

Informe de Investigación

Título: Excusas legales absolutorias y la Extinción de la responsabilidad penal

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal General.
Palabras clave: Excusas Legales Absolutorias, la pena y el delito, Extinción de la infracción y de la pena, Extinción de la responsabilidad Penal, Extinción de la Punibilidad.	
Fuentes: Doctrina, Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 06 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	3
a) LAS EXCUSAS LEGALES ABSOLUTORIAS.....	3
b) ALGUNAS ESPECIES DE EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	4
a) Excusa en razón de la conservación del núcleo familiar.....	4
b) Excusa en razón de mínima temibilidad.	5
c) Excusa en razón de la maternidad consciente.	5
d) Otras excusas por inexigibilidad.	5
c) I. LAS EXCUSAS LEGALES ABSOLUTORIAS.....	6
1) La pena y el delito.....	6
2) Situaciones de delitos declarados o presuntos en que no se aplica la pena.....	7
3) La idea de excusa legal absolutoria.....	8
4) La inmunidad.....	8
5) El perdón del ofendido y el perdón judicial.....	9
II. LA EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA EN EL CODIGO PENAL.....	10
1) Conceptos generales.....	10
2) Desistimiento en la tentativa.....	11
3) El matrimonio del procesado o condenado con la ofendida.....	12
4) La excusa absolutoria en el delito de retención indebida.....	13
5) La excusa en el libramiento de cheques sin fondos.....	13
6) Desistimiento en los atentados políticos.....	14
7) La excusa absolutoria en los delitos de acción privada.....	15
III. LA EXCUSA EN LOS DELITOS FISCALES.....	16
1) Generalidades.....	16
2) Delitos del Código Fiscal.....	16
3) Situación de comiso en los casos de excusa absolutoria en los delitos de defraudación	16



fiscal.....	18
4) Comparacion de la excusa absoluta en los delitos fiscales y la admision de la culpabilidad en los delitos de citacion directa.....	18
d)EXTINCIÓN DE LA INFRACCIÓN Y DE LA PENA.....	19
e)EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y SUS EFECTOS.....	22
I. Extinción de la responsabilidad penal.....	22
II. Los antecedentes penales y su cancelación.....	29
f)EXTINCIÓN DE LA PUNIBILIDAD.....	31
1. Causas de impunidad legal.....	31
2. Muerte del condenado.....	31
3. Desistimiento.....	32
4. Amnistía.....	32
5. Indulto.....	33
6. Prescripción.....	34
7. Oblación.....	36
8. Rehabilitación.....	36
3 Normativa	36
ARTÍCULO 89.- Amnistía.....	36
ARTÍCULO 90.- Indulto.....	36
ARTÍCULO 93.- Perdón Judicial.....	37
4 Jurisprudencia.....	37
a)Prescripción de la acción penal: Posibilidad de dictar de oficio el sobreseimiento.....	37
b)Legítima defensa: Defensa excesiva excusable.....	39
c)Prescripción de la acción penal.....	40
d)Indulto: Análisis normativo, reformas y consideraciones como causal que extingue la acción penal.....	41
e)Indulto: Manifestación de no continuar el procedimiento de revisión, no constituye desistimiento ni impide dictar sobreseimiento.....	43
f)Prescripción de la acción penal: Reglas aplicables son de carácter procesal.....	44
g)Perdón judicial: Requisitos y deber de escuchar a la persona menor ofendida.....	48
h)Perdón judicial: Delitos contra el honor.....	49

1 Resumen

El presente trata el tema de la exclusión de la responsabilidad penal, en sus dos vertientes, las excusas legales absolutorias y la extinción de la responsabilidad penal. Por medio de doctrina, normativa y jurisprudencia se aborda el tema, explicando sus diversos temas y subtemas.

2 Doctrina

a) LAS EXCUSAS LEGALES ABSOLUTORIAS

[Politoff]¹

Así como las *condiciones objetivas de punibilidad* son causas para prescindir de la pena, aunque todos los elementos de tipicidad, injusto y culpabilidad estén presentes, *si falta tal elemento objetivo* (p. ej., la muerte del suicida en el auxilio al suicidio), así las llamadas *excusas absolutorias* son causales para prescindir de la pena, aunque el delito esté íntegro en sus ingredientes de tipicidad, injusto y culpabilidad, *si está presente una determinada característica personal* del actor (la que, por supuesto, sólo favorece a éste y no a los demás partícipes). Tanto las *condiciones objetivas de punibilidad* como las *excusas absolutorias* tienen un fundamento puramente utilitario de política criminal.

La denominación *excusa absoluta* proviene del derecho español (SILVELA), mientras la doctrina alemana prefiere hablar de *causas personales de anulación de la pena*.

El ejemplo más característico de *excusa absoluta* es el art. 489 Cp, tomado del modelo español, conforme al cual quedan impunes por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren determinadas personas unidas por el matrimonio o parentesco. Un derecho penal *orientado a las consecuencias* no necesita interrogarse sobre las evidentes razones para no interferir con la fuerza del Estado en conductas que, aunque ilícitas, acontecen en el seno de una familia y tienen sólo un alcance patrimonial, ya que, de hacerlo, sería sin duda “el remedio peor que la enfermedad”. En efecto, el legislador quiere, probablemente, por una parte, evitar la confrontación en un proceso penal de personas unidas por vínculos familiares; por otra parte, toma en cuenta el hecho de que la administración y manejo de los bienes puede no estar, en la vida corriente, claramente definida entre cónyuges y parientes cercanos. SILVELA hablaba de la “especie de copropiedad que, por los hechos, se establece entre los parientes cercanos”. Por la razón anotada, este beneficio “no es aplicable a los extraños que participaren en el delito”.

Hemos explicado antes que, en cambio, no tiene el carácter de mera *excusa legal absoluta* el encubrimiento de parientes.

Se discute la naturaleza jurídica del *desistimiento voluntario en la tentativa*, cuyo efecto de exclusión de la pena, aunque no previsto formalmente en nuestra ley, se admite por la doctrina. Pensamos que también hay aquí una *excusa absoluta*, cuyo fundamento –a nuestro juicio– no está en una supuesta “modificación del ánimo criminal” (los motivos de la decisión de no proseguir una acción delictuosa *todavía posible* no son tomados en cuenta), sino en un “premio” que se concede, por razones de política criminal, al hechor que se desiste. Por extensión, vale el mismo concepto para el desistimiento en la proposición y la conspiración del art. 8º Cp, y para el supuesto especialmente reglado en caso de falsificaciones monetarias del art. 192 Cp.

Según la doctrina predominante, corresponde asimismo al concepto en comentario la impunidad, por razones de conveniencia política, de los rebeldes o sediciosos (sublevados) que se “disolvieren o sometieren a la autoridad legítima, antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas, sin haber ejecutado actos de violencia” (art. 129 inc. 1º Cp). Se puede añadir todavía el pago, con los

intereses corrientes y las costas, del cheque girado en descubierto (el llamado impropriamente *giro doloso de cheques*), con arreglo al art. 22 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, que da lugar al sobreseimiento definitivo de la causa. Aunque se sostiene que el fundamento de la exclusión de la pena en esos casos es el "arrepentimiento", tal expresión no debe entenderse más allá de su significado objetivo; la excusa no tiene nada que ver con el "remordimiento", que las más de las veces estará ausente.

b) ALGUNAS ESPECIES DE EXCUSAS ABSOLUTORIAS

[Castellanos]²

Nos ocuparemos a continuación de las excusas absolutorias de mayor importancia.

a) Excusa en razón de la conservación del núcleo familiar.

El artículo 377 del Código Penal del Distrito preceptúa: "El robo entre ascendientes y descendientes no produce responsabilidad penal; pero si además de esas personas interviniera alguna otra, a ésta no aprovechará la excusa, pero para castigarla se necesita que lo pida el ofendido." La misma situación rige para el fraude y el abuso de confianza (artículos 385 y 390 del C. P.).

El fundamento de la excusa se ha querido encontrar en una supuesta copropiedad familiar; en motivos de intimidad; o bien, en el simple recuerdo de aquella copropiedad. Villalobos —con su acostumbrada ironía— hace notar que la "intimidad" no produce efectos tan señalados en otros casos como el de los amigos, hermanos o cónyuges; y ni "un lejano recuerdo" de cosas que quizá existieron, puede ser capaz de originar tan desproporcionados efectos como la impunidad de un delito, pues con tal criterio tendría que ser amparado todo ladrón, abigeo o abusario, por haber recuerdos lejanos de la propiedad comunal fuera de la familia. Para él, de ser un hecho la "copropiedad familiar", no daría lugar a una excusa, sino a la desaparición del delito, pues no puede haber robo, ni fraude, ni abuso de confianza por la disposición de cosas propias.

Desde hace años, hemos venido sosteniendo que si la familia es la base de la sociedad, interesa al Estado protegerla y por ello se encuentra obligado, antes que a sancionar el robo, a procurar el fortalecimiento de los vínculos familiares, por ser la familia la célula social. Serían negativos los efectos de la represión, si el propio Estado favoreciera la comparecencia de los hijos ante los tribunales para acusar a sus propios padres, o a la inversa.

El robo entre cónyuges, o por un suegro contra su yerno o su nuera, por éstos contra aquél, por un padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra su hermano, produce responsabilidad penal, pero sólo se podrá proceder contra los autores a petición del agraviado (Art. 378 del Código Penal del Distrito).

b) Excusa en razón de mínima temibilidad.

El artículo 375 del Código Penal vigente establece que cuando el valor de lo robado no pase de cien pesos, sea restituido por el ladrón espontáneamente y pague los daños y perjuicios antes de tomar la autoridad conocimiento del hecho, no se impondrá sanción alguna si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia. La razón de esta excusa debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente.

c) Excusa en razón de la maternidad consciente.

El artículo 333 del Código Penal establece la impunidad en caso de aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Según González de la Vega, la impunidad para el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, se funda en la consideración de que es ella la primera víctima de su imprudencia, al defraudarse sus esperanzas de maternidad; por ende resultaría absurdo reprimirla.

Para el aborto, cuando el embarazo es resultado de una violación, la excusa obedece a causas sentimentales. Nada puede justificar —dice Eugenio Cuello Calón—, imponer a la mujer una maternidad odiosa, dando vida a un ser que le recuerde eternamente el horrible episodio de la violencia sufrida. Para la operancia de la impunidad se requiere la demostración previa del atentado sexual, aun cuando respecto a éste no se haya seguido juicio alguno en contra del violador.

En el primer caso se exime de pena en función de nula o mínima temibilidad; en el segundo, en razón de la no exigibilidad de otra conducta, pues el Estado no está en condiciones de exigir a la mujer un obrar diverso, mas se mantiene incólume la calificación delictiva del acto. Con acierto expresa Ricardo Abarca que el derecho a la libertad sexual no puede llegar hasta el punto de justificar la muerte dada en el feto, pero se excluye la pena a virtud de los sentimientos de repugnancia de la propia mujer al serle violentamente impuesta la maternidad.

d) Otras excusas por inexigibilidad.

En el capítulo anterior quedó estudiado el encubrimiento de parientes y allegados, verdadera excusa absolutoria fundada, a nuestro juicio, en la no exigibilidad de otra conducta. Igual fundamento opera para las excusas contenidas en los artículos 280, fracción II y 151 del Código Penal del Distrito Federal. La primera alude a la exención de pena a determinados parientes de un homicida, si ocultan, destruyen, o sin la debida licencia sepultan el cadáver del occiso. El otro precepto excusa a ciertos familiares de un detenido, procesado o condenado cuando favorezcan su evasión, excepto si proporcionan la fuga mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas. Otro caso de inexigibilidad, de donde surge una excusa absolutoria, se halla en la fracción IV del artículo 247 del mismo cuerpo legal; se refiere a la falsa declaración de un encausado. La propia Constitución protege al inculpado con una rica gama de garantías; por ende, el Estado, en el caso de la excusa mencionada, no está en condiciones de exigir un obrar diferente. Adviértase, sin embargo, la dificultad de realización de la hipótesis, porque tratándose del acusado no se le toma protesta y según nuestra Ley, la falsedad debe hacerse precisamente previa protesta de decir verdad, para integrar el delito cuya pena, en la especie, se excusa. El mismo ordenamiento alude al

caso de quien es examinado sobre la cantidad en la cual estima una cosa y falta a la verdad. Aquí no existe razón para la excusa; si el que falta a la verdad cree, por error, manifestar lo cierto, indudablemente no comete delito.

c) I. LAS EXCUSAS LEGALES ABSOLUTORIAS

[Quintana]³

1) La pena y el delito.

