso de extranjeros al país crea la diversas categorías migratorias. Las que son tomadas como referencia para reconocer los derechos de estos dentro de los límites del Estado nicaragüense. Las categorías migratorias que crea esta ley son las siguientes: a. Rentista y pensionado o jubilado (arts. 22 y ss.), b. Residentes temporales (art. 39), dentro de las que se encuentran los refugiados y asilados, incisos “f” y “g” respectivamente, c. No residentes (art. 41) entre los que se mencionan los turistas, científicos, profesionales, agentes viajeros, cooperantes voluntarios, artistas, tripulantes de medios de transporte internacionales, pasajeros en tránsito, entre otros, d. Residente permanente (arts. 11, 57 y 58).

- Los derechos de los extranjeros establecidos en la Ley 154: Ley de Extranjería

Esta ley establece los criterios para pérdida y cancelación de la residencia (art. 25 y ss.), además de establecer como derechos de estas personas, en armonía con la Ley 153: Ley de Migración. Cabe mencionar que los derechos que establece son genéricos correspondiendo a las categorías de residente permanente, residente temporal y no residente.

En cuanto al residente permanente la Ley 154 le habilita para desarrollar *toda tarea o actividad remunerada o lucrativa*, por cuenta propia o en relación de dependencia (art. 45). Corresponde al residente temporal *desarrollar solamente* las actividades tenidas en cuenta al otorgarles su residencia (art. 46), mientras que las personas admitidas en el país como no residentes *no podrán realizar tareas remuneradas o lucrativas*, ya sea por cuenta propia o en relación de dependencia (art. 47), exceptuando únicamente a *integrantes de espectáculos públicos contratados por entes públicos o privados, en; razón de su actividad artística, cultural o deportiva*.

Finalmente la legislación nicaragüense brinda un tratamiento variado a los derechos de los extranjeros, si se toma en cuenta en la amplia protección que establece el artículo 27 de la Constitución Política, que entre otras cosas señala que “Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país”. Declaración que se encuentra a tono con lo establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo la legislación que desarrolla los derechos de los extranjeros es limitada y escasa, la existente pone el énfasis en la situación migratoria de los extranjeros desde una óptica eminente estatal, sin que ello implique regular y desarrollar los derechos de estas personas.

Los mecanismos internos de protección del derecho de asilo y los derechos de los extranjeros

Mecanismos internos de protección establecidos en la Constitución Política

La legislación nacional ofrece diversos mecanismos internos de protección del derecho de asilo y los derechos de los extranjeros, los que acusan diversas fuentes normativas. En cuanto a los controles constitucionales, se encuentran disponibles tanto el Recurso de Amparo como el Recurso de Exhibición Personal. Los que eventualmente ofrecen diversos niveles de protección contra actos o resoluciones dañosas que afecten estos derechos.

Específicamente el Recurso de Amparo está diseñado para proteger a las personas afectadas *acto o resolución y en general en contra de toda acción u omisión* de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política, conforme lo establece el artículo 188 Cn. Dicho recurso se encuentra desarrollado en el título III de la Ley de Amparo a partir del artículo 23 y siguientes. Por su parte el Recurso de Amparo funciona en favor de aquellos cuya *libertad, integridad física y seguridad*, sean violadas o estén en peligro de serlo (art. 189 Cn.). El Recurso de Amparo es desarrollado en el Título IV de la Ley de Amparo a partir del artículo 52 y siguientes.

En lo que refiere al derecho de asilo se debe mencionar que el *reconocimiento previo* del status de asilado, es en sí mismo un acto administrativo que tiene como trasfondo la soberanía estatal. Lo que dificulta su control, puesto que no cuenta con eficaces mecanismos de impugnación, lo que ofrece amplios márgenes discrecionales a la administración, sea concediendo o negando el asilo. Lo que propone altos márgenes de incertidumbre por la ausencia de procedimientos y recursos encaminados a su control o revisión de estas decisiones. Como antes se señaló, queda únicamente al criterio del gobernante la ulterior decisión; lo que se agrava si se toma en cuenta que el asilo y el refugio, en Nicaragua se reconocen a partir de valores, los que por su extensión y contenido plantean ciertas dificultades, tomando en cuenta que estos se prestan a ambigüedades dado su alto contenido ideológico, los que sirven de punto de partida condicionando la decisión final.

Mecanismos internos de protección del derecho de asilo y derechos de los extranjeros desarrollados en las leyes de desarrollo

Para la protección del derecho a la justicia que asiste a los extranjeros, particularmente en materia de extradición, existe un mecanismo interno de protección del derecho a la justicia que asiste a las personas no nacionales que viven en el país, el que es de naturaleza específica y particular. El Recurso de Reposición establecido en los artículos 356 inc. 7, 373 y 374 del Código Procesal Penal, que opera contra la resolución que concede o niega la extradición emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, agotando de esta forma el *procedimiento para la extradición*.

El segundo mecanismo interno de protección de los derechos de los extranjeros es de naturaleza administrativa puesto que puede utilizado como mecanismo de impugnación de las resoluciones administrativas que dicte la Dirección de Migración y Extranjería, en materia migratoria. El que se encuentra establecido en el artículo 74 de la Ley 154: Ley de Extranjería. Lo que agota la instancia administrativa y abre la posibilidad de recurrir de amparo en contra de la resolución gravosa, lo que abre las puertas del juicio y procedimiento de amparo, permitiendo la posibilidad de someter estas decisiones administrativas en el ámbito judicial, es decir someterlas al control judicial.

A pesar de lo antes citado, los mecanismos internos de protección de los derechos de los extranjeros en Nicaragua, acusan un escaso y mínimo desarrollo, limitando de esta forma el amplio marco de derechos y garantías que establece el texto constitucional. Lo que propone replantearlos en el futuro próximo, reconociendo que los extranjeros tienen derechos, que se asientan en los *derechos de ciudadanía y el derecho a una identidad sea nacional o cultural*¹⁷⁷. Perspectiva creciente, cada vez más aceptada, en la que se incluyen los asilados, refugiados, o trabajadores migrantes sin discriminación, es decir integra a las personas *que no son nacionales del país en donde viven*.

Patrones y modalidades de violaciones del derecho de asilo y los derechos de los extranjeros

- En cuanto al país receptor, se considera violación al derecho de asilo y refugio la denegación de la petición de asilo o refugio en los casos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, así como obstrucciones y retardo en la resolución que concede el status de refugiado o asilado. En el caso de los países de origen, se considera violación el retardo injustificado del salvoconducto solicitado por la representación diplomática del país receptor, como también el retardo injustificado para otorgar el status de refugiado y los demás documentos que legalizan la residencia de los extranjeros en el país receptor.
- La omisión del principio de no devolución, es decir la expulsión, rechazo o deportación de solicitantes de asilo o refugio a cualquier país en los que sus vidas y libertad se encuentren amenazados, así como las obstrucciones de hecho y de derecho que obstaculicen a los solicitantes a viajar a un tercer país.
- La expulsión, rechazo o deportación de los extranjeros en omisión de lo establecido en el artículo 13 PIDCP, sin que se les permita a estos *exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas*.

¹⁷⁷ Ishay, Micheline R. The history of human rights: from ancient times to the globalization era. University of California Press. 2008, p. 267.

- La *expulsión colectiva de extranjeros*, vulnerando la prohibición establecida en el artículo 22 inc. 9 CASDH.
- La deportación y expulsión de hecho. La deportación de personas investigadas por delitos comunes en otro país, realizada en forma expedita y de hecho, sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación en especial el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal.
- El rechazo, deportación y expulsión de extranjeros realizadas en omisión de las garantías judiciales que establece el derecho al debido proceso y juicio justo. En especial sin que se hayan agotados los diversos mecanismos internos de protección, es decir los recursos que establece la legislación nacional.
- La extradición de nacionales bajo cualquier argumento.
- Tolerancia, connivencia y complicidad de personas que ejercen funciones públicas, en casos de extranjeros ejercen derechos políticos reservados a los nacionales. Así como actividades políticas realizadas por extranjeros encaminadas a desestabilizar a otro país.
- La interpretación restrictiva de los criterios por los que se concede el status de refugiado y asilado, encaminados a rechazar, desmotivar o desalentar peticiones de refugio y asilo.
- La omisión y denegación de los derechos civiles de los extranjeros, sean por acciones u omisiones cometidas por personas que ejercen funciones públicas, en especial las referidas a propiedad, trabajo, ingreso, filiación el derecho a la justicia. Situación similar ocurre en casos de denegación de prestaciones de servicios públicos, particularmente salud y educación, originados en la condición de extranjero de la persona solicitante.

Sugerencias para la verificación de eventuales violaciones del derecho de asilo y los derechos de los extranjeros

- En situaciones de rechazo, expulsión y extradición de extranjeros, solicite entrevistar personalmente a estas personas, con el fin de verificar el cumplimiento y protección del derecho al debido proceso y juicio justo, así como confirmar la representación y defensa de estas personas, la intervención de personal consular o diplomático en el manejo de cada caso, y el agotamiento de los recursos que establece la legislación.
- Entreviste al funcionario que emite la resolución de rechazo, expulsión y deportación a fin de conocer los criterios en los que se fundamenta el rechazo, expulsión o deportación, así como conocer los procedimientos de ejecución de la resolución emitida.

- En casos de retardo o rechazo de peticiones de asilo y refugio, entreviste a las personas afectadas a fin de conocer las razones en que se estas argumentaron las peticiones así como los motivos que originan el rechazo o retardo. Tenga presente que en los casos de denegación de refugio o asilo, el estado se encuentra obligado a prestar facilidades a las personas solicitantes de viajar a un tercer país, en donde su vida y libertad no se encuentren amenazados.
- En situaciones de omisión de los derechos que establece los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución Política en contra de extranjeros, sugiera la utilización de los mecanismos de control constitucional establecidos como mecanismos de protección de los derechos y libertades que la Constitución establece, en particular sugiera recurrir de Amparo. En situaciones particulares de detenciones o amenazas de detención en contra de extranjeros en omisión de lo establecido por la Constitución Política, sugiera interponer el Recurso de Exhibición Personal.
- En casos de extranjeros en conflicto con las leyes verifique la tutela del derecho a la defensa así como la intervención de los abogados defensores en el proceso incoado en contra de estos, así como la asistencia consular brindada por la representación diplomática del país del extranjero. En casos de insatisfacción o inseguridad en la defensa ejercida, advierta sobre el derecho que asiste a cualquier persona al derecho a la defensa, y en segundo lugar, sugiera el cambio de abogado.
- En los casos de extranjeros que no cuenten con los recursos económicos para el pago de un abogado privado, tenga presente que la Defensoría Publica está obligada a facilitar un Defensor Publico pagado por el Estado nicaragüense, además recuerde que el derecho a la defensa pública, de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos, se fundamente en dos principios es gratuita y debe ser efectiva.
- En casos de refugiados en conflicto con las leyes, entreviste a las agencias nacionales e internacionales responsables de la protección de refugiados a fin de conocer sus posibilidades de protección y asistencia legal.
- En casos de extradición solicite entrevistar a la persona reclamada y a su abogado a fin de conocer la tutela y el cumplimiento de los procedimientos establecidos en la legislación para los casos de extradición, así mismo conocer el agotamiento de los recursos que establece la ley para estos casos.
- Además en casos de extradición, confirme y consulte la existencia de convenio relativo a la extradición celebrado entre el país reclamante y el Estado nicaragüense, con el fin de conocer los procedimientos particulares que establece el convenio, a fin de que se cumplan y observen lo establecido en la legislación.

- En casos de mujeres y niños objeto de procesos de rechazo, expulsión y deportación, tenga presente que el Estado está obligado a cumplir en primer lugar con la tutela del derecho al debido proceso y juicio justo, así como los derechos que el derecho internacional de los derechos humanos establece en el caso de los derechos de la mujer y los niños.
- En casos de refugiados, corresponde al Estado prestar auxilio, albergue y protección física y legal de mujeres y niños en circunstancias de riesgo o en condiciones de vulnerabilidad.
- En casos de extradición, rechazo, expulsión, deportación o omisión de los derechos de los extranjeros, recuerde las salvaguardas mínimas que establece el derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a honor, privacidad de las personas, que faculta restringir el acceso a los juicios por *consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes* (art. 14 PIDCP).

Capítulo 17. Los derechos políticos

Introducción

Este capítulo está dedicado a la familia de los derechos políticos, los que conforme el derecho internacional de los derechos humanos comprenden: a. el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, b. el derecho a votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto, c. el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública. Este listado mínimo no agota el conjunto de derechos civiles y políticos que los ciudadanos ejercen en sociedades democráticas, sin embargo el ejercicio y disfrute de estos es una de las *características políticas mínimas* que requiere determinado régimen político para *calificar* como democrático¹⁷⁸. En este capítulo se presentan sus principales referencias en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.

Este capítulo es abordado desde dos argumentos teóricos, que considera que los derechos humanos, en particular los derechos políticos *regulan* la relación de los ciudadanos y el Estado, y en segundo lugar considera que los derechos humanos son *parámetros de legitimidad política*. Argumentos que autorizan a los ciudadanos a *demandar y vindicar* sus derechos frente al Estado¹⁷⁹. Simultáneamente cada uno de estos derechos es analizados en forma individual, tomando como referencias la denominación y orden de aparición desarrollado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el desarrollo y la recepción de estos en la legislación nacional, respetando el sistema de fuentes en el caso de las normas constitucionales y el orden cronológico en el caso de las leyes de desarrollo. Identificando posteriormente los principales patrones y modalidades de eventuales violaciones en cada uno. Concluyendo el capítulo con las sugerencias para la verificación de cada derecho. Retomando de esta forma el esquema general de este trabajo.

Los derechos políticos en el derecho Internacional de los Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

¹⁷⁸ Kesselman, Mark., Krieger, Joel and Joseph, William A. Introduction to Comparative Politics, Fourth Edition. Editors: Mark Kesselman et. al. Houghton Mifflin Company. USA, 2007. ps. 23 – 24.

¹⁷⁹ Donnelly, Jack. et. al. Human Rights. The Oxford Handbook of Political Theory. Edited by John S. Dryzek et. al. Oxford University Press. New York, 2008. p. 603.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Artículo 5 (inciso c.)

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

- c) Los derechos políticos, en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Artículo 7

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a:

- a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;
- b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;
- c) Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XX. Derecho de sufragio y de participación en el gobierno.

Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de votos secretos, genuinas, periódicas y libres.

Artículo XXIV. Derecho de petición.

Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.

Artículo XXXII. Deber de sufragio.

Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitada para ello.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

La familia de los derechos políticos en el derecho internacional de los derechos humanos y sus implicaciones

El artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos es un punto de inflexión que ha marcado la posterior acuñación de los derechos políticos. Desde su promulgación hasta la fecha estos han conservado los mismos elementos constitutivos. La DUDH enumera tres derechos principales y sus parámetros operacionales, que han servido de fundamento y contenido de los derechos políticos a lo largo del Siglo XX. Estos son: a. el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, b. el derecho a votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto, c. el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública.

Sin embargo la construcción de los derechos políticos en el derecho internacional de los derechos humanos, también plantea cierta complejidad en relación a su ulterior desarrollo en la legislación interna, puesto que no es posible establecer los límites entre cada uno de ellos, de forma que permita su aislamiento y separación metodológica, por lo que su estudio requiere el análisis global. Lo que propone su íntima interrelación e interacción, en especial entre el derecho a participar en el gobierno y el derecho a acceder a la función pública, puesto que ambos se manifiestan y comparten ámbitos comunes como son los sistemas electorales y las normas que regulan a estos.

El establecimiento de los derechos políticos reviste suma importancia, puesto que ilumina dos dimensiones en las que la vida política se construye a diario. En una primera dimensión la DUDH construye derechos políticos en una dimensión personal, es decir se faculta a cada persona con derechos indelegables, inajenables, es decir la DUDH faculta derechos políticos en forma personal e igual a todas las personas, lo que se ha dado en conocer como el *modelo de derechos personales* que inaugura la Declaración Universal de Derechos Humanos. En segundo lugar, el establecimiento de derechos políticos personales *sin discriminación*, también establece el ambiente y las condiciones en las que estos derechos se han de manifestar. Es decir la DUDH también delinea y moldea el sistema político, por medio de regular las relaciones entre ciudadanos y el Estado, y acuñar los *parámetros de legitimidad política estatal*¹⁸⁰.

El primer derecho que construye la DUDH es el derecho a *participar en el gobierno* de cada país, estableciendo dos condiciones entre las que este derecho se considera aceptable, por un lado, el

¹⁸⁰ Donnelly, Jack. Universal Human Rights in Theory & Practice. Op. Cit, ps. 23 y 43.

derecho a participar puede ser ejercido en forma directa o mediante representantes. En segundo lugar, se establece como condición que los representantes que ejercerán la representación delegada han de ser *libremente escogidos*.

En segundo lugar la DUDH establece el *derecho a acceder a la función pública*, sin embargo el acceso debe ser en condiciones de igualdad. Es decir el derecho político que consiste en el acceso en condiciones de igualdad a la función pública, engendra la prohibición de discriminación y ventajas. En tercer lugar el artículo 21 DUDH también establece el derecho a elegir el gobierno y a ser electo como parte de este. Lo que implica el derecho a votar por el gobierno de nuestra preferencia. Lo que plantea el ejercicio del derecho a elegir se transforma en un atributo del ejercicio del derecho a la libertad individual.

La DUDH establece los parámetros operativos en los que se manifiesta el derecho a elegir el gobierno y ser electo como parte de este. Entre los que están: **a.** La celebración de elecciones auténticas y periódicas, **b.** El respeto a la voluntad de los electores, es decir el respeto de resultados electorales, **c.** La voluntad de los electores se concreta por medio del sufragio universal, que ha de ser igual, secreto y libre.

La promulgación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 25 integró sin mayores cambios los tres derechos políticos principales que estableció la Declaración Universal de Derechos Humanos. La innovación del PIDCP fue profundizar la definición del derecho a elegir y ser elegido gobierno, puesto que este se establece como el derecho a *votar y ser elegidos* en elecciones periódicas, auténticas. Estableciendo a renglón seguido las condiciones de los procesos electorales en los que el derecho al voto se ubica como punto de referencia, entre estas condiciones están, *realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores*.

Dos instrumentos internacionales de derechos humanos, ambos de naturaleza especializada incluyen los derechos políticos retoman el terreno acotado desde 1948 por la Declaración Universal de Derechos Humanos. Estos son: La “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial” y el artículo 7 de la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”. Ambas promulgadas con la forma de Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en los años 1965 y 1981 respectivamente y también encaminadas a proteger a las personas en contra de las diversas formas de discriminación.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, hace hincapié en los derechos políticos, *en particular* el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas (art. 5 d.). Por su parte la Convención sobre la eliminación de todas las formas de

discriminación contra la mujer, fija su atención en el establecimiento de mecanismos de protección de las mujeres en contra de la discriminación. En ese sentido demanda a los Estados Partes establecer *medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país* y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres (art. 7).

En el Continente Americano dos instrumentos internacionales de derechos humanos merecen mención especial. En primer lugar la Declaración Americana de los Derechos del Hombre enuncia el embrión de los derechos políticos: a. Establece el *derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes*, b. Reconoce el derecho a *votar y ser elegidos en elecciones*, c. Establece además las características mínimas de los procesos electorales, los que han de contar con *voto secreto, genuinas, periódicas y libres* (art. XX).

En segundo lugar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos políticos cuenta con dos grandes características: a. Retoma y establece los tres derechos políticos enunciados desde la Declaración Universal de Derechos Humanos y retomados por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, b. Abre la posibilidad de regulación de estos derechos por medio de leyes de desarrollo, *exclusivamente* por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal (art. 23).

Razones que han sido retomadas en la legislación electoral de nuestros países, y han sido los referentes que delimitan los derechos que interactúan en la relación política personas – Estado.

La CASDH introduce como novedad digna de mención, la posibilidad de *reglamentar el ejercicio* de los derechos políticos (art. 23 inc. 2.), además establece los criterios a tomar en cuenta para la regulación de estos derechos, como son: la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. El objetivo que aspira esta reglamentación es a legitimar el ejercicio de los derechos políticos, tomando en cuenta que parte fundamental de estos lo constituye el derecho a elegir y a ser electo. Ello pone de manifiesto la necesidad de establecer criterios de participación, tanto para los electores como para los elegidos. En caso contrario, hipotéticamente implicaría la posibilidad en la que estarían habilitados para dirigir los asuntos públicos, elegir y ser electos o acceder a la función pública: niños, enajenados mentales, extranjeros, delincuentes, o cualquier otra persona que ni siquiera comprende el idioma, entre otros. Situaciones que atentan contra el sentido común y los valores fundantes de la democracia moderna.

El derecho internacional de los derechos humanos construye los derechos políticos como una familia de derechos, los que en la actualidad han alcanzado una gran diversidad y se manifiestan en formas diversas. Los principales instrumentos internacionales de derechos humanos hacen hincapié en un listado de tres derechos políticos, los que en la actualidad se consideran como los principales, aunque estos pueden asumir formas diversas y manifestarse en diversos escenarios. El

derecho internacional de los derechos humanos además de construir y dar forma a esta familia de derechos, depositándolos en las personas como sus destinatarios naturales, y simultáneamente traza las líneas maestras, las condiciones y los ambientes en los que los derechos políticos se manifiestan, dando forma al sistema político.

El merito que acusa el derecho internacional de los derechos humanos consiste en que por un lado construye los derechos políticos: participación en el gobierno, acceso a la función pública y el derecho a elegir y ser electo, y por el otro, simultáneamente delinea y enumera los fundamentos del sistema político: representantes libremente electos, acceso a la función pública sin distinción, elecciones auténticas y periódicas, sufragio universal, igual, secreto y libre. Lo que permite derivar las bases del sistema democrático moderno, sea en la dimensión de la acción política individual y personal, teniendo en cuenta el conjunto de los derechos personalísimos que en el ámbito político asisten a cada persona sin distinción, como también, el conjunto de las instituciones que conforman un sistema político determinado, considerado como el ambiente necesario en el que la acción política y determinados valores se manifiestan y desarrollan.

17. 1. Derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos.

El derecho a participar en los asuntos públicos en la legislación nicaragüense

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 2

La soberanía nacional reside en el pueblo y la ejerce a través de instrumentos democráticos, decidiendo y participando libremente en la construcción y perfeccionamiento del sistema económico, político y social de la nación. El poder político lo ejerce el pueblo por medio de sus representantes libremente elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto, sin que ninguna otra persona o reunión de personas pueda arrogarse este poder o representación. También podrá ejercerlo de manera directa por medio del referéndum y del plebiscito y otros procedimientos que establezcan la presente Constitución y las leyes.

Artículo 27

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país. El Estado respeta y garantiza los

derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción.

Artículo 47

Son ciudadanos los nicaragüenses que hubieran cumplido dieciséis años de edad. Sólo los ciudadanos gozan de los derechos políticos consignados en la Constitución y las leyes, sin más limitaciones que las que se establezcan por razones de edad. Los derechos ciudadanos se suspenden por imposición de pena corporal grave o penas accesorias específicas, y por sentencia ejecutoriada de interdicción civil.

Artículo 48

Se establece la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos; en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer. Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.

Artículo 49

En Nicaragua tienen derecho de constituir organizaciones los trabajadores de la ciudad y el campo, las mujeres, los jóvenes, los productores agropecuarios, los artesanos, los profesionales, los técnicos, los intelectuales, los artistas, los religiosos, las comunidades de la Costa Atlántica y los pobladores en general, sin discriminación alguna, con el fin de lograr la realización de sus aspiraciones según sus propios intereses y participar en la construcción de una nueva sociedad.

Estas organizaciones se formarán de acuerdo a la voluntad participativa y electiva de los ciudadanos, tendrán una función social y podrán o no tener carácter partidario, según su naturaleza y fines.

Artículo 50

Los ciudadanos tienen derecho de participar en igualdad de condiciones en los asuntos públicos y en la gestión estatal. Por medio de la ley se garantizará, nacional y localmente, la participación efectiva del pueblo.

Artículo 52

Los ciudadanos tienen derecho de hacer peticiones, denunciar anomalías y hacer críticas constructivas, en forma individual o colectiva, a los poderes del Estado o cualquier autoridad; de

obtener una pronta resolución o respuesta y de que se les comunique lo resuelto en los plazos que la ley establezca.

Artículo 55

Los ciudadanos nicaragüenses tienen derecho de organizar o afiliarse a partidos políticos, con el fin de participar, ejercer y optar al poder.

Ley Electoral (Ley 331/2000)

Artículo 30

El sufragio universal, igual, directo, libre y secreto, es un derecho de los ciudadanos nicaragüenses, que lo ejercerán de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución Política y las leyes. Son ciudadanos, los nicaragüenses que hubieren cumplidos los dieciséis años de edad.

Artículo 62 (numeral 7)

Son derechos de los partidos políticos:

7. Presentar candidatos en las elecciones.

Artículo 64

Los ciudadanos interesados en constituir un partido político deberán informarlo al Consejo Supremo Electoral, presentándole un calendario de la celebración de asambleas que elegirán a sus Directivas Nacionales, Departamentales o Regionales y Municipales con el objeto que éste designe a un representante y su suplente, para verificar las elecciones.

Artículo 71

En las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica podrán formarse partidos regionales, cuyo ámbito de acción estará limitado a sus circunscripciones.

Los requisitos serán los mismos establecidos para los partidos nacionales, pero remitidos a la división político administrativa de las Regiones Autónomas. En el caso de las organizaciones indígenas para que formen los partidos regionales se respetará su propia forma natural de organización y participación.

Los partidos regionales podrán postular candidatos para Alcaldes, Vicealcaldes y Concejales Municipales y para Concejales y Diputados de las Regiones Autónomas.

Artículo 133

Plebiscito es la consulta directa que se hace al pueblo sobre decisiones que dentro de sus facultades dicte el Poder Ejecutivo y cuya trascendencia incida en los intereses fundamentales de la nación.

Artículo 134

Referendo es el acto de someter directamente ante el pueblo leyes o reformas, de carácter ordinario o constitucional, para su ratificación.

Leyes 40 y 261: Reforma e incorporaciones a la Ley No. 40 “Ley de los Municipios” (1997)

Artículo 16 (incisos 1, 2, 3, 4 y 8)

Son derechos y obligaciones de los pobladores del Municipio los siguientes:

1. Participar en la gestión de los asuntos locales, sea en forma individual o colectiva.
2. Hacer peticiones, denunciar anomalías, y formular sugerencias de actuación a las autoridades municipales, individual o colectiva, y obtener una pronta resolución o respuesta de la misma y que se les comunique lo resuelto en los plazos que la ley señale. Los pobladores respaldar o rechazar las gestiones de sus autoridades municipales ante las instancias del Gobierno Central.
3. Denunciar ante las autoridades municipales y nacionales las anomalías y los abusos en contra de una racional explotación de los recursos naturales ubicados en la circunscripción municipal.
4. Ser informado de la gestión administrativa, conocer el Proyecto de Presupuesto y Estados Financieros de la municipalidad y participar en la elaboración del Plan de Inversiones.
8. Participar en las sesiones públicas del Concejo de conformidad con la presente Ley y su Reglamento.

