

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)  
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

### TEMA: INDULTO

**INTRODUCCIÓN:** A lo largo del presente informe, se efectúa una recopilación doctrinaria y jurisprudencial sobre el indulto. En este sentido, se abordan temas relacionados tales como la apertura del sistema penal, la impunidad de hecho y de derecho, así como la naturaleza jurídica y los requisitos para que funcione la figura del indulto. Posteriormente, se incorporan unos cuantos extractos jurisprudenciales, que versan sobre la aplicación del indulto en la práctica judicial costarricense.

## Índice de contenido

1. Doctrina.....	2
a. Apertura del Sistema Penal.....	2
b. Impunidad de Hecho y de Derecho.....	5
c. Naturaleza Jurídica y Requisitos del Indulto.....	7
2. Jurisprudencia.....	16
a. Carácter y posibilidad para el juez de valorar la gravedad del delito para no recomendarlo.....	16
b. Recomendación de indulto parcial por alta penalidad de la acción.....	17
c. Realización de audiencia oral para discutir solicitud no es obligatoria.....	18

**DESARROLLO:**

**1. Doctrina**

**a. Apertura del Sistema Penal**

[TOCORA, Fernando]<sup>1</sup>

“Los sistemas penales deberían abrirse, deben dejar de ser ese núcleo extraordinariamente condensado de las tensiones sociales, esa ratio general extensiva, donde se congelan y se reciclan los conflictos sociales, esa válvula de escape de las políticas sociales, ese mundo cerrado, arcano y vertical, ese "hueco negro" que ejerce extraordinaria gravitación sobre el universo social. Los sistemas penales deben depurarse de las sobrecargas que los factores políticos ha desplazado hacia ellos, y una vez delimitado su campo excepcional, diversificar sus respuestas, superando la respuesta carcelaria mecánica.

En primer lugar, es preciso descargar los sistemas penales de criminalizaciones de "delitos sin víctima", "delitos de bagatela", incriminaciones simplemente moralistas, o de conductas que pueden ser tratadas mejor por otra área del derecho como la de "derecho administrativo" o "derecho penal administrativo" en los que no tiene cabida la prisión, sino otro tipo de conminaciones, o por el derecho civil (giro irregular de cheques, por ejemplo), o que pueden trasladarse al derecho contravencional, con cuidado de someterlas a una "administrativización de la justicia", con recorte sustancial de sus garantías.

Estos movimientos de despenalización pueden constituir el levantamiento de la relevancia represiva dada a un hecho (estupros por promesas de matrimonio incumplida, homosexualidad, prostitución, pornografía, consumo de drogas, por ejemplo), pero también una diversificación de las respuestas hacia otras jurisdicciones (adulterio, como causal de divorcio, derecho civil, infracciones de competencia desleal a la jurisdicción civil-comercial o a instancias de mediación) o hacia instancias de control de la administración pública (delitos de cheques que no constituyen estafas o falsedades sino mera falta de fondos, que pueden ser tramitados por superintendencias bancarias o pequeños delitos económicos sin violencia contra las personas que puedan penalizarse como contravención). Es necesario precisar que en ningún caso la administrativización -incluida en ella la degradación a lo contravencional- debe implicar la pena de prisión; esta debe estar asignada exclusivamente al poder judicial. Si se castiga como contravención es para morigerar la

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

respuesta y ello debe comenzar por establecer una política de desprisionalización. En el orden contravencional, las consecuencias de un reconocimiento de responsabilidad, debe aparejar sanciones de multa, restricciones de algunos derechos (suspensión de la autorización de conducir en accidente de tránsito o de ejercer alguna actividad o profesión en infracciones culposas, por ejemplo), retractaciones públicas o privadas (injuria o calumnia), conminaciones, etc.

Y, por supuesto, se debe realizar todo un proceso de descriminalización de la legislación de emergencia, con sus "delitos de sospecha", sus intervenciones ante delictum que deben, a su vez, barrer con las leyes de "vagos y maleantes" que todavía puedan existir. Y en guarda del principio de legalidad, debe revisarse la formulación excepcional y en la legislación ordinaria innumerables tipos penales de formulación abierta, difusa, de normas en blanco y de todas aquellas descripciones equívocas que contrarían la exigencia de tipicidad y el principio de legalidad, constitucionalmente consagrados. La legislación de emergencia o de excepción debe quedar reducida precisamente a esa condición, que conlleva la de temporalidad y conexidad causal con relación a las situaciones que motivaron la proclamación de la emergencia. Las legislaciones especiales deben respetar, por su parte, los principios del derecho penal constitucional, y los principios rectores que los códigos ordinarios, sustantivo y procedimental, establezcan.

Al lado de este movimiento de descriminalización existe uno inverso de criminalización, originado en el surgimiento de nuevas realidades que hay necesidad de regular (fraudes informáticos, manipulaciones genéticas, tráfico de órganos, manejo indebido de energía nuclear, atentados ecológicos, etc.). Sobre ese proceso es conveniente que la intervención penal sea también la mínima; en cuanto se les pueda contrarrestar con otras jurisdicciones u otras instancias de control, debe preferírseles. Igualmente, existen criminalizaciones reclamadas por movimientos sociales que representan derechos de grupos de la sociedad (mujeres, niños, etnias, etc.), que deben seguir el mismo principio, así el histórico desconocimiento de esos derechos haya exacerbado el anhelo de justicia. Por último, se resaltan ciertas criminalizaciones de la violencia oficial que tienen que ver con las desapariciones o la tortura.