En la naturaleza existe una simetría entre la acción y la reacción, de manera que Newton pudo establecer que ante toda acción surge una reacción de igual fuerza, pero que trabaja en sentido contrario. Este modo de operar natural, observable en el Universo entero, constituye una de las llamadas leyes de Newton, que las enunció, al par que la Ley de gravitación universal. Pero si bien las leyes naturales pueden ser enunciadas, previa su fundamentación en los fenómenos de la naturaleza (tanto la energía como la materia), a ellas se llega mediante el método inductivo, de observación y estudio de los fenómenos aislados, para poder precisar y aislar sus constantes. Este método de observación científica y para el establecimiento de hipótesis y de leyes naturales, se denomina el método científico, bien definido por Claude Bernard.

Sin embargo, en la sociedad existen leyes que no descansan en el método científico, ya que simplemente son disposiciones de carácter general y obligatorio que emanan de la autoridad constituida, esto es, un órgano legislador, que puede estar inspirado en intereses, ideales de orden filosófico, o conceptos de cualesquier orden; las cuales deben aplicarse en la sociedad por vía de autoridad, prescindiendo de si se adaptan o no a una realidad objetiva. Estas leyes constituyen las normas jurídicas.

No obstante ser sustancialmente diferentes las leyes naturales de las del orden jurídico, ocurre con frecuencia que las ciencias naturales allanan y guían los esfuerzos de los juristas y de los filósofos del derecho. Los descubrimientos y leyes de los científicos en el orden natural, hacen prácticas definiciones y conceptos de los filósofos del derecho que, como Kant, buscan un equilibrio en la sociedad, mantenido por las leyes; equilibrio que según él, se rompe con el delito y se restaura al aplicarse la pena a quien resulte imputable de ese hecho anormal, a lo menos, para el orden jurídico inspirado en el bien común. Evocándose el concepto newtoniano de acción-reacción, el filósofo nos recuerda que el equilibrio social roto por el delito sólo será restablecido por la aplicación de la pena.

La construcción lógica del Kantismo en el campo jurídico penal, maneja binariamente la idea del delito y de la pena y a ella se acogieron las legislaciones de todas las naciones civilizadas y en dicho sistema descansa el principio de la LEGALIDAD del delito, del procedimiento y de la pena, contenido en nuestro artículo 39 de la Constitución Política, enunciado en latín: "nullum crimen, nulla poena sine previa lege". Sin embargo, este principio es de nuestra época y no de la antigüedad. Nuestro texto constitucional dice: "A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por Ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente". Por consecuencia, de la lectura del texto constitucional aparece que la aplicación de

la pena sólo puede ser consecuencia de la comisión del delito, el cual sólo puede ser establecido formalmente mediante ciertas garantías procesales, que constituyen el procedimiento penal y la organización de los Tribunales de Justicia, que establecen respectivamente las reglas para la formación del convencimiento del juez y la competencia de las autoridades jurisdiccionales.

La unidad entre el delito y la pena también está establecida por el artículo 1 del Código Penal de Costa Rica, según la Ley 4573 que lo promulgó, reafirmando en él la legalidad de ambos conceptos y dice: "*Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la Ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente*".

Como consecuencia de lo expuesto podemos concluir que, para el Constituyente y el Legislador costarricense, entre el delito y la pena debe existir una relación causal, en orden a que toda pena debe ser sólo una consecuencia del delito, e igualmente, que por lo general, a los delitos debe seguir la pena, como la sombra al cuerpo; conformándose así la proposición de que el delito es la causa y la pena el efecto, formal y sustancialmente; por más que esta vinculación pueda no aparecer en la realidad de algunos casos concretos, pero que ello sea así es lo que está dispuesto por las normas vigentes en nuestro país.

2) Situaciones de delitos declarados o presuntos en que no se aplica la pena.

Hemos dejado expresada la ocurrencia general de la punibilidad o castigo de los delitos, encontrándose en ella la razón de ser del régimen penal, contemplado en resguardo del equilibrio y estabilidad de la sociedad. Pero, ya que la aplicabilidad de la pena, una vez producido un delito, no obedece a una ley natural, sino que al sistema jurídico y social de una colectividad basada en el bien común, y conforme con el "roll" de todos los componentes del cuerpo social; la aplicación de las penas es lógico que encuentre salvedades o excepciones cuando el propio bien común o el interés social así lo recomienden, lo que de hecho ocurre en algunos casos que las legislaciones fijan expresamente.

Es por esto que se dan situaciones en que se produce la condenatoria, pero no se aplica la pena, o en las que el proceso termina interlocutoriamente por desestimación, sobreseimiento o resolución equivalente, pese a poderse establecer la imputación del hecho y la culpabilidad o dolo del agente en el delito, pero ante la existencia en la ley de un motivo de impunidad; situaciones todas enmarcadas bajo el título de Excusas Absolutorias, no del todo sistematizadas por la ley, ni siempre iguales en sus alcances.

Una cosa es clara, que el principio de legalidad también debe estar presente en las excusas absolutorias, puesto que la falta de aplicación de la punición no debe descansar en el albedrío de la autoridad sentenciadora sino que en el texto expreso o implícito de la ley; principio de legalidad que justifica el nombre genérico de estas eximentes de pena, las cuales en doctrina se denominan "Excusas Legales Absolutorias", frase en la que debe subrayarse la palabra legales, con el fin de destacar el concepto ya expresado.

3) La idea de excusa legal absolutoria.

El Diccionario de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, define esta excusa como: "*Eximente o causa de impunidad establecida por la ley por motivos de utilidad pública o interés social. Aún reconociendo la antijuridicidad del hecho o de la omisión y la imputabilidad y culpabilidad del agente, no se aplica la pena*".

En relación con esta materia, Cuello Calón señala que las excusas absolutorias se diferencian de las causas de inimputabilidad y de justificación en que el acto ejecutado es antijurídico y culpable, hay delito y delincuente y sin embargo, no se castigan; por lo que concluye que la acción delictiva queda impune por lo que llama un perdón legal, de lo que señala diferentes ejemplos en el Derecho español. (Ver página 595 del tomo indicado).

A pesar de lo expuesto, no puede colegirse que las excusas en estudio impliquen que el Derecho Penal claudica o se degrada por ellas, ya que no desaparece la ilicitud penal por la que se castigan la generalidad de los casos, desapareciendo, por excepción sólo la punición en un caso concreto, lo que viene a confirmar la regla general de que todos los delitos deben ser castigados, pues las leyes penales son la sanción de todas las otras normas, según Juan Jacobo Rousseau (citado por S. Soler).

4) La inmunidad.

Por sus vinculaciones de familia, los delitos de los hijos contra los padres y recíprocamente, de los cónyuges entre sí, entre los hermanos, cuando afectan bienes jurídicos patrimoniales, en algunos países la legislación los exime de pena; por ello, tanto los tratadistas españoles como los italianos, que tienen este tipo de exenciones, encuentran en ellas el ejemplo clásico para ellos de las excusas legales absolutorias. Sin embargo, en el derecho penal costarricense, fundado en el Código Penal Tipo Latinoamericano, los delitos patrimoniales en el ámbito familiar son perfectamente punibles si se ejercita la acción penal, existiendo reglas especiales para que puedan ser castigados en la modalidad de la acción, que siendo pública es de instancia privada (artículo 81 bis, inciso c) del Código Penal, artículo 6 del Código de Procedimientos Penales). Nuestro Código Penal, señala en el artículo en referencia: "*Son delitos de acción pública, perseguibles sólo a instancia privada: c) El hurto, el robo sin violencia en las personas, la estafa, las demás defraudaciones previstas en las secciones IV y V del Título VII, libro II, y los daños, siempre que el imputado sea ascendiente o descendiente del ofendido, su cónyuge, hermano, tío o sobrino, por consanguinidad o afinidad; padre o hijo adoptivo, hijo de crianza, concubinario o manceba de éste, si han llevado públicamente vida marital por más de un año; también cuando esos delitos sean cometidos por el bienhechor, en perjuicio de su protegido*".

En todos estos casos indicados, para poder proceder será necesaria la denuncia del ofendido, o en orden excluyente, de sus representantes legales, tutor o guardador (artículos 6 y 154 del Código de Procedimientos Penales); por lo que si el ofendido resulta ser un incapaz, también sus representantes están facultados para poner en ejercicio la acción penal. Pero, ¿qué sucede si cometido uno de tales delitos la acción penal no fuera ejercida por el ofendido o por su representante? ...Con respecto a cualquier tercero o ente que pretendiera poner en movimiento la fuerza sancionatoria penal se daría en el Derecho penal costarricense una falta de acción, que obligaría a una desestimación de la denuncia, del requerimiento fiscal de instrucción fiscal o a un



sobreseimiento, según los casos (artículos 158, 320, 347 del Código de Procedimientos Penales), situación que implícitamente involucra una excusa legal absoluta, pues implica una falta de punición del hecho cometido. Por lo mismo, en tales casos, a juicio de Cuello Calón, que analiza la situación en España, sólo queda al interesado la acción civil por daños y perjuicios, que en Costa Rica sería la única vía disponible en tales casos (artículos citados arriba y 357 del mismo Código). Paralela a la situación de los delitos cometidos por parientes, entre los que se conforma una inmunidad por los delitos patrimoniales, encontramos la inmunidad diplomática, que protege a los Jefes de Estado Extranjeros y diplomáticos acreditados en el país, según lo dispuesto expresamente por el inciso 1) del artículo 16 del Código Penal; y además, según el inciso 2 de este mismo artículo, encontramos la inmunidad de que gozan algunos funcionarios públicos conforme con la Constitución Política.

La inmunidad diplomática fue acogida por el Código Penal vigente adecuando su texto a los Tratados vigentes en el campo internacional, como son la Convención de Viena, Tratados de la ONU, de la OTAN, de la OEA, etc. Así las cosas, una vez que en el proceso se encuentre demostrada por la certificación o nota del Ministerio de Relaciones Exteriores la calidad de diplomático de una persona sindicada como autora de un delito, sólo cabría que el juzgador dicte la correspondiente desestimación de la denuncia, o bien, el sobreseimiento, si la causa se encuentra en una etapa avanzada de la instrucción. A pesar de ello, en otras latitudes y ante crímenes achacables a funcionarios diplomáticos se han producido las renunciaciones de la inmunidad diplomática, por los países a cuyo favor operaba esta causa de impunidad (Caso Becquer, en Chile), aunque en Costa Rica no se ha dado esta situación ni activa ni pasivamente.

¿Quiere decir lo anterior que no delinquen los Jefes de Estado Extranjeros y Diplomáticos acreditados en nuestro país? En absoluto, ya que ellos pueden inclusive ser juzgados en sus respectivos países por estos hechos, eventualmente. A este respecto señala Carrara que *"un impedimento para castigar no vale nunca para destruir la noción del delito ni para hacer cesar su existencia, cuando concurran los requisitos de él"*.

En lo que respecta a los funcionarios indicados por el inciso segundo del artículo 16 del Código Penal, que son los nacionales que conforme a la Constitución Política gozan de inmunidad, cabe establecer únicamente que esta inmunidad no es absoluta, pues consiste únicamente en una serie de reparos para el ejercicio de la acción penal, cumplidos los cuales la acción es siempre procedente, ya que en nuestra nación nadie tiene el fuero de los soberanos, que en otras latitudes están totalmente por fuera de la posibilidad de delinquir; y así la propia Constitución Política en el inciso 9) del artículo 121 indica que es la propia Asamblea Legislativa la llamada a declarar si hay lugar para formación de causa contra el Presidente de la República, Vicepresidentes, miembros de los Supremos Poderes y Ministros Diplomáticos (se refiere a los nacionales), por los delitos que se les achacaren. Por su parte, los artículos 171 y siguientes del Código de Procedimientos Penales rigen el procedimiento aplicable a estos casos, que en lo no expresamente modificado, ha de ser el proceso común.

5) El perdón del ofendido y el perdón judicial.

Estas dos formas de suprimir la punición se encuentran previstas en los artículos 81 párrafo segundo y 93 del Código Penal de 1971, respectivamente. Sin embargo, durante el proceso no pueden ser invocadas vinculadamente por el inculpado ante el juez de la causa si no se le han



otorgado previamente; de manera que no configuran propiamente excusas legales absolutorias, sino que son formas que suprimen algunos aspectos de la punición, a criterio del ofendido en los delitos de acción privada y del juez, tratándose de los casos del perdón judicial, cuando éste procede según el artículo 93 del Código Penal. Aunque estas dos instituciones aparecen en el Código Penal como causas de extinción de la acción penal y de la pena, (Título V del libro I), no constituyen ninguna obligación para el Juez o para el ofendido, según los casos, quienes podrán darlos, si quieren; ya que en ambas situaciones la Ley utiliza el verbo poder, no una forma imperativa. De allí que para el inculpado, el derecho a la extinción de la pena está sujeto a una condición suspensiva, dependiente del querer ajeno, sea el del ofendido, o el de la autoridad juzgadora.