Artículo 36

Los Municipios promoverán y estimularán la participación ciudadana en la gestión local, mediante la relación estrecha y permanente de las autoridades y su ciudadanía y la definición y eficaz funcionamiento de mecanismos e instancias de participación, entre los cuales destacan los

Cabildos Municipales y la participación en las sesiones de los Concejos Municipales, que son de naturaleza pública.

En cada Municipio se convocarán los Cabildos Municipales, que son asambleas integradas por los pobladores de cada Municipio, quienes participarán en los mismos, sin impedimento alguno de manera libre y voluntaria para conocer, criticar constructivamente y contribuir con la gestión municipal.

Los Cabildos Municipales serán presididos siempre por el Alcalde y el Concejo Municipal y se elaborará acta de celebración de los mismos. Habrán dos clases de Cabildos: Ordinarios y Extraordinarios.

A. Cabildos Ordinarios

Los Cabildos se reunirán ordinariamente al menos dos veces al año para tratar el Proyecto de Presupuesto Municipal y su ejecución, así como para conocer el Plan de Desarrollo Municipal.

Los Cabildos Ordinarios son de carácter obligatorio y serán convocados, al menos con 60 días de anticipación a su realización, por el Alcalde, por acuerdo del Concejo Municipal o a iniciativa de los pobladores en la forma que lo establezca el Reglamento de la presente Ley.

El primero de ellos se celebrará antes de que el Concejo Municipal apruebe definitivamente el Presupuesto, y el segundo, en los meses de Enero o Febrero de cada año, para informar sobre la ejecución del ejercicio presupuestario inmediato anterior.

Dentro de los 60 días anteriores a la celebración del Cabildo Ordinario, los Miembros del Concejo Municipal deberán realizar consultas previas entre la población sobre la información presupuestaria a ser abordada en el mismo sin detrimento del derecho de los ciudadanos de consultar directamente la documentación presupuestaria en la Alcaldía.

B. Cabildos Extraordinarios

Serán convocados, al menos con 15 días de anticipación a su realización, por acuerdo del Concejo Municipal o a iniciativa de los ciudadanos en la forma que lo establezca el Reglamento de la presente Ley. Se reunirán cuantas veces sean convocados para considerar entre otros:

1. Los asuntos que los ciudadanos hayan solicitado ser tratados públicamente: y
2. Los problemas y necesidades de la comunidad, con el fin de adecuar la gestión municipal y la participación de la población en la solución de los mismos.

Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 287/1998)

Artículo 15 (incisos d. y e.)

Toda niña, niño y adolescente goza del derecho a la libertad, sin más restricciones que las establecidas por la ley. Este derecho abarca, entre otros, los siguientes aspectos:

- d. Participación en la vida familiar, vida escolar y en la comunidad sin discriminación alguna;
- e. Participación en la vida social y política de la Nación en la forma que la ley lo establezca; (...)

Artículo 18

Los adolescentes a partir de los 16 años de edad son ciudadanos nicaragüenses y gozan de los derechos políticos consignados en la Constitución Política y las leyes.

Ley de Participación Ciudadana (Ley 475/2003)

Artículo 2. Instrumentos de participación ciudadana.

Para los fines y efectos de la presente Ley los instrumentos de participación ciudadana son los siguientes:

1. La iniciativa ciudadana en general para el caso de las normas de ámbito nacional, regional autónomo y local.
2. La consulta ciudadana de normas en la fase del dictamen, en el ámbito nacional, regional autónomo, departamental y local.
3. Las instancias consultivas para la formulación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas en el ámbito nacional, regional autónomo, departamental y local.
4. Las asociaciones de pobladores y las organizaciones gremiales, sectoriales, sociales, organizaciones de mujeres y jóvenes en el ámbito local.
5. La consulta ciudadana en el ámbito local.

Artículo 3. Perfeccionamiento de los instrumentos de participación ciudadana.

Para los fines y efectos de la presente Ley, se desarrollan los instrumentos de participación ciudadana establecidos en la Constitución Política y otras leyes, siendo estos los siguientes:

1. Los Cabildos Abiertos Municipales.
2. Los Comités de Desarrollo Municipal y Departamental; y
3. Petición y denuncia ciudadana.

Artículo 8. Información para la participación ciudadana oportuna y veraz.

De conformidad a lo establecido en la Constitución Política de la República, los ciudadanos de manera individual o colectiva podrán solicitar y deberán recibir en un plazo razonable, información oportuna y veraz de las diferentes instancias del Estado y de la administración pública, previa solicitud por escrito y que pudiese resultar necesaria para el cumplimiento efectivo de sus deberes y derechos y de participar en las diferentes instancias de participación establecidas en la presente Ley.

Artículo 9. Participación ciudadana en la formación de la ley.

La ciudadanía tiene derecho a presentar iniciativas de ley, de conformidad con el artículo 140, numeral 4) de la Constitución Política de la República; salvo lo establecido en el artículo 141, párrafo 5 de la Constitución Política y las que por su naturaleza y materia quedan excluidas de consulta; toda ley debe de ser sometida a consulta a fin de garantizar una efectiva participación de la ciudadanía.

Artículo 17. Participación de los partidos políticos.

Forman parte de las diferentes instancias de participación ciudadana, los partidos políticos o alianzas de partidos políticos que tengan representación en la Asamblea Nacional.

Los mecanismos y procedimientos para la designación de sus representantes, lo determinará cada partido político o alianza de partidos políticos, de acuerdo a sus estatutos o acuerdo de las autoridades de cada uno.

Artículo 19. Derecho de participación.

Para los fines y efectos de la presente Ley, se establece y reconoce el derecho de los ciudadanos para que presenten iniciativas de resolución y ordenanzas ante los Consejos Regionales de la Costa Atlántica.

Artículo 78. Solicitud de audiencia pública.

Los pobladores podrán solicitar audiencia pública al alcalde o al vicealcalde para solicitar las explicaciones del caso cuando se presenten incumplimiento de los acuerdos y resoluciones del cabildo.

Artículo 82. Petición.

Se reconoce el derecho de petición de los ciudadanos como parte del proceso de participación ciudadana, con la facultad que la ley les otorga a éstos, de forma individual o colectiva, de presentar de forma escrita, solicitudes para realizar determinadas diligencias en virtud del cargo, siempre y cuando la petición esté vinculada directamente con sus funciones.

Artículo 83. Denuncia.

Se reconoce el derecho de denuncia de los ciudadanos como una facultad que tienen los ciudadanos de poner en conocimiento ante los superiores jerárquicos de los diferentes funcionarios públicos, de forma escrita, las irregularidades realizadas por los funcionarios, en virtud del ejercicio del cargo que ocupan y que se encuentran reñidos con lo dispuesto en la respectiva ley normativa de funcionamiento de la institución de la administración pública.

Artículo 89. Promoción y defensa de la participación ciudadana.

La promoción y defensa de la participación ciudadana corresponde a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

Artículo 98.

Los ciudadanos nicaragüenses a título individual o en grupo, tienen el derecho de emitir sus opiniones ante los órganos de consulta establecidos en la presente Ley y ante las comisiones legislativas, por cualquier medio escrito, en el proceso de formación de la ley, sin perjuicio del derecho a ser consultados. Estas opiniones formarán parte integrante de la memoria de trabajo de los órganos consultivos y legislativos correspondientes.

Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades (Ley 648/2008)

Artículo 8

Los Poderes del Estado, sus órganos de administración a nivel nacional, los Gobiernos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, las municipalidades y las instituciones de creación

constitucional garantizarán la igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de sus derechos políticos, incluidos entre otros, el derecho al voto, la elegibilidad, el acceso a las instancias, niveles de poder y toma de decisiones, así como la libertad para organizarse, de participar y demás garantías civiles y políticas.

Artículo 11

Los partidos políticos y demás expresiones de organizaciones de la sociedad civil, procurarán la participación equitativa de mujeres y hombres en las posiciones y en los procesos de toma de decisiones.

En las listas para elegir cargos que se realizan a través del Poder Legislativo, el Presidente de la República, las Diputadas y los Diputados, en consulta con las asociaciones civiles pertinentes, garantizarán la participación equitativa de mujeres y hombres, de conformidad a lo establecido en el artículo 51 de la Constitución Política de la República de Nicaragua.

Artículo 35

La Procuraduría Especial de la Mujer de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 18 y 23 de la Ley No. 212, "Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos", publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 7 del 10 de Enero de 1996, investigará, fiscalizará, denunciará, informará y ejercerá las acciones legales ante las instituciones competentes nacionales e internacionales para la defensa, protección y restablecimiento de los derechos humanos violados de las mujeres y promoverá el cumplimiento de la presente Ley.

Cuando la gravedad de los hechos lo aconseje, la Procuraduría Especial de la Mujer, puede presentar en cualquier momento y a iniciativa propia un informe extraordinario sobre incumplimiento o violaciones a la presente Ley, que será remitido a la Asamblea Nacional, a través del Procurador o Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos.

Breve reseña del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos

El derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos en las leyes constitucionales

El derecho internacional de los derechos humanos establece que el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, se manifiesta en dos formas, sea en forma directa, es decir mediante la participación directa de las personas habilitadas para su ejercicio. En segundo lugar también puede ser ejercido por medio de *representantes libremente elegidos* lo que nos remite al sistema electoral y a sus actores privilegiados como son los partidos políticos, que en la actualidad capitalizan la selección y elección de candidatos a puestos de elección popular (art. 2 Cn.).

El derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos de entrada requiere establecer los requisitos mínimos que habilitan la participación, sea en forma directa o por medio de representantes. Entre estos requisitos están: igualdad incondicional para todos los nicaragüenses (arts. 27 y 48 Cn.) ser ciudadano nicaragüense mayor de dieciséis años, no haber sido sancionado con *pena corporal grave o penas accesorias específicas, y por sentencia ejecutoriada de interdicción civil* (art. 47 Cn.). Lo que plantea que el sistema político nicaragüense establece los derechos políticos a partir del concepto de ciudadanía, es decir la ciudadanía política nicaragüense se fundamenta en los criterios de edad y nacionalidad, esta última se encuentra íntimamente relacionada a la condición de ciudadanía (arts. 16, 27 y 47 Cn.).

El derecho a participar en los dirección de los asuntos públicos, como derecho político por excelencia también plantea la necesaria garantía y ejercicio de igualdad, característica de la ciudadanía política, por lo que se insiste en el principio de igualdad y la prohibición de la discriminación que estos derechos implican, por lo que se prohíbe cualquier forma de discriminación *por motivos* de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social (art. 27 Cn.). Se hace hincapié además en la en la obligación estatal encaminada a *eliminar los obstáculos* que impidan la igualdad entre las personas (art. 48 Cn.) que limite la participación en *igualdad de condiciones* (art. 50 Cn.)

El derecho a participar en los asuntos públicos, se encuentra estipulado en forma particular en el artículo 50 de la Constitución Política por medio de la formula “Los ciudadanos tienen derecho de participar en igualdad de condiciones en los asuntos públicos y en la gestión estatal”. Además la Constitución establece además una reserva de ley, encaminada a desarrollar este derecho, así mismo establece los ámbitos en los que este derecho será desarrollado, es decir la ley *garantizará*, nacional y localmente, la participación efectiva del pueblo. Con posterioridad se en el año 2003 se promulgaría la Ley de Participación Ciudadana que vendría a desarrollar la reserva de ley que anuncio el artículo 50 Cn.

Además de la reserva de ley que desarrolla el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, la Constitución Política también establece en el artículo 52 el derecho a hacer peticiones, denunciar anomalías y hacer críticas constructivas, en forma individual o colectiva a los poderes públicos, como también el derecho a *obtener una pronta resolución o respuesta* y de que se les comunique lo resuelto en los plazos que la ley establezca.

Una de las formas del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos es la que se ejerce por medio de representantes libremente elegidos. Lo que deriva dos efectos, por un lado, la selección de candidatos de los partidos de la preferencia de los ciudadanos, lo que permite ejercer el derecho a seleccionar y discriminar agendas y programas políticos futuros. En segundo lugar, los representantes libremente electos son los que ejercen las funciones de control y *rendición de*

cuentas de los gobernantes, como condición de un sistema de gobierno democrático¹⁸¹. El derecho a participar en procesos electorales que facilitan el acceso a la participación en la dirección de los asuntos públicos, se regula por medio de la Ley Electoral (Ley 331/2000) que en el país tiene rango constitucional, y faculta la participación de los ciudadanos en la elecciones de autoridades electas por sufragio universal, tanto a nivel nacional como territorial.

Entre los derechos que faculta la Ley Electoral se encuentran: a. La participación en elecciones para: Presidente y Vice -Presidente de la República, Diputados ante la Asamblea Nacional, Diputados ante el Parlamento Centroamericano, Miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, Alcaldes y Vicealcaldes Municipales y Miembros de los Concejos Municipales (art. 1 LE), b. La organización y participación de partidos políticos (art. 64 LE), c. El ejercicio del derecho de participación en procesos de consulta directa y referendos (arts. 133 y 134 LE). Mecanismos de participación política en la dirección de los asuntos públicos que se concreta por medio de *representantes libremente elegidos*, que los procesos electorales presumen por simple definición.

El derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos en la legislación de desarrollo

La segunda forma por la que se ejerce el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos está referida a la participación directa en la dirección de los asuntos públicos, es decir requiere de la acción e intervención política directa y sin intermediarios, es decir personal. La participación directa en los asuntos públicos se encuentra regulada por dos leyes: La Ley de Participación Ciudadana (Ley 475/2003) y la Ley de Municipios y sus reformas.

La Ley de Participación Ciudadana (Ley 475/2003)

Este cuerpo normativo establece las diversas formas por las que los ciudadanos acceden en forma directa a las instituciones políticas, es decir por medio de esta ley se regulan las intervenciones de los ciudadanos con el poder sea este considerado en su dimensión nacional, o en su dimensión territorial. Entre los principales mecanismos de participación se encuentran:

- Establece los ambientes y las circunstancias en las que se manifiesta el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos a los que desacertadamente llama *instrumentos de participación ciudadana*, como requisito indispensable de los derechos de ciudadanía política (art. 2 LPC). Entre estos ambientes se encuentran:
 - La iniciativa ciudadana en general para el caso de las normas de ámbito nacional, regional autónomo y local.

¹⁸¹ Schmitter, Philippe C. and Karl, Terry Lynn. What democracy is ... and is not. Essential Readings in Comparative Politics. Second Edition. Edited by Patrick H. O'Neil and Ronald Rogoswski. W.W. Norton & Company, Inc. USA, 2004. ps. 247 – 249.

- La consulta ciudadana de normas en la fase del dictamen, en el ámbito nacional, regional autónomo, departamental y local.
 - Las instancias consultivas para la formulación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas en el ámbito nacional, regional autónomo, departamental y local.
 - Las asociaciones de pobladores y las organizaciones gremiales, sectoriales, sociales, organizaciones de mujeres y jóvenes en el ámbito local.
 - La consulta ciudadana en el ámbito local.
- Establece los instrumentos por los que se manifiesta y se ejerce el derecho a participar en los asuntos públicos en forma directa, los que en forma confusa llama como el *perfeccionamiento de los instrumentos de participación ciudadana* (art. 3 LPC). Estos instrumentos de participación son: Los Cabildos Abiertos Municipales, los Comités de Desarrollo Municipal y Departamental, los derechos de petición y denuncia ciudadana.
 - Establece los derechos de participación directa de los ciudadanos en la función pública. Entre los que destacan:
 - i. El derecho a solicitar y recibir en un plazo razonable, información oportuna y veraz de las diferentes instancias del Estado y de la administración pública, que fuere necesaria para el ejercicio de los derechos de participación *oportuna y veraz* (art. 8 LPC).
 - ii. Acoge el derecho de los ciudadanos a presentar iniciativas de ley (art. 9 LPC).
 - iii. Además de los derechos de participación ciudadana en forma directa que esta ley establece, también reconoce la participación a *los partidos políticos o alianzas de partidos políticos* que tengan representación en la Asamblea Nacional como interlocutores de la participación ciudadana en forma estructurada (art. 17 LPC).
 - Regula el derecho de solicitud de audiencia pública, petición y denuncia, los que puede ser ejercidos en forma directa, los que eventualmente implican procesos de rendición de cuentas de la administración, así como procesos de control ciudadano en la dirección de los asuntos públicos (arts. 78, 83 y 83 LPC).

Leyes 40 y 261: Reforma e incorporaciones a la Ley No. 40 “Ley de los Municipios” (1997)

La Ley de los Municipios también desarrolla el derecho de participación en la dirección de los asuntos públicos. Por su naturaleza esta regulación es aplicable al ámbito municipal, que es donde se organiza y desarrolla la gestión territorial del poder público.

Entre las principales regulaciones al derecho de participación se mencionan:

- Establece un catalogo mínimo de derechos y obligaciones de los pobladores municipales. (art. 16) Entre los que destacan el derecho a participar en la gestión municipal, el derecho a hacer *peticiones, denunciar anomalías, y formular sugerencias* de actuación a las autoridades municipales, vigilancia en cuanto al uso de los recursos naturales, derecho a ser informado de la gestión administrativa municipal y participar en las sesiones públicas del Concejo Municipal.
- Desarrolla los Cabildos municipales, como mecanismos de participación de los ciudadanos (art. 36). Definiendo a los Cabildos Ordinarios o Extraordinarios como *asambleas integradas por los pobladores de cada Municipio*, quienes participarán en los mismos, sin impedimento alguno de manera libre y voluntaria para conocer, criticar constructivamente y contribuir con la gestión municipal.

Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 287/1998)

En cuanto al derecho de participación en la dirección de los asuntos públicos el Código de la Niñez y la Adolescencia aporta dos argumentos. Por un lado establece el derecho de los niños y adolescentes a participar de vida familiar, vida escolar y en la comunidad sin discriminación alguna, así como de la *vida social y política de la Nación*. En segundo lugar desarrolla el texto constitucional en materia de derechos políticos al establecer que los adolescentes *a partir de los 16 años de edad son ciudadanos nicaragüenses* y por tanto, gozan de los derechos políticos consignados en la Constitución Política y las leyes (arts. 15 y 18).

Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades (Ley 648/2008)

Establecida como un mecanismo para promover y brindar *la igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de sus derechos* políticos, incluidos entre otros, el derecho al voto, la elegibilidad, el acceso a las instancias, niveles de poder y toma de decisiones, así como la libertad para organizarse, de participar y demás garantías civiles y políticas (art. 8). Por el otro lado promueve la participación equitativa de hombres y mujeres en el ámbito de la participación política, recurriendo a los partidos políticos como las instituciones que corresponde proponer candidatos a puestos de elección popular, aspirando a garantizar la participación equitativa de hombres y mujeres en las listas de puestos a ser electos por Poder Legislativo, el Presidente de la República, las Diputadas y los Diputados (art. 11).

Mecanismos internos de protección del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos

Los mecanismos internos de protección del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos son de diversa factura, por acusar diverso sistema de fuentes. Estos se pueden ubicar

tanto en los mecanismos de control constitucional como en la legislación de desarrollo que ofrece una variada gama.

Mecanismos internos de protección establecidos por la legislación constitucional: la Constitución Política y la Ley Electoral

Mecanismos internos de protección establecidos por la Constitución Política

El contenido y las implicaciones que derivan del ejercicio de los derechos políticos, pone de manifiesto las diversas dimensiones y manifestaciones por las que estos se manifiestan, lo que propone ámbitos ilimitados de la acción política con escenarios múltiples. Lo que plantea que la protección de estos derechos irradia los principales aspectos de la vida en colectivo, por lo que se requiere de mecanismos institucionales que faciliten el ejercicio de estos derechos como también es perentoria su protección frente a eventuales omisiones y violaciones. En ese contexto la Constitución Política ofrece los diversos mecanismos de protección que pueden ser invocados para tutelar y proteger los derechos políticos.

A los efectos de la protección del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, existen dos recursos, concebidos como mecanismos de control constitucional. Los que pueden ser aplicables en diversas situaciones lesivas de este derecho como en diversos escenarios de la vida en los que eventualmente este derecho puede ser violentado.

En primer lugar destaca el Recurso por Inconstitucionalidad, el que funciona como mecanismo de participación en la dirección de los asuntos públicos en aquellos casos y circunstancias en los que por medio de una ley, decreto o reglamento *se oponga a lo prescrito* por la Constitución Política (art. 187 Cn.). En particular normas jurídicas, que pueden tomar forma de leyes, decretos o reglamentos que atentan contra los derechos de los ciudadanos a participar en la dirección de la función pública. El Recurso por Inconstitucionalidad es desarrollado a partir del artículo 6 y ss. de la Ley Electoral, la que establece el procedimiento de interposición, tramitación y resolución del recurso en mención.

En segundo lugar, el artículo 188 de la Constitución Política establece el Recurso de Amparo, el que funciona en contra de *toda acción u omisión* emitida por cualquier persona que ejerce funciones públicas que viole o trate de violar los derechos y libertades que en materia del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos establece la Constitución Política. El Recurso de Amparo es desarrollado por la Ley de Amparo a partir del artículo 23 y siguientes.

Mecanismos internos de protección del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos establecidos por la Ley Electoral

Es necesario advertir la ausencia de mecanismos de impugnación, es decir la ausencia total de mecanismos por los que eventualmente se pueden quebrar, impugnar y reformar las decisiones tomadas por las autoridades electorales en materia de *procesos electorales para las elecciones* de Presidente y Vice-Presidente de la República, Diputados ante la Asamblea Nacional, Diputados ante el Parlamento Centroamericano, Miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, Alcaldes y Vicealcaldes Municipales y Miembros de los Concejos Municipales. Al tenor del artículo 1 de la Ley Electoral se establece que *las resoluciones que se dicten sobre los asuntos relacionados en cualquiera de los seis numerales anteriores, no serán objeto de recurso alguno, ordinario ni extraordinario*. Lo que cierra la posibilidad a cualquier impugnación, y no establece ningún otro mecanismo de protección del derecho de los ciudadanos afectados por cualquier resolución en esta materia. Se debe tener presente que una de las formas de ejercer el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos consiste en el ejercicio del derecho a elegir *libremente* representantes, lo que conlleva aparejado el derecho a elegir una agenda y programa político determinado, lo que brinda la oportunidad de participar en la dirección de asuntos públicos en forma general.

El cierre de todas las posibilidades de impugnación a las decisiones de las autoridades electorales, plantea la imposibilidad y la ausencia de mecanismos institucionales del control de de la decisiones hechas por funcionarios públicos. Ello conlleva dos implicaciones. En primer lugar, la ausencia de mecanismos de impugnación de las resoluciones electorales, sugiere que estos actos son considerados como actos políticos por excelencia. Ello propone que el control político se ha de ejercer por otro poder del Estado, en este caso corresponde a la Asamblea Nacional como organismo político por excelencia la revisión y eventualmente la revocación de estos actos. Lo que propone más preguntas que respuestas, tomando en cuenta la vulnerabilidad y fragilidad institucional que acusa el régimen político nicaragüense, en especial el subsistema de partidos políticos.

En segundo lugar, la aserción que establece que de las resoluciones dictadas sobre cualquier proceso electoral, regido por el principio de sufragio universal no admiten ningún recurso. Ni ordinario, ni extraordinario. Pone al descubierto una colisión de la norma constitucional, puesto que el artículo 159 Cn. acoge el principio de unidad de la jurisdicción, y el artículo 160 Cn. acoge el principio de legalidad y tutela de los derechos humanos en la administración de justicia. Sin embargo se deja por fuera del ámbito del control judicial cualquier resolución de las autoridades electorales en materia de procesos electorales sometidos a sufragio universal. Ello plantea que las autoridades electorales en esta materia se constituyen en la última instancia de los procesos electorales, y sus resoluciones no están sujetas al control judicial, que es uno de los pilares sobre los que se construye el principio de legalidad en materia de administración de justicia moderna. Ello sugiere la existencia de actos que si son sometidos a la revisión y control jurisdiccional de

Magistrados y Jueces, y simultáneamente la existencia de actos emitidos por autoridades electorales fuera del control judicial.

Las dos implicaciones arriba desarrolladas sugieren una escasa tutela judicial del principio de legalidad en materia electoral y ninguna tutela de los derechos políticos relativos a procesos electorales que involucren sufragio universal. Los que por su naturaleza y codificación se consideran derechos humanos por excelencia, lo que deja al descubierto la imposibilidad de la tutela efectiva por el Poder Judicial a pesar de la ampulosa declaración que hace gala el artículo 160 Cn. *La administración de justicia garantiza el principio de legalidad; protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos y procesos de su competencia.* Cabe preguntarse: ¿En donde se ubica el límite de la protección y la tutela debida de los derechos humanos que corresponde brindar al Poder Judicial? Tomando en cuenta que existen algunos derechos humanos, en este caso los derechos políticos que no pueden ser controlados ni revisados por este poder del Estado. Lo que propone serias dudas acerca de la aludida protección y tutela debida de los derechos humanos que corresponde brindar al Poder Judicial de conformidad a la letra del texto constitucional.

A pesar de la ausencia de mecanismos de control de las decisiones de las autoridades electorales en materia de procesos electorales que implican el sufragio universal, la Ley Electoral establece otros mecanismos internos de protección de limitado alcance y de menor envergadura. Los que eventualmente pueden ser empleados como mecanismos de protección del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, en particular aplicables a procesos electorales. Entre estos están:

- El control ciudadano del padrón electoral, que admite impugnaciones de los ciudadanos y de los partidos políticos (arts. 34, 38 y 39 LE).
- Las *resoluciones definitivas en materia de partidos políticos*, pueden ser impugnadas por medio del Recurso de Amparo, el que ha de ser interpuesto y resuelto por los Tribunales de Justicia (art. 76 L.E.).
- El *registro provisional* de candidatos propuestos por los partidos políticos o alianzas de partidos políticos admite impugnación, sin embargo la Ley Electoral no especifica el tipo de recurso a interponer. Hace una vaga mención, en relación a la inscripción definitiva la que se perfecciona entre otras por la no interposición de recurso o *habiéndose interpuesto fuere resuelto*. Lo que sugiere que estas circunstancias lo que cabe es la interposición de Recurso de Hecho (arts. 79 y 85 L.E.).
- El Recurso de Hecho está disponible para los partidos políticos y alianzas de partidos que consideren *violados sus derechos*. El que puede ser utilizado en contra de las decisiones de los Consejos Electorales tomadas o implementadas durante las campañas electorales (art. 98 LE).
- Durante las votaciones, a los Fiscales de los partidos políticos o alianza de partidos políticos, les asiste el derecho a recurrir cualquier acto que conforme a la Ley Electoral,

estos consideren gravosos o perjudiciales para el partido que fiscalizan. Estos serán interpuestos en formatos suministrados por el CSE, serán *llenados en forma manuscrita o escritos a máquina, indicando la razón y su fundamento, debiendo ser firmados* por el fiscal recurrente (art. 121 L.E.).