La apertura debe darse también en el proceso penal, dándole una mayor participación a la víctima (querellabilidad, desistimiento, etc.), como para buscar la restauración posible de sus derechos; se debe oír su voz en el proceso penal, porque generalmente se hace a sus espaldas. Es preciso abrir el proceso a la sociedad,

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

para permitirle que se constituya en parte civil en aquellos casos de interés colectivo, las asociaciones o entidades que tengan como fin defender ese tipo de bienes jurídicos (ecológicos, de salud pública, etc.). Y en general, el proceso penal debe abrirse ofreciendo la transparencia de una justicia democrática-participativa en la que el "debido proceso", el "derecho de defensa" y todas las demás garantías procesales no sean desvirtuadas por formalismos o tecnicismos, en detrimento del derecho sustancial.

También ha de mirar el derecho penal al derecho constitucional, que aunque es algo de suponer como normal, por ser este último el derecho fundamental, en la práctica se ha visto soslayado por una jurisprudencia y una doctrina poco atenta al influjo de las normas constitucionales en la hermenéutica; muchos conflictos de normas penales se pueden resolver mejor buscando el fiel de la balanza en las disposiciones constitucionales. Por una parte, existe la posibilidad de la excepción de inconstitucionalidad y, por la otra parte, si se reconoce la constitucionalidad es posible matizarlas interpretativamente con el profuso sentido constitucional. En Colombia, particularmente, se ha enriquecido el derecho penal constitucional, a partir de la Constitución de 1991, y de la dinámica de institutos como la tutela, y de la labor propia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Y en ese mismo sentido, debe haber una apertura internacional, que tenga en cuenta las convenciones internacionales que el país ha suscrito, especialmente las de derechos humanos, las más relacionadas con la materia penal. En esta instancia internacional, cabría esperar un mayor papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, siguiendo los pasos de la Corte Europea de Derechos Humanos, de Estrasburgo.

No solamente son las normas y, por supuesto, sus prácticas las que deben abrirse. También las instituciones del sistema penal. La policía, debe abrirse a la comunidad, para que deje de ser militarista y vertical, y se convierta en civil y democrática, conectada con su comunidad. La cárcel, debe permitir la intercomunicación y posibilitar que organizaciones culturales realicen sus labores dentro de ella, y que los internos muestren, a su vez, sus obras y progresos. La judicatura, debe discutir el sentido de las reformas penales en defensa del Estado de derecho y reclamar su real autonomía e independencia.

La apertura se puede dar también hacia la sociedad civil, cuando se auspician las alternativas de mediación y conciliación a cargo de instituciones no estatales, pero también cuando esas

alternativas se gestionan por despachos públicos, en la medida que se convoca a los ciudadanos involucrados para promover entre ellos un acuerdo, sin imponerles una solución vertical. No se trata, dentro de esta alternativa de mecanismos de "negociación de penas" a la manera del plea bargaining norteamericano, sino de acuerdos entre las partes involucradas en el conflicto. Debe llevarse la justicia a la comunidad, una justicia que descienda de su pedestal, que se salga de su torre central panóptica y oiga al ciudadano, y en conjunto enfrente los fenómenos de criminalidad. Algo de esto hay en el proyecto de "Casa de la justicia" adelantado embrionariamente en las ciudades de Bogotá y Cali, en un acuerdo de las diversas entidades estatales que tienen que ver con la justicia.

Y finalmente, diremos que el derecho penal debe abrirse epistemológicamente, articulándose con las ciencias sociales, que le reporten el conocimiento de las conductas que debe delimitar entre lo permitido y lo prohibido, y que le han de dimensionar axiológicamente el acto para los efectos de la necesidad y proporcionalidad de íapena. Es una apertura que se da en el plano del conocimiento de la realidad social, acudiendo a ciencias como la criminología, la sociología o la psicología. Solo así estará dotado de sentido humanístico su quehacer y abandonará su cierta tendencia tecnocrática actual.

La apertura en el fondo no es más que democratización del sistema penal; abrirse a nuevas alternativas de participación de la sociedad civil, de la comunidad; ello permitirá superar la perspectiva autoritaria de los sistemas penales actuales. Diversificar las alternativas para superar la sola y vertical respuesta de la prisión. Ir hacia el pluralismo, al reconocimiento de la diferencia, contribuirá a encontrar una justicia más racional, equitativa y democrática. Vientos de postmodernidad."

#### **b. Impunidad de Hecho y de Derecho**

[BARAHONA KRÜGUER, Pablo]<sup>2</sup>

"La impunidad se constituye como la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad por parte de los autores de las violaciones de derechos humanos, que escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento, y en caso de ser reconocido como culpable: a su condena.

En base a lo anterior, se sostiene que la impunidad puede ser de hecho o de derecho. Ocurren cuando los crímenes cometidos pasan inadvertidos a la justicia, ya sea porque sus autores escapan a la acción de la justicia por no haber sido

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

determinada su responsabilidad, o por la existencia de delitos que no se persiguen ni se penan, aún cuando se individualiza al responsable, ello en virtud la obvia y odiosa existencia de excepciones abusivas. Por otro lado, la impunidad de derecho se identifica en figuras jurídicas contemporáneas claramente identificadas, tales como: la amnistía, el indulto, la prescripción, las excusas absolutorias como la obediencia debida, el estado de necesidad y el asilo político entre otros. Nótese que todas estas expresiones jurídicas se comportan como bloqueos infranqueables a la operación judicial, pues impiden la actuación del aparato jurídico, garantizando "el derecho a la impunidad", o lo que es igual, "la impunidad como derecho".