El perdón judicial en análisis suprime algunos de los aspectos de la punición, pero no todos los efectos de la condena desaparecen, conforme lo establece el artículo 96 del Código Penal, que indica que tales formas de extinción no afectan el comiso ni la responsabilidad civil. Por su parte, el artículo 93 del Código Penal es claro en que sólo extingue la pena y no se elimina el juicio de reproche que importa la condenatoria. Por consecuencia, siendo la función del Registro Judicial de Delincuentes la de comprobar los antecedentes penales de los habitantes de la República, (artículo 3 de la Ley del Registro Judicial de Delincuentes) y tratándose en estos casos de perdón judicial de una sentencia condenatoria, en que sólo se deja sin efecto la pena, la sentencia dictada en estos casos deberá comunicarse al Registro para su inscripción, (artículo 5 de la Ley del Registro de Archivos Judiciales, número 6723 del 10 de marzo de 1982). Sin embargo debe reconocerse, que ya que la ley no indica de modo expreso que deben inscribirse las condenatorias dictadas con perdón judicial, pudiera la inscripción de ellas ser materia de discusión; puesto que la inscripción no deja de ser una pena accesoria, que en ciertas circunstancias podría ser de un perjuicio notable para el reo y que, obviamente, no es una simple consecuencia civil de las que no desaparecen según el artículo 96 del Código Penal.

Tratándose del perdón del ofendido en delitos de acción privada, no existe duda de que la sentencia no es inscribible en el Registro Judicial de Delincuentes, al igual de lo que ocurre en casos en que opera una excusa legal absolutoria, propiamente tal, pues en estas situaciones no se produce la condenatoria, que es la inscribible según la ley, sino que, simple y llanamente se dicta una absolutoria del reo, o resolución equivalente, que no es inscribible. Más adelante estudiaremos una aparente excepción a esta regla general, en relación con el contrabando de licores, (artículo 474 del Código Fiscal).

II. LA EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA EN EL CODIGO PENAL

1) Conceptos generales.

Nuestra legislación penal no tiene establecidos en forma sistemática los diferentes casos de excusas legales absolutorias, de allí que una enunciación que se pretenda de ellas pudiera resultar incompleta; por eso destacamos en el presente estudio un grupo de figuras, que no pretende ser exhaustivo; pero, lo importante es que, probada la existencia de estas causales se da paso en el proceso penal a una desestimación, a un sobreseimiento o a una sentencia absolutoria, si la causa está para dictar sentencia, o bien, a una impunidad, si la condenatoria ha sido pronunciada, como

sucede con la situación descrita por el artículo 92 del Código Penal, que expresamente señala que la excusa puede operar aún cuando la condenatoria hubiera sido dictada, supuesto previsto por ese artículo que no es común para todas las excusas absolutorias.

2) Desistimiento en la tentativa.

El artículo 24 del Código Penal vigente dispone que "*Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente*". De lo expuesto, se colige la figura antitética de que no hay tentativa cuando la consumación del delito no se produce por el desistimiento puro y simple del agente, no atribuible el desistimiento a una acción externa o de un tercero; y como colofón, podría concluirse que, siendo la tentativa una figura punible, al no haber tentativa no puede haber punición.

Con relación a la tentativa Carrara, destacando al factor internacional, señala que el concepto de la consumación no es absoluto, sino relativo, porque un evento que respecto a un delito "*constituye consumación, no es más que una tentativa respecto de otro título de delito*"; de allí que la lesión consuma el delito de lesiones, pero puede ser conato del delito de homicidio, el derribamiento de una puerta consuma el delito de daños, pero puede ser tentativa de robo. Por consecuencia, si el delito querido en primer término por el agente no se consuma en virtud de su propio y voluntario desistimiento, no se daría el supuesto para reprimir la tentativa del delito, aunque es obvio que sí deberán reprimirse los actos realizados que en sí mismos sean constitutivos de delito o contravención, tal como lo disponía expresamente el artículo 39 del Código Penal, de 1941, derogado por el Código vigente. En relación con esta materia debemos observar que, si bien no hay una disposición expresa que así lo ordene en el Código actual, así procede en virtud de la tipicidad, uno de los elementos del principio de la legalidad, contenidos en los artículos 1 del Código Penal y 39 de la Constitución Política de Costa Rica.

La aplicación del desistimiento de la tentativa, libre y espontáneo, como una causal de impunidad o excusa absoluta, tiene como finalidad estimular un principio de bien común, cual es desalentar la comisión de los delitos, estimulando todos los actos que los impidan; lo que no ocurriría si el desistimiento voluntario de la tentativa se castigara, pues no habría ningún aliciente para los delincuentes en orden a renunciar a las consecuencias directas de algún hecho punible que hubieran comenzado.

Cuello Calón, refiriéndose al desistimiento de la tentativa como excusa legal absoluta, señala que "*cuando el desistimiento es propio y voluntario, según claramente se desprende del texto legal, no hay tentativa; pero han de recurrir ambos requisitos, que el que desiste sea precisamente el que intentaba la comisión del delito, y además que el desistimiento sea libre, espontáneo y no determinado por causas que cohiban la voluntad del agente, (v.gr. la llegada de la policía). Basta la voluntariedad del desistimiento, independientemente de los motivos que lo hubieran originado (miedo a la pena, a perder el empleo o por íntimo arrepentimiento)*". Agrega el citado tratadista que: "*Encaso de desistimiento propio y voluntario, el que desiste quedará exento de la pena correspondiente a la tentativa del delito cuya perpetración intentaba, pero responderá de los hechos realizados antes del momento del desistimiento si fueren punibles.*"

Existen algunas situaciones en las que el delito consumado se perpetra con la simple tentativa, cual sucede en el artículo 5 de la Ley de Defraudación Fiscal; siendo criterio nuestro de que no podría

operar entonces la excusa absolutoria por el desistimiento, el cual, por disposición de la ley sería del delito y de su conato. (No aparece así en el delito de contrabando).

3) El matrimonio del procesado o condenado con la ofendida.

La excusa enunciada tiene cabida en los delitos "contra la honestidad", es decir, aquellos en los que el bien jurídicamente protegido sea la honestidad de la mujer y en los que ella sea la que figure como ofendida, según disposición expresa del texto legal. Sin embargo de lo dicho, nos encontramos que el Código Penal vigente no contiene ningún título ni sección que tutele en concreto la honestidad, lo que sí se encontraba en el Código Penal anterior, el que incluía entre los delitos contra la honestidad los siguientes: violación, estupro, raptó e incesto, también, la corrupción y los ultrajes al pudor y a la moralidad pública, es decir, de los artículos 216 al 234 del Código derogado, en su Título Segundo, Libro Segundo, Capítulos Primero y Segundo (Promulgado según Ley 368 del 21 de agosto de 1941).

Ante tal predicado y tratándose de que nuestro Código Penal vigente no contiene ningún título ni capítulo relativo a los delitos contra la honestidad, como sí ocurre en otras materias, en las que se tutela la vida, el honor, la familia, etc.; cabe concluir que, entonces, el término honestidad está sujeto a interpretación, pues la excusa absolutoria contenida en el artículo 92 no puede quedar reducida a un pronunciamiento platónico.

A nuestro juicio, los que el artículo en referencia llama delitos "contra la honestidad" son los que el Código llama delitos sexuales, en el Título III del Libro II y que comprenden los artículos 156 al 174, en todos los casos tipificados por estos artículos en los que la persona ofendida resulte ser una mujer y ante la certeza de un matrimonio legalmente celebrado con ella de parte del inculpado, que obviamente deberá ser un hombre, pues tal es lo que también se desprende del referido artículo 92 del Código punitivo. Ante otros supuestos de hecho, por más que existiera matrimonio y se tratara de estos mismos artículos, no podría operar la excusa absolutoria. En lo que respecta al matrimonio realizado, es menester que haya sido legalmente posible, no sólo aparente, como sucede en los llamados "matrimonios por contrato"; por otra parte, si la ofendida fuese una menor, la ley exige también que no debe darse oposición de parte de sus representantes legales ni del Patronato Nacional de la Infancia (PANI).

El fundamento de la anterior interpretación que hemos hecho del texto, debe encontrarse en que el término honestidad que utiliza la ley es equivalente de decencia, decoro, recato, pudor, compostura, moderación en la persona, que son términos que guardan estrecha relación con la sexualidad de la mujer, protegida en los artículos en referencia, y dado que en esta materia el Derecho Penal permite la aplicación por analogía, por ser una interpretación a favor del reo, siendo que la ley veda la aplicación analógica sólo cuando es en perjuicio de éste, (artículo 2 del Código Penal).

Si la excusa en referencia es invocada válidamente durante el proceso, produce la desestimación, el sobreseimiento o la sentencia absolutoria; si se invoca una vez dictada la sentencia sólo produce la supresión de la pena, por disposición expresa de la ley, que deberá ser acogida por la Autoridad sentenciadora. El Tribunal Superior de Puntarenas, por resolución número 176 del 30 de octubre de 1979, publicada en la Revista Judicial número 20, página 172, número 3131, dispuso: "*Si la ley penal establece que el matrimonio del procesado o condenado con la ofendida extingue la acción*

penal o la pena en los delitos contra la honestidad, siempre y cuando sea legalmente posible; ... y si en la especie, el matrimonio del encartado y la ofendida fue comprobado, procede por unanimidad dictar sentencia de sobreseimiento a favor del procesado por el delito de estupro acusado". Resolución que confirma los lincamientos antes expuestos.

Finalmente, debemos observar que la prueba del matrimonio celebrado deberá hacerse por medio de la correspondiente certificación o constancia del Registro Civil, ya que no existe en materia del Estado Civil la libertad de prueba, como bien lo consagra el artículo 198 del Código de Procedimientos Penales, en armonía con lo preceptuado por el artículo 45 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil.

4) La excusa absolutoria en el delito de retención indebida.

El artículo 223 del Código Penal sanciona tanto la retención indebida como la apropiación indebida, habiéndose hecho mucho de sentir en la redacción original de esta figura punible la falta de alguna disposición que viniera a dar certeza en el proceso de la negativa del encartado para devolver lo indebidamente apropiado o retenido, para evitar causas en los casos en los que el reo estaba en actitud de entregar o devolver. Así, por Ley 6726 del 10 de marzo de 1982, además de modificarse las penas en forma escalonada, de acuerdo con la importancia del daño causado, se introdujo un inciso final que dispone: "*En todo caso, previamente el imputado será prevenido por la Autoridad que conozca del asunto, para que, dentro del término de cinco días, devuelva o entregue el bien, y si lo hiciera no habrá delito, quedando a salvo las acciones civiles que tuviere el dueño*".

Es una peculiaridad la redacción de esta excusa en el texto citado, pues la ley indica que al operar la restitución o devolución, dentro del término de ley, no habrá delito, suprimiéndose así el ilícito penal, aunque no el civil, pues el artículo en referencia deja a salvo los derechos de esta naturaleza, lo que guarda conformidad con la disposición del artículo 11 del Código de Procedimientos Penales, que mantiene el principio de que la absolutoria en materia penal no precluye los derechos de orden civil; los cuales, en otros casos, podrían inclusive declararse en sentencia. En la situación en examen, sin embargo, no resulta aplicable la norma ya que al dictarse la sentencia, ya se encuentra sobradamente vencido el término de cinco días, que por lo general debe otorgarse dentro de la etapa instructiva.

En los casos en que dentro del término de cinco días el inculcado devolviera el objeto, pero en mal estado o incompleto, o en cantidad inferior a la indicada por el ofendido, estimamos que la excusa no podría operar pura y simplemente, sino que la situación deberá dejarse para resolver cuando el Juez deba pronunciarse sobre lo instruido.

5) La excusa en el libramiento de cheques sin fondos.

El artículo 243 del Código Penal sanciona con prisión de seis meses a tres años o con sesenta a cien días multa al autor del delito de Libramiento de Cheques sin Fondos, comprendiéndose en el inciso final de este artículo la excusa absolutoria, cuando este artículo dice: "En todo caso, el librador deberá ser informado personalmente de la falta de pago, mediante acta notarial o por

medio de la autoridad que conozca del proceso. Quedará exento de pena, si abonare el importe del cheque dentro de los cinco días siguientes a la notificación".