- La impugnación de elecciones celebradas en ciertas JRV, las que pueden ser recurridas como nulas. El procedimiento se inicia por la interposición de la solicitud de nulidad ante el Consejo Electoral Departamental o Regional, el que deberá resolver dentro de las *cuarentiocho horas siguientes* a la interposición de la solicitud (arts. 162 y 164 L.E.).
- Recurso de Hecho en contra de *las actas sumatorias municipales y departamentales*, y el Recurso de Apelación posterior que puede ser utilizado en contra de lo resuelto en el Recurso de Hecho (art.132 LE).
- Recurso de Revisión de los cómputos y resultados electorales (arts. 160, 167 y ss. LE). El que ha de presentarse por los partidos políticos o alianzas de partidos ante el Consejo Supremo Electoral, dentro de los tres días posteriores a la publicación de los resultados provisionales.

Mecanismos internos de protección del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos establecidos en la legislación de desarrollo

Leyes 40 y 261: Reforma e incorporaciones a la Ley No. 40 “Ley de los Municipios” (1997)

Existen dos mecanismos de impugnación disponibles para los vecinos que *se consideren agraviados* por actos y disposiciones del Alcalde. En primer lugar existe el Recurso de Revisión que ha de interponerse ante el Alcalde, y que e será resuelto por este mismo, en segundo lugar, también se pueden impugnar los actos y las decisiones del Alcalde por medio del Recurso de Apelación que ha de ser interpuesto ante el Concejo Municipal (art. 40).

Los efectos que derivan la utilización de los recursos antes citados son:

- Las resoluciones del Concejo Municipal en materia de recursos deriva el efecto de agotamiento de la vía administrativa, la que abre la posibilidad de utilizar *los recursos judiciales correspondientes*. Es decir abre la posibilidad de la revisión de los actos recurridos en la instancia judicial.
- En el caso de los *recursos no resueltos* en los términos establecidos, derivan el efecto de silencio administrativo en sentido positivo. Es decir la legislación considera que los recursos interpuestos y no resueltos en los plazos establecidos, fueron resueltos a favor de los recurrentes.

Ley de Participación Ciudadana (Ley 475/2003)

Esta ley ofrece diversos mecanismos internos de protección del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, los que asumen diversas formas: Recursos y mecanismos de impugnación.

En primer lugar la Ley de Participación Ciudadana establece dos tipos de recursos, como mecanismos diseñados para impugnar actos y decisiones gravosas en materia de participación en los asuntos públicos. El artículo 60 LPC establece el procedimiento de interposición del Recurso de Revisión para impugnar la negativa del Secretario del Concejo a registrar cualquiera de las asociaciones mencionadas en la ley, que rige por lo establecido en materia de recursos establecidos en el artículo 40 de la Ley de Municipios. La que plantea la posibilidad de utilizar el Recurso de Revisión ante el Alcalde Municipal como también utilizar el Recurso de Apelación, que será interpuesto y resuelto por el Concejo Municipal.

Un segundo mecanismo de protección del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos consiste en la utilización de los recursos establecidos en la Ley 290, Ley de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo. Los que permiten impugnar cualquier decisión u acto *que ponga fin al proceso de petición o denuncia*. Lo que permite revisar la decisión tomada ante *las instancias superiores* de la institución o funcionario que emitió la resolución gravosa objeto del recurso ulterior (art. 88 LPC).

Como mecanismo institucional de protección aunque de alcance limitado, lo constituye el mecanismo que establece la Ley de Participación Ciudadana al señalar que la promoción y defensa de la participación ciudadana *corresponde* a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Lo que abre la posibilidad de verificación y seguimiento de los actos y decisiones gravosas y lesivas a la participación ciudadana. Sin embargo este aspecto no se debe considerar como un mecanismo de protección del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos en sí mismo, puesto que la PPDH no cuenta con poderes ni facultades que permitan impugnar y eventualmente quebrar y revocar un acto o disposición dañosa que atenta contra la participación ciudadana. Lo que propone consecuencias de muy limitado alcance.

La Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades (Ley 648/2008)

Como mecanismo interno de protección se menciona la intervención de la Procuraduría Especial de la Mujer de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, en los casos de violaciones de los derechos de las mujeres. Mecanismo que implica la investigación, fiscalización, denuncia, información y ejercicio de las acciones legales ante las instituciones competentes nacionales e internacionales para la defensa, encaminadas a proteger y restablecer los derechos humanos omitidos o violados, según sea el caso.

Patrones y modalidades de violaciones del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos

- Violencia encaminada a intimidar, amedrentar, reducir o condicionar la participación de los ciudadanos en procesos de toma de decisiones públicas, políticas públicas y rendiciones de cuentas.

- Cualquier acción u omisión realizada por cualquier persona que ejerce funciones públicas, encaminada a intimidar, condicionar, reprimir, corromper la participación de los ciudadanos en el ámbito municipal.
- Cualquier acción u omisión hecha por cualquier persona que ejerce funciones públicas, dirigida a alterar los resultados de procesos electorales que se fundamentan en el principio de sufragio universal, y cuyo fin último sea alterar, rechazar, corromper o violar la decisión de las personas que han participado en proceso electoral.
- Acciones u omisiones encaminadas a alterar los procesos de rendición de cuentas, en especial los Cabildos Municipales. Entre estas se pueden mencionar: compra de voluntades, amenazas, coacción, violencia.
- La negación injustificada para registrar a las asociaciones de ciudadanos, encaminada a impedir sus intervenciones o participaciones en procesos de toma de decisiones, control de la función pública, diseño de políticas públicas, y propuestas de leyes.
- Rechazo, posposición indeterminada, o no celebración de los Cabildos ordinarios, y la negación o rechazo a celebrar Cabildos extraordinarios, solicitados conforme a lo que establece la ley.
- La ausencia de respuesta a peticiones o denuncias.
- Omisiones a lo establecido en materia del silencio administrativo positivo en los casos de los *recursos interpuestos y no resueltos en los términos establecidos*. En particular recursos resueltos con términos vencidos encaminados a abortar los efectos del silencio administrativo en sentido positivo.
- Omisiones y retrasos en los plazos establecidos para resolver cualquiera de los recursos establecidos en la legislación.

Sugerencias para la verificación de eventuales violaciones del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos

- Entreviste directamente a la o a las personas que alegan que sus derechos de participación en los asuntos públicos han sido omitidos o violados, con el fin de conocer de primera mano la información disponible sobre el acto o procedimiento reputado de arbitrario o violatorio de los derechos de los denunciantes.
- Establezca en forma fehaciente e indubitable el conteo de los plazos y los términos que establece la legislación en cada procedimiento y en cada caso particular. Identifique las

acciones entabladas con anterioridad encaminadas a restituir o corregir el daño supuestamente causado.

- Identifique el acto y los procedimientos gravosos particulares, establezca sus requisitos formales y los procedimientos, de forma que le permita identificar en forma particular y concreta la omisión o violación alegada.
- Entreviste a las personas que ejercen funciones públicas, a las que se señala de haber emitido u omitido el acto repudiado de gravoso o dañoso. Tenga presente la identificación particular de estos así como las funciones que la legislación les ha asignado.
- En casos en los que se presume la existencia de delitos, en los que se pretende restringir la participación ciudadana como mecanismo para encubrirlos, recomiende a las personas afectadas recurrir a la Procuraduría de los Derechos Humanos con el fin de iniciar el proceso oficial de intervención de esta institución pública. Con posterioridad analice con las personas afectadas la conveniencia de iniciar el proceso penal, por medio de interponer la denuncia o acusación respectiva.
- Asegúrese que las personas que alegan que sus derechos de participación en la dirección de los asuntos públicos han sido omitidos o violados, han de observar el agotamiento riguroso de los diversos mecanismos internos de protección de estos derechos. Es decir recomiende el agotamiento escrupuloso de las diversas instancias, recursos y procedimientos que establece la legislación para agotar las instancias nacionales.
- En casos de eventuales omisiones o violaciones de estos derechos vinculados a resoluciones del Consejo Supremo Electoral, originadas en procesos de elección que involucran el sufragio universal, tenga presente que por su naturaleza inapelable a estas resoluciones son consideradas como actos políticos. Por tanto su eventual revisión ha de someterse al arbitrio de los poderes y mecanismos políticos que establece la Constitución Política. Tenga presente que estos actos no son revisados ni controlados por el Poder Judicial. En estos casos las recomendaciones serán de naturaleza política, lo que conlleva algunos riesgos de parcialidad y pérdida de la objetividad del proceso de verificación.
- Tenga presente las implicaciones que sus intervenciones y sugerencias pueden derivar al proceso de verificación que usted está documentando, en particular se debe tener especial cuidado en las implicaciones políticas que pueden derivar sus sugerencias en casos de violencia política, amenazas, actos políticos, cabildos con representación de partidos políticos polarizadas, etc. Tenga presente que lo que se espera de usted es la objetividad, en vez de parcialidad política, que en un futuro cercano podría desdecir de su objetividad y rigor procesional.

- En casos de eventuales riesgos o amenazas de la vida, integridad y seguridad de las personas que denuncian los actos o procedimientos objetos de la verificación, sugiera a lo inmediato interponer los diversos recursos que establece la legislación en cada caso. Tenga presente que no se admite poner en riesgo o agravar la vida, la integridad y la vida de ninguna persona, en especial si estas son víctimas de violaciones de derechos humanos. Analice las posibilidades de prestar protección física a las personas en riesgo, sea brindada por su organización o por alguna otra institución pública. En un segundo momento analice en conjunto con estas personas, la conveniencia de denuncias públicas.
- En casos de violencia política o delitos electorales sugiera recurrir a los procedimientos que establece la legislación, sea recurriendo a mecanismos internos de protección de los derechos de las personas, sea iniciando el proceso penal por medio de interponer la denuncia o acusación respectiva. Es recomendable que los hechos de violencia, sean intentos o hechos consumados, se registren ante la institución responsable de su manejo. La creación de registros de estos hechos, le brindara información valiosa acerca de la voluntad y posibilidades de reacción de la institución responsable, como también acerca de las posibilidades reales de restitución de los derechos omitidos o violentados.

17.2. El derecho a votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto

El derecho a votar y ser elegido en la legislación nicaragüense

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 2

La soberanía nacional reside en el pueblo y la ejerce a través de instrumentos democráticos, decidiendo y participando libremente en la construcción y perfeccionamiento del sistema económico, político y social de la nación. El poder político lo ejerce el pueblo por medio de sus representantes libremente elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto, sin que ninguna otra persona o reunión de personas pueda arrogarse este poder o representación. También podrá ejercerlo de manera directa por medio del referéndum y del plebiscito y otros procedimientos que establezcan la presente Constitución y las leyes.

Artículo 27

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social. Los extranjeros tienen los mismos deberes

y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país. El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción.

Artículo 47

Son ciudadanos los nicaragüenses que hubieran cumplido dieciséis años de edad. Sólo los ciudadanos gozan de los derechos políticos consignados en la Constitución y las leyes, sin más limitaciones que las que se establezcan por razones de edad. Los derechos ciudadanos se suspenden por imposición de pena corporal grave o penas accesorias específicas, y por sentencia ejecutoriada de interdicción civil.

Artículo 48

Se establece la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos; en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer. Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.

Artículo 51

Los ciudadanos tienen derecho a elegir y ser elegidos en elecciones periódicas y optar a cargos públicos, salvo las limitaciones contempladas en esta Constitución Política. Es deber del ciudadano desempeñar los cargos de jurado y otros de carácter concejil, salvo excusa calificada por la ley.

Artículo 55

Los ciudadanos nicaragüenses tienen derecho de organizar o afiliarse a partidos políticos, con el fin de participar, ejercer y optar al poder.

Artículo 132

El Poder Legislativo lo ejerce la Asamblea Nacional por delegación y mandato del pueblo. La Asamblea Nacional está integrada por noventa diputados con sus respectivos suplentes elegidos por voto universal, igual, directo, libre y secreto, mediante el sistema de representación proporcional. En carácter nacional, de acuerdo con lo que se establezca en la Ley Electoral, se elegirán veinte diputados, y en las circunscripciones departamentales y regiones autónomas setenta diputados. Se establece la obligatoriedad de destinar un porcentaje suficiente del Presupuesto General de la República a la Asamblea Nacional.

Artículo 146

La elección del Presidente y Vicepresidente de la República se realiza mediante el sufragio universal, igual, directo, libre y secreto. Serán elegidos quienes obtengan la mayoría relativa de votos.

Artículo 178 (primer párrafo)

El Alcalde, el Vicealcalde y los concejales serán elegidos por el pueblo mediante el sufragio universal, igual, directo, libre y secreto, de conformidad con la ley. Serán electos Alcalde y Vicealcalde, los candidatos que obtengan la mayoría relativa de los votos. Los concejales serán electos por representación proporcional, de acuerdo con el cociente electoral. El Alcalde y el Vicealcalde sólo podrán ser reelectos por un período. La reelección del Alcalde y Vicealcalde no podrá ser para el período inmediato siguiente.

Ley Electoral (Ley 331/2000)

Artículo 1

La presente Ley es de carácter constitucional y regula:

a) .Los procesos electorales para las elecciones de:

1) .Presidente y Vice -Presidente de la República. 2) .Diputados ante la Asamblea Nacional. 3) .Diputados ante el Parlamento Centroamericano. 4) Miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica. 5) Alcaldes y Vicealcaldes Municipales. 6) Miembros de los Concejos Municipales.

Las resoluciones que se dicten sobre los asuntos relacionados en cualquiera de los seis numerales anteriores, no serán objeto de recurso alguno, ordinario ni extraordinario.

b) Las consultas populares que en forma de plebiscito o referendo se convoquen en su oportunidad.

c) El ejercicio del derecho ciudadano de organizar partidos políticos o afiliarse a ellos con la finalidad de participar, optar y ejercer el poder.

d) La obtención y cancelación de la personalidad jurídica de los partidos políticos y la resolución de sus conflictos.

e) El derecho ciudadano de constituir partidos políticos regionales, exclusivamente para participar en los procesos regionales electorales de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica.

f) Cuestiones relativas al funcionamiento administrativo de los organismos del Poder Electoral, de conformidad al procedimiento establecido en la presente Ley.

Artículo 3

Las elecciones establecidas en la presente Ley, tendrán lugar el primer domingo del mes de noviembre del año anterior a la fecha en que de acuerdo con la Ley comience el período de los que fueron electos.

Si ninguno de los candidatos de los partidos políticos o alianzas de partidos que participen en la primera elección para Presidente y Vice-Presidente de la República obtuviere al menos el cuarenta por ciento de los votos válidos, se realizará una segunda elección únicamente entre los que hubieren obtenido el primero y segundo lugar, salvo el caso de aquellos que habiendo obtenido un mínimo del treinta y cinco por ciento de los votos válidos, superen a los candidatos que obtuvieron el segundo lugar por una diferencia mínima de cinco puntos porcentuales. El Consejo Supremo Electoral convocará a la segunda elección, la que se efectuará dentro de los cuarenticinco días posteriores a la fecha de la primera elección. En el caso de renuncia, falta definitiva o de incapacidad permanente de cualquiera de los candidatos a Presidente o Vicepresidente de la República durante el proceso electoral el partido político o alianza de partidos al que pertenecieren designará a quien o quienes deban sustituirlos. Cuando la renuncia de cualquiera de los Candidatos a Presidente de la República se produjere en el período electoral comprendido entre la primera y segunda elección se declarará electo como Presidente de la República al otro Candidato.

Artículo 23

En cada Municipio se establecerá un número suficiente de Juntas Receptoras de Votos ante quien ejercerán su derecho al voto un máximo de cuatrocientos electores. El Consejo Supremo Electoral garantizará al menos dos recintos de votación en cada Junta Receptora de Votos, si las condiciones del lugar lo permiten. La demarcación en que ejercerán sus funciones será determinada por el Consejo Supremo Electoral mediante resolución administrativa, la cual será notificada a las organizaciones políticas participantes al menos noventa días antes de las votaciones. Las organizaciones políticas podrán expresar sus objeciones, dentro de los primeros treinta días a partir de la notificación. Una vez quede firme la determinación de las demarcaciones, la correspondiente resolución administrativa será publicada con anticipación debida. Las Juntas Receptoras de Votos se instalarán en los lugares, locales, día y hora fijados por el Consejo Supremo Electoral.

Los locales de las Juntas Receptoras de Votos, funcionarán en centros escolares, casas comunales y edificios públicos. En casos excepcionales el Consejo Supremo Electoral mediante resolución expresa determinará la habilitación de otros locales.

Artículo 30

El sufragio universal, igual, directo, libre y secreto, es un derecho de los ciudadanos nicaragüenses, que lo ejercerán de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución Política y las leyes. Son ciudadanos, los nicaragüenses que hubieren cumplidos los dieciséis años de edad.

Artículo 31

Para ejercer el derecho al sufragio los ciudadanos deberán:

- 1) Estar en pleno goce de sus derechos.
- 2) Inscribirse en los Registros Electorales o estar inscritos en el Padrón Electoral permanente.
- 3) Seguir los procedimientos establecidos por la Ley Electoral y las regulaciones del Consejo Supremo Electoral.

Artículo 32

En los procesos electorales regulados en la presente Ley, se utilizará:

- 1) La Cédula de Identidad otorgada de acuerdo con la Ley respectiva para identificar a los votantes.
- 2) El Documento Supletorio de Votación otorgado de acuerdo con la presente Ley.
- 3) El Padrón Electoral que elabore el Consejo Supremo Electoral por cada Junta Receptora de Votos, respetará el domicilio y circunscripción del elector, sobre la base de las Cédulas de Identidad expedidas, o de los Documentos Supletorios de Votación, todo de conformidad a las disposiciones establecidas en el presente capítulo, y contendrá:

- 3.1. Número de la Cédula o del Documento Supletorio de Votación.
- 3.2. Nombres y apellidos a favor de quien se expida.
- 3.3. Sexo.
- 3.4. Dirección del domicilio, debiendo indicar Departamento y Municipio.
- 3.5. Fecha de expedición de la Cédula o del Documento Supletorio de Votación.

3.6. Fecha de expiración de la Cédula.

El Documento Supletorio de Votación se otorgará a los ciudadanos que habiendo solicitado su Cédula no le haya sido otorgada, por no tener legalizada debidamente su situación en el Registro del Estado Civil de las Personas, o bien que cumpla los dieciséis años a la fecha de la votación y siempre que hayan llenado los requisitos necesarios para el ejercicio del voto de acuerdo con la presente Ley.

Artículo 33

El ciudadano con derecho al sufragio cuando obtenga su Cédula de Identidad o Documento Supletorio de Votación quedará inscrito en la Junta Receptora de Votos en la cual le corresponda votar de conformidad con las disposiciones de esta Ley. El Consejo Supremo Electoral tomará las medidas del caso para mantener al día el Padrón Electoral, excluyendo a los fallecidos o a quienes les sea cancela o suspendida la cedula de acuerdo con lo establecido en la Ley de Identificación Ciudadana e incluyendo a los nuevos cedulados y los cambios de residencia debidamente tramitados.

Los nicaragüenses que fueren a cumplir sus dieciséis años de edad a más tardar el día antes o en la fecha de las elecciones podrán solicitar su Cédula de Identidad antes de los noventa días que preceden a esta fecha. El Consejo Supremo Electoral les expedirá su respectiva Cédula o documento supletorio sesenta días antes de las elecciones, siempre que se hayan cumplido los trámites correspondientes.

Artículo 45

Los ciudadanos nicaragüenses tienen el deber de inscribirse o de verificar su inclusión en el Padrón Electoral en la Junta Receptora de Votos que les corresponde de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en el período señalado para tal efecto por el Consejo Supremo Electoral. En cualquier caso las inscripciones o verificaciones deberán realizarse antes del inicio de la campaña electoral.

Artículo 62 (numeral 7)

Son derechos de los partidos políticos:

7. Presentar candidatos en las elecciones.

Artículo 63 (numeral 2)

Son deberes de los partidos políticos:

2. Garantizar la mayor participación democrática en los procesos de elección de sus autoridades y de candidatos para las diferentes elecciones en que participen como partido político. En la selección del proceso de elección prevalecerá aquel que permita el mayor cumplimiento de este deber.

Artículo 64

Los ciudadanos interesados en constituir un partido político deberán informarlo al Consejo Supremo Electoral, presentándole un calendario de la celebración de asambleas que elegirán a sus Directivas Nacionales, Departamentales o Regionales y Municipales con el objeto que éste designe a un representante y su suplente, para verificar las elecciones.

Artículo 71

En las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica podrán formarse partidos regionales, cuyo ámbito de acción estará limitado a sus circunscripciones.

Los requisitos serán los mismos establecidos para los partidos nacionales, pero remitidos a la división político administrativa de las Regiones Autónomas. En el caso de las organizaciones indígenas para que formen los partidos regionales se respetará su propia forma natural de organización y participación.

Los partidos regionales podrán postular candidatos para Alcaldes, Vicealcaldes y Concejales Municipales y para Concejales y Diputados de las Regiones Autónomas.

Artículo 76

De las resoluciones definitivas que en materia de partidos políticos dicte el Consejo Supremo Electoral en uso de sus facultades que le confiere la presente Ley, los partidos políticos o agrupaciones solicitantes podrán recurrir de Amparo ante los Tribunales de Justicia.

Artículo 98

Los partidos políticos o alianzas de partidos que consideren violados sus derechos, podrán recurrir ante el Consejo Supremo Electoral en contra de las decisiones de los Consejos Electorales, dentro del término de seis días más el término de la distancia, a partir de la notificación de la resolución correspondiente.

El Consejo Supremo Electoral resolverá el recurso abriéndolo a prueba por un período de tres días y dictando el fallo en los tres días siguientes.

Artículo 110

El día fijado para las votaciones, los miembros de las Juntas Receptoras de Votos, con sus respectivos suplentes, se constituirán en los locales correspondientes a las seis de la mañana. Una vez constituida la Junta, se retirarán del local los suplentes. La votación comenzará a las siete de la mañana.

Artículo 114

Las votaciones concluirán a las seis de la tarde, no podrán cerrarse mientras haya ciudadanos registrados esperando turno, pero podrán darse por terminadas antes, si los registrados correspondientes a esa Junta ya hubieren votado.

Artículo 133

Plebiscito es la consulta directa que se hace al pueblo sobre decisiones que dentro de sus facultades dicte el Poder Ejecutivo y cuya trascendencia incida en los intereses fundamentales de la nación.

Artículo 134

Referendo es el acto de someter directamente ante el pueblo leyes o reformas, de carácter ordinario o constitucional, para su ratificación.

Artículo 160

El Consejo Supremo Electoral hará los cómputos necesarios y previa aplicación de las disposiciones de esta Ley, publicará provisionalmente los resultados.

Artículo 166

Dentro de los tres días posteriores a la publicación a que se refiere el Artículo 160 de esta Ley, los partidos políticos o alianzas de partidos que hayan participado en la elección correspondiente, podrán presentar recursos de revisión ante el Consejo Supremo Electoral.

Ley de Identificación Ciudadana (Ley 152/1993)

Artículo 1

Se establece la Cédula de Identidad Ciudadana como el documento público que identifica a los ciudadanos nicaragüenses para el ejercicio del sufragio y para los demás actos que determinen las leyes de la República.

Artículo 2

Los nicaragüenses residentes en el país que hayan cumplido los dieciséis años de edad tendrán derecho a obtener su Cédula de Identidad Ciudadana. Deberán solicitarla conforme se establece en el arto.17 de esta Ley, portarla y exhibirla para los fines señalados en ella.

Los nicaragüenses mayores de dieciséis años residentes en el extranjero, que no hayan obtenido su cédula de Identidad Ciudadana, podrán solicitarla en cualquier tiempo ante el Cónsul General de la jurisdicción correspondiente, conforme a lo establecido en esta Ley.

Artículo 3

Todos los nicaragüenses que hayan cumplido los dieciséis años de edad tienen el derecho y el deber de obtener su respectiva Cédula de Identidad y el Estado la Obligación de otorgarlas. Los nicaragüenses de quince años podrán iniciar los trámites para obtener su Cédula de Identidad, la cual les será entregada al cumplir los dieciséis.

En caso de elecciones, plebiscitos o referendos, se les entregará con sesenta días anteriores a dichos eventos para que hagan uso de sus derechos.

Artículo 4 (inciso a.)

La presentación de la Cédula de Identidad Ciudadana es indispensable para:

- a) Ejercer el voto de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Ley Electoral. (...)

Artículo 11

De las resoluciones definitivas dictadas por la Dirección General de Cedulación podrá recurrirse dentro de treinta días más el término de la distancia, para ante el Consejo Supremo Electoral, agotándose con ello la vía administrativa.

En contra de las resoluciones del Consejo Supremo Electoral podrá interponerse recurso de amparo.

Leyes 40 y 261: Reforma e incorporaciones a la Ley No. 40 “Ley de los Municipios” (1997)

Artículo 3 (inciso 1)

El Gobierno Municipal garantiza la democracia participativa y goza de plena autonomía, la que consiste en:

1. La existencia de los Concejos Municipales, Alcaldes y Vice Alcaldes electos mediante el ejercicio del sufragio universal por los habitantes de su circunscripción.

Artículo 19

El Alcalde, Vice Alcalde y los Concejales serán electos por el pueblo, mediante sufragio universal, igual, directo, libre y secreto, de conformidad a la ley de la materia.

Breve reseña del derecho a votar y ser elegido mediante elecciones periódicas, auténticas, y realizadas por medio de sufragio universal

El derecho a *elegir y ser elegido* en la legislación constitucional

Dos leyes de rango constitucional regulan el grupo de los derechos que conforman el derecho a votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto. Estas son la Constitución Política y la Ley Electoral.

El derecho a elegir y ser elegido en “elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores” en la Constitución Política nicaragüense

La Constitución Política construye este derecho por medio de cuatro elementos: a. El reconocimiento del principio de igualdad en el ejercicio de los derechos políticos de todos los ciudadanos nicaragüenses, b. El establecimiento de derechos de ciudadanía como fundamento y requisito de los derechos políticos, c. El *sufragio universal, igual, directo y secreto*, d. El establecimiento de los requisitos y calidades de las personas a ser electas. El derecho a elegir y ser elegido en elecciones libres y democráticas también requiere de previo el ejercicio y reconocimiento de *derechos democráticos básicos* como son el derecho a libertad de pensamiento y expresión, reunión pacífica, derecho a la información, así como el derecho de los partidos políticos a acceder en relativas condiciones de igualdad a recursos¹⁸², entre otros.

¹⁸² Newton, Kenneth and van Deth, Jan W. Foundations of Comparative Politics. Cambridge University Press. UK, 2005. p. 202.