Si se establece un análisis riguroso y netamente juricista, se podría concluir que los casos de impunidad de derecho no son impunidad realmente, dado que se amparan a la ley, o en todo caso, se subordinan a acciones amparadas al derecho. No obstante, esta no pareciera ser la tesis correcta, pues como bien se aclaró desde los apuntes introductorios, la impunidad no es un problema de índole legal exclusivamente, sino que comporta también, elementos de ética. Defender la tesis de que no existe impunidad allí donde la ley no lo señala, sería validar las "leyes borrador", que no pretenden sino borrar o desaparecer actuaciones que si fuesen perseguibles se tornarían más visibles y por ende reprochables.

Como se dijo, la impunidad de hecho ocurre también cuando los delitos no son conocidos por las instancias judiciales, es decir; cuando su existencia es nula desde el punto de vista estadístico-judicial. No son pocos los casos en que los delitos no son siquiera denunciados ante las autoridades, pues los ofendidos consideran inútil tal actuación, dado el general sentido de impunidad y su consecuente rédito de desconfianza en la función judicial. La llamada "cifra negra", es la forma en que se identifica esta situación de "no denuncia" o si se quiere, de "silencio escogido".

Al examinar hondamente el fenómeno de la impunidad, se encuentran diferencias como las ya establecidas entre "impunidad de derecho" e "impunidad de hecho", que bien puede entenderse en términos de impunidad institucionalizada e impunidad internalizada.

Los procesos de impunidad conllevan la persecución de las víctimas que han sido previamente seleccionadas por el sistema y la ausencia de investigación sobre las circunstancias, causas y responsabilidades de los violadores y/o infractores del orden jurídico vigente, que bien pueden ser personas particulares o instituciones.

Pero uno de los obstáculos más grandes para la superación de la

impunidad desde la sociedad civil, es justamente el alto grado de legitimación de la impunidad que se percibe en enormes capas de la ciudadanía.

Para contrarrestar efectos tan hondos y tan graves, la sociedad necesita una deslegitimación muy profunda de los crímenes y de los mecanismos que los facilitan; necesita estigmatizarlos y exorcizarlos, y esto no se logra de ninguna manera sin una sanción social muy firme y muy profunda, aunque no necesariamente muy prolongada.”

### **c. Naturaleza Jurídica y Requisitos del Indulto**

[FIERRO, Guillermo]<sup>3</sup>

“143. – Para la doctrina del derecho administrativo, que ha estudiado la naturaleza de este acto especial del Poder Ejecutivo, se trataría de un acto jurídico particular<sup>21</sup> que dispensa a un individuo determinado o a varios individuos igualmente determinados, que ha o han sido condenado(s), de la ejecución de todo o de parte de la pena. No se trata de un acto jurisdiccional, si no de un acto de gobierno y así lo ha resuelto la jurisprudencia, pues mediante él no se hace ninguna declaración con fuerza de verdad legal y no afecta en nada la declaración de culpabilidad que ha efectuado el tribunal de la causa al condenar al sujeto beneficiado con la medida.

Para Jéze, se trata de un acto jurídico de contenido variable, pues consiste ya en un acto condición, ya en un acto creador de situación jurídica individual.

Desde el punto de vista formal –como acto administrativo– el indulto asume la forma de un decreto, el cual debe ser debidamente refrendado, y si bien por regla general reconoce una solicitud previa que genera un trámite presentado ante el Ministerio de Justicia, el mismo puede ser otorgado sin que medie petición alguna y por propia iniciativa del Poder Ejecutivo o a solicitud de terceros, tal como ocurrió cuando el doctor Rivarola le pidió con éxito al Presidente Iri-goyen que conmutara la primer pena de muerte que debía imponerse bajo su gobierno; o también a requerimiento del propio tribunal que entendió en la causa por estimar éste que ante la imposibilidad de encontrar una solución adecuada dentro del marco legal, la justicia que reclama el caso requiere de la aplicación de esta medida excepcional.

144. – La caracterización jurídica del indulto como acto de poder, como acto de gobierno, implica, según la opinión de Bielsa, que contra tal decisión no existe recurso jurisdiccional alguno. Además, y en ello revela el fundamento de política general que

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

subyace en el fondo del instituto, se trata de un acto eminentemente unilateral, esto es, que resulta irrelevante para su perfección como tal, de su aceptación por parte del beneficiado, pues al dictárselo no se ha tenido en mira tan sólo su interés personal sino y principalmente las altas razones de interés público que dan basamento y razón de ser a la institución. Así, la Cámara Federal de San Martín sostuvo que: "El indulto es un acto político, ejercido por el titular del Poder Ejecutivo nacional sobre la base de facultades jurídico-políticas propias, otorgadas por nuestra Carta Magna y que, como tal, se encuentran sólo sujetas al contralor y a las responsabilidades políticas del caso. La potestad de indultar es discrecional dentro de los límites que se establecen en el inc. 6º del art. 86 de la Const. Nacional y el juicio presidencial sobre su oportunidad, conveniencia y alcance, configura un objeto ajeno a la revisión judicial".