En el caso anterior se fija un término de cinco días, en los que no se contarán los feriados y si el término venciere en feriado se tendrá por prorrogado el plazo hasta el día hábil siguiente (artículo 141 del Código de Procedimientos Penales), debiéndose contar el término a partir del siguiente día a aquél en que se efectúe la notificación (artículo 140 *ibídem*).

La jurisprudencia de nuestros Tribunales tiene establecido que "La impunidad o excusa legal absoluta que contempla nuestro Código Penal cuando el cheque girado desprovisto de fondos es abonado dentro del término allí previsto, no borra ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad, ni la imputabilidad, pues éstas siguen conservando viabilidad jurídica desde que el delito tuvo su nacimiento y despliegue, estando previsto por Ley preexistente y hay responsabilidad del mismo, solo que, al emerger la causal de impunidad comentada, la Ley condena la pena". (Sala II Penal, Corte Suprema de Justicia, resolución de las ocho horas del 20 de febrero de 1979, Revista Judicial número 21, página 209, número 4137).

6) Desistimiento en los atentados políticos.

El artículo 297 del Código Penal castiga a los promotores o directores en los delitos de rebelión o de sedición en que hubiera operado el desistimiento; constituyendo una excusa legal absoluta a favor de los partícipes en tales delitos que no tuvieran una figuración como directores o promotores, si se desisten de esos delitos antes de la "intimidación" que les haga la Autoridad o a consecuencia de ella. Los partícipes en tales delitos, que no fueren líderes, podrán desistirse y quedar impunes, ya sea sometiendo a la autoridad o disolviéndose; favoreciéndose así a los participantes en el movimiento que revelaren una menor peligrosidad objetiva, esto es, conforme a su participación real en menor grado.

La palabra intimidación ocupada por el legislador en la redacción de esta excusa absoluta no coincide con la utilizada en otras legislaciones para esta misma figura, pues en otras latitudes se utiliza el término "intimación" o bien, "intimidaciones", con el que se implica una advertencia de la autoridad hacia los rebeldes o amotinados y no un acto de amedrentamiento, como lo supone el término consignado por nuestro Código, aparentemente por algún error, puesto que la intimidación es fácilmente materia de prueba, lo que no sucede con la intimidación, correspondiente a un fenómeno interno y subjetivo, de difícilísima probanza.

Dice el artículo 297 del Código Penal: "Cuando los rebeldes o amotinados se sometan a la autoridad legítima o se disuelvan antes de que ésta les haga intimidaciones o a consecuencia de ellas, sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, sólo serán punibles los promotores o directores, a quienes se reprimirá con la mitad de la pena señalada para el delito".

En otros términos, que con esta frase, además de constituirse una excusa absoluta, de modo expreso el legislador está sancionando la tentativa desistida de estos delitos, pero con la mitad de la pena, lo que constituye una excepción a la regla ya estudiada en relación con el desistimiento de la tentativa. En cuanto a los que no fueren líderes, se mantiene la regla general de que son impunes sus tentativas, a no ser que hubieran causado con ella algo más que una simple perturbación momentánea del orden, pues en tal caso podrán ser sancionados por las

contravenciones o delitos consumados. El análisis de todos estos problemas es una cuestión de hecho, que compete bastantear y determinar al Juez de la causa.

Sebastián Soler señala que cuando la autoridad no ha procedido a practicar las intimaciones, "*la Ley no ha querido que se proceda a imponer castigos*", y para afirmar su dicho, cita a Pacheco. En tales casos, faltaría uno de los elementos del tipo del delito, ya que las en Costa Rica llamadas "intimidaciones" resultan una condición para que la Autoridad pueda aplicar la fuerza legítimamente, pudiendo pensarse que la falta de tales advertencias pueden implicar la comisión de alguna figura punible por la Autoridad, pues según Soler, la falta de intimación implica la omisión de un acto obligatorio para la Autoridad.

7) La excusa absolutoria en los delitos de acción privada.

En esta clase de hechos, que sólo se persiguen por querrela de la persona que se pretenda ofendida o de sus representantes (artículo 428 del Código de Procedimientos Penales) se puede presentar una excusa reglamentada por el Código Penal: la prueba de la verdad; así como otra reglamentada por el Código de Procedimientos Penales: la retractación.

A) El artículo 149 del Código Penal dice que "*El autor de injuria o difamación no es punible, si la imputación consiste en una afirmación verdadera y ésta no ha sido hecha por puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia*". Sin embargo, aunque el legislador indica que la punibilidad es la que se excluye en la figura referida, en realidad con esta norma la ley está haciendo una fijación del tipo de dolo que se requiere para su perfeccionamiento, un dolo específico, que deberá probarse, consistente en el puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia, aunque las expresiones injuriosas o difamatorias sean verdaderas. Si no existe este deseo de ofender o tal espíritu de maledicencia, el hecho no sería punible, pero porque no se da el tipo. Ahora bien, ante la evidencia de que no se actuó con tal dolo específico, se impone la absolutoria y resulta inútil la prueba de la verdad.

Sin embargo, como el énfasis de la Ley se hace en esta prueba, se nos presenta en esta norma una aparente excusa absolutoria, según pensamos.

Es más, el inciso segundo del artículo 149 del Código Penal señala los dos únicos casos en los que podrá probarse la verdad de la imputación: si se hallare vinculada con la defensa de un interés público actual o si el querellante pidiera la prueba de la imputación contra él dirigida, siempre que tal prueba no afecte derechos o secretos de terceras personas.

De acuerdo con lo expuesto, a nuestro modesto juicio, en los casos en los que el legislador no admite la prueba de la verdad, para la comisión del delito de injuria o de difamación bastará el dolo genérico, que se presume ya que todos los delitos llevan implícita de parte del reo la voluntad para su realización, (artículo 31 del Código Penal); en cambio, en los casos en que se admite la prueba de la verdad, será necesario el dolo específico ya estudiado.

Aparte de lo anterior, estimamos que la prueba de la verdad sí reviste todos los elementos de una excusa legal absolutoria, en cuanto es permitida en los procesos por calumnia o difamación calumniosa, conforme a la parte final del artículo 149 del Código Penal, pues bastará demostrarse por el querrelado la verdad del delito atribuido al querellante, para que quede inmune a la punición

que se pretenda en su contra.

B) En lo que respecta a la retractación, a que hace referencia el inciso segundo del artículo 438 del Código de Procedimientos Penales, es claro que sólo procede si se trata de causas por Injuria, Calumnia, Difamación o Competencia Desleal, según el texto citado. En estos casos, si el querellado se retractare en la audiencia de conciliación, (artículo 436 del Código de Procedimientos Penales) o al contestar la querrela "*La causa será sobreseída y las costas quedarán a su cargo. La retractación será publicada a petición del querellante, en ta forma que el Tribunal estime adecuada*".

Pese a la excusa y al sobreseimiento, el inculpado queda sujeto al pago de las costas, que es una sanción que encontramos también en el Proceso Civil, (artículos 1027 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles, así como a la publicación eventual de la retractación, para satisfacer la honra del querellante; pero sin que la ley indique a costa de quién se hace la publicación, aunque se ha entendido que ésta es una costa necesaria para la ejecución del fallo y corre también a cargo del querellado.

III. LA EXCUSA EN LOS DELITOS FISCALES

1) Generalidades.

En el Código Fiscal y en la Ley de Defraudación Fiscal nos encontramos dos especies de excusas absolutorias íntimamente relacionadas, que dicen relación con los delitos de Contrabando, Contrabando de Licores, del Código Fiscal, y el delito de Defraudación Fiscal, reprimido por la Ley Especial dicha.

2) Delitos del Código Fiscal.

La pena preponderante en el Código Fiscal, es la de multa, pero en el caso del contrabando de licores la pena principal es el arresto, el que es conmutable por multa (artículos 218, 225, 468, 471 y 474 del Código Fiscal), apareciendo en estos delitos esta pena como alternativa.

De todas formas, sea que la multa se aplique a la especie como pena principal o como pena conmutada, el Código Fiscal concede al encartado por estos delitos la facultad de pagar anticipadamente el monto de la multa que le correspondería en el caso de sentencia condenatoria, (artículos 474 inciso 1, 218 inciso 8 del Código Fiscal) y en estos casos, uniformemente se ha interpretado que el proceso debe darse por terminado conforme al párrafo inicial del referido artículo 474, sin entrar a distinguir si se trata del delito de Contrabando de Licores o el de Contrabando de Mercaderías. Pese a tal interpretación de los Tribunales, tratándose del delito de Contrabando de Mercaderías el artículo 218 del Código Fiscal no señala que el proceso debe darse por terminado, pues sólo dispone que: "*tan pronto como el reo pague la multa, será puesto en libertad*", sin indicar nada en relación con la suerte del proceso, como sí se dispone expresamente en relación con el delito de Contrabando de Licores y afines a que se refiere el artículo 474 del mismo Código, que como hemos visto, se ha aplicado por analogía a favor del reo en otros casos

de delitos.

Cabe preguntarse la clase de resolución con la que se pondrá término al proceso en estos casos, según la ley y la jurisprudencia; no pudiendo ser otra la respuesta que un sobreseimiento si la causa está ya en instrucción, o bien, una desestimación si el proceso está en su etapa inicial, (artículos 158, 320 incisos 3 y 4, 357 del Código de Procedimientos Penales), pues en tales casos, al suprimirse la punibilidad del hecho, desaparece también la acción por falta de interés actual, pues en los Tribunales no se hacen declaraciones teóricas (artículos 5 y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 5 del Código de Procedimientos Penales y artículo 1, inciso 2 del Código de Procedimientos Civiles), por lo que la excusa en examen enerva tanto la acción como la facultad de ejecutar una eventual condenatoria.

No debe perderse de vista que el delito de Contrabando de Mercaderías del artículo 218 del Código Fiscal no distingue para castigar si se produjo o no el perjuicio al Fisco, bastando para su perfeccionamiento que se dé alguno de los hechos sancionados por el artículo 213 del mismo Código; ni tampoco podremos ignorar que si el pago lo realiza el reo cuando ya fue dictada la condenatoria, sólo podría librarse de la pena de arresto a que resultara condenado, mas no así de la pena de comiso, que como pena secundaria está establecida para este delito en el artículo 218 del Código Fiscal, concordantemente con los artículos 214 a 217 del mismo cuerpo de leyes; habiendo tenido que pronunciarse forzosamente el Juez para aplicar también la pena de comiso, según lo expuesto y además, conforme con los artículos 103 y 110 del Código Penal y 535 y 536 del Código de Procedimientos Penales.

Ahora bien, si la causa termina por sobreseimiento y no por sentencia condenatoria, ¿podrían aplicarse al encartado las penas de comiso y la medida accesoria de inscripción en el Registro de Delinquentes?. .. La situación resulta incierta si se parte de la base que no existe texto expreso de la ley, pero ante la duda, estimamos que ésta pudo interpretarse a favor del reo, según la regla del inciso 3 del artículo 393 del Código de Procedimientos Penales. Además, podemos observar que en lo que respecta al comiso y a la inscripción en el Registro Judicial de Delinquentes las normas que disponen ambas sanciones parten del supuesto de que el inculpado sea declarado culpable en el proceso, por la terminología usada y con la salvedad de que en lo que concierne a la inscripción de la resolución que da por terminado el proceso, según disposición expresa del artículo 474 del Código Fiscal, no puede tener aplicación práctica, ya que en el Registro sólo pueden inscribirse las sentencias condenatorias, (artículos 3 y 5 de la Ley 6723, del 10 de marzo de 1982, o Ley Orgánica del Registro de Archivos Judiciales). La Ley del Registro también eliminó la inscripción que hace muchos años se hacía del llamado Registro de Sospechosos, por la Ley de Merodeo.

Así las cosas, no cabe duda que cuando en estas causas se dicta sobreseimiento no debe practicarse ninguna anotación en el referido Registro; pero el problema se mantiene en relación con el comiso.

El vacío de la Ley en relación con el comiso definitivo de las especies secuestradas, en los casos que terminen por sobreseimiento o desestimación dictadas por el pago anticipado del máximo de la multa procedente por el hecho, vino a ser llenado por Circular número 27, dictada por la Corte Suprema de Justicia, el primero de setiembre de 1976, por la que se advierte a los Jueces y Autoridades Penales de la República que los artículos 214, 215, 217, 218 del Código Fiscal y los artículos 6 y 16 de la Ley de Defraudación Fiscal ordenan decretar el comiso de las mercaderías o bienes aprehendidos, sin salvedad alguna para el caso de que la multa fuere pagada antes de sentencia; lo que vino así a constituir una de las llamadas normas prácticas, con fuerza de Ley, que autoriza el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales vigente, pese a que no se invocó en tal

Circular.