Las autoridades que han de ser electas por los ciudadanos por medio de sufragio universal, igual, mediante voto secreto son: **a.** Presidente y Vice-Presidente de la República, **b.** Diputados ante la Asamblea Nacional, **c.** Alcaldes, Vice-Alcaldes y Miembros de los Concejos Municipales.

Por otro lado la dimensión política en la que se manifiestan el grupo de derechos que conforman el derecho a votar y ser electo en elecciones periódicas, por medio de sufragio universal, igual, directo y secreto, a partir de los siguientes fundamentos: En primer lugar, el principio de soberanía popular que parte de reconocer que la soberanía nacional la ejercen los ciudadanos, por lo que corresponde a estos escoger y discriminar el régimen político y la forma de vida que corresponda a sus intereses y aspiraciones, y que por tanto, ello equivale a reconocer la capacidad de los ciudadanos como grupo humano a establecer el conjunto de normas por las que se ha regular la vida económica, política y social de la nación.

El segundo fundamento consiste en el reconocimiento de derechos iguales e inalienables de los ciudadanos, ante los que corresponde al Estado su salvaguarda, protección además de brindar el marco mínimo y necesario que asegure el ejercicio de estos derechos. En esta lógica, el sufragio universal ejercido por las personas, se yergue en el elemento vital, por el se construye la soberanía popular, sin embargo este ha completarse con el asunción que las personas están dotadas de un conjunto de derechos, que corresponde al Estado tutelar, respetar y proteger.

El principio de soberanía popular, que se manifiesta en la capacidad de los ciudadanos para escoger a *sus representantes libremente elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto*, se encuentra establecido en el artículo 2 de la Constitución Política. El que asume la forma de derecho político por el que se construye la soberanía popular, y habilita a los ciudadanos a participar en procesos electorales que conllevan el ejercicio del sufragio universal. Sufragio universal que implica el derecho a escoger a sus autoridades, así como participar de *manera directa* en plebiscitos y referéndums conforme lo establece la legislación del caso.

La Constitución Política por medio de los artículo 27 construye el principio de igualdad, por medio de dos argumentos, por un lado se asume que *todas las personas son iguales ante la ley* y tienen derecho a igual protección, y por el otro se acoge el principio de interdicción de la discriminación, retomando y enumerando los criterios prohibitivos establecidos en el art. 2 DUDH. En cuanto a los derechos políticos la Constitución Política retoma el principio de igualdad y lo introduce como elemento vital de los derechos políticos, promulgando que “Se establece la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos” (art. 48 Cn.), declaración que trasciende las barreras y las diferencias históricas al señalar que *existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer*.

En cuanto a la construcción del derecho a votar y ser electo, la Constitución Política propone dos caminos. En primer lugar, establece el derecho a *elegir y ser elegidos en elecciones periódicas* (art. 51 Cn.), derecho que se manifiesta en el ámbito de la competencia electoral y se manifiesta por

medio del sufragio universal, igual, libre y secreto. En este contexto los partidos políticos se tornan los actores privilegiados, tanto en su capacidad de proponer candidatos, como también actores indispensables de las campanas electorales, ello explica el reconocimiento del derecho político de los nicaragüenses a *organizar o afiliarse a partidos políticos*, con el fin de participar, ejercer y optar al poder, establecido con meridiana claridad en el artículo 55 Cn.

En la construcción de los derechos políticos destaca el papel fundante que le corresponde jugar a la Constitución Política, puesto que este se manifiesta en dos dimensiones, por un lado crea y establece los requisitos mínimos para ejercer los derechos de ciudadanía política, y en otra segunda dimensión, le corresponde a la Constitución Política señalar las condiciones y requisitos de las personas a ser electas.

En cuanto a los requisitos mínimos para ejercer el derecho a elegir y ser electo, la Constitución Política establece tres premisas: En primer lugar acoge en forma directa y clara el principio de *igualdad incondicional* de las personas como antes ya se ha señalado (art. 48 Cn.). En segundo lugar, establece que los derechos políticos es una facultad de los ciudadanos nacionales. Por tanto estos derechos que no pueden ser ejercidos por los extranjeros (art. 27 Cn.). Finalmente, en tercer lugar, establece que *sólo los ciudadanos* gozan de los derechos políticos. Estableciendo que la condición de la ciudadanía política la adquieren los nicaragüenses que hubieran cumplido *dieciséis años de edad* (art. 47 Cn.). Así la Constitución política construye el derecho de ciudadanía política, tomando como elementos fundantes el principio de igualdad, la nacionalidad, y la edad mínima, habilitando de esta forma el ejercicio de los derechos políticos en el país.

En cuanto a las condiciones y requisitos de las personas a ser electas, la Constitución Política establece que los Diputados, el Presidente y Vice-Presidente de la República, y los Alcaldes, los Vicealcaldes y los concejales, serán electos por medio de *sufragio universal, igual, directo, libre y secreto* (arts. 132, 142 y 178 Cn.). Estableciendo además las condiciones para la elección de estas personas.

El reconocimiento explícito del principio de soberanía popular, el derecho al sufragio universal y el establecimiento de los requisitos para elegir y ser electos que hace gala la Constitución Política, no es suficiente para que los nicaragüenses participen *libremente en la construcción y perfeccionamiento* del sistema económico, político y social de la nación. Queda por dilucidar en líneas adelante, el cumplimiento de otro requisito también importante como es el reconocimiento del conjunto de derechos los ciudadanos, que presume el respeto de las personas que ejercen funciones públicas, a las decisiones tomadas en el ejercicio de los mismos y pone el énfasis en la necesidad de instituciones estables y solidas comprometidas con el respeto al derecho de los ciudadanos. Situación que implica profundos desafíos al Estado de Derecho y la sociedad democrática que propone el derecho internacional de los derechos humanos.

El derecho a elegir y ser elegido en la Ley Electoral (Ley 331/2000)

De acuerdo con la Ley Electoral existen dos actores privilegiados en materia de derechos electorales, en primer lugar están los ciudadanos y en segundo lugar se encuentran los partidos políticos. En consonancia con los instrumentos internacionales de derechos humanos y lo establecido en la Constitución Política se reconoce como derecho de los ciudadanos nicaragüenses el derecho a sufragio universal, igual, directo, libre y secreto (art. 30 LE). Retomando los dos requisitos mínimos establecidos en la Constitución Política (arts. 27 y 47 Cn.) por los que se perfecciona el derecho a votar y ser elegido, que consisten en ser ciudadano nicaragüense, y haber *cumplido los dieciséis años de edad*.

El modelo de derechos personales que establece la Declaración Universal de Derechos Humanos, que consiste en identificar y establecer un conjunto de derechos de naturaleza personal, es decir son ejercidos y asignados a los individuos fundamentalmente, es decir no se establecen derechos de las instituciones, grupos o corporaciones. A pesar que en este modelo los partidos políticos no se encuentran previstos, sí corresponde mencionarlos por su relevancia y el papel de interlocución política que corresponde a estos jugar, sirviendo como eje articulador de la voluntad política de los individuos, y la acción política colectiva en las relaciones políticas por excelencia. En ese sentido corresponde identificar el marco mínimo de actuación de los partidos políticos establecido por la Ley Electoral. El que se presentan a continuación.

- a. La Ley Electoral establece el derecho de los ciudadanos para constituir partidos políticos, señalando que cualquier *ciudadano interesado*, deberá notificar acerca de su interés al Consejo Supremo Electoral, el que ha de nombrar a su representante *para verificar las elecciones* de las diferentes directivas (art. 64 L.E.).
- b. Fija los derechos y los deberes de los partidos políticos, los que en materia del derecho a elegir y ser elegido. Por un lado se establece como uno de los derechos el *presentar candidatos en las elecciones* (art. 62 núm. 7. L.E.). Así mismo se establece como uno de los deberes los partidos políticos *garantizar la mayor participación democrática en los procesos de elección de sus autoridades y de candidatos* para las diferentes elecciones en que participen como partido político (art. 63 núm. 2. L.E.).
- c. Se reconoce el derecho de los ciudadanos y las organizaciones indígenas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica a formar partidos políticos regionales, *cuyo ámbito de acción estará limitado a sus circunscripciones* (art. 71 L.E.)
- d. En materia de recursos, asisten a los partidos políticos dos modalidades. En primer lugar estos pueden recurrir de Amparo contra las resoluciones definitivas que en materia de partidos políticos emita el Consejo Supremo Electoral. Lo que faculta a estos a invocar la

protección y revisión de lo resuelto ante los Tribunales de Justicia (art. 76 L.E.). En segundo lugar, asiste a los partidos políticos el derecho a recurrir en *contra de las decisiones de los Consejos Electorales* emitidas en materia de los derechos que establecen los capítulos I y II del Título VII de la Ley Electoral, relativo a la Campaña Electoral, en particular lo relativo a la propaganda electoral y el uso de los medios radiales y televisivos (art. 98 L.E.)

El lugar en el que se ejercen los derechos políticos a nivel municipal son las Juntas Receptoras de Votos (JRV), en las que ejercen el derecho al voto *un máximo* de cuatrocientos ciudadanos (art. 23 L.E.). Entre sus principales características están: a. Debe contener al menos con *dos recintos de votación* por cada JRV, b. Son creadas por medio de resoluciones administrativas por el Consejo Supremo Electoral, el que establece su demarcación territorial, c. Los partidos políticos tienen derecho a objetar la creación de las JRV, d. La resolución administrativa que crea las JRV debe cumplir con el principio de publicidad, e. Se ubicaran en centros escolares, casa comunales y edificios públicos, aunque en casos excepcionales el Consejo Supremo Electoral podrá habilitar otros locales como JRV.

En cuanto al procedimiento del sufragio universal, la Ley Electoral establece diversas etapas por las que este se concreta: a. El *deber de inscribirse o de verificar su inclusión* en el Padrón Electoral en la Junta Receptora de Votos, como requisito previo para poder ejercer el derecho a votar y ser electo (art. 45 L.E.), b. La obtención de la *Cédula de Identidad o Documento Supletorio de Votación*, y la inscripción en la Junta Receptora de Votos respectiva (arts. 32 y 33 L.E.). La que es desarrollada con posterioridad en la Ley de Identificación Ciudadana, c. Durante el día de las elecciones la Ley Electoral fija la apertura y cierre de las Juntas Receptoras de Votos, destacando que la votación *comenzará* a las siete de la mañana, y *concluirán* a las seis de la tarde. Sin embargo *no podrán cerrarse* mientras haya ciudadanos registrados esperando turno para votar (arts. 110 y 114 L.E.).

El consenso mínimo requerido para erigirse en ganador de las elecciones de Presidente y Vice-Presidente es el treinta y cinco por ciento de los votos (art. 3 L.E.), estableciendo dos condiciones. En primer lugar se adjudica la victoria al candidato que habiendo obtenido el treinta y cinco por ciento de los votos validos, superen a los candidatos que obtuvieron el segundo lugar *por una diferencia mínima de cinco puntos porcentuales*. En los casos que ninguno de los candidatos que ningún candidato obtenga el cuarenta por ciento de los votos validos, ni cuente con una diferencia mínima de cinco puntos porcentuales, se establece hacer una *segunda elección* entre el primero y el segundo lugar. Estableciendo las posibilidades de erigirse como triunfadores de las elecciones a los dos partidos mayoritarios. Cerrando las posibilidades a los demás partidos, fortaleciendo de esta forma un régimen bipartidista, que excluye a los partidos minoritarios.

En cuanto a la asignación de los escaños de Diputados ante la Asamblea Nacional, se realiza por medio de método de *representación proporcional por cociente electoral*. El que consiste en dividir

que los derechos y libertades de las personas han sido adecuadamente protegidos por la administración de justicia y las instancias nacionales del país en mención. Lo que se conoce la tutela judicial efectiva de los derechos y libertades de las personas y ello presume el funcionamiento apropiado de la administración de justicia regido por los principios democráticos y el Estado de Derecho.

Segundo, las omisiones del deber estatal de tutela y protección de los derechos y libertades de las personas, engendran responsabilidad estatal a nivel interno. La que se concreta por medio de inacción u omisión estatal que implica daño y perjuicio en contra de las personas. En estos casos, las personas cuyos derechos y libertades han sido omitidas a consecuencia de la inacción u omisión estatal les asiste la posibilidad de recurrir ante las instituciones encargadas de hacer cumplir las leyes para reclamar y restituir los derechos afectados o violados. Entre estas instituciones se encuentra la Policía, los Tribunales de Justicia, las instancias estatales de Promoción de los Derechos Humanos, y cualquier otra institución de naturaleza pública que administra funciones públicas.

En este último proceso, lo que se gestiona y demanda es el deber de tutela y protección de los derechos y libertades a favor de las personas afectadas. En este nivel la protección y tutela de los derechos y libertades se ejerce por medio de la legislación nacional, ante instancias nacionales de carácter estatal. La intermediación de este proceso suele ser diversa, puesto que supone la intervención de personas, organizaciones e instituciones, en ocasiones con intereses y pretensiones antagónicas. Y, deriva en la adecuada protección de los derechos o libertades personales, que implica la corrección de la infracción o el ilícito por medio de una decisión judicial o administrativa, y la restitución de los derechos omitidos a causa de la inacción estatal.

Tercero, la omisión del deber estatal de protección de los derechos y libertades de las personas establecidas por la legislación nacional deriva en violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en aquellos casos en los que la actuación de los funcionarios que ejercen funciones públicas omiten o conculcan los derechos o las libertades de sus connacionales. Dichas omisiones asumen la forma de delitos conforme a la legislación local, lo que presume la omisión o ruptura de la legislación nacional, puesto que corresponde al Estado nacional en forma exclusiva ejercer el deber de proteger los derechos y libertades de las personas dentro de sus fronteras por medio de Jueces, Magistrados, y cualquier otra institución que ejerce funciones públicas, haciendo uso y aplicando la legislación. Estas omisiones generan la responsabilidad estatal a nivel internacional dada la incapacidad del Estado para proteger los derechos y libertades de sus ciudadanos, la que se ejerce por medio de instancias internacionales de protección reguladas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo, en aquellos casos en los que el Estado omite el deber de protección y tutela de los derechos y libertades de las personas, la inacción estatal deriva en violaciones y omisiones de los derechos y las libertades de las personas, creando brechas y rupturas en la legislación nacional, las que suponen omisiones a los compromisos internacionales que los Estados han asumido en forma

En primer lugar estos actos no es posible someterlos a la revisión y control judicial, lo que les concede la naturaleza de actos políticos, es decir únicamente pueden ser revisados por medio de las instituciones y procedimientos políticos. Lo que presume un alto grado de incertidumbre, tomando en cuenta la fragilidad y vulnerabilidad de las instituciones políticas del país. En segundo lugar, el hecho que estos actos no puedan someter al control judicial, plantea una ruptura al principio de unidad de la jurisdicción establecido en el artículo 159 de la Constitución Política. La ausencia de controles institucionales o políticos sobre estos actos, propone serias dudas en cuanto a la capacidad del sistema político nicaragüense para garantizar *la libre expresión de la voluntad de los electores*, establecida en el derecho internacional de los derechos humanos (arts. 25 PIDCP, 23 b. CASDH). Tomando en consideración que los ciudadanos ni los partidos políticos tienen mecanismos de revisión o control sobre estos actos, lo que se presta a desvirtuar en forma fraudulenta la voluntad colectiva de los ciudadanos, sea eligiendo a sus candidatos, sea manifestando su voluntad en plebiscitos o referéndums.

El derecho a votar y ser elegido mediante elecciones periódicas, auténticas, y realizadas por medio de sufragio universal en la legislación de desarrollo

Dos cuerpos normativos que desarrollan el derecho a votar y ser elegido, establecido en las normas constitucionales, merecen ser mencionados: La Ley de Identificación Ciudadana y la Ley de los Municipios.

- Ley de Identificación Ciudadana. Desarrolla lo establecido en la Ley Electoral (arts. 32 y 33) en materia de la Cedula de Identidad la que se considera como el documento público que identifica a los ciudadanos nicaragüenses *para el ejercicio del sufragio* y para los demás actos que determinen las leyes de la República. Establece los requisitos para obtenerla. Regula la utilización de la Cedula de Identidad Ciudadana, la que es *indispensable* para la celebración de diversos actos civiles: contraer matrimonio, matricular a los hijos en las escuelas públicas o privadas, realizar operaciones bancarias, etc.; en procedimientos judiciales: iniciar acciones judiciales, concurrir ante tribunales de justicia, o cualquier otra institución pública; y, en actos políticos como son ejercer el derecho a voto o tomar posesión de cargos públicos (arts. 1 – 4).
- Ley de los Municipios. Retoma lo establecido en el artículo 178 de la Constitución Política y el artículo 154 de la Ley Electoral en materia de elección de Alcaldes, Vice-Alcaldes y Miembros de los Concejos Municipales mediante *sufragio universal, igual, directo, libre y secreto* (arts. 3 y 19 Ley de los Municipios).

Ambas leyes desarrollan el marco constitucional del derecho a votar y ser elegido por medio de sufragio universal, igual, directo, libre y secreto, establecido por la legislación constitucional en cuanto a este derecho.

Mecanismos internos de protección del derecho a votar y ser elegido mediante elecciones periódicas, auténticas, y realizadas por medio de sufragio universal

Los mecanismos internos de protección del derecho a votar y ser elegido mediante elecciones periódicas, auténticas, y realizadas por medio de sufragio universal establecidos por la legislación plantean grandes desafíos, puesto que se consideran como tales a las instituciones y procedimientos legales por los que cualquier persona afectada por las omisiones o decisiones, en este caso, emitidas por las autoridades electorales puede someter estas omisiones o decisiones a revisión por una segunda instancia. Lo que implica su eventual ruptura, modificación, reposición o anulación. Ello equivale a afirmar que los mecanismos internos de protección de cualquier derecho tienen como objetivo brindar a cualquier persona afectada por las decisiones de las autoridades electorales el derecho a desafiarlas mediante la utilización de mecanismos previamente establecidos en la legislación. Lo que deriva en la protección de las personas afectadas contra eventuales arbitrariedades, por medio de la revisión de estas omisiones u decisiones.

En cuanto a los mecanismos internos de protección del derecho a votar y ser elegido mediante elecciones periódicas, auténticas, realizadas por medio de sufragio universal establecidos en la legislación nacional, de inicio se debe aclarar que en materia de control y revisión de las decisiones de las autoridades electorales, la legislación establece dos tratamientos distintos. Los que generan controversia por las implicaciones que intrínsecamente derivan.

El primer lugar. Las resoluciones emitidas por las autoridades electorales en materia de procesos electorales de Presidente y Vice-Presidente de la República, Diputados ante la Asamblea Nacional, Diputados ante el Parlamento Centroamericano, Miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, Alcaldes y Vicealcaldes Municipales y Miembros de los Concejos Municipales, conforme el art. 1 L.E. no pueden ser recurridas. Ello equivale a afirmar que estas resoluciones *no serán objeto de recurso alguno*, sea ordinario o extraordinario.

Lo que elimina cualquier posibilidad de revisión de estas resoluciones en una segunda instancia. Tampoco admite ninguna forma de control judicial, constituyendo a las autoridades electorales en la última instancia que resuelve los asuntos electorales. Lo que rompe con la unidad de jurisdicción pregonada por la Constitución Política, y sustrae de cualquier forma de control las resoluciones sobre temas tan sensibles como son las resoluciones en las que se declaran los resultados electorales de los procesos electorales sometidos a sufragio universal, igual, directo y secreto. Lo que deja al descubierto amplios espacios grises, en los que la voluntad de los ciudadanos puede ser fraudulentamente manipulada, y sin que existan mecanismos ulteriores de impugnación. Ello plantea que no existen mecanismos internos de protección del derecho a sufragio universal, igual, directo y secreto. Lo que propone profundas dudas en materia de derechos de ciudadanía, participación democrática y respeto a la voluntad de los electores.

En segundo lugar, la legislación nacional establece mecanismos de impugnación de algunas de las decisiones de las autoridades electorales. Decisiones que si pueden ser impugnadas, revisadas y eventualmente reformadas o recurridas. Sin embargo la magnitud de las decisiones que si pueden ser recurridas es de escaso impacto en el funcionamiento y la resolución de cualquiera de los procesos electorales que conlleva el ejercicio del derecho al sufragio universal, igual, directo y secreto. El impacto de cualquiera de las decisiones recurridas es mínimo. Se puede afirmar que la legislación establece alternativas de recurrir algunas decisiones de las autoridades electorales, siempre y cuando estas no afecten los resultados de los procesos electorales, arriba mencionados. Simultáneamente cancela, elimina, cierra cualquier forma de impugnación de las decisiones que en materia de procesos electorales decidan las autoridades electorales nicaragüenses. Lo que obliga a pensar en la fiabilidad de las decisiones electorales, así como la fiabilidad y eficacia de los mecanismos internos de protección del derecho a votar y ser electo conforme el sufragio universal, igual, directo y secreto.

Entre las decisiones de las autoridades electorales que sí admiten recurso. Es decir si pueden ser recurridas están:

- Las resoluciones del Consejo Supremo Electoral relativas a los partidos políticos, si pueden ser recurridas de Amparo ante los Tribunales de Justicia (art. 76 L.E.).
- Las resoluciones emitidas por el Consejo Supremo Electoral en materia de Campaña Electoral, en particular lo relativo a propaganda electoral, y el uso de los medios de comunicación, si pueden ser recurridas por los partidos políticos o alianzas de partidos *que consideren violados sus derechos* (art. 98 L.E.). Sin embargo el tipo recurso que ha de ser empleado no se encuentra especificado en la Ley Electoral, pecando esta de lesa vaguedad. Lo que propone serias incertidumbres en materia de procedimientos, relativas a la petición y la eventual forma de resolución del recurso mencionado. Generando más dudas que claridades en materia de la protección de los derechos de los ciudadanos.
- La publicación provisional de los cómputos electorales, si pueden ser recurridas por los partidos políticos o alianzas de partidos políticos (arts. 160 y 166 L.E.).
- Las resoluciones relativas a la Cedula de Identidad dictadas por la Dirección General de Cedulación, si pueden ser recurridas. Dejando a salvo la utilización de Recurso de Amparo, el que podrá ser empleado contra las resoluciones emitidas por el Consejo Supremo Electoral en materia de identificación ciudadana. El que podrá interponerse ante los tribunales de justicia (art. 11 Ley de Identificación Ciudadana).

Las posibilidades de recurrir las decisiones de las autoridades electorales en la legislación nacional son mínimas. La legislación establece en forma discriminatoria las decisiones a ser recurridas. Las que pueden ser recurridas, siempre y cuando no recurran o desafíen los resultados de los

principales procesos electorales que implican el ejercicio del derecho al sufragio universal, igual, directo y secreto.

Por el contrario, la legislación no establece ninguna forma de recurrir las decisiones emitidas por las autoridades electorales en los principales procesos electorales que implican el ejercicio del derecho a votar y ser elegido. Lo que genera suspicacias y dudas, tomando en cuenta que la única revisión posible a tomar en cuenta es aquella hecha por las instituciones políticas. Lo que agrega más dudas, tomando en cuenta la fragilidad y vulnerabilidad de las instituciones políticas que componen el régimen político nacional. Lo que abre el debate acerca de la apropiada interlocución que corresponde realizar a los partidos políticos y los sistemas electorales, como correas de transmisión entre los ciudadanos y los programas políticos. Ello no brinda la necesaria protección contra las tentaciones de *elecciones manipuladas* y amañadas, las que se caracterizan por prohibiciones de los partidos de oposición, acosos, amenazas e intimidación a los votantes, relleno de las urnas electorales, registros electorales manipulados, compra de votos, y en el peor de los casos falsificación de los resultados electorales¹⁸³.

El modelo que inspira los mecanismos internos de protección del derecho a votar y ser elegido por medio de sufragio universal, igual, directo y secreto, que establece la legislación nacional rompe con la tradición de derechos personales que establece el derecho internacional de los derechos humanos. El que deposita en las personas el conjunto de los derechos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos, puesto que los ciudadanos en su condición de personas depositarias de derechos, no tienen ninguna posibilidad de impugnación de las decisiones que en materia electoral emitan las autoridades electorales. Limitando el ejercicio del derecho a recurrir estas decisiones, es decir reservando únicamente la posibilidad de recurrir dichas resoluciones a los partidos políticos. Lo que despoja a los ciudadanos de su derecho a recurrir por las decisiones electorales colectivas que compromete su voto individual y personal. Ello supone una ruptura con la perspectiva del ejercicio y protección de los derechos políticos establecidos por el derecho internacional de los derechos políticos. Lo que reabre el necesario debate acerca de la interlocución política que corresponde jugar a los partidos políticos y los mecanismos de control que los ciudadanos tienen sobre estos temiendo en cuenta que en el sistema político nicaragüense, estos cuentan con una doble naturaleza que estos cuentan, puesto que intervienen y actúan en ámbitos públicos y privados simultáneamente.

Patrones y modalidades de violaciones del derecho a votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto

- Cualquier acción u omisión realizada por personas que ejercen funciones públicas encaminadas a desalentar, intimidar, el ejercicio del derecho al sufragio universal, igual y secreto: aperturas y cierres anormales de las Juntas Receptoras del Votos, retrasos

¹⁸³ Magstadt, Thomas M. Nations and Governments: Comparative Politics in Regional Perspectiva. Fifth Edition. Wadsworth/Thomson Learning. USA, 2005. p. 390.

injustificados a entregar o retener las Cédulas de Identidad o cualquier otro documento que habilita a votar, el cambio arbitrario de direcciones de Juntas Receptoras de Votos.

- La violencia e intimidación organizada, ejercida, promovida o tolerada por personas que ejercen funciones públicas, encaminadas a intimidar a los electores a participar en los procesos electorales, o forzarles a votar en forma determinada: pandillas organizadas o grupos paramilitares que ejercen violencia con el fin de aleccionar, prevenir represalias, destruir, o intimidar a los electores. Se debe prestar también atención a la violencia que proviene de grupos leales al gobierno o al partido de gobierno.
- Cualquier acción u omisión encaminada a cambiar o alterar en forma fraudulenta los resultados de los procesos electorales, por medio de alterar, falsificar en forma fraudulenta la documentación electoral, entre la que se incluyen: El Padrón Electoral, Cédulas de Identidad, conteos de votos, actas de resultados, la sustitución de votos.
- Cualquier acción u omisión cometida por personas que ejercen funciones públicas o relacionadas con el partido de gobierno encaminadas a alterar fraudulentamente la voluntad de los electores. Entre los que se mencionan los vicios de la voluntad establecidos en el Código Civil.
- La omisión de *la libre voluntad de los electores*, la que se omite por medio de cualquier forma de fraude electoral, en contradicción con lo establecido en el artículo 23 b. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Las migraciones de personas afines al partido de gobierno, promovidas y apoyadas oficialmente, hacia zonas en las que el electorado no es favorable al partido gobernante, con el fin de ser empadronados y con posterioridad ejercer el derecho al sufragio universal, igual y secreto, que altere la voluntad mayoritaria de los residentes originales del área recién asentada.
- El rechazo o el condicionamiento de la observación electoral. Sea de organismos de observación electoral nacionales o internacionales. Así como la obstrucción o rechazo o negativa a brindar información necesaria para realizar adecuadamente la observación electoral. El rechazo u obstrucción de la observación electoral en las Juntas Receptoras de Votos.
- La incapacidad, inacción, tolerancia u omisión para ejercer el control político de las resoluciones finales del Consejo Supremo Electoral que resuelven cualquier proceso electoral realizado por medio de sufragio universal, directo y secreto. Concretadas por medio de acciones u omisiones de los partidos políticos y de las instituciones políticas encaminadas a obstruir o retasar el proceso de control de los actos políticos electorales emitidos por el

Consejo Supremo Electoral. Se debe prestar atención a las reacciones los diversos partidos políticos, en especial la bancada de gobierno, la Directiva de la Asamblea Nacional y los poderes del Estado que cuentan con la potestad de iniciativa de ley.