Este criterio fue posteriormente reiterado de un modo categórico por la Corte en la causa "Daleo, Graciela", en la cual se sostuvo: "No cabe otorgar al indultado la facultad de negarse a aceptar la decisión presidencial, convirtiendo, de tal modo, en inoperante un instrumento que halla su razón de existir en el objetivo de la pacificación de la República y no en el beneficio particular del condenado". El destinatario de la medida, como lo señala Jéze, tan sólo la aprovecha y eso es todo.

145. – Ello, claro está, en la medida en que se siga la buena doctrina que restringe el indulto a los condenados con sentencia firme, pues si se le concede también a los procesados, como en numerosas ocasiones ha ocurrido con el voto favorable de nuestro más Alto Tribunal, resulta evidente que el destinatario de la medida tiene un incuestionable y legítimo derecho de rechazarla, por cuanto importa verse forzado a aceptar un perdón por una culpa que el destinatario puede considerar inexistente o, al menos, no declarada válidamente, ya que en virtud del estado de inocencia, que la doctrina penal y procesal penal dominante considera con raigambre constitucional asentada en la primera parte del art. 18 de nuestra ley fundamental –pues a ello se refiere la exigencia del juicio previo– cuyo sentido lógico implica la existencia de una sentencia definitiva y hasta tanto ella no exista, a todo imputado se lo presume inocente.

146. –Ahora bien, la naturaleza discrecional de la medida, según veremos luego, no significa en modo alguno que la misma pueda ser arbitrariamente adoptada ni que ella tenga un carácter incondicionado, pues como lo expresa Gordillo: "Cuando los tribunales tratan algún caso de indulto, interpretan el significado de los términos 'pena', 'delito', 'jurisdicción federal' y aplican dichas disposiciones en base a la legislación.

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

Y no es inconstitucional ni en modo alguno inaplicable el Código Penal cuando establece qué son los delitos y las penas, o la ley 48 cuando define qué es la jurisdicción federal. No creemos que pueda decirse que esto es materia vedada al Congreso, que escapa a su competencia legislar acerca de estas facultades del Poder Ejecutivo, y que éste pueda ex novo y ex inventione, ponerse en cada caso a determinar discrecionalmente qué es delito, qué es pena y qué es jurisdicción federal".

Pero sí se comprende la discrecionalidad de la facultad de indultar otorgada por la Constitución al Poder Ejecutivo nacional, el decidir a quién va a indultar y a quién no, tal elección –privativa de dicho Poder– no comporta violación alguna del principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución y, por ello, no puede ser objeto de revisión judicial.

147. – Como quedó dicho anteriormente, se ha sostenido, igualmente, que estamos en presencia de un acto irrevisible e irrevocable. Cuando se afirma que el indulto es un acto irrevisible, sólo se puede querer significar que dicha medida no puede ser objeto de revisión judicial en virtud de consistir en una facultad discrecional en lo que hace al contenido de la decisión, conferida por la Constitución Nacional o por las respectivas constituciones provinciales a uno de los poderes del Estado. Pero como también se dijo antes, discrecional no quiere decir arbitrario y si bien el Poder Ejecutivo es soberano en cuanto a decidir acerca de la necesidad, conveniencia, alcances y oportunidad de la medida, debe empero ajustarse estrictamente a los límites que la propia Constitución le fija en el actual art. 99, inc. 5º, y que no puede válidamente franquear. Por ello, cuando el Poder Ejecutivo ha excedido dichos límites, por ejemplo, indultando a procesados, u omitiendo el informe previo del tribunal de la causa requerido por el precepto constitucional antes citado, los tribunales han declarado la inconstitucionalidad del indulto, con las consecuencias consiguientes.

En la causa "Riveros, Ornar y otros" los ministros de la Corte, Pe-tracchi y Oyhanarte, afirmaron que cualquiera sea el modelo en que se inspiraron nuestros constituyentes, no hay dudas de que el indulto es un privilegiado atributo gubernamental de alta jerarquía política. Agregan, citando a Joaquín V. González, quien para explicarlo reproduce una frase de Blackstone, manifestando este último que el indulto es el acto de gobierno que le es más personal, que es más enteramente suyo.

No cabe reducirlo entonces a estrechas dimensiones y señalan que conforme a la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, la Corte declaró que el indulto se aplica a cualquier crimen y, más

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

tarde, en el caso "Amorabieta", el procurador general perfeccionó el concepto, expresando que: "... la facultad de indulto es por su naturaleza de carácter discrecional y está librada al prudente arbitrio que de ella haga el Poder Ejecutivo, sin que al respecto exista derecho alguno invocable por parte de los ciudadanos...", recordando ambos ministros que la Corte que ellos integraban afirmó que se trata de una atribución privativa del Poder Ejecutivo, cuyo ejercicio discrecional no puede lesionar la garantía de la igualdad ante la ley, ni puede ser objeto de revisión judicial sobre esa base, y el ordenamiento institucional se vería gravemente subvertido si los jueces tomaran para sí el poder admitir o rechazar las finalidades de este atributo de la soberanía que es el indulto, e invadieran, así, una esfera en que la Constitución quiso que imperara la discreción razonable del Presidente de la Nación.