Con la disposición en referencia, queda planteado, sin embargo, el siguiente problema de orden constitucional: ¿Cómo es posible que se aplique una pena accesoria, como es el comiso, en un proceso en que no hubo demostración de la culpabilidad ni aplicación de la pena principal? (Artículo 39 de la Constitución Política).

3) Situación de comiso en los casos de excusa absoluta en los delitos de defraudación fiscal.

El artículo 16 de la Ley de Defraudación Fiscal señala que "En todos los casos se decretará el comiso de la mercadería" apareciendo también la duda de si se está o no refiriendo sólo al "culpable" de la defraudación, tal como indica el artículo 6 de esa Ley, o al "penado" de ese delito, según otras expresiones del texto. La duda puede abonarse si se examina el artículo 25 de la Ley, que establece que el instructor podrá decretar el comiso "provisional" de la mercadería por auto razonado.

De todas suertes, la duda en esta materia debe entenderse subsanada por la Circular número 27, del 1 de setiembre de 1976, ya estudiada, de indubitable aplicación, dado lo dispuesto por el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales.

Finalmente, debemos observar que en la Ley de Defraudación Fiscal la excusa absoluta aparece en el artículo 11 de la misma, que indica: "En cualquier momento en que el penado pague la multa será puesto en libertad". Lo que se ha entendido que protege también al procesado que durante la tramitación del juicio hiciere el pago, dejando así enervada la acción por falta de interés actual.

4) Comparación de la excusa absoluta en los delitos fiscales y la admisión de la culpabilidad en los delitos de citación directa.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 415 del Código de Procedimientos Penales, tratándose de delitos de Citación Directa y sancionados sólo con pena de días multa, si el procesado acepta el cargo "el Juez Penal dictará sentencia inmediatamente después de recibido el asunto, imponiéndole la pena respectiva y las demás consecuencias derivadas del hecho, salvo que estime indispensable la celebración del juicio oral y público". Esta norma a nuestro juicio no es aplicable a los delitos de Hacienda o Fiscales, que tienen penas de multa, no sólo de días multa; y en todo caso, no varía la práctica de los Tribunales de sobreeser cuando se pague anticipadamente la multa, ya que el pago no implica unívocamente la aceptación del cargo y puede realizarse al amparo de la excusa absoluta con el único fin de evitar las molestias del proceso, o para evitar problemas a alguna tercera persona que eventualmente pudiera resultar responsabilizada, etc.

Esta regla del Código de Procedimientos Penales en asuntos de citación Directa, sancionadas sólo con días multa produce sólo una economía procesal, al evitar los trámites del juicio oral y público, a que se refieren el mencionado artículo y los siguientes; pero no debe confundirse con la situación planteada con la excusa absoluta en materia de delitos fiscales, en los que una vez pagado el máximo de la multa correspondiente a la defraudación o al contrabando, ni siquiera resulta

necesario que el inculpado rinda su declaración indagatoria, que es la pieza del proceso en la que por lo general se produce la aceptación del cargo por el reo.

d) EXTINCIÓN DE LA INFRACCIÓN Y DE LA PENA

[Bettioli]⁴

Concepto de extinción de la infracción y de la pena y reglas generales. — Es éste un tema difícil, que ha dado lugar a muchas opiniones doctrinales divergentes. El Código anterior hablaba de una extinción de la acción penal y de una extinción de la condena, según que la causa extintiva se presentara después de la perpetración del delito, pero antes de dictarse sentencia condenatoria, o después de ésta. En suma, el problema pasaba del terreno del derecho sustancial al del derecho procesal. La acción, en realidad, es el medio procesal mediante el cual el ministerio público promueve la acusación del reo ante el juez penal.

Pero en la hipótesis de una extinción del delito hay algo más que una simple extinción de la acción penal. La causa de extinción actúa más profundamente que la sentencia de condena o de absolución pasada en autoridad de cosa juzgada, que verdaderamente extingue la acción penal, de suerte que "el imputado, condenado o absuelto, aun en contumacia, con sentencia firme, no puede ser sometido nuevamente a proceso penal por el mismo hecho, ni aun cuando éste sea considerado en forma distinta por el título, por el grado o por las circunstancias" (art. 90, C.P.P.). No es que el hecho delictuoso deba considerarse en ese supuesto extinguido, porque, si la sentencia es absoluta, nada extingue en cuanto declara que no existía la pretensión punitiva o que no era realizable. En cambio, si es condenatoria, la sentencia reconoce los fundamentos de dicha pretensión y procede a aplicar las consecuencias que le son inherentes. El delito existe y continúa existiendo aun a través de la ejecución de la pena y de los demás efectos penales.

Una verdadera causa de extinción del delito y de la pena es, en cambio, la *novación legislativa*, que se verifica en todos los casos en que una ley penal posterior borra del número de los delitos un hecho previsto como tal por una disposición precedente.

Conforme al segundo apartado del art. 2, "nadie puede ser castigado por un hecho que según una ley posterior no constituya infracción; y si hubo condena, cesan la ejecución y los efectos penales". Se trata, en este supuesto, de la causa más radical de extinción del delito y de la pena, ya que actúa sobre la norma que los crea. El hecho material que continúa subsistiendo no produce ya ninguna consecuencia jurídico-penal, puesto que queda eliminado del número de los ilícitos penales.

No obstante, cuando el Código habla de las *causas* de extinción de la infracción y de la pena, se refiere expresamente a otras categorías de causas generales o específicas. De este modo, *son causas extintivas genéricas de la infracción* la muerte del reo, la amnistía, la prescripción, la remisión de la querrela, la oblación, la suspensión condicional de la pena y el perdón judicial (arts. 150 a 170). Al lado de estas causas genéricas de extinción del delito, previstas en la parte general del Código, encontramos las causas específicas, que actúan sólo respecto de algunos delitos: así, el matrimonio subsiguiente entre los sujetos activo y pasivo en los delitos previstos en los arts. 544, 559 y 560; la anulación del matrimonio precedentemente contraído por el bigamo o del segundo matrimonio por causa distinta de la bigamia, respecto de este delito (art. 556); la anulación del

matrimonio del culpable de adulterio o de concubinato (art. 563) y el cumplimiento de la obligación anterior a la condena respecto del delito de insolvencia fraudulenta (art. 641).

Son *causas extintivas de la pena* la muerte del reo, la amnistía, el trascurso del tiempo, el indulto, la gracia, la no mención de la condena en el certificado del registro judicial, la liberación condicional y la rehabilitación.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de estas causas de extinción? Decir que todas son causas impositivas de la pena es exacto siempre que se considere que toda causa extintiva se manifiesta en un hecho que estando presente impide que se inflija la pena; pero se olvida que la causa de extinción del delito se presenta en un momento distinto de aquel en que actúa la causa de extinción de la pena, y por esto también las consecuencias jurídicas deben ser diferentes.

Una cosa es dejar que un delito se extinga antes de dictarse sentencia —que hasta podría ser absolutoria— y otra permitir que se extinga la pena como consecuencia jurídica de la infracción, ya declarada en una sentencia penal condenatoria. No sólo "cronológicamente sino también otológicamente difieren las dos situaciones. Mientras que en el supuesto de extinción de la pena lo que se extingue es la sanción infligida para el caso de reconocida culpabilidad del condenado, en el de extinción de la infracción dicho reconocimiento de culpabilidad no se ha producido aún, de modo que la declaración de extinción del delito puede resultar en un verdadero perjuicio para el individuo inocente.

El art. 152, C.P.P., después de haber establecido que el juez debe, en cualquier estado del proceso, declarar con sentencia la extinción de la infracción, agrega que "cuando resulta nna causa de extinción de la infracción, peto ya se tienen pruebas que hacen evidente que el hecho no existió, o que el acusado no lo cometió, o que el hecho no está previsto por la ley como infracción, el juez dicta absolución con la fórmula prescrita". Esto no impide, sin embargo, que se den casos en los cuales una infracción se declara extinguida, sin que ésta haya existido efectivamente, con perjuicio real para el acusado inocente. La causa de extinción de la pena, en cambio, no puede resolverse sino en un beneficio para el condenado.

Pero ¿qué significa extinción de la infracción? Al respecto debe eliminarse toda idea naturalista. Esto quiere decir que la infracción no puede considerarse como hecho histórico. Lo ocurrido no puede considerarse como no acaecido. El homicidio, siempre hablando sobre una base naturalista, continúa siendo la causa de la muerte de un hombre. Ninguna causa de extinción podrá borrarlo del número de los hechos acaecidos. Se dice entonces que se "extingue la infracción", es decir, la calificación jurídica del hecho, su valoración negativa hecha por el legislador: el hecho es excluido del campo de lo jurídicamente relevante, para ser relegado al mundo de la naturaleza. Pero tampoco esto es cierto, porque la infracción "extinguida" continúa difundiendo efectos jurídicos, ya que se debe tener en cuenta en lo tocante a la reincidencia y a la declaración de habitualidad y profesionalidad (art. 106). La infracción extinguida constituye siempre un obstáculo a la concesión de la condena condicional (art. 164, 2° parte, n° 1); constituye agravante para el delito conexo (art. 170, 3° parte). Toda una serie de efectos penales continúa desprendiéndose del delito considerado extinguido, y por ello es preciso reconocer que la extinción no actúa sobre el delito entendido in toto sino sobre uno de sus *momentos* sustanciales.

Para Battaglini este momento lo determina la punibilidad considerada por este autor como elemento constitutivo de la infracción. Sobre la base de esta opinión, la causa extintiva, por cuanto hace desaparecer una punibilidad ya existente, extingue la infracción porque borra uno de sus elementos. Sin embargo, dejando de lado la teoría de la punibilidad como elemento constitutivo de



la infracción —teoría que no aceptamos porque la punibilidad es un carácter y no un elemento de ella—, esta opinión vendría a poner sustancialmente en un mismo plano la legítima defensa y la amnistía, considerada la una como circunstancia impeditiva y la otra como circunstancia extintiva de la punibilidad. Pero esto no puede ser, porque las causas de extinción, para poder funcionar, suponen la existencia de un delito perfecto en todos sus elementos constitutivos, de modo que cuando actúan no suprimen el delito a través de la eliminación de uno de sus elementos constitutivos, sino a través de su repercusión sobre un *quid* que surge de una infracción perfecta en todos ellos.

Para Vassalli, este *quid*, sobre el que repercute la causa de extinción, es la punibilidad, pero entendida, no ya como elemento de la infracción, sino como elemento dado "por el concurso de todos los requisitos exigidos por las normas del derecho penal sustancial para la sujeción de una persona a la potestad punitiva del Estado, por uno u otro título de delito". La infracción se supone, pues, perfecta en cada uno de sus elementos constitutivos. Éste es el punto del cual hay que partir para comprender la naturaleza de las causas de extinción del delito. Es preciso situarse en un plano sustancial, porque "en materia de causas extintivas el legislador —y, por lo tanto, necesariamente también el juez— razona siempre sobre la base de suponer que el delito existe y que se dan los otros requisitos de derecho material para su castigo".

Al respecto debemos recordar cuanto dijimos acerca de las relaciones que surgen de una infracción perfecta en todos sus elementos constitutivos. Según algunos surge del delito una potestad punitiva en favor del Estado, según otros un derecho subjetivo de castigar. Se trataría así de una renuncia del Estado a su potestad punitiva, en los casos y en las condiciones que él mismo establece mediante las leyes que autorizan el ejercicio de los poderes de soberanía. Más fácil sería referir el concepto de renuncia a un derecho subjetivo del Estado, en cuanto las facultades son las manifestaciones inmediatas de la capacidad del sujeto y, como tales, son irrenunciables. Se trataría, pues, de la renuncia al derecho subjetivo del Estado a castigar. Es el Estado el que ante determinadas condiciones o circunstancias renuncia a su propio derecho de castigar respecto de un delito perfecto en cada uno de sus elementos constitutivos. Las causas de extinción del delito recaerían así sobre la punibilidad, pero en cuanto sinónimo del derecho subjetivo de castigar.

Si todo esto es en el fondo cierto, requiere, no obstante, una mayor precisión. El derecho subjetivo de castigar surge con la perpetración de un delito, pero de un delito efectivamente perpetrado, mientras que las causas de extinción pueden actuar también respecto de un delito supuesto. Más que sobre un verdadero derecho subjetivo, las causas de extinción actúan sobre una pretensión punitiva que el Estado muestra al imputado y que podrá considerarse fundada o no sólo a través del proceso penal.