Sugerencias para la verificación del derecho votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto

- Entreviste personalmente a las personas que alegan que su derecho a votar y ser elegido ha sido omitido o violado. Obtenga la información de primera mano en forma directa. Tenga presente que su compromiso es con la objetividad, además recuerde que este tipo de denuncias se manifiestan en contextos de procesos electorales altamente politizados, polarizados y parcializados. En estos casos se recomienda apegarse a la objetividad los hechos, la evidencia recolectada y lo establecido en la legislación.
- Entreviste a las autoridades electorales de las Juntas Receptoras de Votos en las que se presumen omisiones de los derechos de los ciudadanos a votar y ser electos, a fin de conocer la versión de las autoridades electorales.
- En caso de omisiones violatorias de la Ley de Identificación Ciudadana, sugiera a las personas afectadas los recursos establecidos en el artículo 11 de la mencionada ley.
- En casos de hechos de violencia o intimidación sugiera a las personas afectadas y los representantes de los partidos políticos afectados utilizar los recursos y medios de control constitucional establecidos en los artículos 188 y 189 de la Constitución Política. En forma simultánea sugiera activar el proceso penal por medio de introducir la denuncia o acusación según sea el caso. De forma que le permita el agotamiento sistemático de los recursos e instancias nacionales, establecidos en la legislación nicaragüense.
- En los casos de violencia o intimidación arriba citados, entreviste a los funcionarios de la administración de justicia encargados de investigar, acusar y juzgar los hechos denunciados, con el fin de analizar la legalidad y pertinencia de los procedimientos investigativos y judiciales empleados.
- En procesos de observación electorales, se debe tener siempre presente el respeto debido a las autoridades electorales y el cumplimiento de sus instrucciones. Como también cumplir con las leyes y las medidas especiales que se establecen a propósito de los procesos electorales.
- Ante omisiones y rechazos a revisar los actos políticos que resuelven cualquier proceso electoral realizado por medio de sufragio universal, libre y secreto, analice y documente las acciones y procedimientos de los partidos políticos, encaminados a obstruir, retardar la

revisión de los actos políticos mencionados. En ese mismo sentido observe y documente las acciones y procedimientos utilizados u omitidos por las instituciones políticas responsables de revisar y controlar los actos políticos.

- En casos de denuncias de fraudes electorales, identifique con claridad la forma por la que se alega se concreta el fraude e identifique las eventuales formas para documentarlas. Solicite acceso a la evidencia que se alega demuestra el presunto fraude. En casos de contar con evidencia material: documentación alterada, materiales, o testigos que sustentan las denuncias, prevenga la contaminación o alteración de estas evidencias. Recomiende y solicite el acompañamiento de la observación electoral en el caso de estar disponible. Sugiera activar el proceso penal, por medio de interponer la denuncia y acusación según sea el caso. Tenga presente que con posterioridad se debe documentar en las instancias administrativas y judiciales el proceso penal iniciado.

17.3. El derecho a acceder en iguales condiciones a la función pública

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública en la legislación nicaragüense

Constitución Política de la República de Nicaragua

Artículo 47

Son ciudadanos los nicaragüenses que hubieran cumplido dieciséis años de edad. Sólo los ciudadanos gozan de los derechos políticos consignados en la Constitución y las leyes, sin más limitaciones que las que se establezcan por razones de edad. Los derechos ciudadanos se suspenden por imposición de pena corporal grave o penas accesorias específicas, y por sentencia ejecutoriada de interdicción civil

Artículo 48

Se establece la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos; en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer. Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.

Artículo 51

Los ciudadanos tienen derecho a elegir y ser elegidos en elecciones periódicas y optar a cargos públicos, salvo las limitaciones contempladas en esta Constitución Política. Es deber del ciudadano desempeñar los cargos de jurado y otros de carácter concejil, salvo excusa calificada por la ley.

Artículo 134

1) Para ser Diputado se requiere las siguientes calidades:

- a. Ser nacional de Nicaragua. Quienes hayan adquirido otra nacionalidad deberán haber renunciado a ella al menos cuatro años antes de verificarse la elección.
- b. Estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.
- c. Haber cumplido veintiún años de edad.
- d. Haber residido en forma continuada en el país los cuatro años anteriores a la elección, salvo que durante dicho período cumplieren Misiones Diplomáticas, o trabajare en Organismos Internacionales o realizare estudios en el extranjero. Además, haber nacido o haber residido durante los últimos dos años en el Departamento o Región Autónoma por el cual se pretende salir electo.

2) No podrán ser candidatos a diputados propietarios o suplentes:

- a. Los ministros, viceministros de Estado, magistrados del Poder Judicial, del Consejo Supremo Electoral, los miembros del Consejo Superior de la Contraloría General de la República, el Procurador y Subprocurador General de Justicia, El Procurador y Subprocurador para la Defensa de los Derechos Humanos, el Fiscal General de la República y el Fiscal General Adjunto de la República y los Alcaldes, a menos que renuncien al cargo doce meses antes de la elección.
- b. Los Ministros de cualquier culto religioso, salvo que hubieren renunciado a su ejercicio al menos doce meses antes de la elección.

Artículo 147

Para ser elegidos Presidente y Vicepresidente de la República los candidatos a tales cargos deberán obtener como mayoría relativa al menos el cuarenta por ciento de los votos válidos, salvo el caso de aquellos que habiendo obtenido un mínimo del treinta y cinco por ciento de los votos válidos superen a los candidatos que obtuvieron el segundo lugar por una diferencia mínima de cinco puntos porcentuales. Si ninguno de los candidatos alcanzare el porcentaje para ser electo, se realizará una segunda elección únicamente entre los candidatos que hubiesen obtenido el primero y segundo lugar y serán electos los que obtengan el mayor número de votos.

En caso de renuncia, falta definitiva o incapacidad permanente de cualquiera de los candidatos a Presidente o del Vicepresidente de la República, durante el proceso electoral, el partido político al que pertenecieren designará a quien o quienes deban sustituirlos.

Para ser Presidente o Vicepresidente de la República se requiere de las siguientes calidades:

1. Ser nacional de Nicaragua. Quien hubiese adquirido otra nacionalidad deberá haber renunciado a ella al menos cuatro años antes de verificarse la elección.
2. Estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.
3. Haber cumplido veinticinco años de edad.
4. Haber residido en forma continua en el país los cuatro años anteriores a la elección, salvo que durante dicho período cumpliera Misión Diplomática, trabajare en Organismos Internacionales o realizare estudios en el extranjero.

No podrá ser candidato a Presidente ni Vicepresidente de la República:

- a. el que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente, ni el que la hubiera ejercido por dos períodos presidenciales;
- b. el Vicepresidente de la República o el llamado a reemplazarlo, si hubiere ejercido su cargo o el Presidente en propiedad durante los doce meses anteriores a la fecha en que se efectúa la elección para el período siguiente;
- c. los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, y los que sean o hayan sido parientes dentro del segundo grado de afinidad del que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente;
- d. los que encabecen o financien un golpe de Estado; los que alteren el orden constitucional y como consecuencia de tales hechos asuman la jefatura del gobierno y ministerios o vice-ministerios, o magistraturas en otros poderes del Estado;
- e. los ministros de cualquier culto religioso, salvo que hubieren renunciado a su ejercicio al menos doce meses antes de la elección;
- f. el Presidente de la Asamblea Nacional, los ministros o viceministros de Estado, magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Supremo Electoral, los miembros del Consejo Superior de la Contraloría General de República, el Fiscal General de la República y el Fiscal General Adjunto de la República, el Procurador y Subprocurador General de Justicia, el Procurador y Subprocurador para la Defensa de los Derechos Humanos, y los que

estuvieren ejerciendo el cargo de Alcalde, a menos que hayan renunciado al cargo doce meses antes de la elección.

Artículo 178

El Alcalde, el Vicealcalde y los concejales serán elegidos por el pueblo mediante el sufragio universal, igual, directo, libre y secreto de conformidad con la ley. Serán electos Alcalde y Vicealcalde, los candidatos que obtengan la mayoría relativa de los votos. Los concejales serán electos por representación proporcional, de acuerdo con el cociente electoral. El Alcalde y el Vicealcalde solo podrán ser reelectos por un período. La reelección del Alcalde y Vicealcalde no podrá ser para el período inmediato siguiente.

Para ser Alcalde se requiere de las siguientes calidades:

1. Ser nacional de Nicaragua.
2. Estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.
3. Haber cumplido veintiún años de edad.
4. El período de las autoridades municipales será de cuatro años, contados a partir de la toma de posesión del cargo ante el Consejo Supremo Electoral.
5. No podrán ser candidatos a Alcalde los ministros y viceministros de Estado, a menos que hayan renunciado a sus cargos doce meses antes de la elección.

Los concejales, el Alcalde y el Vicealcalde podrán perder su condición por las siguientes causas:

- a. renuncia del cargo;
- b. por muerte;
- c. condena mediante sentencia firme a pena de privación de libertad o inhabilitación para ejercer el cargo, por delito que merezca pena más que correccional por un término igual o mayor al resto de su período;
- d. abandono de sus funciones durante sesenta días continuos;
- e. contravención a lo dispuesto en el tercer párrafo del Artículo 130 de la Constitución;

- f. incumplimiento de la obligación de declarar sus bienes ante la Contraloría General de la República, al momento de la toma de posesión del cargo;
- g. haber sido declarado incurso de malos manejos de los fondos de la Alcaldía, según resolución de la Contraloría General de la República.

En los casos de los inciso d) y e), el Concejo Municipal correspondiente deberá aprobar una resolución declarando que el Alcalde o Concejal ha incurrido en la circunstancia que motiva la pérdida de su condición.

Dicha resolución o los documentos públicos o auténticos que acrediten las circunstancias establecidas en los otros numerales deberá ser remitida al Consejo Supremo Electoral, acompañando el nombre del sustituto, que será el Vicealcalde cuando se sustituya el Alcalde, o cualquiera de los concejales electos cuando se sustituya al Vicealcalde, o la solicitud de declaración de propietario para el de los concejales.

El Consejo Supremo Electoral procederá en un término no menor de quince días a tomar la promesa de ley y darle posesión del cargo.

Las limitaciones de los concejales para trabajar en la administración municipal, así como el régimen de dietas, serán regulados por la ley.

Ley Electoral (Ley 331/2000)

Artículo 1

La presente Ley es de carácter constitucional y regula:

- a) .Los procesos electorales para las elecciones de: **1)** .Presidente y Vice -Presidente de la República. **2)** Diputados ante la Asamblea Nacional. **3)** .Diputados ante el Parlamento Centroamericano. **4)** Miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica. **5)** Alcaldes y Vicealcaldes Municipales. **6)** Miembros de los Concejos Municipales.

Las resoluciones que se dicten sobre los asuntos relacionados en cualquiera de los seis numerales anteriores, no serán objeto de recurso alguno, ordinario ni extraordinario.

- b) Las consultas populares que en forma de plebiscito o referendo se convoquen en su oportunidad.

- c) El ejercicio del derecho ciudadano de organizar partidos políticos o afiliarse a ellos con la finalidad de participar, optar y ejercer el poder.

d) La obtención y cancelación de la personalidad jurídica de los partidos políticos y la resolución de sus conflictos.

e) El derecho ciudadano de constituir partidos políticos regionales, exclusivamente para participar en los procesos regionales electorales de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica.

f) Cuestiones relativas al funcionamiento administrativo de los organismos del Poder Electoral, de conformidad al procedimiento establecido en la presente Ley.

Artículo 23

En cada Municipio se establecerá un número suficiente de Juntas Receptoras de Votos ante quien ejercerán su derecho al voto un máximo de cuatrocientos electores. El Consejo Supremo Electoral garantizará al menos dos recintos de votación en cada Junta Receptora de Votos, si las condiciones del lugar lo permiten. La demarcación en que ejercerán sus funciones será determinada por el Consejo Supremo Electoral mediante resolución administrativa, la cual será notificada a las organizaciones políticas participantes al menos noventa días antes de las votaciones. Las organizaciones políticas podrán expresar sus objeciones, dentro de los primeros treinta días a partir de la notificación. Una vez quede firme la determinación de las demarcaciones, la correspondiente resolución administrativa será publicada con anticipación debida. Las Juntas Receptoras de Votos se instalarán en los lugares, locales, día y hora fijados por el Consejo Supremo Electoral.

Los locales de las Juntas Receptoras de Votos, funcionarán en centros escolares, casas comunales y edificios públicos. En casos excepcionales el Consejo Supremo Electoral mediante resolución expresa determinará la habilitación de otros locales.

Artículo 30

El sufragio universal, igual, directo, libre y secreto, es un derecho de los ciudadanos nicaragüenses, que lo ejercerán de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución Política y las leyes. Son ciudadanos, los nicaragüenses que hubieren cumplidos los dieciséis años de edad.

Artículo 31

Para ejercer el derecho al sufragio los ciudadanos deberán:

1. Estar en pleno goce de sus derechos.

2. Inscribirse en los Registros Electorales o estar inscritos en el Padrón Electoral permanente.
3. Seguir los procedimientos establecidos por la Ley Electoral y las regulaciones del Consejo Supremo Electoral.

Artículo 33

El ciudadano con derecho al sufragio cuando obtenga su Cédula de Identidad o Documento Supletorio de Votación quedará inscrito en la Junta Receptora de Votos en la cual le corresponda votar de conformidad con las disposiciones de esta Ley. El Consejo Supremo Electoral tomará las medidas del caso para mantener al día el Padrón Electoral, excluyendo a los fallecidos o a quienes les sea cancelada o suspendida la cédula de acuerdo con lo establecido en la Ley de Identificación Ciudadana e incluyendo a los nuevos cedulados y los cambios de residencia debidamente tramitados.

Los nicaragüenses que fueren a cumplir sus dieciséis años de edad a más tardar el día antes o en la fecha de las elecciones podrán solicitar su Cédula de Identidad antes de los noventa días que preceden a esta fecha. El Consejo Supremo Electoral les expedirá su respectiva Cédula o documento supletorio sesenta días antes de las elecciones, siempre que se hayan cumplido los trámites correspondientes.

Artículo 62 (inciso 7)

Son derechos de los partidos políticos:

- (7.) Presentar candidatos en las elecciones.

Artículo 63 (inciso 2)

Son deberes de los partidos políticos:

2. Garantizar la mayor participación democrática en los procesos de elección de sus autoridades y de candidatos para las diferentes elecciones en que participen como partido político. En la selección del proceso de elección prevalecerá aquel que permita el mayor cumplimiento de este deber.

Artículo 71

En las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica podrán formarse partidos regionales, cuyo ámbito de acción estará limitado a sus circunscripciones.

Los requisitos serán los mismos establecidos para los partidos nacionales, pero remitidos a la división político administrativa de las Regiones Autónomas. En el caso de las organizaciones indígenas para que formen los partidos regionales se respetará su propia forma natural de organización y participación.

Los partidos regionales podrán postular candidatos para Alcaldes, Vicealcaldes y Concejales Municipales y para Concejales y Diputados de las Regiones Autónomas.

Leyes 40 y 261: Reforma e incorporaciones a la Ley No. 40 “Ley de los Municipios” (1997)

Artículo 19

El Alcalde, Vice Alcalde y los Concejales serán electos por el pueblo, mediante sufragio universal, igual, directo, libre y secreto, de conformidad a la ley de la materia.

Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 287/1998)

Artículo 15(incisos a, d, e, g)

Toda niña, niño y adolescente goza del derecho a la libertad, sin más restricciones que las establecidas por la ley. Este derecho abarca, entre otros, los siguientes aspectos:

- a. Pensamiento, conciencia, opinión y expresión;
- d. Participación en la vida familiar, vida escolar y en la comunidad sin discriminación alguna;
- e. Participación en la vida social y política de la Nación en la forma que la ley lo establezca;
- g. Participarán en reuniones y asociaciones según su edad e interés.

Artículo 18

Los adolescentes a partir de los 16 años de edad son ciudadanos nicaragüenses y gozan de los derechos políticos consignados en la Constitución Política y las leyes.

Ley del Servicio Civil y la Carrera Administrativa (Ley 476/2003)

Artículo 3. Principios Reguladores.

Para efectos de aplicación y comprensión de la presente Ley, se consideran como principios reguladores exigibles en el desempeño de la función pública los siguientes:

1. Sometimiento a la Constitución, a la ley y al Derecho. Todo servidor público está sometido y debe cumplir sus funciones con subordinación únicamente a la Constitución Política y demás leyes de la República, ejerciendo la función pública con objetividad e imparcialidad y en ningún caso debe basar sus decisiones en atención a preferencias de cualquier índole.
2. Cultura de servicio a la ciudadanía. Todo servidor público, sea cual fuere su función o puesto en la administración pública, está obligado a desarrollar y mantener una conducta dirigida a ofrecer y facilitar a la ciudadanía y público en general, los servicios públicos básicos, con una atención esmerada y eficiente.
3. Lealtad a la Nación y al Estado de Nicaragua. El servidor público debe lealtad a la Nación y al Estado de Nicaragua.
4. Adaptabilidad de los servicios públicos a las necesidades de la población. El servidor público debe brindar un servicio de calidad consistente con las políticas públicas y necesidades de la población.
5. Igualdad de trato y condiciones de trabajo. La presente Ley, garantiza las prerrogativas, derechos, facultades y oportunidades que de su letra y espíritu se desprendan sin discriminación por motivo de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social.

Artículo 16 (primer párrafo) Comisión de Apelación del Servicio Civil.

Se crea la Comisión de Apelación del Servicio Civil como un órgano de segunda instancia, encargado de conocer y resolver sobre los recursos administrativos presentados contra las resoluciones emitidas por las instituciones, dentro del ámbito de la presente Ley. Estará integrada por tres miembros electos por la Asamblea Nacional de ternas propuestas para cada cargo, por el Presidente de la República y por diputados de la Asamblea Nacional, en consulta con universidades, organizaciones sindicales del sector público y asociaciones de abogados, los cuales serán electos con el voto favorable de la mitad más uno del total de diputados que integran la Asamblea Nacional. El período de los miembros de esta Comisión será de cuatro años, contados a partir de su toma de posesión ante la Asamblea Nacional.

Artículo 64. Notificación.

La resolución de la Comisión Tripartita, deberá notificarse a las partes en el término de veinticuatro horas. En la notificación se incluirá íntegramente el texto de la resolución y deberá prevenir al servidor público del recurso a que tiene derecho a interponer ante la Comisión de Apelación del Servicio Civil dentro del término de tres días hábiles después de notificado. El recurso deberá

expresar los agravios y las supuestas violaciones a la Constitución o ilegalidad que se hayan producido en la adopción de la resolución recurrida.

Asimismo, tendrá derecho a pedir la suspensión de los efectos jurídicos de la resolución recurrida, hasta que haya resolución en segunda instancia.

Artículo 78. Principio del Mérito.

Se garantiza el principio del mérito para el ingreso y el desarrollo profesional de los funcionarios y empleados de Carrera Administrativa en el Servicio Civil. Únicamente podrán ser separados del Servicio Civil, los funcionarios y empleados de carrera por las causas y en las condiciones que se establecen en la presente Ley.

Artículo 79. Garantía de Principios en el Proceso de Selección.

En los procesos de selección que se establezcan se deben garantizar los principios de igualdad, mérito, capacidad y equidad para optar a una plaza de un puesto en la Administración del Estado.

Artículo 81. Requisitos Generales de Ingreso.

Para poder optar a un puesto en el Servicio Civil, se deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) Ser nicaragüense.
- b) Ser mayor de dieciocho y menor de sesenta y cinco años, en el momento de la contratación.
- c) Reunir los requisitos establecidos para desempeñar el puesto a proveer.
- d) Estar en pleno goce de sus derechos individuales.
- e) Estar física y mentalmente habilitado para el desempeño del puesto.

Artículo 90. Recursos de los Resultados del Proceso de Selección.

En los casos en que cualquiera de los participantes en el proceso de selección, considere que se ha cometido algún error o está en desacuerdo con los resultados del proceso, podrá recurrir de revisión ante el comité de selección y de apelación sobre dichos resultados ante la Comisión de Apelación del Servicio Civil. El Reglamento de la presente Ley definirá los procedimientos a seguir.

Ley de Participación Ciudadana (Ley 475/2003)

Artículo 89. Promoción y defensa de la participación ciudadana.

La promoción y defensa de la participación ciudadana corresponde a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades (Ley 648/2008)

Artículo 8

Los Poderes del Estado, sus órganos de administración a nivel nacional, los Gobiernos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, las municipalidades y las instituciones de creación constitucional garantizarán la igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de sus derechos políticos, incluidos entre otros, el derecho al voto, la elegibilidad, el acceso a las instancias, niveles de poder y toma de decisiones, así como la libertad para organizarse, de participar y demás garantías civiles y políticas.

Artículo 9

Para hacer efectivo lo dispuesto en el artículo anterior, los Poderes del Estado, sus órganos de administración a nivel nacional, los Gobiernos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, las municipalidades y las instituciones de creación constitucional promoverán las medidas necesarias, en el marco de la ley de la materia, para establecer un porcentaje proporcional entre mujeres y hombres para los cargos de elección nacional, regional, municipal y del Parlamento Centroamericano, así como en la integración de instancias de toma de decisiones de la administración pública y de los Gobiernos Regionales y Municipales.

Artículo 10

Los partidos políticos y otras organizaciones electorales legalmente establecidas, de conformidad con el numeral 2) del artículo 63 de la Ley No. 331 "Ley Electoral", deberán incluir en sus Estatutos Internos, una disposición que asegure la mayor participación democrática en los procesos de elección de sus autoridades y de candidatos y candidatas para las diferentes elecciones, la participación efectiva y la no discriminación de las mujeres en las instancias de toma de decisiones.

Artículo 11

Los partidos políticos y demás expresiones de organizaciones de la sociedad civil, procurarán la participación equitativa de mujeres y hombres en las posiciones y en los procesos de toma de decisiones.

En las listas para elegir cargos que se realizan a través del Poder Legislativo, el Presidente de la República, las Diputadas y los Diputados, en consulta con las asociaciones civiles pertinentes, garantizarán la participación equitativa de mujeres y hombres, de conformidad a lo establecido en el artículo 51 de la Constitución Política de la República de Nicaragua.

Artículo 35

La Procuraduría Especial de la Mujer de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 18 y 23 de la Ley No. 212, "Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos", publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 7 del 10 de Enero de 1996, investigará, fiscalizará, denunciará, informará y ejercerá las acciones legales ante las instituciones competentes nacionales e internacionales para la defensa, protección y restablecimiento de los derechos humanos violados de las mujeres y promoverá el cumplimiento de la presente Ley.

Cuando la gravedad de los hechos lo aconseje, la Procuraduría Especial de la Mujer, puede presentar en cualquier momento y a iniciativa propia un informe extraordinario sobre incumplimiento o violaciones a la presente Ley, que será remitido a la Asamblea Nacional, a través del Procurador o Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos.

Breve reseña del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública en la legislación constitucional

Dos normas de jerarquía constitucional se ocupan acogen el derecho a acceder a la función pública en relativas condiciones de igualdad. Estas son la Constitución Política que establece el marco normativo y principal en el que se manifiesta este derecho, y la Ley Electoral. Esta última por su naturaleza desarrolla normas y principios relativos a la participación de los ciudadanos en los diversos procesos electorales y el ejercicio de algunos derechos políticos. En particular el derecho al sufragio universal, libre y secreto, el que se encuentra estrechamente vinculado al derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad.

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública en la Constitución Política

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública se encuentra reconocido en el artículo 51 de la Constitución Política, que establece el derecho *a elegir y ser elegidos en elecciones periódicas y optar a cargos públicos*. Acunando de esta forma ambos derechos, a pesar que han sido tratados y acunados de en forma independiente por el derecho internacional de los derechos

humanos: DUDH art. 21 inc. 2, PIDCP art. 25 inc. c, CASDH art. 23 inc. c. Estableciendo una doble condición del acceso a la función pública, por un lado el ejercicio potestativo de acceder a la función pública por medio de ejercer un cargo público, y una forma de acceso a la función pública obligatoria, que consiste en *el deber ciudadano desempeñar* los cargos de jurado y otros de carácter concejil, establecidos en la parte final del artículo en mención.

El contenido del derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad se complementa por medio de tres elementos adicionales, ambos establecidos en la Constitución Política. En primer lugar se reconoce el principio de igualdad en el ejercicio de los derechos políticos en forma general y contundente. El artículo 27 Cn. establece el principio de igualdad en su forma más general, mientras que el art. 48 Cn. construye el principio de igualdad *incondicional* en materia del ejercicio de los derechos políticos. En segundo lugar el ejercicio de los derechos políticos es un atributo de la ciudadanía nicaragüense, excluyendo de estos a los extranjeros (art. 47 Cn.). En tercer lugar la condición de ciudadanía se perfecciona con la edad, la que se establece a los dieciséis años cumplidos. Lo que faculta al pleno ejercicio de los derechos políticos. Entre los que se encuentran el derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad.

Sin embargo el establecimiento de la opción a *cargo público*, se torna en una declaración programática si el acceso a los cargos públicos no se encuentran soportados por el principio de igualdad, y por el otro lado se obliga el ejercicio de otros cargos públicos, estableciéndolos como deberes de los ciudadanos. Los que por su naturaleza son obligatorios y en caso de omisión derivan sanciones, que asumen forma de multas, con la consabida afectación pecuniaria patrimonial. Llama la atención que el acceso a la función pública establecido por la Constitución Política ha sido acunado reduciendo su contenido a una opción, aunque al inicio de declare que es un derecho, su redacción deriva en una opción.