148. – En lo concerniente a la irrevocabilidad, se ha resuelto que la decisión del Poder Ejecutivo que estamos examinando, tiene esa característica cuando el acto no adolece de vicios de naturaleza tal que afecten su validez, o cuando se halla ejecutoriado, pero cuando el indulto está en pugna con lo establecido en la respectiva Carta Fundamental nacional o de la provincia que se tratare, el propio Poder Ejecutivo puede anularlo siempre que no se haya hecho efectivo.

Con relación a este tema, se ha debatido si los tribunales intervinientes pueden declarar ex officio la invalidez por inconstitucionalidad de un acto emanado de otro poder del Estado, y en tal sentido la Cámara Federal de Bahía Blanca el 20 de junio de 1959, en la causa "Forteza, Eduardo J." sostuvo que existe jurisprudencia unánime derivada del principio de la separación y coordinación de los poderes del Estado, estableciendo que la facultad conferida a la Corte Suprema y demás tribunales superiores por el art. 116 de la Constitución de revisar y controlar los actos de los otros poderes del Estado, sólo se ejerce cuando media un interés o derecho lesionado por la supuesta norma inconstitucional y el titular del mismo reclama para que se corrija la injusta lesión. Por el contrario, si el Poder Judicial pudiera obrar de oficio, como lo señala Joaquín V. González: "Vendría a quedar arriba del Legislativo, pues tendría facultad para anular todo lo que quisiera", lo cual contrariaría el principio rector de la separación y armonía de los poderes, criterio que fue convalidado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

No comparte dicha tesis el voto de la minoría de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, la cual sostiene que no

existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer término la Constitución Nacional, distinguiendo entre un pronunciamiento en abstracto cuya prohibición admiten, y la aplicación del principio *iura novit curia* que estiman procedente; pues no es lo mismo la actuación oficiosa y sin causa y la decisión jurisdiccional en la que el juzgador suple la omisión o el silencio de las partes para afirmar la hegemonía de la Ley Fundamental, especialmente cuando es procedente la llamada teoría de los poderes implícitos del Poder Judicial, que obligan en el caso al juez a defender las prerrogativas propias de la administración de justicia. Esta tesis –sin duda– es la más acertada y resulta manifiesta la afirmación de Sagúes cuando pone de relieve la absurda paradoja que se podría plantear ante la no aplicación del *iura novit curia* en las cuestiones de inconstitucionalidad –en el supuesto de un magistrado que tuviera que fallar dos casos el mismo día y se viera compelido a decidir en forma diferente y contradictoria la misma situación– dependiendo ello de si la cuestión de la inconstitucionalidad fue planteada en una causa y no en la otra.

149. – En cuanto a los requisitos constitucionales para la procedencia del indulto, si bien hemos mencionado algunos anteriormente, ellos son los que se consignan en la Constitución Nacional (art. 99, inc. 5º) y en las respectivas constituciones provinciales, pues como se lo ha destacado antes, se trata de la única causal de extinción de la pena cuyo contenido no es uniforme en todo el país.

En lo que se refiere a la Constitución Nacional, se desprende como exigencia ineludible de ella que la medida satisfaga los siguientes requisitos:

- a) Que el indulto emane del Poder Ejecutivo Nacional.
- 6) Que se trate de penas.
- c) Por delitos sujetos a la jurisdicción federal.
- d) Que exista previo informe del tribunal de la causa.
- e) Que no se refiera a casos de acusación por la Cámara de Diputados.

150. – En lo que concierne al primero de los requisitos apuntados ya nos hemos expedido largamente sobre el tema, especialmente al tratar la cuestión de los antecedentes históricos del derecho de gracia y hemos podido apreciar que los fundamentos no sólo son de naturaleza política, sino que de algún modo y sin que ello implique incursionar en el terreno vedado por el art. 109 de la

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

Constitución Nacional, como lo destaca Soler, dicha facultad del Poder Ejecutivo es también una facultad concurrente con la del Poder Judicial para la mejor delimitación de las penas que los delincuentes deben cumplir y responde a razones de alta política, cuyo fundamento se ha desconocido a veces con cierta ligereza.

El carácter judicial de dicha función del Poder Ejecutivo nacional ha sido reconocido por autores como Joaquín V. González y Enrique Martínez Paz (h), y se ajusta a uno de los propósitos más nítidos que alguna vez cumplieron tanto el indulto como la conmutación, esto es, morigerar el extremo rigorismo de la ley penal, y que todavía sigue cumpliendo en algunas situaciones de excepción.

151. – En lo que atañe al segundo de los requisitos mencionados, esto es, si la atribución concedida por la Constitución al Poder Ejecutivo lo faculta a indultar cualquiera sea el estado procesal en que se encuentre la causa o si, por el contrario, resulta menester que exista una sentencia condenatoria firme que imponga una determinada pena, debido a que se trata del tema más controvertido que se presenta actualmente en torno al indulto, estimamos necesario tratarlo separadamente en forma más pormenorizada.

Ello no impide, sin embargo, que con relación a este segundo requisito se planteen otras cuestiones, tales como la circunstancia de que la Constitución habla, en el precepto examinado, de delitos y penas, y ello ha dado origen a reiteradas discusiones respecto de si las infracciones de índole fiscal y sus respectivas multas se encuadran o no dentro de las prescripciones de la Constitución y, por ende, son susceptibles de ser indultadas, habiendo, la jurisprudencia de la Corte y de los tribunales inferiores, dado una respuesta afirmativa a tal interrogante.