Las causas de extinción del delito repercuten así sobre el derecho subjetivo de castigar del Estado, pero en la forma de pretensión punitiva hipotética que éste asume afirmando la existencia de una infracción aún no comprobada a través de la celebración del proceso. En cambio, las causas de extinción de la pena actúan después de la celebración del proceso, después que la pretensión punitiva se ha reconocido como fundada y ha determinado la aplicación de la sanción penal. En el primer caso, la causa actúa sobre la relación punitiva que surge con la perpetración del delito, con arreglo a la pretensión punitiva hipotética, dejando subsistentes otros efectos u otras pretensiones que pueden surgir del hecho de la infracción; en el segundo, la causa actúa sobre una pretensión punitiva ya realizada, concreta, que ha encontrado su actuación en la pena.

En la primera hipótesis la causa actúa sobre el momento sustancial que surge de la perpetración del delito; en la segunda, sobre el momento sustancial que se manifiesta al dictarse una sentencia

condenatoria. Sin embargo, no es la condena como tal la que se extingue, porque la causa de extinción deja subsistentes los efectos penales de la condena; es sólo la pretensión punitiva concretada, la pena, la que se extingue o, simplemente, se modifica. La causa de extinción del delito y la causa de extinción de la pena actúan así en momentos distintos : antes o después de una sentencia condenatoria penal.

La ley prevé disposiciones comunes a las causas de extinción del delito y de la pena. El art. 182 enuncia el principio del carácter subjetivo de esas causas, en el sentido de "salvo que la ley disponga de otra manera, la extinción «de la infracción o de la pena sólo surte efecto para aquellos a quienes la causa de extinción se refiere". Sin embargo, dicho principio tiene excepciones: así, según el art. 155, 2º parte, la remisión de la querrela hecha en favor de uno solo de quienes han cometido la infracción, se extiende a todos, pero no produce efecto para quien lá haya rechazado. Véase también los arts. 533, 563, 573 y 574.

Siempre en materia de disposiciones comunes debe tenerse presente las del art. 183, según el cual "las causas de extinción del delito o de la pena actúan en el momento en que se producen.

"En el concurso de una causa que extingue la infracción con una que extingue la pena, prevalece la primera, aunque ocurran sucesivamente.

"Cuando se produzcan en épocas distintas varias causas de extinción de la infracción o de la pena, la causa anterior extinguirá la infracción o la pena y las subsiguientes harán cesar los efectos que todavía no se hubieran extinguido como consecuencia de la causa antecedente.

"Si intervienen simultáneamente distintas causas, la más favorable producirá la extinción de la infracción o de la pena; pero también en este caso, para los efectos que no se hubieran extinguido como consecuencia de la causa más favorable, se aplicará el apartado precedente".

Respecto a la hipótesis de extinción de la pena de muerte, de la prisión de por vida, o de penas temporales, en caso de concurso de delitos, se aplica lo dispuesto por el art. 194.

e) EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y SUS EFECTOS

[Mir Puig]⁵

I. Extinción de la responsabilidad penal

1. El Título VII del Libro I CP se refiere a la «Extinción de la responsabilidad y sus efectos». En su capítulo I Se cotienen las «causas que extinguen la responsabilidad criminal». Se advierte la utilización de una terminología unitaria para referirse al deber de someterse a las consecuencias penales del delito y a la obligación de responder civilmente del mismo. Se habla de «extinción de la responsabilidad penal» de la misma forma que en el Código civil se regula la «extinción de las obligaciones» (Cap. IV del Tít. I del Libro IV CC). En ambos casos se entiende que deja de existir una obligación previamente contraída. Si las eximentes previstas en el art. 19 y 20 CP impiden el *nacimiento* mismo de la responsabilidad penal (la ley habla de «circunstancias que eximen de la

responsabilidad criminal»), las causas de extinción que ahora contemplamos ponen *punto final* al deber de responder penal o civilmente, que había existido hasta su concurrencia. Las causas que extinguen la responsabilidad penal presuponen, pues, la comisión de un hecho punible, entendiendo por tal un hecho típicamente antijurídico y personalmente imputable en el que no concurre ninguna causa de exclusión de la punibilidad.

Si concurre en el hecho alguna **excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena** (como el parentesco del art. 268 CP o la inviolabilidad del Jefe del Estado en el art. 56, 3.º Constitución), no nace ya la responsabilidad penal. Si falta una mera **condición de procedibilidad** (cfr. supra, Lec. 6) no resulta afectada la presencia de un hecho punible, pero la responsabilidad penal no puede llegar a hacerse efectiva porque se niega la posibilidad de enjuiciamiento procesal del hecho. En cambio, las causas de extinción de la responsabilidad penal obedecen, al menos en parte, a razones materiales.

2. Las causas de extinción de la responsabilidad penal enumeradas en el art. 130 CP son las siguientes: Muerte del reo, cumplimiento de la condena, indulto, perdón del ofendido cuando la ley así lo prevea, prescripción del delito y prescripción de la pena. Unas presuponen la imposición de la pena —como el cumplimiento de la condena y la prescripción de la pena—, pero alguna sólo puede operar antes de la condena —la prescripción del delito—, y otras pueden concurrir tanto antes como después de la misma —como el indulto—.

No cabe, pues, entender que la responsabilidad penal que se extingue presuponga su declaración judicial, sino que hay que admitir que el CP parte de que la responsabilidad penal nace con la comisión del hecho punible.

Cuestión distinta es la de que dicha responsabilidad sólo puede *comprobarse y desplegar efectos* mediante el proceso penal.

A) La **muerte** del sujeto del delito puede tener lugar antes o después de su condena. Se ha señalado, no obstante, que dicho sujeto no puede considerarse «reo» hasta que se le condena, por lo que la causa prevista en el n.º 1 del art. 130 CP sólo sería aplicable a partir de dicho momento. Ahora bien, cabe interpretar que la muerte del posible reo extingue no sólo la acción penal, sino también la posible responsabilidad penal que pudiera haber nacido, si lo cometió, del hecho punible.

Que en puridad *sería posible* considerar subsistente la responsabilidad penal del sujeto tras su muerte, lo demuestra no sólo la existencia de frecuentes ejemplos históricos de penas impuestas a cadáveres, sino también el antecedente próximo del CP 1870, cuyo art. 132 proclamaba la subsistencia de la responsabilidad penal pecuniaria del sujeto fallecido tras su declaración.⁶ El art. 130, 1.º CP excluye la posibilidad de transmitir a los herederos toda posible responsabilidad penal, personal o patrimonial, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad civil (art. 115 LECr, 105 anterior CP). Todo ello es consecuencia del **principio de personalidad** de las penas, característico del Derecho penal actual (cfr. supra, Lec. 3, IV 2).

B) El **cumplimiento de la condena** extingue también la responsabilidad penal según el art. 130, 2.º CP. Siendo innecesaria, por obvia, la mención de esta causa —que no se preveía en el Código penal de 1932—, manifiesta la mentalidad civilista que inspira esta materia. También el art. 1156, 1.º Cc declara que las obligaciones se extinguen por el pago o cumplimiento. Parece traslucirse la idea de que la responsabilidad penal es como una deuda que se paga y extingue con el cumplimiento de la pena. Tal asociación debe considerarse desafortunada desde el prisma de la

Política criminal moderna.

El cumplimiento de las penas privativas de libertad no se alcanza con la obtención de la **libertad condicional**. Ésta constituye el último grado de la condena en el sistema de individualización previsto por la LOGP (art. 72,1).

Durante su disfrute transcurre un tiempo que, según el art. 93 CP, falta al liberado para «cumplir su condena».

En caso de **suspensión de la ejecución de la pena**, entiende la doctrina que la condena puede entenderse cumplida cuando transcurre satisfactoriamente el plazo de suspensión y se obtiene la remisión definitiva (art. 85 CP). Tal interpretación supone que para el «cumplimiento de la condena» no se exige el «cumplimiento de la pena».

Para el «cumplimiento de la condena» no es preciso, sin embargo, que se cumpla la parte de la condena referida a las costas ni la que declara la responsabilidad civil.

C) El **indulto** puede extinguir también la responsabilidad penal (art. 130, 3.º CP). Es manifestación del llamado «**derecho de gracia**». Mediante el mismo se ha venido manteniendo la posibilidad de intervención del Soberano o, en cualquier caso, del Poder Ejecutivo en la esfera del *ius puniendi*. Así concebido, el derecho de gracia constituye un vestigio de otro tiempo, en que el Derecho penal, como su aplicación judicial, correspondía al Monarca. Pugna, en cambio, dicha facultad con la separación de poderes propia del Estado de Derecho, en que corresponde al Poder Legislativo decidir cuándo procede y cuándo no la intervención del Derecho penal, y se reserva al Poder Judicial la aplicación de las normas en que ello se concreta. Es cierto que, como se ha aducido, la gracia puede, por una parte, resultar conveniente en determinados momentos para la política general de un país y, por otra parte, servir de correctivo de la ley aconsejado en el caso concreto por equidad o por razones político-criminales, tanto en el momento de imposición de la pena como durante su ejecución. Sin embargo, ambas finalidades deberían compaginarse con la separación de poderes, reservándose la concesión general de la gracia y la valoración de su conveniencia política al Parlamento, y su ejercicio en casos concretos al Poder Judicial, con algún posible control por parte del Legislativo.

No es éste el criterio del Derecho vigente. Según el art. 62 i) de la Constitución, «corresponde al Rey» «ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales». Pese a la exigencia de regulación legal y a la prohibición de indultos generales, el «ejercicio del derecho» de gracia se atribuye al Rey.

El actual CP ha dejado de incluir la amnistía entre las causas de extinción de la responsabilidad penal. El art. 112, 3º del anterior CP mencionaba no sólo el indulto, sino también la amnistía, «la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos». Se entendía que la amnistía no sólo extinguía la pena —como el indulto total—, sino que determinaba un olvido (según la etimología de «amnistía») del propio delito, con todos sus efectos. La consecuencia más característica de la amnistía era que suprimía los antecedentes penales y todos los efectos penales del recuerdo del delito.

Durante el siglo pasado, y especialmente desde 1869 hasta 1939, se hizo frecuente uso de amnistías, que se concedían a través de leyes o disposiciones generales. Su motivación fue generalmente política. Así, por ejemplo, el advenimiento de la República y su posterior sustitución por el régimen de Franco determinaron amnistías de signo opuesto (14 abril 1931, 24 abril 1934, 21



febrero 1936, 27 noviembre 1938, 23 septiembre 1939). La transición a la actual democracia motivó también varias disposiciones de amnistía (Reales Decretos-Leyes de 30 julio 1976 y 14 marzo 1977, y Ley 15 octubre 1977).

La Constitución de 1978 atribuye al Rey el ejercicio del derecho de gracia «con arreglo a la ley». Pues bien, no existía ninguna ley que regulase con carácter general las condiciones de la amnistía.

Habida cuenta de que la Constitución prohíbe la concesión de indultos generales (art. 62, i), se había señalado la incongruencia que suponía permitir, en cambio, hacer uso de la amnistía, de efectos más importantes. Pero es difícil negar al Parlamento la posibilidad de lo que en definitiva puede verse como una forma de legislación derogatoria, con efectos retroactivos y temporales, de normas penales que el propio Parlamento puede aprobar y derogar definitivamente. Lo que tal vez quiera conseguir la prohibición de los indultos generales —expresada a continuación de la atribución al Rey del derecho de gracia— es que el Poder Ejecutivo, al que hoy se asigna la concesión de indultos, pueda decidir con carácter general la concesión de gracia. Ello supondría que la amnistía debería concederse necesariamente por medio de Ley, Decreto-Ley o Decreto Legislativo.

El indulto extingue la pena, total (indulto total) o parcialmente (indulto parcial), pero no sus efectos. No elimina, pues, los antecedentes penales.

Con anterioridad a la Constitución se concedieron tanto **indultos particulares** como **generales**. Mientras que los primeros se refieren a personas concretas, los segundos afectan a todos los sujetos de determinada clase de delitos. Los indultos generales han sido prohibidos, como se dijo, por la Constitución. En el régimen franquista se había hecho un uso abundante de esta clase de indultos, que había sustituido prácticamente a las amnistías. Los indultos particulares pueden proceder de una solicitud del Tribunal sentenciador, según lo indicado por el art. 4, 3 CP (cfr. supra, Lee. 4, II 3 B), y del Juez de Vigilancia durante la ejecución de la pena (beneficio penitenciario del art. 206 RP: cfr. supra, Lee. 32, III, B. La Ley de indulto de 18 junio 1870 (modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero) prevé otras vías de solicitud, que alcanzan a cualquier persona.