En una segunda dimensión del acceso a la función pública en condiciones de igualdad, la Constitución Política establece los requisitos y las inhibiciones que aplican a los candidatos que participan en procesos electorales, que requieren el ejercicio del derecho al sufragio universal, igual y secreto: Presidente y Vice-Presidente de la República, Diputados ante la Asamblea Nacional, Alcaldes y Vicealcaldes Municipales y Miembros de los Concejos Municipales (arts.134. 147 y 178 Cn.). Lo que establece las condiciones mínimas de acceso a función pública, puesto establece los requisitos mínimos en el acceso a la función pública aplicable a todas para todas las personas que cumplan los mínimos mencionados, facultándoles por tanto a participar.

Sin embargo frente a eventuales omisiones de este derecho, la mención de *optar a cargos públicos* deriva consecuencias prácticas en su concreción y ulterior protección, así como la posterior utilización de los mecanismos de protección. En estas circunstancias cabe preguntarse: ¿Los mecanismos de control constitucional, es decir los recursos establecidos en la legislación, se ejercen ante la omisión de derechos, o los recursos se ejercen por la omisión de opciones? Es necesario tener presente que tener el derecho a una opción, no engendra ningún derecho.

Burdamente esta situación nos hace recordar que también el que compra la lotería, cuenta con una opción, limitada pero opción al fin de ganar el premio. Sin embargo comprar la lotería no engendra el derecho a obtener el premio, solo lo faculta a una opción a ganarlo. Aspecto que genera controversia y muchos claroscuros tanto en aspectos teóricos como en su concreción práctica mediante el derecho a recurrir, lo que complica en alto grado la petición a proteger. Lo que deja muchos aspectos desprotegidos. Tomando en cuenta que las opciones son solo posibilidades que no necesariamente engendran derechos. Lo que plantea una construcción escurridiza e incierta de este derecho desde el texto constitucional.

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública en la Ley Electoral

La Ley Electoral cumple una función complementaria y de apoyo en la regulación del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública. Esta desarrolla el marco normativo para el ejercicio del sufragio universal secreto, que es fundamental para elegir los candidatos propuestos por los partidos políticos. Además regula las condiciones y las inhibiciones que han de observar los candidatos para acceder a procesos electorales de autoridades, lo que brinda el marco mínimo complementario que regula el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, el que a continuación se presenta en forma sumaria.

- Desarrolla el artículo 51 Cn. que establece el derecho a *sufragio universal, igual, directo, libre y secreto* (art. 30), así como las condiciones para ejercerlo (art. 31). Reglamenta el ejercicio de este derecho por medio de establecer sus mecanismos operacionales, entre los que destacan: La creación de las autoridades electorales (art. 5), las Juntas Receptoras de Votos y sus autoridades (art. 23), establece la documentación para ejercer el derecho al sufragio (arts. 32 y 33), define los horarios de votaciones (arts. 110 y 114).
- Establece las condiciones generales que regulan las actividades de los partidos políticos considerados estos como uno de los actores más importantes en los procesos electorales: constitución de partidos políticos y alianzas de partidos políticos, partidos regionales, deberes, y derechos, etc. (arts. 64 y ss.). Regula las condiciones y requisitos a observar en materia de Campañas Electorales (arts. 86 y ss.).
- Delega en el Consejo Supremo Electoral la materia electoral. Faculta a este para resolver en última instancia las resoluciones relativas a los procesos electorales que involucran el ejercicio del sufragio universal, igual, directo, libre y secreto. Así como resolver cualquier otro tipo de recurso relativo al tema electoral (art. 1).

La Ley Electoral se ocupa de desarrollar los derechos políticos establecidos en la Constitución Política, estableciendo el conjunto normativo que regula los principales procesos electorales del país. Lo que pone en evidencia su objeto y naturaleza, puesto que se ocupa del desarrollo de los derechos políticos por excelencia, en particular el acceso a la función pública en condiciones de

igualdad. Lo que permite establecer reglas de acceso a la función pública, en particular a las más altas posiciones de gobierno, por lo que es de suma importancia comprender el ejercicio del derecho al sufragio y las reglas que regulan los procesos electorales establecidas en la Ley Electoral, puesto que estos juegan un papel complementario e instrumental para el ejercicio del derecho a acceder en igualdad de condiciones a la función pública.

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública en las leyes de desarrollo

Cuatro cuerpos normativos establecen diversas regulaciones que desarrollan este derecho. Sea en forma directa desarrollando normas constitucionales, como también estableciendo normas sobre las que se cimenta el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, las que delinean el marco legal en el que este derecho se manifiesta. Se debe aclarar que la mención de estas normas en éste trabajo no agota el conjunto normativo que desarrolla este derecho. Estas son: a. Leyes 40 y 261: Reforma e incorporaciones a la Ley No. 40 “Ley de los Municipios” (1997), b. el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 287/1998), c. Ley del Servicio Civil y la Carrera Administrativa (Ley 476/2003) y, d. la Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades (Ley 648/2008).

Se debe mencionar que existen otras leyes que contienen regulaciones particulares y referidas a instituciones gubernamentales específicas, que regulan y establecen el acceso en condiciones de igualdad de la función pública, que aspiran a promover el acceso igualitario a cargos y puestos en las administraciones públicas del país. Establecen las condiciones, requisitos y procedimientos de acceso e ingreso a las instituciones públicas, poniendo el énfasis en el principio de igualdad y la prohibición de discriminación. Por su carácter especializado cabe mencionar algunas de ellas: el Código de Organización, Jurisdicción y Previsión Social Militar (Ley 181/2004) y su reglamento, la Ley de la Policía Nacional (Ley 162/1996) y su reglamento, y la Ley de Carrera del Ministerio Público (Ley 585/2006), entre otras.

Leyes 40 y 261: Reforma e incorporaciones a la Ley No. 40 “Ley de los Municipios” (1997)

Retoma lo establecido en el artículo 178 de la Constitución Política y el artículo 154 de la Ley Electoral, que establecen que el Alcalde, el Vice-Alcalde y los Concejales serán electos mediante *sufragio universal, igual, directo, libre y secreto*. Lo que abre avenidas de acceso a la función pública a nivel municipal a todas las personas que cumplen los requisitos establecidos para participar en estos procesos electorales.

El Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 287/1998)

En relación al derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad el Código de la Niñez y la Adolescencia establece dos argumentos, los que a los efectos de ejercer este derecho resultan de obligatoria mención en el caso de derechos de la niñez y los adolescentes. En Primer lugar, el Código establece como derecho de niños y adolescentes la amplia participación de estos en la vida social y política de la Nación, y la participación en Participarán en reuniones y asociaciones según su edad e interés (art. 15). En segundo lugar desarrolla lo establecido en el artículo 47 de la Constitución Política relativo a la edad mínima de dieciséis años para ejercer derechos de ciudadanía entre los que se incluyen los derechos políticos por excelencia (art. 18). Los que abre la participación al derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública.

La Ley del Servicio Civil y la Carrera Administrativa (Ley 476/2003)

Desde su génesis la Ley del Servicio Civil y la Carrera Administrativa (Ley 476/2003), fue una ley polémica, tomando en cuenta los *antivalores* que han moldeado la cultura política nacional. Entre los que se menciona la lealtad incondicional al gobernante y su partido, así como considerar que el Estado es el botín al que tiene derecho el gobernante de turno y sus allegados. Lo que no ha favorecido una cultura de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, debidamente reglada y sometida a controles de legalidad y oportunidad.

La Ley del Servicio Civil y la Carrera Administrativa (Ley 476/2003), pretende erigirse en la antesis de la selección y el acceso a la función pública en el país. Esta contiene regulaciones encaminadas a favorecer el ingreso y acceso a la función pública en función de ciertos valores, como son el respeto al principio de legalidad, cultura de servicio a la ciudadanía, lealtad a la nación y al Estado nicaragüense, brindar servicios públicos con calidad, e igualdad de trato y de condiciones de trabajo. Entre las condiciones de trabajo se contempla brindar derechos y oportunidades con pleno respeto al principio de igualdad que por definición establece la prohibición de discriminación (art. 3).

Establece el *principio de merito*, así como la garantía de la aplicación de los principios rectores de la ley en la selección: igualdad, merito, capacidad y equidad *para acceder a una plaza de un puesto* de la Administración de del Estado. También establece los requisitos generales de ingreso al Servicio Civil y la Carrera Administrativa (arts. 78 - 81). Estableciendo de esta manera el marco general que regula el ingreso al Servicio Civil y la Carrera Administrativa en el país. Además establece el conjunto de recursos disponibles para los ciudadanos que consideren omitidos o violados sus derechos, aspecto que será tratado en el apartado relativo a los mecanismos internos de protección de este derecho.

Entre otros aspectos la Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa y su reglamento establecen diversos mecanismos de protección en el acceso en condiciones de igualdad a la

función pública. En particular en el acceso a puestos y cargos en las diversas administraciones públicas del país, creando mecanismos que permiten revisar e impugnar las diversas decisiones y actos que entrañan el acceso a la función pública objeto de esta ley. Entre los principales mecanismos de protección se mencionan: El establecimiento de la Comisión de Apelación del Servicio Civil (art. 16), el Recurso de Apelación establecido para impugnar resoluciones de la Comisión Tripartita en casos de procesos disciplinarios en contra de servidores públicos (arts. 64 y 65), y el Recurso de Revisión ante el Comité de Selección y Apelación como consecuencia de supuestos errores o desacuerdos ocurridos durante el proceso de selección de candidatos al servicio civil (art. 90).

Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades (Ley 648/2008)

Dicha ley se plantea equiparar la participación equitativa de hombres y mujeres en el *acceso a las instancias, niveles de poder y toma de decisiones* de la administración pública y la administración territorial, por medio de dos mecanismos. En primer lugar, establece un *porcentaje proporcional entre hombres y mujeres* para los cargos de elección nacional, regional, municipal y del Parlamento Centroamericano, y los Gobiernos Regionales y Municipales (arts. 9 y 10). En segundo lugar, establece normas de participación equitativa de hombres y mujeres en los partidos políticos, como son: incorporar como principio organización y participación la *no discriminación de las mujeres* en las instancias de toma de decisiones (art. 10), y establece que los partidos políticos *garantizaran* la participación equitativa de hombres y mujeres en las listas a cargos de elección del Poder Legislativo, el Presidente de la República, las Diputadas y los Diputados (art. 11).

Establece a la Procuraduría Especial de la Mujer de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos funciones de investigación, fiscalización, denuncia, informe y ejercer las acciones legales que correspondan para *proteger y restablecer* los derechos humanos de las mujeres. Así como también la faculta a someter informes extraordinarios a la Asamblea Nacional en materia de omisiones o violaciones de los derechos humanos de las mujeres ocurridos en el contexto de esta ley (art. 35).

Al establecer las potestades de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos en materia de promoción y protección de los derechos de las mujeres, la Ley de Igualdad de Oportunidades crea un mecanismo interno de protección del derecho al acceso en condiciones de igualdad a la función pública. Mecanismo de protección que deberá demostrar su eficacia en el futuro. Desafío que genera más dudas que expectativas, tomando en consideración dos aspectos que afectan el funcionamiento y la credibilidad de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. En primer lugar, la falta de recursos financieros para desarrollar un apropiado trabajo de promoción y protección de los derechos humanos para todos los nicaragüenses sin discriminación, y en segundo lugar, la lamentable politización en la que se encuentra sumida esta institución. Lo que erosiona la credibilidad e imparcialidad que se presume ha de contar la Procuraduría para la

Defensa de los Derechos Humanos en su labor de promoción y protección de los derechos humanos.

Mecanismos internos de protección del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública

Los mecanismos internos de protección del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública se puede esbozar en tres grupos: a. controles constitucionales, b. recursos ordinarios establecidos como mecanismos internos de protección y, c. mecanismos institucionales de protección.

Los mecanismos internos de protección establecidos por la Constitución Política

El Recurso de Amparo establecido en el artículo 188 de la Constitución Política y desarrollado en la Ley de Amparo a partir del artículo 23 y siguientes. Este puede ser utilizado como mecanismo de protección de derechos omitidos o violados a consecuencia de toda acción u omisión de las personas que ejercen funciones públicas. Las que violen o traten de violar los derechos y las libertades de las personas establecidas en la Constitución Política. Diseñado con un espectro de acción amplio, por lo que puede ser empleado contra una amplia gama de disposiciones, actos o resoluciones que lesionan derechos y libertades.

Los diversos escenarios en los que es posible utilizar el Recurso de Amparo en la protección del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública. Sin que el listado abajo mencionado sea exhaustivo, entre otros se mencionan:

- Contra las acciones u omisiones referidas al acceso en condiciones de igualdad a cargos públicos regladas en la Constitución Política o leyes de desarrollo. En particular en los procesos electorales en los que se ejerce el sufragio universal, libre, directo y secreto: Presidente y Vice-Presidente de la República, Diputados ante la Asamblea Nacional y ante el Parlamento Centroamericano, Alcaldes, Vice-Alcaldes y Miembros de los Concejos Municipales.
- Contra las resoluciones del Consejo Supremo Electoral relativas a los partidos políticos, si pueden ser recurridas de Amparo ante los Tribunales de Justicia (art. 76 L.E.).
- Contra resoluciones emitidas por el Consejo Supremo Electoral en la aplicación e implementación de la Ley de Identificación Ciudadana (art. 11 Ley de Identificación Ciudadana).
- Contra las omisiones y violaciones al derecho a la participación equitativa de hombres y mujeres en el acceso a las instancias, niveles de poder y toma de decisiones. En dos circunstancias específicas, establecidas por la Ley de Igualdad de Derechos y

Oportunidades. En primer lugar, contra las omisiones del *porcentaje proporcional* entre hombres y mujeres para cargos de elección nacional, regional o municipal (arts. 9 y 10 Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades). En segundo lugar, en contra de las omisiones de los partidos políticos en cuanto a proponer en condiciones candidatos a puestos de elección en detrimento de la participación equitativa de hombres y mujeres en las listas a cargos de elección del Poder Legislativo, el Presidente de la República, las Diputadas y los Diputados (art. 11 Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades).

- En general contra acción u omisión que vulnere o ponga en riesgo el derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad, emitida por cualquier persona que ejerce funciones públicas, entre las que se incluyen a los partidos políticos (art. 188 Cn.).

La enumeración de las diversas circunstancias y escenarios probables en los que es conveniente recurrir disposiciones, actos o resoluciones emitidas por personas que ejercen funciones públicas, son diversas, lo que hace difícil agotar el listado de estas. Por los riesgos y amenazas que el Recurso de Amparo está llamado a proteger, en especial el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, ponen de manifiesto la versatilidad del Recurso de Amparo, como uno de los principales mecanismos internos de protección de los derechos y las libertades. Los que en clave de derecho nacional, es decir establecidos por la legislación interna, recepcionan, introducen y desarrollan las principales instituciones del derecho internacional de los derechos humanos.

Recursos ordinarios establecidos como mecanismos internos de protección de los derechos y libertades de las personas

Estos tienen por objetivo proteger los derechos y libertades establecidos en diversos cuerpos normativos, sean de naturaleza constitucional o leyes de desarrollo. Entre estos se mencionan:

- El Recurso de Hecho dirigido a impugnar el registro provisional de candidatos propuestos por los partidos políticos (arts. 79 y 85 L.E.).
- El Recurso de Hecho está disponible para los partidos políticos y alianzas de partidos que consideren *violados sus derechos*. El que puede ser utilizado en contra de las decisiones de los Consejos Electorales tomadas o implementadas durante las campañas electorales (art. 98 LE).
- El Recurso de Apelación establecido para impugnar resoluciones de la Comisión Tripartita en casos de procesos disciplinarios en contra de servidores públicos (arts. 64 y 65 Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa).

- El Recurso de Revisión ante el Comité de Selección y Apelación como consecuencia de supuestos errores o desacuerdos ocurridos durante el proceso de selección de candidatos al servicio civil (art. 90 Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa).

Mecanismos institucionales de protección del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública

La legislación nicaragüense crea tres mecanismos, los que están diseñados a proteger el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública. En estos casos se delega en una institución estatal la función de decidir e intervenir en la tutela de este derecho. Los mecanismos institucionales creados para este fin, son:

- El establecimiento de la Comisión de Apelación del Servicio Civil, creada por el artículo 16 de la Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa. Es creada como un órgano de segunda instancia, *encargado de conocer y resolver sobre los recursos administrativos presentados contra las resoluciones emitidas por las instituciones*. Constituyéndose como la última instancia en materia de aplicación de esta ley. Sera integrada por tres miembros electos por la Asamblea de ternas propuestas por el Presidente de la República. Ternas que han de ser consultadas con *universidades, organizaciones sindicales del sector público y asociaciones de abogados*.
- La creación de la Comisión Tripartita, la que será responsable de establecer responsabilidades en casos de procesos disciplinarios incoados en contra de servidores públicos. Sera compuesta por un representante del servidor público, un representante de la Inspectoría del Ministerio del Trabajo y un delegado de la instancia de Recursos Humanos de la Institución (arts. 56 y ss. Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa).
- Intervenciones de la Procuraduría Especial de la Mujer de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos en casos de violaciones y omisiones de los derechos humanos de las mujeres. El artículo 35 de la Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades delega en la Procuraduría Especial de la Mujer de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, establece diversas intervenciones encaminadas a *proteger y restablecer* los derechos humanos de las mujeres en materia de equidad e igualdad de derechos y oportunidades que la ley regula.

Se faculta a la PPDH para investigar, fiscalizar, denunciar, informar y ejercer las acciones legales ante las instituciones competentes nacionales e internacionales para la defensa y protección de los derechos omitidos o violados de las mujeres. También se faculta a esta institución a presentar informes acerca de la situación de los derechos de las mujeres en el contexto de esta ley ante la Asamblea Nacional. Esta última regulación resulta de suma importancia puesto que abre nuevos

mecanismos de intervención en temas tan sensibles como es el acceso de las mujeres en condiciones de igualdad a la función pública, al mismo tiempo que involucra a una institución del Estado nicaragüense en la promoción y protección de los derechos de las mujeres.

Patrones y modalidades de violaciones del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública

- El ingreso al Servicio Civil y la Carrera Administrativa en omisión del principio de igualdad y la prohibición de la discriminación. En general cualquier ingreso a cargos y puestos en las administraciones pública en omisión de los requisitos principales reglados en la ley: merito, igualdad de oportunidades y no discriminación.
- El ingreso a la carrera judicial a partir de preferencias políticas – partidarias, en omisión del principio de igualdad y merito establecido en la Ley de Carrera Judicial.
- La discriminación de mujeres originada en omisión del *porcentaje proporcional* entre hombres y mujeres en procesos de toma de decisiones. Ocurre u ocasionada en el seno de cualquier administración pública o los partidos políticos o alianza de partidos políticos.
- La resolución extemporánea de cualquiera de los recursos establecidos como mecanismos de impugnación de los actos, decisiones y resoluciones de personas que ejercen funciones públicas relativas al ingreso, selección, y régimen disciplinario del Servicio Público y la Carrera Administrativa. Esta situación es aplicable a cualquier administración pública.
- La omisión de los partidos políticos o alianza de partidos políticos causada por la participación desigual de hombres y mujeres en las listas a cargos de elección del Poder Legislativo, el Presidente de la República, los Diputados, miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas del Atlántico, Alcaldes, Vice-Alcaldes y Miembros de los Concejos Municipales.
- Cualquier acción u omisión encaminada a realizar procesos electorales que requieren el ejercicio del derecho al sufragio universal, igual, directo, libre y secreto, con el fin de beneficiar a cualquier candidato omitiendo los requisitos establecidos en la Constitución Política, la Ley Electoral y leyes de desarrollo. En particular las omisiones de los requisitos y las inhibiciones para los candidatos a Presidente, Vice-Presidente de la República, Diputados ante la Asamblea Nacional y Parlamento Centroamericano, Miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas del Atlántico, Alcaldes, Vice-Alcaldes y Miembros de los Concejos Municipales.
- El establecimiento de condiciones y procedimientos adicionales a las establecidos en la legislación, encaminados a discriminar o excluir a cualquier candidato a ser electo en

procesos de elección popular que implican el ejercicio del derecho a ejercer el sufragio universal, igual, directo, libre y secreto.

- La omisión de *la libre voluntad de los electores*, la que se omite por medio de cualquier forma de fraude electoral, en contradicción con lo establecidos en el artículo 23 b. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- El cambio arbitrario de los requisitos e inhibiciones en general de las reglas del juego electoral, requeridas para participar como candidato en cualquier proceso de elección que implique el ejercicio del sufragio universal, igual, directo, libre y secreto, con el fin de beneficiar o excluir a cualquier candidato, sean candidatos presentes o futuros.

Sugerencias para la verificación de eventuales denuncias de violaciones al derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública

- Entreviste directa y personalmente a las personas afectadas a fin de conocer en detalle los argumentos, el soporte legal y los hechos en los que fundamentan la denuncia.
- Entreviste a las personas que ejercen funciones públicas, a las que se señalan de omitir o violar los derechos denunciados, con el fin de conocer los argumentos sobre los que estas personas soportan sus decisiones, actos o resoluciones supuestamente gravosas, a los efectos de la denuncia.
- Ante denuncias por omisión del principio de igualdad y prohibición de la discriminación en el acceso a la función pública, sugiera recurrir por medio de los recursos que establece la Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa. En un segundo momento analice con las personas afectadas la conveniencia de recurrir de Amparo.
- En los casos que no se hayan agotados los recursos que establece la legislación nacional, recomendando su agotamiento riguroso. Tenga presente que el agotamiento de los recursos y las instancias que provee la legislación interna es uno de los requisitos principales en eventuales procesos incoados en cualquier instancia internacional de protección de los derechos humanos.
- En casos de reformas y cambios arbitrarios de las reglas del juego electoral, por tratarse de temas altamente politizados y polarizantes, tenga presente que las denuncias han de ser documentadas y verificadas en apego al más estricto sentido de profesionalismo y objetividad.

- En casos de omisión de los derechos humanos de las mujeres, sugiera incluir en el proceso de verificación y documentación a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.
- Analice las declaraciones públicas los funcionarios de las administraciones públicas en relación a eventuales denuncias por omisión del *porcentaje proporcional* entre hombres y mujeres en procesos de toma de decisiones. También analice las declaraciones públicas de los líderes de los partidos políticos en cuanto a la participación desigual entre hombres y mujeres como candidatos a procesos de elección que requieren el ejercicio del sufragio universal, igual, directo, libre y secreto. Esto le permitirá conocer la posición pública de funcionarios de gobierno y líderes partidos políticos, facilitando identificar las posibilidades de recurrir sus decisiones por medio de los mecanismos internos de protección de este derecho que brinda la legislación nacional.

Capítulo 18. El proceso de verificación de las violaciones de los derechos humanos en el ámbito local

Introducción

Corresponde a este capítulo explicar el proceso de verificación de los derechos humanos a nivel local. Es decir aquel se realiza por medio de promotores y organizaciones de derechos humanos locales, dentro de las fronteras del Estado nacional. También corresponde explicar en este capítulo las interacciones que existen entre el derecho internacional de los derechos humanos y la legislación nacional, y la utilización de los diversos mecanismos de protección de los derechos humanos.

También en este capítulo se abordan el marco conceptual mínimo de la verificación de los derechos humanos, las etapas, alcances y objetivos que este comprende. Parte muy importante del proceso de verificación de los derechos humanos es el relativo al papel que realizan los promotores de derechos humanos así como los valores que este proceso impone.

Este capítulo además, propone herramientas metodológicas para la verificación de las violaciones de derechos humanos en el ámbito local. Lo que plantea establecer los tres elementos que coinciden en el proceso de verificación de las violaciones. La verificación de las violaciones de derechos humanos la realizan promotores nacionales, imbricados en las diversas organizaciones de la sociedad civil, es decir ciudadanos nacionales del país en el que ocurren las violaciones. Lo que aporta diferencias sustantivas con la verificación internacional de derechos humanos, puesto que las personas que participan no gozan de ninguna inmunidad, ni representan a ninguna organización internacional. Por el contrario estas verifican derechos humanos en representación de sus organizaciones nacionales y están sujetos a la legislación nacional.

El marco conceptual

El proceso de verificación de las violaciones de derechos humanos

Se considera como verificación de los derechos humanos al proceso racional y ordenado, por el que se verifica, comprueba y documenta las denuncias que eventualmente son constitutivas de violaciones de derechos humanos. Violaciones que son cometidas por personas que ejercen funciones públicas y/u otros actores no estatales, y son observadas, verificadas y documentadas por organizaciones o promotores locales de derechos humanos.

La verificación de las violaciones de derechos humanos es un proceso racional y ordenado, puesto que este prevalece una relación teleológica de medios afines. En primer lugar el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos permite a las organizaciones y promotores de derechos humanos arribar a la conclusión acerca de la existencia de la violación de derechos

humanos observada, verificada o documentada. Es decir este proceso permite concluir si la violación de derechos humanos ocurrió o no. En segundo lugar, el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos posibilitan la restitución de los derechos omitidos o violados a las personas, sea utilizando mecanismos internos o internacionales de protección de los derechos humanos.

Las diferencias entre monitoreo, observación, investigación y verificación de violaciones de derechos humanos

La verificación de las violaciones de derechos humanos presenta diversas influencias metodológicas y genéticas. La identificación de cada una y las tonalidades que estas derivan en el proceso de verificación de las violaciones de derechos humanos es de suma importancia. En forma simple ello podría parecer sin sentido y una pérdida de tiempo, si se toma en cuenta que son conceptos similares y muy cercanos, por lo que la discusión teórica, eventualmente podría ser zanjada con el auxilio de un diccionario.

Sin embargo establecer la fuente metodológica que subyace en el proceso de verificación de las violaciones de derechos humanos, nos permite identificar las posibilidades, los ámbitos, objetivos y el método sobre el que transita el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos.

En términos metodológicos en la actualidad se observan cuatro grandes corrientes que fundamentan la verificación de violaciones de derechos humanos como un proceso lógico y ordenado.

- “Monitorear” los derechos humanos

En primer lugar está la expresión “monitorear” las violaciones de derechos humanos. Esta corriente metodológica nos remite al anglicismo “monitor”. En el idioma inglés la palabra: “monitor”, cuenta con dos acepciones. Es sustantivo y es verbo. Como sustantivo refiere a la persona cuyo trabajo consiste en *examinar y estar seguro* que algo se hace en forma justa y honesta, en especial en países extranjeros. En clara alusión al papel de verificación que realizan las Naciones Unidas. En la acepción de verbo, “monitor” implica observar, examinar algo durante un periodo de tiempo con el fin de conocer su desarrollo y las formas de introducir cambios. (Oxford, 7a. Edición. 2008).

Prestando el término “monitor”, del idioma inglés se ha acuñado la palabra “monitorear” con ambas acepciones, como sustantivo y como verbo. Lo que ha permitido en el ámbito de los derechos humanos desarrollar los anglicismos siguientes: a. “monitorear” los derechos humanos, b. los “monitores” de derechos humanos. Sin embargo la carga ética que en el idioma inglés la palabra “monitor” alude, desaparece ante la adaptación al idioma español, puesto que se asocia únicamente a la función de observación.