Nuevamente hemos de eludir el tratamiento de una cuestión tangencial que recurrentemente se presenta, y ella reside en la ardua distinción entre los delitos y las faltas o contravenciones, pues entrar en dicho tema, aunque parezca conveniente, sería algo ajeno a la materia realmente considerada.

Al respecto, se ha sostenido como argumento, tal cual se lo hizo en el debate acerca de si es posible indultar a los procesados, que quien puede lo más puede lo menos y, por ende, se extendería la atribución concedida por la Constitución al Poder Ejecutivo a las faltas y contravenciones, sean éstas de naturaleza fiscal o no. Entre nosotros, habida cuenta que la jurisprudencia, particularmente la de la Corte, se ha inclinado por reconocerle a las multas fiscales una naturaleza penal, congruentemente con ello ha admitido la posibilidad de que tales infracciones sean objeto

del indulto, aun cuando tal criterio no es pacífico.

En dicha controversia intervino el prestigioso administrativista francés Gastón Jéze, quien terció en favor de la tesis que aceptaba el indulto de las multas fiscales argumentando que después de todo: "... es más difícil para el Poder Ejecutivo suspender los efectos de un pronunciamiento de la justicia, que la de una decisión administrativa... y cuando se trata de multas fiscales infligidas administrativamente, el principio de la división de los poderes no se encuentra afectado. Todo es de carácter administrativo. La resolución de aplicar una multa fiscal emana de una autoridad administrativa. Pues bien, el Poder Ejecutivo argentino, según el art. 86, inc. 1º de la Const. Nacional, está encargado de la administración general del país. Es jefe supremo de la administración general. Es el superior jerárquico supremo de los agentes ejecutivos federales, incluso de los agentes del fisco. Si para otorgar la remisión de una multa infligida por un tribunal, es menester un texto constitucional expreso que lo autorice, no lo necesita, al contrario, el Poder Ejecutivo para modificar los actos de sus subordinados. Para limitar este poder, sería necesario una ley...", con lo cual concluye el jurista francés que el derecho del Poder Ejecutivo para remitir multas fiscales no deriva del art. 86, inc. 6º, sino del art. 86, inc. 1º de la Constitución.

Otra cuestión suscitada fue si, dentro del concepto de pena, puede ser incluida la medida de seguridad eliminatoria, y resulta evidente la respuesta afirmativa, no obstante algunas dudas que en un principio generó la cuestión, controversia que se planteó en torno a la amnistía y a la conmutación.

152. –Con relación al tercero de los requisitos antes mencionados, es decir, aquel que exige que se trate de delitos sujetos a la jurisdicción federal, debemos recordar que en la Convención General Constituyente que sesionó de 1852 a 1854 en el proyecto elaborado por Gorostiaga, se tomaron como antecedentes, además del proyecto de Alberdi, las respectivas cláusulas insertas en las constituciones nacionales de 1819 y 1826, como así también la de los Estados Unidos de Norteamérica.

El precepto propuesto confería al Poder Ejecutivo la facultad de indultar o conmutar las penas por delitos cometidos contra la Confederación, tomando como base lo dispuesto en la Constitución de los Estados Unidos. Sin embargo, sometida la cláusula a debate, el propio Gorostiaga puso de manifiesto que la idea de la comisión había sido, en realidad, la de referirse a los delitos sujetos a la jurisdicción federal y en virtud de ello así se lo consignó, siendo aprobada en dicho sentido.

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

La razón de ser de este requisito luce evidente. Si la ley penal es aplicada indistintamente por jueces federales y provinciales, cada uno conforme a la jurisdicción que le ha sido atribuida y ello implica la incuestionable e incuestionada facultad que tienen los magistrados de las respectivas provincias de juzgar aplicando el Código Penal, suena por demás razonable que las provincias se hayan reservado para sí el derecho de otorgar gracias, habida cuenta de que tienen el derecho de juzgar.

Otra cuestión importante se presenta cuando se modifica el régimen jurisdiccional aplicable, tal como ocurrió con motivo de la capitalización de la ciudad de Buenos Aires a fines del siglo pasado, luego con la provincialización de los territorios nacionales y, como algunos pretenden, ocurrirá también ahora con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En efecto, si una persona fue condenada por la justicia que corresponde al régimen anterior, cabe entonces preguntarse ¿a quién compete indultar, al Poder Ejecutivo anterior o al nuevo? Según Raffaini la Corte se habría expedido por la última de las alternativas.

153. – El cuarto requisito, relacionado con la exigencia de un informe previo de los organismos judiciales, presenta una multiplicidad de variantes que necesita de alguna aclaración adicional que facilite una mejor comprensión del problema pues, menester es reiterarlo, la regulación del indulto no es uniforme en todo el país y en tanto en el orden nacional basta con la existencia del informe previo del tribunal correspondiente, criterio que se repite en las constituciones de Córdoba (art. 144, inc. 8º), Río Negro (art. 181, inc. 4º), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 104, inc. 18), Santa Cruz (art. 118, inc. 12) y Jujuy (art. 137, inc. 16) aunque el informe deberá ser recabado a los organismos competentes; en tanto requieren de un informe de la Corte Suprema las constituciones de Santa Fe (art. 72, inc. 16), San Juan (art. 189, inc. 19), del Tribunal Superior, La Rioja (art. 123, inc. 8º), Chaco (art. 137, inc. 15) Formosa (art. 138, inc. 16) y Tierra del Fuego (art. 135, inc. 15). En todas ellas, basta con la existencia del informe, estando la decisión enteramente en manos del Poder Ejecutivo.