La ley de 1870 regula los pormenores, materiales y procesales, del indulto particular. Mas a partir de la Constitución cabía cuestionar que dicha normativa resultara suficiente. Ya se ha dicho supra que el derecho de gracia debe, según el art. 62, i) de la Constitución, ejercerse por el Rey «con arreglo a la ley». Pues bien, sucede que la ley de indulto de 1870 fue derogada el 9 de agosto de 1873 y, luego de varias vicisitudes, fue «restablecida» por vía de Decreto, el 22 de abril de 1938. La regulación contenida en la ley de 1870 sólo puede pretender, pues, la jerarquía propia del Decreto mencionado. Si se entiende, como parece plausible, que la Constitución exige rango formal de «ley» para la regulación del derecho de gracia, era necesaria una nueva norma que, con tal rango, diera verdadera base legal al ejercicio del derecho de gracia. La Ley de 14 enero 1988 tiene el rango necesario para ello.

D) Según el art. 130, 4.º CP, el **perdón del ofendido** extingue la responsabilidad penal «cuando la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya iniciado la ejecución de la pena impuesta. A tal efecto, declarada la firmeza de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador oír al ofendido por el delito antes de ordenar la ejecución de la pena.— En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.— Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el Juez

o Tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz.»

En el CP anterior el perdón del ofendido era eficaz en principio en los delitos sólo perseguibles mediante querrela o denuncia de aquél. Pero ya en dicho Código —desde 1983— se habían excluido ciertos delitos sexuales que requerían denuncia previa de la posibilidad de que en ellos el perdón del ofendido extinguiese la responsabilidad penal (así anterior art. 443). Uno de los objetivos del cambio era, sin duda, evitar indeseables presiones sobre la víctima (por ejemplo de una violación) para obtener su perdón. En cualquier caso, ya no era verdad que el perdón del ofendido tuviese este efecto en todos los delitos perseguibles sólo mediante querrela o denuncia de parte.

El CP actual quiere confirmar con carácter general la separación entre la exigencia de aquellas condiciones de procedibilidad y eficacia del perdón. En realidad, ésta se afirma en menos casos: art. 201, 3, en los delitos contra la intimidad, el derecho a la imagen y la inviolabilidad del domicilio; art. 215,3 en los delitos contra el honor; art. 267, párrafo 3o, en los daños imprudentes; y art. 639 párrafo 3o, para las faltas perseguibles a instancia de parte.

E) La **prescripción del delito** y la **prescripción de la pena** son las últimas causas de extinción de la responsabilidad penal previstas en el art. 130 (5.º y 6.º). La primera supone el transcurso de un plazo determinado tras la comisión del delito, sin que éste sea juzgado; la segunda, el transcurso de cierto tiempo tras la imposición de la pena, o tras una interrupción de su cumplimiento, sin que se cumpla.

El **fundamento** de la prescripción se halla en parte vinculado a la falta de necesidad de la pena tras el transcurso de cierto tiempo (**fundamento material**), y en parte a las dificultades de prueba que determina el transcurso del tiempo (**fundamento procesal**). Este segundo aspecto sólo afecta a la prescripción del delito. En ésta puede también jugar un papel la consideración de las expectativas que crea en el sujeto la falta de persecución del hecho durante un determinado plazo.

Ello influye en la desaparición de la necesidad de la pena, que en ambas clases de prescripción se produce, por lo demás, cuando se oscurece o apaga el recuerdo del delito y el sentimiento de alarma que en su día pudo producir, y el tiempo transcurrido ocultándose de la Justicia y con la amenaza pendiente de la pena parece ya suficiente castigo —todo ello puede hacer innecesaria la prevención general—, especialmente si el delincuente no ha vuelto a delinquir, tal vez demostrando una verdadera reinserción social —lo que eliminaría la necesidad de prevención especial.

La prescripción, sea del delito, sea de la pena, responde a razones que hacen desaparecer la necesidad de pena, aunque en la prescripción del delito se añadan consideraciones procesales, deberá reconocerse a ambas clases de prescripción una **naturaleza material** y no de mero obstáculo procesal. Dos consecuencias prácticas importantes se desprenden de este significado material de la prescripción. Por una parte, puesto que se ha extinguido la responsabilidad penal, ha de absolverse al reo si procede la prescripción, aunque ésta no se hubiera alegado como artículo de previo pronunciamiento antes del juicio oral (art. 666, 3.º LECcr). Por otra parte, las modificaciones legislativas de los plazos o condiciones de la prescripción serán irretroactivas si perjudican al reo y retroactivas si le son favorables. Si la regulación de la prescripción tuviese sólo carácter procesal, sus modificaciones podrían considerarse siempre retroactivas.

Es difícil negar la naturaleza material, y no procesal, de la prescripción de la pena, puesto que se produce con posterioridad al proceso, pero un sector doctrinal y jurisprudencial sostiene la naturaleza meramente procesal de la prescripción del delito. Ahora bien, sería absurdo que el

transcurso del tiempo no pudiera extinguir nunca materialmente la responsabilidad penal si tuviera lugar antes de la condena y sí, en cambio, una vez impuesta la pena. Se impone, pues, un planteamiento unitario, sin perjuicio de admitir matices diferenciales de ambas clases de prescripción.

Los **plazos** fijados para la prescripción son más breves si el delito no ha sido aún juzgado (prescripción del delito) que si la pena ya ha sido impuesta (prescripción de la pena). Según el art. 131 CP, en el primer caso (prescripción del delito) los plazos son los siguientes:

- veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.
- quince años, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión por más de diez años y menos de quince, o inhabilitación por más de diez años.
- diez años, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión por más de cinco años y menos de diez, o inhabilitación por más de seis años y menos de diez
- cinco años, en los restantes delitos graves.
- tres años, en los delitos menos graves.
- un año, en los delitos de injuria y calumnia.
- seis meses, en las faltas.

Si la pena señalada es compuesta, se estará a la mayor para la aplicación de las reglas mencionadas.

Es importante la excepción que se ha introducido en el actual CP: «el delito de genocidio no prescribirá en ningún caso» (art. 131,4).

¿Cuál es la pena señalada por la Ley al delito: la pena señalada al tipo abstracto del delito, o la concretamente imponible atendidas las circunstancias? Si se admite —como en esta obra— que la tentativa y las formas de participación son «delitos» distintos al consumado y del autor, es evidente que ha de atenderse a la pena que corresponda a cada una de estas figuras. Más discutible es la cuestión de si también deben tomarse en consideración las circunstancias modificativas. No, ciertamente, las que no determinan pena inferior en grado, puesto que el art. 131 no distingue según la extensión en que sea imponible la pena y en cambio alude a la «pena máxima» —expresión que parece referida al marco penal y no a la concreta extensión dentro del mismo—, pero sí parece justo tener en cuenta las que conduzcan a una pena inferior en grado (que constituye un marco penal distinto). El problema será decidir qué pena tomar como base si la Ley permite elegir la pena inferior en uno o dos grados. El criterio adoptado por el art. 131 para las penas compuestas puede aconsejar optar por la pena más grave (inferior en un grado).

La **prescripción de la pena** (ya impuesta por sentencia firme) exige el transcurso de los siguientes plazos (art. 133, 1):

- veinticinco años, en penas de prisión de quince o más años.
- veinte años, en penas de prisión de más de diez años y menos de quince, y de inhabilitación por más de diez años.
- quince años, en penas de prisión de más de cinco años y menos de diez, y de inhabilitación por más de seis años y menos de diez.
- diez años, en las restantes penas graves.
- cinco años, en penas peños graves.
- un año, en las penas leves.

También aquí se establece la importante excepción de que «**las penas impuestas por delito de genocidio no prescribirán en ningún caso**» (art. 133, 2).



Según el art. 5, 1, CC, los plazos se computarán de fecha a fecha, y no contando los meses como de treinta días y los años de trescientos sesenta y cinco, como establecía el hoy derogado artículo 7 CC.

El término de la prescripción del delito empezará a correr «desde el día en que se haya cometido la infracción punible» (art. 132, 1 CP). El tiempo de la prescripción de la pena comenzará a correr desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse (art. 134 CP).

El comienzo de la prescripción del delito depende de **cuándo se entienda cometida la «infracción punible»**. Ello puede resultar dudoso en los delitos que exigen la producción de un resultado separado. El Proyecto de 1980 (art. 105) y la Propuesta de 1983 (art. 109) decidían expresamente la cuestión diciendo que «el tiempo de prescripción del delito comenzará a correr desde el día en que se hubiere consumado», pues los delitos de resultado no se consuman hasta que se produce el resultado típico. En cambio, el actual CP deja abierta la cuestión al remitir al «día en que se haya cometido la infracción punible», puesto que ello deja sin decidir si la infracción punible ha de entenderse cometida en el momento de realización de la conducta o, por el contrario, en el de producción del resultado. La doctrina dominante es favorable aquí a la teoría del resultado, pero existen también razones en favor de la teoría de la actividad (cfr. supra Lee. 9/23 y 24). En los **delitos continuados** hay que esperar al último hecho; en los **delitos permanentes**, a la cesación del estado antijurídico mantenido (art. 132, 1, inciso segundo) —en cambio, en los delitos de estado, como la bigamia, la prescripción corre desde el momento inicial de la consumación—. Es discutible en qué momento empieza a correr el plazo para los partícipes y encubridores: si al mismo tiempo que el hecho del autor o a partir del acto de participación o encubrimiento. Respecto a los partícipes (inductores, coperadores necesarios y cómplices). Un sector de la doctrina invoca el principio de accesoriadad de la participación para sostener que no deben prescribir hasta que lo haga el hecho del autor.³⁰ Pero la solución ha de depender de si adopta la teoría de la actividad o la teoría del resultado para determinar el comienzo del plazo de prescripción: si se acoge la teoría del resultado, parece correcto esperar a que la actuación del partícipe tenga como resultado la perpetración del hecho del autor; pero parece más coherente con la teoría de la actividad el atender al momento en que cada partícipe actúe. En la **tentativa** la prescripción empezará a correr cuando el sujeto realice el último acto ejecutivo —salvo que en la **autoría mediata** en que se utiliza a un instrumento que actúa con posterioridad al autor, habrá que optar entre el momento de actuación del autor mediato (teoría de la actividad) o el momento en que termine su intervención el instrumento (teoría del resultado).

¿Puede **interrumpirse** la prescripción? La **prescripción del delito** se interrumpirá cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el tiempo de la prescripción desde que aquél se paralice o termine sin condena. El tiempo transcurrido antes de la interrupción quedará sin efecto (art. 132, 2). En el CP anterior también se admitía que pudiera interrumpirse la prescripción de la pena, cosa que sucedía, «quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo» (anterior art. 116, II). El CP actual no contempla, en cambio, esta posibilidad. Hay que entender ahora que la prescripción de la pena no puede interrumpirse.

Antes se discutía si la interrupción de la prescripción del delito invalidaba el tiempo hasta entonces transcurrido, o podía computarse en caso de volver a correr la prescripción. A favor de esto último cabía aducir que la ley sólo expresaba que quedaba sin efecto el tiempo transcurrido en la

prescripción de la pena (interpretación a sensu contrario). En el actual CP se resuelve expresamente la cuestión en el sentido de que la interrupción de la prescripción del delito deja sin efecto el tiempo transcurrido antes de la interrupción (art. 132, 2).

El actual CP también admite la prescripción de las medidas de seguridad (art. 135). Pero, como éstas no suponen responsabilidad penal en sentido estricto, tampoco su prescripción puede considerarse una causa de extinción de la responsabilidad penal. Tal vez pueda verse como una causa de extinción de una forma de responsabilidad criminal, según la expresión que emplea la rúbrica del Título VII del Libro I CP, en cuanto las medidas de seguridad se imponen por la comisión de un delito (crimen) —aunque no parece conforme a su naturaleza no punitiva el término «responsabilidad»; y aunque el propio art. 130 olvida mencionar la prescripción de las medidas de seguridad junto a la del delito y de la pena—. En cualquier caso, en esta Lección nos limitamos a la causas de extinción de la responsabilidad penal, esto es, la que implica una pena.