- *La “observación” de los derechos humanos*

En segundo lugar, algunos autores se refieren a la observación las violaciones de derechos humanos como similar a la verificación de violaciones de derechos humanos. Sin embargo observar y verificar tienen significados muy diferentes. Observar implica una actitud pasiva frente a un objeto, proceso o hecho. Lo que sugiere que las intervenciones de parte del observador están excluidas. Lo que vacía de contenido al proceso de verificación de violaciones de derechos humanos y su consecuencia natural como es el proceso de protección e intervenciones activa que están obligados a consumir los promotores y las organizaciones de derechos humanos en la protección de las víctimas. Tanto en su dimensión metodológica como teleológica, la verificación de violaciones de derechos humanos, presumen la participación activa de los promotores de derechos humanos, e implican subsecuentes intervenciones, encaminadas a mejorar la situación de las víctimas o de las personas vulnerables.

La “observación” de las violaciones de derechos humanos, como opción metodológica, implica un alto grado de riesgo que deben pagar las víctimas de las violaciones, y además plantea legitimar la impunidad estatal, puesto que la observación por su naturaleza pasiva, no permite una protección adecuada de las víctimas de las violaciones de derechos humanos. Ni tampoco admite las intervenciones activas de los promotores de derechos humanos, los que se han de limitar únicamente a “observar” y cruzarse de brazos, incluso hasta en las mas inhumanas y despiadadas situaciones.

- *La “investigación” de las violaciones de derechos humanos*

En tercer lugar, algunos autores se refieren al proceso de investigación de violaciones de derechos humanos. Este trabajo parte de dos premisas: En primer lugar, corresponde a los Estados nacionales la protección de los derechos humanos. Tal deber de protección se realiza por medio de los mecanismos de protección internos que se encuentran establecidos de previo en la legislación. Los que son invocados en primer lugar ante la administración de justicia del país en donde se presume que ocurrió la violación u omisión. Ello presume admitir que el control del monopolio al uso de la fuerza se concentra en el Estado por medio de las diversas instituciones que lo componen, y en especial las encargadas de hacer cumplir las leyes.

El anterior planteamiento implica que únicamente le está dado al Estado por medio de las instituciones encargadas de hacer cumplir las leyes el investigar, cualquier hecho que atente contra los derechos y las libertades de las personas. Ello equivale a afirmar que investigar es una función estatal, puesto que esta deriva consecuencias jurídicas en el proceso penal, en particular, corresponde a esta función estatal producir las evidencias. Sin embargo, por su naturaleza el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos en el ámbito local, que es realizado por promotores y organizaciones de derechos humanos que no ejercen potestades públicas, ni la

autoridad para producir evidencias. Tampoco se puede exigir a los promotores de derechos humanos a investigar las violaciones de derechos humanos, puesto que estos no desarrollan su trabajo como oficiales de policía, ni Fiscales, ni Procuradores de Justicia, ni jueces o magistrados.

La segunda premisa de la vertiente investigativa de los derechos humanos, ubica su influencia en las funciones de investigación que los diversos Tribunales Internacionales han delegado en la Fiscalía (ex – Yugoslavia y Ruanda). A la que le corresponde investigar y producir la evidencia durante el juicio. Sin embargo se debe aclarar que en ambos Tribunales Internacionales fueron constituidos por la comunidad internacional para investigar crímenes de lesa humanidad. Lo que deja fuera a los promotores de derechos humanos que desarrollan sus actividades en el ámbito local desprovistos de mandato internacionales y sujetos a la legislación interna. Lo que nuevamente deja sin vigencia la “investigación” de violaciones de derechos humanos como opción metodológica optima y fiable para ser ejercida en el ámbito local.

- *La verificación de las violaciones de derechos humanos*

En cuarto lugar, este trabajo asume como argumento metodológico la verificación. Esta permite incorporar la dicotomía a la que están sujetos los Estados nacionales. Puesto que estos son considerados como los principales protectores de los derechos humanos, y al mismo tiempo, ser considerados los principales violadores de los derechos humanos. Además la verificación implica la participación y las intervenciones activas de los promotores de derechos humanos. Además, la verificación supone someter a prueba una hipótesis o un hecho por medio de *la observación y el análisis*¹⁸⁴. Lo que abre un amplio abanico de intervenciones a los promotores de derechos humanos en el ámbito local, tomando en cuenta su privilegiada posición e imbricación en el seno de sus comunidades.

Por lo que en lo sucesivo este trabajo refiere a la verificación de las violaciones de derechos humanos como al proceso activo, lógico y ordenado por el que se examinan, comprueban y documentan las acciones y las omisiones en contra de los derechos y las libertades establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos. Las que son cometidas por personas que ejercen funciones públicas y otros actores no estatales en contra de cualquier persona dentro de las fronteras estatales y sometidas a la legislación nacional. Y persigue los objetivos: mejorar la situación de vulnerabilidad de las víctimas de las violaciones u omisiones, aportar argumentos analíticos y facticos acerca de la comisión o no de las violaciones u omisiones de derechos humanos, sea a nivel local o internacional. Y trae como consecuencia la implementación de acciones diversas encaminadas a la restitución de los derechos y libertades violadas.

¹⁸⁴ Amnesty International. Monitoring and Reporting Human Rights Violations in Africa: A Handbook for Communities Activists. Great Britain, 2002, p. 20.

Las violaciones de los derechos humanos y los delitos

El marco normativo por el que se regula la verificación de las violaciones de derechos humanos cuenta con dos importantes dimensiones: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la legislación nacional. Algunos autores consideran estos elementos como elementos independientes y separados el uno del otro. Sin embargo este trabajo adscribe la *tesis monista* de los derechos humanos, que plantean que tanto el derecho internacional de los derechos humanos como la legislación nacional se encuentran estrechamente relacionadas y conviven en estrecha interdependencia.

Corresponde a la Constitución Política la función de recepcionar las instituciones del derecho internacional de los derechos humanos, reconocerlas e incorporarlas a la legislación nacional. Por su parte corresponde a las leyes de desarrollo, brindar los mecanismos y los detalles de aplicación de estas instituciones. En esta tesis el derecho internacional de los derechos humanos trasciende al ámbito interno por medio de la legislación nacional, lo que pone al alcance de las personas dentro de los límites territoriales del Estado. Y corresponde a la administración de justicia del país tutelar las los derechos y libertades que han sido decepcionados del derecho internacional de los derechos humanos, los que han asumido la forma de instituciones y procedimientos establecidos y desarrollados por la legislación nacional.

La comprensión de ambas dimensiones es vital, puesto que ello permite identificar los mecanismos de protección internacionales e internos de protección de los derechos humanos, además permite identificar los conceptos de violaciones de derechos humanos y delitos. Conceptos que son de suma utilidad, puesto que permiten desarrollar estrategias de verificación, así como establecer las instancias ante las que corresponde demandar la protección de los derechos y libertades establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Violación de los derechos humanos y delitos

El concepto de violación de derechos humanos ha sido establecido por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos conforme a la siguiente definición:

“Las “violaciones de derechos humanos” comprenden las transgresiones gubernamentales de derechos garantizados por normas nacionales, regionales o internacionales sobre los derechos humanos y los actos u omisiones directamente imputables al Estado que suponen el incumplimiento de obligaciones jurídicas derivadas de normas sobre los derechos humanos. Se produce una violación cuando una ley, política o práctica infringe o desconoce deliberadamente obligaciones que corresponden al Estado respectivo, o éste no alcanza el nivel de conducta o de

resultados que se requiere. También ocurren violaciones de derechos cuando un Estado retira o elimina protecciones existentes de los derechos humanos”¹⁸⁵.

Por su parte el Código Penal (Ley 641/2008) establece la definición de delitos y faltas a continuación.

“Artículo 21 Delitos y faltas. Son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes calificadas y penadas en este Código o en leyes especiales”.

La aplicación de ambos conceptos a un hecho o incidente que presuma la omisión o violación de los derechos y libertades de las personas, determina las intervenciones de los promotores de derechos humanos y las diversas acciones a implementar para la verificación de derechos humanos omitidos o violados. Sin embargo la existencia de un hecho o incidente en el que se presuma la existencia de alguna o varias omisiones o violaciones de los derechos y libertades de las personas en el ámbito nacional, no necesariamente significa que este hecho o incidente constituye o equivale automáticamente a una o varias violaciones de derechos humanos. La existencia de un presunto hecho o incidente que viola derechos y libertades no significa necesariamente la existencia simultánea de una o varias violaciones de derechos humanos.

En primer lugar estamos ante un delito cuando se comete un hecho, acto o incidente en el que se violan u omiten los derechos y las libertades de las personas. Los derechos y libertades se encuentran establecidos de previo en las leyes, e impone a los Estados el deber de respetar los derechos y las libertades a todas las personas sin discriminación. Deber que esta derivado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (PIDCP art. 2, CASDH art. 1). El que se construye en forma positiva y asume la forma de garantía, la que ofrecida por el Estado para respetar los derechos y libertades reconocidas por los diversos instrumentos de derechos humanos para todas las personas bajo su jurisdicción sin discriminación alguna (art. 46 Cn.).

En casos de violaciones u omisiones de la legislación nacional cabe recurrir ante el Estado, en particular ante la administración de justicia con el fin de salvaguardar y proteger los derechos violentados, omitidos o en riesgo de ser violentados. El argumento anterior es la premisa elemental con la que se construye el proceso penal como mecanismo de protección interno de los derechos humanos de todas las personas en Nicaragua.

La ocurrencia de un delito cometido por cualquier persona particular, faculta a las víctimas a demandar la intervención de la administración de justicia en función de proteger los derechos de las personas afectadas. Activando por medio de la denuncia del proceso penal. La apropiada o inadecuada intervención de la administración de justicia será la clave para identificar la existencia de un delito o de una violación de derechos humanos.

¹⁸⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Manual de Capacitación para la Fiscalización de los Derechos Humanos. Op. Cit. Primera parte, Capítulo 1, p. 10.

- *Hipótesis de trabajo que permiten identificar la existencia de un delito, de violación de derechos humanos o de ambos*

La tutela de la garantía estatal de respetar los derechos que corresponde brindar a la administración de justicia, es la clave de identificación de la frontera que identifica los delitos y las violaciones de los derechos humanos. Existen tres hipótesis de trabajo que nos permiten identificar a cada una y por tanto derivar las consecuencias de cada caso.

Primera hipótesis. Existe un hecho o incidente constitutivo de delito, cometido en contra de una persona en el que se presume la violación u omisión de los derechos y libertades. Se parte de la premisa que corresponde a la administración de justicia brindar la protección de los derechos a esta persona. El deber estatal de proteger los derechos de las personas se ejerce adecuadamente conforme a la legislación, es decir, se sanciona a la persona que comete el delito denunciado, asegurando al presunto autor los derechos y las garantías que establece el derecho al debido proceso, y se restituyen adecuadamente los derechos violentados de la víctima. Lo que propone que la administración de justicia es respetuosa de los derechos y libertades de las partes procesales involucradas en el proceso penal. Por un lado, se respetan los derechos de los acusados por medio del cumplimiento de las reglas del debido proceso de conformidad con la legislación, y por el otro se asegura la adecuada protección de los derechos de las víctimas de los derechos por medio de la adecuada restitución y compensación del daño causado.

En este caso la administración de justicia brinda apropiadamente el deber estatal de protección de los derechos. La consecuencia de esta primera hipótesis es que no existe violación de los derechos humanos cuando la administración de justicia asegura la garantía estatal de respetar los derechos de las personas y además es respetuosa del derecho a juicio justo y derecho al debido proceso. Ello implica que lo que existe en un delito que debe ser investigado y juzgado de acuerdo a lo que establece la legislación nacional. Lo que se soporta en el principio de soberanía estatal, que preconiza que no existe ningún poder extraterritorial capaz de arrogarse las potestades soberanas del Estado para proteger a las personas que viven dentro de los límites o las fronteras nacionales.

Segunda hipótesis. Existe un hecho o incidente en el que se presume la violación u omisión de los derechos y libertades, constitutivo de delitos, en contra de una persona. La intervención del Estado por medio de la administración de justicia es defectuosa. No se observan los derechos y las garantías que establece el derecho a juicio justo y derecho al debido proceso. No se sancionan apropiadamente los delitos. No se restablecen, ni tampoco se restituyen los derechos de las víctimas de los delitos.

Las consecuencias de esta segunda hipótesis, entre otras son: Existe un delito que no ha gestionado en forma deficiente e inapropiada. El deber estatal de protección de los derechos y libertades no ha sido tutelado adecuadamente. Las víctimas se encuentran en una precaria

situación legal y material. Lo que existe en esta situación es la coexistencia de un delito y de una o varias violaciones de los derechos humanos cometidas en contra de los acusados de los delitos y contra las víctimas de los delitos. En estos casos se recomienda verificar el derecho a la justicia, en particular el derecho a juicio justo y el conjunto de derechos y libertades que conforma la familia de derechos que conforman el derecho al debido proceso. Derechos que asisten tanto a los acusados como a las víctimas de los delitos. En estos casos las violaciones u omisiones del derecho a la justicia pueden asumir la forma de omisiones del derecho a juez debido, omisión del derecho a las garantías judiciales, omisión del principio de legalidad, entre otras.

Lo anterior pone en evidencia la convivencia de delitos y violaciones de derechos humanos en forma simultánea. En primer lugar, se presume que existe un delito que no ha sido gestionado apropiadamente. En segundo lugar, se observan las omisiones o violaciones de compromisos establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la administración de justicia. Lo que permite afirmar que también existen violaciones de los derechos humanos. Dichas violaciones de derechos humanos pueden cometidas en contra de las víctimas de los delitos, como también contra los acusados. Lo que deriva en responsabilidad internacional del Estado, que permite demandar su cumplimiento ante instancias internacionales.

Tesis que se fundamenta en la teoría de regímenes internacionales, los que se consideran como el conjunto de normas por las que los Estados regulan su comportamiento. Tesis que rebasa el limitado marco teórico de la soberanía nacional, al operarse la mutación por la que el deber interno de investigar, prevenir y sancionar los delitos se transforma en la responsabilidad internacional del Estado. Esta mutación pone en evidencia a sus actores y deriva consecuencias evidentes, tomando en consideración que en el deber estatal de prevenir, investigar y sancionar los delitos recae en forma exclusiva en las instituciones de la administración de justicia y en particular en jueces y magistrados, los que gestionan y ejercen sus funciones de acuerdo a la ley nacional. Por el contrario en el caso de la responsabilidad internacional del Estado, de entrada ésta presume la omisión del deber estatal de prevenir, investigar y sancionar los delitos. Lo que plantea que el Estado no ha sido capaz de ejercer funciones de soberanía dentro de sus fronteras. Y faculta por tanto, la utilización de mecanismos de protección internacional de los derechos omitidos, los que se ejercen en clave de derecho internacional de los derechos Humanos, y se demandan ante instancias internacionales.

Tercera hipótesis. Existen un conjunto de conductas y hechos que son definidas por el Derecho Internacional como delitos internacionales, y por simple definición implican serias violaciones de los derechos humanos. En estos casos estamos ante tipos establecidos de violaciones de derechos humanos, que son reglados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y reconocidos como tales por la legislación nacional.

Este tipo de violaciones de derechos humanos regladas de previo por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos están referidos a los artículos 6 y 7 del Estatuto de Roma por el que se crea

la Corte Internacional Penal. En Nicaragua estos delitos se encuentran tipificados y contemplados como delitos en el Código Penal, Libro Segundo XXII Delitos Contra el Orden Internacional, en particular los Capítulos I y II. En estos casos la intervención de la administración de justicia es clave para determinar la existencia de violaciones de los derechos humanos. En segundo lugar la adecuada o inapropiada prestación del deber estatal de protección de los derechos, faculta a las víctimas a acudir a instancias nacionales o internacionales de protección de sus derechos.

Como conclusión se puede afirmar que el respeto y apego al principio de juicio justo y el derecho al debido proceso que rigen las intervenciones de la administración de justicia y otras administraciones públicas, establecen el marco normativo-ético que regula la prestación del deber estatal de proteger los derechos de las personas. Valores normativos que se constituyen en las claves que permiten identificar los delitos y las violaciones de derechos humanos. Y permiten establecer las instancias y los mecanismos de protección nacionales o internacionales de los derechos y libertades establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Las consecuencias de cualquiera de las tres hipótesis de trabajo antes mencionadas, también permite establecer las estrategias de verificación de violaciones de los derechos humanos. También permiten identificar las eventuales intervenciones encaminadas a proteger a las víctimas y mejorar su situación de vulnerabilidad. Lo que implica que la verificación de derechos y las intervenciones ante las administraciones públicas han de implementarse por los promotores de derechos humanos, en forma simultánea.

El proceso de verificación de violaciones de derechos humanos

El proceso de verificación de violaciones de derechos humanos requiere de un mínimo grado de organización que permita sistematizar priorizar las diversas acciones y procedimientos que requiere alcanzar los fines y objetivos que el proceso de verificación. Los objetivos y métodos empleados en el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos, pueden variar de acuerdo a los intereses agendas institucionales que impulsan las diversas organizaciones de derechos humanos.

El marco normativo mínimo que sustenta el proceso de verificación de los derechos humanos y los valores en juego

Se considera que los derechos humanos son *parámetros de legitimidad* por el que organiza una sociedad determinada. En esta perspectiva los derechos humanos atraviesan la construcción de lo político y la política. Los derechos humanos se construyen por medio de asignar derechos inalienables a todas las personas sin discriminación (vida, libertad personal, garantías procesales, derechos de organización, derecho a voto, etc.), y a su vez establecen los requisitos mínimos de la organización estatal: relevo periódico de líderes por medio de elecciones, acceso a la función pública, el acceso a la dirección de los asuntos públicos, requisitos del sufragio, etc.

El proceso de verificación de derechos humanos es una actividad sensible, puesto que observa y analiza la organización de las relaciones civiles, políticas, económicas y sociales de una sociedad en particular poniendo especial atención a la relación personas – Estado. La que por sus componentes se trata de una relación política por definición. Para fundamentar esta aseveración se afirma que no se concibe una violación de derechos humanos sin la intervención de una persona que ejerce funciones estatales, es decir funciones públicas.

El proceso de verificación de violaciones de derechos humanos observa, analiza y desafía los paradigmas de justicia y legitimidad estatal. Lo que exige a las organizaciones y promotores de derechos humanos adscribir un marco de valores mínimos que aseguren que el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos se realiza conforme a ciertos requisitos que aseguren su objetividad, credibilidad y certeza.

El proceso de verificación de violaciones de derechos humanos desarrollado en este trabajo propone como valores mínimos que lo fundamentan, los siguientes:

- Imparcialidad y objetividad en la recolección de la información y los datos
- Respeta y toma partido con el sufrimiento de las víctimas de violaciones de derechos humanos sin discriminación alguna
- Respeta y reconoce la dignidad inherente de todos los seres humanos
- Reconoce derechos iguales e inalienables para todas las personas sin discriminación
- Reconoce que la democracia, el desarrollo y los derechos humanos son *conceptos interdependientes que se refuerzan íntimamente*.

Objetivos del proceso de verificación de violaciones de derechos humanos. Entre otros se mencionan los siguientes:

- Documentar las acciones y omisiones constitutivas de violaciones de derechos humanos
- Arribar a conclusiones acerca de la existencia o no de violaciones de derechos humanos
- Incidir y transformar la situación de vulnerabilidad de las víctimas de violaciones de derechos humanos, por medio de intervenciones en las instituciones públicas

El proceso de verificación de violaciones de derechos humanos no es una receta mecánica de trabajo

Las etapas, como los métodos y valores que articulan el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos, pueden variar de acuerdo a los fines, la agenda e intereses de las diversas organizaciones que trabajan por los derechos humanos. Las diversas etapas del proceso de verificación de violaciones de derechos humanos aquí propuestas no son una receta mecánica. Por el contrario el éxito de su aplicación está determinado por los fines que el proceso de verificación

de violaciones de derechos humanos persigue, y el grado de eficacia de las diversas intervenciones que los promotores de derechos humanos sean capaces de realizar, en función de mejorar la situación de vulnerabilidad de las víctimas. Es decir la eficacia del proceso verificación de violaciones de derechos humanos esta en dependencia de la protección y la restitución de los derechos omitidos y violados de las víctimas, así como los objetivos y las agendas de las organizaciones de derechos humanos.

La identificación de las etapas del proceso de verificación es de carácter metodológico. Por tanto no se debe considerar como una receta mecánica, ni tampoco es la suma esquemática de etapas de trabajo. Por lo que general estas no anuncian “con bombo y platillos” su inicio o su final. En ocasiones pueden coincidir dos o tres etapas en forma simultánea. Ello significa que se debe estar atento a los fines que a cada etapa le corresponde cumplir a lo largo de todo el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos.

Las etapas del proceso de verificación de violaciones de derechos humanos

- *El conocimiento del hecho o incidente que eventualmente constituye una omisión o violación de derechos humanos*

El conocimiento del hecho o los hechos constitutivos de eventuales violaciones de derechos humanos puede provenir de diversas fuentes. Fuentes publicas como son los medios de comunicación, funcionarios públicos, registros públicos (archivos, libros de control, expedientes, etc.), personas particulares relacionadas o no con los hechos o incidentes, las víctimas de las violaciones y sus familias. La diversidad de las fuentes por las que se conocen los hechos es muy diversa, por tanto, los promotores deben estar atentos las diversas posibilidades de conocimiento de los hechos o incidentes constitutivos de eventuales violaciones de derechos humanos.

En esta etapa existen dos aspectos que hay que considerar: a. el conocimiento inicial de los hechos o incidentes relacionados con eventuales violaciones de derechos humanos, no necesariamente implica que exista un caso de verificación de derechos humanos, puesto que en esta etapa el conocimiento de los hechos o incidentes es de carácter preliminar; b. la prioridad en esta etapa es acceder a información de primera mano acerca de los hechos o incidentes.

Información de primera mano significa acceder a las personas que tienen conocimiento directo acerca de los hechos o incidentes denunciados. No se debe considerar como información de primera mano la que se conoce en el ámbito de los medios de comunicación como “refritos” o aquella popularmente conocida como “reventa”. Por lo que se debe prestar especial atención a las fuentes que brindan la información acerca de los hechos, que eventualmente pueden derivar en violaciones de derechos humanos.

En esta etapa el conocimiento acerca de hechos o incidentes constitutivos de eventuales violaciones de derechos humanos, asume la forma de información preliminar. Sin embargo esta debe cumplir el requisito de la oportunidad, esto significa que la información preliminar ha de ser reciente. El conocimiento de los hechos o incidentes ha de ser una prioridad para las organizaciones y los promotores de derechos humanos. Lo que brindará mayores oportunidades de intervenir apropiadamente y prevenir daños mayores de acuerdo la urgencia y la celeridad que el caso amerite. No se considera como información oportuna aquella refiere a hechos o incidentes de vieja data, en los que no tiene sentido realizar acciones de protección.

- *La comprobación de los hechos o incidentes constitutivos de eventuales violaciones de derechos humanos*

El objetivo de esta etapa es confirmar que los hechos o incidentes que eventualmente constituyen violaciones de derechos humanos existen o no. Lo que demanda a las organizaciones y a promotores de derechos humanos: celeridad y agilidad para confirmar que los hechos o incidentes previamente conocidos. Es importante evaluar *la credibilidad de la información* en esta etapa, puesto que siempre existe el riesgo que la información obtenida acerca de los hechos registrados no sea siempre verdad. Las alternativas que se abren en esta etapa son entre otras: a. que los hechos o incidentes conocidos en la información preliminar son ciertos: existen, b. son distintos o diferentes a lo conocido, c. no existen. Por lo que se aconseja verificar la información *antes* de tomar cualquier acción¹⁸⁶.

En muchos casos el conocimiento de los hechos y los incidentes que eventualmente constituyen violaciones de derechos humanos aporta la suficiente información, que permite dar por confirmados los hechos o los incidentes denunciados. En estos casos, es posible que la etapa del conocimiento de los hechos o los incidentes y su comprobación se manifiesten en forma simultánea.

- *La recepción de la denuncia de eventuales violaciones de derechos humanos*

Esta etapa inicia con la recepción de la denuncia, es preciso aclarar que todavía a estas alturas del proceso de verificación de violaciones de derechos humanos no ha concluido y por tanto aun no se puede afirmar que los hechos o incidentes denunciados, son constitutivos de violaciones de derechos humanos. Por lo que aun se plantea que la existencia de dichas omisiones o violaciones tiene un carácter eventual. Es decir la existencia o ausencia de las violaciones u omisiones de derechos humanos solo es posible comprobarlo hasta que el proceso de verificación ha concluido.

¹⁸⁶ Moehlum, Marit. Monitoring Human Rights. Manual on Human Rights Monitoring An Introduction for Human Rights Field Officers. Norwegian Institute of Human Rights. Norway, 2001. Chapter 6, p. 13.

En esta etapa corresponde admitir y registrar los hechos o incidentes que eventualmente podrían constituir violaciones de derechos humanos. Las formas pueden variar de acuerdo a los programas y los registros que las diversas organizaciones de derechos humanos acostumbran implementar. Estos pueden ser materiales (libros de control, planillas, listados, expedientes, etc.) como también pueden ser digitales.

En cuanto a la recepción de las denuncias, conviene tener en cuenta los siguientes aspectos:

- *El derecho de confidencialidad de las personas que participan en el proceso de verificación de eventuales violaciones de derechos humanos.* Algunas organizaciones de derechos humanos suelen publicar en forma periódica informes acerca de la situación de los derechos humanos, esta práctica puede ser local o nacional y suele ser periódica.

El derecho de confidencialidad de las personas que participan en especial las víctimas o personas que aportan información o datos durante el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos es sumamente sensible y corresponde a las organizaciones y los promotores de derechos humanos su protección. Este consiste en el derecho que asiste a las personas que participan en el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos a pedir que sus nombres o cualquier otro dato que permita establecer sus identidades no sean mencionados en ningún informe público que las organizaciones y los promotores de derechos humanos suelen brindar en forma periódica.

En este contexto la confidencialidad puede ser considerada como un *acuerdo* realizado entre las personas que participan en el proceso de verificación de las violaciones y los promotores de derechos humanos, que consiste en no revelar, ni hacer públicas, sin sus autorizaciones o permisos para hacerlo¹⁸⁷. Por tanto corresponde a las personas que reciben y verifican la denuncia, consultar de previo a las víctimas y las demás personas que participan en el proceso de verificación, si ellas autorizan o no a revelar sus nombres en informes públicos. Por lo general la consulta previa acerca de la confidencialidad del caso se realiza al momento de la recepción de la denuncia.

Este derecho asume la forma de deber de confidencialidad para las organizaciones y promotores de derechos humanos a los que corresponde su protección. Conviene destacar que el derecho de confidencialidad antes descrito, no aplica durante el proceso de investigaciones que realizan las agencias encargadas de hacer cumplir las leyes (Policía, Fiscalía, etc.). Ni tampoco aplica durante el proceso penal. Se debe entender como una garantía de las personas que participan en el proceso de verificación encaminada a la protección de sus identidades y por tanto de su seguridad ulterior. Derecho a protección que

¹⁸⁷ Amnesty International, op. cit. p. 47.

corresponde proteger tanto por las agencias gubernamentales como por las organizaciones de derechos humanos.