Por su parte, en tanto la Constitución de Santiago del Estero (art. 141, inc. 12) requiere de un informe previo motivado y favorable expedido por el tribunal que entiende en la causadlas constituciones de Tucumán (art. 87, inc. 10), Entre Ríos (art. 135, inc. 4º), Chubut (art. 149, inc. /), Catamarca (art. 149, inc. 8º), La Pampa (art. 74, inc. 10), Santa Cruz (art. 116, inc. 14), Neuquén (art. 134, inc. 4º) y Salta (art. 141, inc. 5º) prescriben todas ellas la exigencia de un informe previo y favorable a la concesión del indulto elaborado por el más alto

## Centro de Información Jurídica en Línea

### Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

---

tribunal provincial. La Constitución de la provincia de Mendoza además de un informe similar, dispone que el mismo deberá emitirse con arreglo a la ley reglamentaria que determinará los casos y la forma en que puede otorgarse; la Constitución de San Luis reclama, además del informe del Superior Tribunal de Justicia, otro emanado de los organismos técnicos penitenciarios sobre las circunstancias del caso, oportunidad y conveniencia del indulto con arreglo a lo dispuesto por la ley reglamentaria (art. 168, inc. 18). Por su parte, las constituciones de Buenos Aires y Corrientes, sólo contemplan la posibilidad de conceder conmutaciones, pero no indultos.

De la reseña que antecede se desprende que hay constituciones que al igual que lo establece la nacional, se enrolan en la corriente que atribuye una facultad más amplia al Poder Ejecutivo, pues sólo le exige que cumpla con el recaudo de conocer la situación de la causa y del condenado al cual va a indultar, pero el informe del tribunal se circunscribe a eso, esto es, a hacer saber y no obliga ni condiciona para la decisión final. Con acierto destaca Raffaini que la existencia de este requisito del informe previo proporciona un argumento adicional para cuestionar la validez del indulto otorgado en forma general, porque se pregunta ¿qué objeto tendría un informe personalizado para conceder una medida de naturaleza general para todos los condenados de una misma especie que existan en un momento determinado? Por el contrario, la otra corriente en la cual se inscribe una gran parte de las constituciones provinciales, en mayor o menor medida, vinculan la decisión al informe que debe ser favorable y emana en muchos casos del más Alto Tribunal de Justicia y en otros de organismos especializados, existiendo provincias que han regulado la materia mediante una ley especial a la que debe ajustarse la decisión del gobernador.

Con relación a este aspecto del informe previo, los ministros Petracchi y Oyhanarte, al fallar la causa "Riveros, Ornar y otros", señalaron que la Constitución Nacional no requiere que los jueces examinen el contenido del aludido informe, por cuanto este no tiene otra finalidad que la de ilustrar el juicio del Presidente, para impedir que el indulto sea obtenido con engaño y asegurar así que la prerrogativa sea usada con prudencia y justicia conforme lo estableciera la Corte oportunamente. Tampoco corresponde la solicitud de que se envíen las actuaciones administrativas relacionadas con la petición y trámite administrativo del indulto, pues la norma aplicable sólo exige que el Presidente haya dispuesto de los elementos de juicio remitidos por el "tribunal correspondiente". Ninguna otra información documental es pertinente ni mucho menos imprescindible.

154. -El análisis del quinto y último de los requisitos del

indulto precedentemente indicados, si bien puede ser considerado como tal, de algún modo se confunde y superpone con el tema de los límites que analizaremos posteriormente. Por una parte nos conduce a retrotraernos a lo ya estudiado cuando en el Capítulo III procurábamos examinar los límites de la amnistía y allí señalábamos en torno a la interpretación de ciertas cláusulas constitucionales que cuando el constituyente había querido establecer excepciones y fijar límites, lo había hecho expresamente. Aquella afirmación se reforzaría al considerar la última parte del art. 99, inc. 5° de la Const. Nacional, que en el párrafo final de dicho precepto, dispone: "Excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados".

Pero por otra parte, debemos poner de manifiesto que este requisito que estamos analizando es un tema no muy estudiado por nuestra doctrina constitucional, y una correcta interpretación del mismo requiere un análisis más detenido de sus orígenes y antecedentes en un doble aspecto. En primer término,, si la posible excepción a la facultad de indultar se relaciona con los casos en que media acusación por la Cámara de Diputados de la Nación, debemos rastrear someramente la evolución constitucional de la cláusula de nuestra ley fundamental que se refiere al rol que juega la Cámara Baja en el juicio político.

En tal sentido, el art. 53 –con las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994– dispone y regula las atribuciones de la Cámara de Diputados en materia de juicio político al Presidente, Vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos por m al desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes. Cabe agregar que la reforma constitucional de 1994 a la vez que incluyó expresamente a la nueva figura del jefe de gabinete de ministros, por un lado, excluyó por el otro a los miembros de los demás tribunales inferiores de la Nación quienes, a partir de la creación del Consejo de la Magistratura, serán sometidos al régimen establecido en los arts. 114, inc. 5° y 115 de la Constitución Nacional."

## 2. Jurisprudencia

### **a. Carácter y posibilidad para el juez de valorar la gravedad del delito para no recomendarlo**

[TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL]<sup>4</sup>

"No puede estimarse como arbitrario que el juzgador al valorar sobre la recomendación del indulto valore la gravedad del hecho atribuido a la imputada, lo mismo que la participación que tuvo la misma en el hecho, ello en relación con la enfermedad aducida por ella. Por otro lado, en lo relacionado con el posible quebranto al principio de proporcionalidad que implica la ejecución de la pena, debido a las enfermedades que se aduce padece la imputada, el juzgador remite a la normativa sobre ejecución de la pena, que establece incluso la posibilidad de una ejecución diferida cuando el condenado se encuentre gravemente enfermo y la ejecución ponga en peligro su vida (Artículo 462 del Código Procesal Penal), correspondiendo la resolución del asunto al Juez de Ejecución de la Pena. Es importante anotar que la recomendación del indulto por parte del juzgador reúne un carácter discrecional, debiéndose tomar por parte del juzgador las circunstancias del caso concreto, siendo ejercido el control por la casación solamente cuando existe una falta de fundamentación o las argumentaciones que se dan son arbitrarias, lo que no se aprecia en el caso concreto. De todas maneras es importante anotar que el juzgador no es quien otorga el indulto, sino el mismo debe ser resuelto por el Consejo de Gobierno, no estándole vedado a la imputada solicitarlo si lo estima conveniente, de modo que no puede estimarse que la falta de recomendación del indulto le produzca propiamente un perjuicio. Por todo lo anterior se declara sin lugar este motivo."

### **b. Recomendación de indulto parcial por alta penalidad de la acción**

[SALA TERCERA]<sup>5</sup>

"Debe agregarse, además, que el solo hecho de ingresar a un centro penitenciario portando escondida cierta cantidad de droga, en las circunstancias que lo hacía la imputada, [introducida en su vagina] es suficiente para concluir con certeza que pretendía suministrársela a alguna persona al interior del penal, según las reglas del correcto entendimiento humano, lo cual lesiona el bien jurídico tutelado. Por otra parte, si bien podría afirmarse que el sólo hecho de portar unos pocos gramos de picadura de marihuana no es suficiente para concluir que la persona se dedica al tráfico de drogas, también debe considerarse que en estos casos, en los

cuales una persona pretende introducir droga a un Centro Penitenciario, la cantidad que se oculta dentro del cuerpo generalmente es ínfima, en comparación con la que transportan las personas que se dedican al tráfico de drogas en libertad, puesto que por el exceso de seguridad en el centro penal y porque las personas son sometidas a rigurosos registros al ingresar, es obvio que no pueden pretender introducir grandes cantidades. III.- Los suscritos magistrados estimamos que introducir droga a un centro penal constituye un hecho grave que necesariamente debe ser sancionado por la ley, sin embargo también estimamos que la pena mínima prevista para ese hecho es excesivamente alta en consideración al disvalor de la conducta y en comparación con los demás hechos y las demás penas previstas por la ley en esta materia. Por lo anterior nos permitimos recomendar le sea concedido un indulto parcial a la imputada."

**c. Realización de audiencia oral para discutir solicitud no es obligatoria**

[TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL]<sup>6</sup>

"En el único motivo del recurso de casación se alega falta de fundamentación por la no realización de la audiencia oral del procedimiento abreviado, ello en relación con los argumentos en que se basa en fallo para no recomendar el indulto. El recurso se declara sin lugar. Se reclama en cuanto a la no realización de una audiencia oral para discutir lo relativo al indulto, sin embargo, conforme al artículo 375 del Código Procesal Penal no existe un derecho a la realización de la mencionada audiencia. En este sentido véase el voto 675-2002 del 29 de agosto del 2002, también referido a un asunto en que se pedía la realización de una audiencia oral para discutir sobre la petición de indulto. Por otro lado, es cierto que la sentencia omite hacer referencia a la recomendación del indulto, pero la parte impugnante no ha demostrado su interés procesal. Es importante anotar que el procedimiento abreviado no estuvo condicionado a que procediera la recomendación del indulto, como para afirmar la existencia de un vicio de voluntad, resultando que la petición de que se emitiera dicha recomendación no fue sino posterior al acuerdo (folio 354). Se agrega a ello que no se ha demostrado por el impugnante la existencia de circunstancias excepcionales que eventualmente puedan llevar a la recomendación del indulto, resultando que de todas maneras una recomendación de tal tipo no tiene mayor trascendencia, ya que la decisión en última instancia de conceder el indulto corresponde al Poder Ejecutivo, siendo que la imputada puede proceder directamente a pedir el mismo (Arts. 90 y 91 del Código Penal). Se une a todo ello que bien pudo la parte

impugnante solicitar adición del fallo en lo relativo a la recomendación del indulto, lo que no hizo."

**FUENTES CITADAS:**

- 1 TOCORA, Fernando. Política Criminal Contemporánea. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, 1997. pp. 34-38.
- 2 BARAHONA KRÜGER, Pablo. Corrupción e Impunidad: Correlaciones e Implicaciones. Editorial Jurídica Continental. San José, 2004. pp. 108-109.
- 3 FIERRO, Guillermo. Amnistía, indulto y conmutación de penas. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1999. pp. 164-182.
- 4 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Resolución No. 675-2002, de las doce horas del veintinueve de agosto de dos mil dos.
- 5 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 1539-1999, de las diez horas con quince minutos del tres de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.
- 6 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Resolución No. 63-2003, de las diez horas con treinta y siete minutos del treinta de enero de dos mil tres.