En algunos casos en donde el derecho de confidencialidad ha sido guardado, existen algunas técnicas de información redacción que permiten revelar los casos, sin poner en evidencia la identidad de las personas. Sin embargo ellos requiere experiencia, y debe tratado con sumo cuidado y profesionalismo. En casos de dudas, la mejor opción es no revelar, ni publicar el caso, ni la identidad de las personas relacionadas a este.

- *La organización e identificación de las denuncias.* Es conveniente que a cada denuncia le sea asignado un código individual que permita su adecuada identificación y archivo. La numeración sucesiva con la incorporación de los meses o años pueden ser una forma sencilla para su organización y posterior manejo.
- *La capacidad de los promotores de derechos humanos para realizar entrevistas.* Esta es una de las más importantes actividades a realizar durante todo el proceso de verificación de denuncias por violaciones de derechos humanos. En este sentido las principales reglas a observar son: primero, no amenazar ni poner en riesgo a la persona entrevistada, y segundo, responder las siguientes preguntas¹⁸⁸ ¿que, quien, cuando, donde, como, con qué y por qué? Las respuestas obtenidas serán de sumo valor para implementar el proceso de verificación de la denuncia.
- *La tipificación de la denuncia de los hechos o incidentes que eventualmente se constituyen en violaciones de derechos humanos*

Esta es una de las etapas más importantes del proceso de verificación aquí propuesto. Consiste en comparar los datos, la información, los hechos y los incidentes conocidos con el catalogo de derechos y libertades establecidos por el Derecho Internacional de Derechos Humanos, con el fin de identificar las omisiones o las eventuales violaciones cometidas. La tipificación o calificación de la denuncia se realiza por personas con conocimiento mínimo de los estándares internacionales del DIDH. Por lo que conviene recurrir a ayuda especializada en este tema.

La tipificación o calificación de la denuncia tiene como resultado en la identificación preliminar de los derechos violentados. Lo que se comprueba, demuestra o verifica una vez concluido el proceso de verificación. La tipificación o calificación de la denuncia permite establecer la estrategia de verificación a seguir, así como identificar los objetivos a cumplir y los productos a alcanzar en cada caso, puesto que no conviene verificar una denuncia de ejecución extrajudicial con las mismas estrategias, intervenciones y los mismos mecanismos de protección que amerita implementar en una denuncia de omisión del derecho a la defensa.

¹⁸⁸ Møehlum, Marit. Op. Cit, p. 9.

En la tipificación o la calificación de la denuncia conviene considerar los siguientes aspectos:

- *La tipificación de todas las violaciones ocurridas.* En un mismo hecho o incidente a una misma persona pueden serle violados uno o varios derechos o libertades en forma simultánea. Por tanto corresponde tipificar o calificar todas las posibles violaciones u omisiones cometidas.
- *La prioridad de los derechos y libertades a verificar.* A los efectos de la verificación conviene establecer un orden de prioridades de derechos o libertades a verificar. Cabe tener en cuenta que existen un grupo de libertades y derechos humanos que por su naturaleza son fundamentales. Es decir el ejercicio de algunos derechos y libertades se encuentran condicionados por otros previos. Por ejemplo, considere que sin vida, libertad e integridad física no es posible ejercer algunos derechos civiles y políticos. Esta situación plantea establecer una jerarquía al grupo de los derechos a verificar. A los efectos metodológicos esta situación es una de las pocas excepciones a los principios de igualdad e indivisibilidad de los derechos humanos.
- *La tipificación o calificación de la denuncia o el caso, se realiza conforme a instituciones establecidas de previo por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haciendo una clara diferencia de las instituciones de derecho penal interno.* En el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos las primeras prevalecen sobre las segundas.

Por ejemplo en hipotéticos casos de ejecuciones extrajudiciales, no es conveniente tipificar el caso como homicidio o asesinato. Situación similar ocurre en casos de violencia sexual o de género en contra de niños. Conforme al DIDH corresponde tipificarlos como omisión del derecho a la justicia, o verificación del derecho al debido proceso que asiste a los niños.

Por el contrario, conforme a instituciones del derecho penal, en estos casos cabría tipificarlos como violación. Sin embargo lo que el proceso de verificación aspira a restituir los derechos violentados por medio de asegurar el derecho a la justicia que asiste las víctimas. Derecho que se encuentra fundamentado en el derecho de todas las personas a igual protección estatal, y en deber estatal de prevenir, investigar y sancionar los delitos.

En los casos de asesinato o violación tipificados conforme a las instituciones de derecho penal, éstos se fundamentan mediante el argumento de la existencia de ley previa y la compulsión estatal. Es decir una persona particular actuando en contra de la ley, agrediendo y afectando los derechos de otras personas. Lo que presume la ruptura a los derechos establecidos en ley previa, lo que justifica la intervención estatal. Sin embargo en casos de violaciones del derecho a la vida, el fundamento que ofrece el DIDH consiste en la verificación del deber de protección estatal, que se manifiesta por medio de la prohibición de matar a las personas que recae sobre el Estado.

A diferencia de la aspiración penalista que propugna por identificar al autor de un asesinato y sancionarlo, el DIDH plantea comprobar y verificar la participación del Estado y sus agentes en la ejecución extrajudicial de una persona, bajo la premisa que solo cometen ejecuciones extrajudiciales las personas que privan de la vida a otra persona a consecuencia del ejercicio de las funciones públicas de los primeros.

- *La verificación y la documentación de las violaciones de derechos humanos*

Esta es la etapa principal del proceso de verificación de las violaciones de derechos humanos. Los objetivos que esta cumple son entre otros: a. obtener información y datos acerca de la existencia o no de la violación denunciada, b. documentar y sistematizar la información obtenida en el proceso de comprobación de las violaciones, c. identificar las diferentes intervenciones de protección encaminadas a mejorar la situación de las víctimas de las violaciones.

El proceso de comprobación de las violaciones de derechos humanos, se concreta por medio de las diversas acciones de verificación y comprobación, por las que las organizaciones y los promotores de derechos humanos ponen en evidencia las diversas acciones u omisiones lesivas a los derechos y libertades de las personas reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las formas que asumen las acciones de verificación y comprobación de las violaciones pueden diversas y varían de acuerdo a la tipificación del caso, a la situación perentoria en que se encuentran las víctimas, a la instancia en la que se ha sometido el caso, y de acuerdo a los mecanismos de protección que se corresponde utilizar. Las acciones de verificación suelen variar, son diferentes para cada caso, puesto que no existen dos casos iguales. Estas pueden variar desde simples entrevistas a personas o funcionarios públicos hasta complejas intervenciones en la administración de justicia u opinión pública, sean estas implementadas por organizaciones en particular o en coalición con otras organizaciones.

Las acciones de verificación y comprobación son variadas y su empleo está en dependencia de cada caso. Corresponde a las organizaciones y promotores de derechos humanos seleccionar e implementar las que más convengan, tomando siempre en cuenta la situación de las víctimas y los objetivos del proceso de verificación de los derechos humanos. Se debe considerar que lo que pretende este proceso es poner en evidencia las omisiones y las violaciones mismas. Es decir se trata de poner al descubierto las diversas formas y los procedimientos por los que el Estado, a través de las personas que ejercen funciones públicas, incumple su deber de proteger y respetar los derechos y las libertades de las personas.

Durante la etapa de verificación y documentación de las violaciones de derechos humanos la credibilidad y objetividad de la información obtenida es crucial. Se recomienda que los promotores de derechos humanos accedan por tanto en forma directa a la información, lo que ofrece mayores de confiabilidad mayor en la información obtenida. Una de las técnicas recomendadas a los

promotores y organizaciones de derechos humanos consiste en realizar entrevistas con las personas que cuentan con información de primera mano acerca de los hechos objetos de la denuncia. Se considera que las entrevistas son una de las *herramientas principales* que están al alcance de las personas que trabajan en la verificación de las violaciones de derechos humanos¹⁸⁹.

La apertura de la etapa de verificación de las violaciones de derechos humanos supone delinear la estrategia de verificación. Por medio de esta se definen los objetivos de la verificación, se identifican los derechos violados y omitidos, las acciones encaminadas a revelar las acciones y omisiones estatales lesivas, los participantes del proceso de verificación, las instituciones, los tiempos. La agenda o plan de verificación supone establecer las prioridades por las que se organizan las diversas acciones de verificación de la denuncia, tomando en cuenta a las personas que participan, sea en la denuncia como en la verificación, las prioridades en cuanto a los derechos a verificar y las acciones a implementar en el tiempo. El plan de verificación conviene ser elaborado en cada caso y también corresponde ser evaluado y ajustado en forma permanente.

El proceso de verificación de las violaciones de derechos humanos transcurre en ambientes muy dinámicos y cambiantes, que en algunos casos conllevan diferentes grados de complejidad y riesgos. Los grados de complejidad estarán determinados por el acceso que las organizaciones y los promotores de derechos humanos tienen a los datos y la información relativa a las violaciones de los derechos y libertades objeto de la denuncia. Ello deriva implicaciones prácticas para las organizaciones y los promotores de derechos humanos, lo que en la mayoría de veces requiere de la observación y verificación de los casos en los tribunales de justicia, en donde el énfasis principal se debe centrar en la observación y verificación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la legislación nacional¹⁹⁰, poniendo especial atención en el derecho a las garantías judiciales, la igualdad de armas y oportunidades de las partes.

Entre los desafíos que enfrenta el proceso de verificación violaciones de derechos humanos, durante la etapa de verificación y documentación, entre otros, son los siguientes:

- a. El proceso de verificación de violaciones de derechos humanos deriva a las organizaciones y promotores de derechos humanos una carga ética, considerada como compromiso con el sufrimiento de las víctimas, como el respeto a la legalidad y el Estado de Derecho que este requiere. No es posible justificar intervenciones ilegales con argumentos de protección e intervenciones a favor de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Esta afirmación implica que el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos establece el respeto de las leyes, puesto que la verificación de violaciones de derechos humanos no es argumento suficiente para violar las leyes.

¹⁸⁹ Moehlum, Marit. Op. cit, p. 8.

¹⁹⁰ International Commission of Jurists. Trial Observation Manual. Geneva, 2002. P. 3.

- b. El intercambio de información y datos que durante el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos se realiza entre organizaciones y promotores por un lado, y funcionarios por el otro, plantea ciertos desafíos a los primeros. La obtención, recolección e intercambio de datos e información relativa a la denuncia que se verifica, obliga a tener en cuenta la seguridad de las víctimas y las personas que colaboran en el proceso de verificación.

El sentido común aconseja no revelar datos, ni intercambiar información, si ello supone un riesgo para las víctimas, o para el proceso de verificación mismo. Siempre conviene tener en cuenta las siguientes restricciones: No es aconsejable revelar datos, ni intercambiar información con personas a quien se señala de haber participado en violaciones de derechos humanos. No conviene revelar datos o información que permita a los supuestos violadores de derechos humanos mejorar sus coartadas o alterar los hechos. No conviene revelar datos, ni intercambiar información con funcionario alguno, si ello implica poner en riesgo la seguridad de las víctimas o las personas que colaboran en la verificación de la violación.

- c. Ante la falta de cooperación en el proceso de verificación de violaciones de derechos por las personas que ejercen funciones públicas, las que por su responsabilidad institucional cuentan con información o datos de interés para la verificación de los hechos o incidentes denunciados. Es conveniente tener en cuenta que la falta de cooperación se origina en la cultura de ocultamiento y secretividad que aún persiste en algunas instituciones públicas. Sin embargo, la ocultación y rechazo a colaborar en el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos, a largo plazo hace más precaria la situación del Estado.

La falta de transparencia y ocultamiento de las instituciones públicas, y la negativa a cooperar en el proceso de verificación de las violaciones de derechos humanos, a largo plazo solo fortalece la situación de las víctimas y refuerza la convicción de ilegalidad de los violadores. Es conveniente por tanto armarse de paciencia, y documentar las negativas, los ocultamientos y falta de cooperación y transparencia de las personas que ejercen funciones públicas durante el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos. En especial si se pretende someter el caso ante mecanismos internacionales de protección de derechos humanos.

- d. La organización de la verificación y documentación de las violaciones en la mayoría de casos transcurre en la administración de justicia, lo que impone desarrollar las herramientas de observación y verificación de los derechos humanos en la Administración de Justicia. La verificación de las denuncias de violaciones de derechos humanos requiere también documentar las reacciones de las instituciones encargadas de hacer cumplir las leyes, en la prevención, la investigación y la sanción de los ilícitos que engendran las violaciones. Por lo que es conveniente, prestar atención a la justicia penal y los compromisos que esta tiene con los derechos humanos y en especial con los estándares del derecho al debido proceso y juicio

justo¹⁹¹. La observación los juicios en los tribunales de justicia se debe considerar como una herramienta principal en la verificación de las denuncias por violaciones de derechos humanos.

La documentación de las violaciones de derechos humanos tiene como objetivo la creación de registros de datos o información, por la que es posible demostrar y poner en evidencia la existencia o no de las violaciones de derechos humanos. Inicia desde el primer momento en que el proceso de verificación comienza, es decir desde el momento en que se conoce la información relacionada con eventuales violaciones de derechos humanos, y concluye hasta que se agota el proceso de verificación, cuando es posible arribar a la conclusión que la violación de derechos humanos ha ocurrido o no. Este proceso puede ser implementado por medio de diversas técnicas, las que pueden ser desde registros manuales, mecánicos, digitales, fotográficos, etc. Es conveniente documentar todas las acciones de verificación así como todas las intervenciones realizadas ante cualquier administración pública.

La documentación permite construir el proceso de verificación así como contar con soportes materiales que pueden ser de suma utilidad y utilizados ante instancias nacionales o internacionales de protección de derechos humanos. Ello sugiere la utilización de los actos de verificación o intervenciones de protección debidamente documentadas en procedimientos legales ante instancias de protección de derechos humanos sean nacionales o internacionales. La documentación sistemática del proceso de verificación mediante la documentación de este, además posibilita, introducir ajustes del proceso de verificación, tanto en aspectos metodológicos como teleológicos, por medio del análisis y actualización de los registros que se han elaborado en cada una de las acciones o intervenciones realizadas.

- *La conclusión del proceso de verificación de violaciones de derechos humanos*

Es la última etapa por la que concluye el proceso de verificación de violaciones de derechos humanos. Proceso que inicio con el conocimiento de hechos lesivos a los derechos y libertades de las personas, los que mediante el proceso de verificación se puso en evidencia su condición como violaciones de derechos humanos. Este proceso consiste en diversas etapas, las que se concatenan e interrelacionan unas con otras. Entre las que encuentran:

- El conocimiento del hecho o incidente que eventualmente constituye una omisión o violación de derechos humanos
- La comprobación de los hechos o incidentes constitutivos de eventuales violaciones de derechos humanos
- La recepción de la denuncia de violaciones de derechos humanos
- La tipificación de la denuncia de los hechos o incidentes que eventualmente se constituyen en violaciones de derechos humanos

¹⁹¹ Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE). Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR). Trial-Monitoring A Reference Manual for Practitioners. Warsaw, Poland. 2008, p. 14.

- La evaluación de las acciones de protección y las diversas intervenciones realizadas a favor de las víctimas de violaciones de derechos humanos
- La verificación y la documentación de las violaciones de derechos humanos
- La conclusión del proceso de verificación de violaciones de derechos humanos

El proceso de verificación de violaciones de derechos humanos se estructura por medio de dos tipos de acciones. Por un lado, la documentación de las acciones de verificación de las violaciones, y por el otro, las diversas intervenciones ante las instituciones públicas encaminadas a mejorar la situación de las víctimas. Ambas se conjugan y se interaccionan íntimamente. La implementación de las acciones de verificación que se concretan en documentos y datos, derivan y proponen en forma natural, a los promotores de derechos humanos las intervenciones necesarias ante las diversas instituciones, cuyo fin último contiene el paradigma de protección de las víctimas de las violaciones de derechos humanos, por medio de mejorar su situación de vulnerabilidad.

El proceso de verificación de violaciones de derechos humanos, deriva por tanto en la comprobación, la verificación y puesta en evidencia de las violaciones en forma documentada, y simultáneamente supone intervenciones a favor de las víctimas de las violaciones. El análisis de los datos y la información documentada así como la evaluación de las diversas intervenciones, son los materiales necesarios que requiere la conclusión del proceso de verificación de violaciones de derechos humanos.

El objetivo principal de esta etapa es analizar los datos, la información documentada, y las intervenciones realizadas. Lo que permite arribar a alguna de las siguientes conclusiones: a. la violaciones de los derechos humanos existe y sus autores han sido identificados, b. la violación de derechos humanos ha ocurrido sin embargo sus autores no han sido identificados, c. la violación de derechos humanos no existe. Lo que deriva en el cierre del caso o del expediente que se ha construido durante el proceso de verificación.

La conclusión del proceso de verificación de denuncias de violaciones de derechos humanos ofrece a los promotores y las organizaciones de derechos humanos nuevas oportunidades para propiciar el cambio. Oportunidades que pueden ser abordados como desafíos que transcurren en diversos ámbitos institucionales. En primer lugar, la conclusión del proceso de verificación aquí descrito permite identificar patrones y tendencias de violaciones de derechos humanos. Ello requiere *la verificación de casos individuales* de un mismo tipo, en forma comprensiva y lógica, para luego por medio de la comparación entre estos, permita identificar los abusos, las violaciones y los problemas comunes.

De esta forma la identificación de patrones y tendencias de violaciones de derechos humanos demanda que cada caso sea verificado individualmente, mediante la *recolección información*

suficiente y convincente *para establecer conclusiones* de acuerdo a parámetros internacionales¹⁹². Lo que permite identificar problemas y disfunciones. Y, ofrece posibilidades de identificar soluciones institucionales encaminadas a realizar transformaciones en poderes y las políticas públicas. Oportunidades que se concretan por medio de mecanismos de incidencia política, fortalecimiento institucional y una activa participación en el diseño de las políticas públicas. La identificación de patrones y modalidades de violaciones de derechos humanos, pone al alcance de la comunidad de derechos humanos en el ámbito local mayores oportunidades de participación pública, así como les permite identificar la dirección del cambio institucional.

Un segundo desafío que surge a partir de la conclusión del proceso de verificación de las denuncias de violaciones de derechos humanos, consiste en recurrir a los diversos mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. En especial en aquellos casos en los que el resultado de la verificación establece la comisión de violaciones de derechos humanos, que implican omisiones y violaciones de los derechos y las libertades de las personas en el ámbito local, las que han sido debidamente verificadas y documentadas, y que son el producto del análisis racional, objetivo y exhaustivo. Lo que permite introducir cambios tanto en materia de la protección de los derechos y libertades de las víctimas, como cambios en el comportamiento de los Estados como garantes de los derechos humanos. Cambios de comportamiento que a la postre implican cambios institucionales en los que subyacen nuevos patrones institucionales inspirados en nuevos sistemas de valores.

Ante evidentes violaciones de derechos humanos, la etapa conclusiva o cierre del proceso de verificación de violaciones de derechos humanos abre a las organizaciones y los promotores de derechos humanos el desafío estratégico de recurrir a instancias y mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos de las víctimas de las violaciones. Cuya finalidad última será demostrar la responsabilidad internacional estatal y el resarcimiento de los derechos de las víctimas. Por lo que las conclusiones y los resultados que produce el proceso de verificación serán los insumos principales.

¹⁹² Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States: Monitoring Legal Systems. New York – Geneva, 2006, p. 11.

Bibliografía

Aguilar García, Marvin. *Lineamientos generales de la propuesta de Nuevo Código procesal Penal de la República de Nicaragua.* Nuevo Código Procesal Penal de la República de Nicaragua. Impresiones La Universal, 3ª. Edición. Managua. 2007.

Alcántara Sáez, Manuel. *Gobernabilidad Crisis y Cambio.* Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1994.

Amnesty International. *Monitoring and Reporting Human Rights Violations in Africa: A Handbook for Communities Activists.* Great Britain, 2002.

Amnistía Internacional. *Informe 2008 Amnistía Internacional.* El Estado de los Derechos Humanos en el Mundo. Madrid, 2008.

Amnistía Internacional. *Condenas a Muerte y Ejecuciones* en 2008. Londres, 2009.

Anderson, James E. *Public Policymaking.* Sixth Edition. Houghton Mifflin Company. USA, 2006.

Arauz Ulloa, Manuel. (et. al.). *El principio de igualdad: la igualdad ante la ley.* Comentarios a la Constitución Política. HISPAMER. Managua, 1999.

Birkland, Thomas A. *An Introduction to the Policy Process.* Second Edition, M.E.Sharpe, Inc. New York, 2005.

Buerghenthal, Thomas. (et al). *International Human Rights in a Nutshell.* Third Edition. West Group. USA, 2002.

Carens, Joseph H. (et. al). *Aliens and Citizens: The Case for Open Borders.* Theorizing Citizenship. Ronald Beiner (editor). State University of New York Press. New York, 1995.

Chamorro, Carlos F. *El Poder de la Prensa entre el Mercado y el Estado.* Informe el Estado de la Región, PNUD, 2002.

Comisión de la Verdad y Reconciliación de la República de África del Sur. *Informe Final.* Pretoria, 2003.

Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH). *Informe final GUATEMALA: MEMORIA DEL SILENCIO.* Guatemala, 1999.

Cuarezma Terán, Sergio J. (et. al.). *El Control Constitucional. Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua.* HISPAMER. Managua, 1999.

Donnelly, Jack. *Universal Human Rights in Theory & Practice.* Cornell University Press. USA, 2003.

Donnelly, Jack. *International Human Rights.* Third Edition. Westview Press. USA, 2007.

Donnelly, Jack (et. al.). *Human Rights.* The Oxford Handbook of Political Theory. Edited by John S. Dryzek (et. al.) Oxford University Press. Oxford – New York. 2008.

Gaus, Gerald F. *Political Concepts and Political Theories.* Westview Press. USA, 2000.

Gialdino, Rolando E. *La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos.* Revista Investigaciones 3-1999. Secretaria de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina. Buenos Aires, 1999.

Gordon Lauren, Paul. *The Evolution of International Human Rights.* Second Edition. University of Pennsylvania Press. USA 2003.

Harvard Humanitarian Initiative / Oxfam International. *“Now, the world is without me”: An Investigation on Sexual Violence in Eastern Democratic Republic of Congo.* USA, April 2010.

Hunt, Lynn. *Inventing Human Rights: A history.* W.W. Norton & Company, Inc. USA. 2008.

International Commission of Jurists. *Trial Observation Manual.* Geneva, 2002.

Ishay, Micheline R. *The history of human rights: from ancient times to the globalization era.* University of California Press. 2008.

Kant, Immanuel. (et. al). *The Principles of Political Rights (1793).* The Philosophy of Human Rights. Edited by Patrick Hayden. Paragon House. USA. 2001.

Kesselman, Mark. Krieger, Joel and Joseph, William A. Introduction to Comparative Politics, Fourth Edition. Editors: Mark Kesselman (et. al.) Houghton Mifflin Company. USA, 2007.

Locke, John. (et. al.). *Two Treatises of Government (The Second Treatise of Government. 1690).* The Philosophy of Human Rights. Edited by Patrick Hayden. Paragon House. USA. 2001.

Magstadt, Thomas M. *Nations and Governments: Comparative Politics in Regional Perspective.* Fifth Edition. Wadsworth/Thomson Learning. USA, 2005.

Meny, Yves; Thoenig, Jean-Claude. *Las Políticas Públicas*. Barcelona. Editorial Ariel S.A. 1992.

Montenegro, Sofía. *Los Medios de Comunicación como actores políticos en Nicaragua*. Centro de Investigaciones de la Comunicación (CINCO). Managua, 2007.

Møhlum, Marit. *Monitoring Human Rights*. Manual on Human Rights Monitoring An Introduction for Human Rights Field Officers. Norwegian Institute of Human Rights. Norway, 2001.

Newton, Kenneth and van Deth, Jan W. *Foundations of Comparative Politics*. Cambridge University Press. UK, 2005.

Nogueira Alcalá, Norberto. *La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno*. Revista de Derecho, Vol. XIII. Universidad Austral de Chile. Valdivia, Chile. Diciembre 2002.

O'Donnell, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1989.

O'Donnell, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá, 2004.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Manual de capacitación para fiscalización de derechos humanos*. Nueva York y Ginebra. 2001.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights) *Human Rights in the Administration of Justice*. New York and Geneva, 2003.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights). *Human Rights and Prisons*. Geneva. 2005.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights). *Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States: Monitoring Legal Systems*. New York – Geneva, 2006.

Omelaniuk, Irena. *Trafico de Seres Humanos (Trafficking in Human Beings)*. Documento de Trabajo de la Reunión de Expertos de las Naciones Unidas en Migraciones y Desarrollo celebrada en Nueva York del 6 al 8 de Julio 2005.

Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa. (Organization for Security and Cooperation in Europe, OSCE). Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR). Trial-Monitoring A Reference Manual for Practitioners. Warsaw, Poland. 2008.

Ramos Mendoza, Josefina (et. al). *Control Constitucional. Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua*. HISPAMER. Managua. 1999.

Robertson, Geoffrey. *Crimes against Humanity: the Struggle for Global Justice*. Penguin Books. London, 2000.

Rothschuh Villanueva, Guillermo. *Estado de la Libertad de Expresión en Nicaragua (2007 – 2008)*. Observatorio de Medios de Comunicación. Centro de Investigación de la Comunicación (CINCO). Managua, 2009.

Schmitter, Philippe C. and Karl, Terry Lynn. *What democracy is ... and is not*. Essential Readings in Comparative Politics. Second Edition. Edited by Patrick H. O'Neil and Ronald Rogowski. W.W. Norton & Company, Inc. USA, 2004.

Sociedad Interamericana de Prensa (SIP). *Informe de la Reunión de Medio Año*. Caracas, Venezuela. 28 – 30 Marzo de 2008.

Sodaro, Michael J. *Comparative Politics: a global introduction*. Second edition. McGraw Hill Higher Education. USA. 2004.

Squires, Judith (et. al). *Equality and Difference*. The Oxford Handbook of Political Theory. Edited by Robert E. Goodin. Oxford University Press. New York, 2008.

Steiner, Henry J. (et. al). *International Human Rights in Context: Law, Politics and Moral*. Third Edition. Oxford University Press. New York, 2008.

Universidad Johns Hopkins. Escuela de Estudios Internacionales Avanzados. *Trata de Personas, en Especial Mujeres y Niños en los Países de América*. The Protection Project. USA, S/F.

Weissbrodt, David y La Liga contra la Esclavitud (Michael Dottridge, Director). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Naciones Unidas: Nueva York, Ginebra. 2002.