II. Los antecedentes penales y su cancelación

1. Aunque el reo cumpla la pena impuesta o vea extinguida ésta por otra causa de las enumeradas en el art. 130 CP, sigue estando sometido a un efecto de la pena: los **antecedentes penales**. Éstos suponen la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes de la pena impuesta. Según el artículo 252 LECr, los Tribunales remitirán directamente a dicho Registro, establecido en el Ministerio de Justicia, notas autorizadas de las sentencias firmes en las que se imponga alguna pena por delito. Por otra parte, cada Juez de Instrucción ha de llevar un libro llamado «Registro de Penados», en el que se extractarán las certificaciones que deben recibir de las sentencias firmes por parte de los Tribunales que las pronuncian (arts. 253 y 254 LECr).

La función de los antecedentes penales es doble. Por una parte, han de ser tenidos en cuenta en ulteriores aplicaciones de la ley penal o procesal penal. En primer lugar, permiten comprobar la concurrencia de la agravante de reincidencia en un delito posterior. En segundo lugar, pueden impedir la suspensión de la ejecución de la pena o la sustitución de las penas privativas de libertad, a través, en su caso, del concepto de reo habitual (art. 94 CP). Por último, pueden determinar la denegación de la libertad provisional (arts. 503 y 504 LECr). Por otra parte, los antecedentes penales pueden impedir el acceso a un cargo público, la obtención de pasaportes, permisos de armas, etc., y su conocimiento por los particulares puede condicionar la concesión de un empleo.

Los antecedentes penales constituyen un obstáculo para la reinserción social que postula el art. 25,2 Constitución. La Reforma de 1983 manifestó la voluntad de limitar su uso por la Sociedad. El art. 136, 4 del actual CP mantiene sustancialmente la misma redacción entonces introducida en el párrafo sexto del anterior art. 118 CP: «Las inscripciones de antecedentes penales en las distintas Secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley. En todo caso, se librarán las que soliciten los Jueces y Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se da, esta última circunstancia».

2. Con objeto de limitar los efectos negativos de los antecedentes penales para el condenado, la ley prevé que pueda obtener su cancelación. En el CP anterior esta cancelación se denominaba «rehabilitación». El término ha sido abandonado por el actual Código.

Según el art. 136, 1, «los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal, tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia e Interior, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales previo informe del Juez o Tribunal sentenciador». El n° 2 del mismo artículo establece los **requisitos generales** de la cancelación:

«1.º) Tener **satisfechas las responsabilidades** civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el Juez o Tribunal sentenciador, salvo que el reo hubiera venido a mejor fortuna.

»2.º) Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes **plazos**: seis meses para las penas leves, dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves. Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquél en que quedara extinguida la pena, incluido el supuesto de que sea revocada la condena condicional.»

No se alude al supuesto de que el plazo de suspensión de la ejecución de la pena haya transcurrido satisfactoriamente — a diferencia de lo que antes se hacía en el art. 118, V del anterior CP— porque ahora no se inscribe la condena suspendida más que en una Sección especial del Registro, «a la que sólo podrán pedir antecedentes los Jueces o Tribunales» (art. 82, párrafo segundo), y porque si la suspensión no llega a revocarse, debe acordarse la cancelación de dicha inscripción especial, que «no se tendrá en cuenta a ningún efecto» (art. 85, 2).

El n° 5 del art. 136 se ocupa de «los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, bien por solicitud del interesado, bien de oficio por el Ministerio de Justicia e interior, ésta no se haya producido». En tales supuestos, «el Juez o Tribunal, acreditadas tales circunstancias, ordenará la cancelación y no tendrá en cuenta dichos antecedentes».

Esto último enlaza con la mal llamada «**prescripción de la reincidencia**».³⁶ Con anterioridad a 1978, en que se introdujo, nunca desaparecía («prescribía») la posibilidad de apreciar la agravante de reincidencia (o reiteración) en base a una determinada condena anterior. En 1978 se negó la aplicabilidad de la agravante cuando, obtenida la rehabilitación, hubiere transcurrido un tiempo doble del previsto para ésta o, en cualquier caso, el de diez años (anteriores arts. 10, 14.a y 10, 15.a CP). La Reforma de 1983 dio un paso más y excluyó la posibilidad de apreciar la circunstancia de reincidencia cuando los antecedentes estuvieren cancelados o hubieren podido serlo (anterior art. 10, 15.a CP). El mismo criterio mantiene el actual art. 22, 8a CP.

Como se advierte, la historia reciente se caracteriza por facilitar cada vez más la cancelación de los antecedentes penales. Ello manifiesta la tendencia de la Política criminal moderna a ir limitando los efectos desocializadores de los antecedentes penales. Son éstos residuos de otro tiempo en que se llegó a marcar físicamente a los condenados con señales que los identificaran para siempre ante la colectividad. Nada más opuesto en un Derecho penal que pretenda erradicar o, al menos, relativizar la marginación del delincuente del cuerpo social. Pero el camino andado es aún relativamente corto. Téngase presente que en nuestro Derecho la rehabilitación no tuvo entrada hasta el CP 1928 y, en la versión que luego perduraría, el CP 1932. El art. 73, 2 LOGP, ha llegado a proclamar que los antecedentes penales no serán en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica. Es dudoso que ello se haya conseguido ya.

El actual CP ha añadido la necesidad de cancelar las **anotaciones de las medidas de seguridad** «una vez cumplida o prescrita la respectiva medida» (art. 137). Pero ello tampoco afecta a los



efectos de la responsabilidad penal en sentido estricto.

f) EXTINCIÓN DE LA PUNIBILIDAD

[Estrada]⁶

1. Causas de impunidad legal

A pesar de que el hecho punible esté cabalmente tipificado, en determinadas situaciones o cuando se cumplen algunas circunstancias específicas, la ley dispone la exención de pena.

Son las causas de impunidad legal, que se hallan en cada artículo de la parte especial del Código.

Los casos de impunidad legal son los siguientes: los rebeldes o sediciosos no serán penados por hechos punibles cometidos en combate, "siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo" (art. 127); cuando se trate de violación (arts. 298 y ss.), estupro (arts. 301 y ss.) o actos sexuales abusivos (arts. 363 y ss.), la acción penal se extingue si "cualquiera de los autores o partícipes contrajere matrimonio válido con el sujeto pasivo" (art. 307); en los delitos de calumnia e injuria se exime de pena al responsable "si probare la veracidad de las imputaciones" (art. 317); en los mismos delitos no hay lugar a punibilidad si el autor o partícipe se retracta antes de proferirse "sentencia de primera o única instancia con el consentimiento del ofendido, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el juez, en los demás casos" (art. 318); cuando se trate de injurias recíprocas (art. 313 y 319) "se podrán declarar exentos de pena los injuriantes o a cualquiera de ellos", según el art. 320; "las injurias expresadas por los litigantes, apoderados o defensores en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados por sus autores a la publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes" (art. 321); en las lesiones personales con incapacidad que no pase de treinta días la acción penal se extingue a petición del ofendido (desistimiento) según lo prescribe el art. 342; en la emisión y transferencia ilegal de cheques (art. 357) la acción penal cesará por el pago del cheque antes de la sentencia de primera instancia (art. 357, inciso 3).

2. Muerte del condenado

Al contrario de lo que ocurre en el derecho civil, la responsabilidad penal es esencial y exclusivamente personal. De ahí que la muerte del sindicado extinga la acción penal, y la del condenado, la pena; la del inimputable, la medida de seguridad (art. 76).

Si se trata del condenado hay que suponer que las consecuencias civiles del hecho punible ya se han concretado, y si no se han cumplido, la obligación pasa a los herederos. Si el sindicado muere es obvio que el proceso penal termina, y la acción para el resarcimiento de los perjuicios deberá ejercerse ante los jueces civiles contra la sucesión del imputado.

3. Desistimiento

Según el art. 77, el desistimiento aceptado por el querellado extingue la acción penal, y por consiguiente hace cesar la potestad punitiva del Estado.

El desistimiento es procedente en todos los casos en que se exige la querrela para la iniciación de la acción penal. Se trata de una condición de procedibilidad que no quita el carácter público a la acción, sino que por vía de excepción otorga disponibilidad sobre la misma al ofendido, que es el titular del derecho de querrela. Tradicionalmente el desistimiento ha tenido un ámbito muy restringido; pero recientemente, en virtud de la ley 55 de 1984, al extenderse la querrela a numerosos delitos, se amplió también el campo de acción para el desistimiento.

4. Amnistía

a) Concepto. La amnistía consiste en el olvido por el Estado del hecho punible y de sus consecuencias jurídico-penales. Más que un medio o causa de extinción de la acción penal y de la pena, la amnistía constituye un supremo remedio para graves situaciones de conflicto social. Por ello, según el art. 76, numeral 19 de la Constitución Nacional, solo puede concederse con carácter general por el Congreso de la República exclusivamente para los delitos políticos, que no están definidos en la ley, por una mayoría de dos terceras partes de los votos de los miembros de las cámaras, y por "graves motivos de conveniencia pública". A través de esta medida se busca restablecer la convivencia pública y los lazos de solidaridad social. Entre nosotros la amnistía hace desaparecer tanto la incriminación como la pena, y por consiguiente, borra el carácter delictivo del hecho imputado, dejando a salvo sin embargo la obligación de pagar los perjuicios ocasionados con el hecho punible, excepto si la ley perdona también esta obligación, caso en el cual la asume el Estado.

La amnistía es, pues, un modo político de extinguir la acción y la condena penales y se aplica, como el indulto, a los delitos políticos, cuya naturaleza no ha sido legalmente definida, aunque doctrina y jurisprudencia han entendido por tales los de rebelión, sedición y asonada, pues son estos los que se realizan con una clara y específica motivación política, en cuanto constituyen atentados contra la organización política de la nación. Sin embargo, en Colombia, que tiene una larga tradición en la expedición de leyes que abierta o disimuladamente otorgan amnistías, existe ya una opinión generalizada en el sentido de que los delitos políticos no pueden circunscribirse exclusivamente a los anotados, en cuanto las formas de insurgencia en el mundo contemporáneo se presentan siempre vinculadas a otros tipos delictivos como el homicidio, el secuestro, la extorsión, el incendio, etc. Así, por ejemplo, la ley 35 de 1982 otorgó la amnistía más amplia e incondicional de que se tenga noticia, pues la extendió también a los delitos conexos con los puramente políticos, con la sola exclusión de los casos de sevicia, barbarie o terrorismo. Corresponderá, pues, en cada caso al legislador determinar cuáles delitos considera como políticos, sin que estas actuaciones legislativas constituyan antecedentes válidamente invocables en el futuro.

Por eso la ley 49 de 1985 instituyó una nueva amnistía, disfrazada bajo el nombre de cesación de procedimiento y auto inhibitorio, pero limitada esta vez, pues solo opera respecto a los delitos políticos y sus conexos, con expresa exclusión de los delitos de secuestro y extorsión, y condicionada a un período de prueba de dos años. Son, pues, los graves motivos de conveniencia



pública, según la particular situación del orden público, los que determinan, ajuicio del Congreso, hasta dónde puede extenderse la amnistía. Conviene advertir, finalmente, que así se presente el proyecto de ley con fórmulas diversas, es decir, sin mencionar la palabra amnistía, siempre que implique cesación de procedimientos de carácter general para delitos políticos, u obstáculos procesales para la iniciación o el desarrollo de la acción penal, o con cualquiera otra fórmula equivalente, su aprobación en el Congreso debe hacerse por las dos terceras partes de los miembros de Cámara y Senado, como lo prescribe el ordinal 19 del art. 76 de la Constitución Nacional.

Cuando el Congreso otorga indultos de carácter general lo hace, desde luego, para los condenados y se aplica a todas las personas contra las cuales se haya dictado sentencia condenatoria irrevocable por delitos políticos, según definición de la ley, y no podrá ser decretado por el presidente de la República, sino por las autoridades jurisdiccionales, cuya labor en estos casos será de simple verificación. No hay que perder de vista —para relevar según la benignidad con que el Código trata los delitos políticos— que, según el art. 127, los rebeldes y los sediciosos están exentos de pena "por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo". Poca atención ha merecido esta norma, consagrada con notorias limitaciones en el art. 141 del Código anterior, y por ello no existen antecedentes sobre su aplicación, y en particular sobre lo que debe entenderse por "combate".

b) Clases. La amnistía se denomina propia si se concede antes de la sentencia condenatoria; e impropia si se aplica también a los sujetos ya condenados.

Según Reyes Echandía, "la concesión de la amnistía puede ser pura y simple o condicionada: la primera se otorga sin restricción alguna, distinta a la que establece la propia Constitución; la segunda supedita su concesión al lleno de ciertos requisitos, de tal manera que si estos no se cumplen previamente, la amnistía habrá de negarse en el caso concreto... Esas condiciones —que la ley expresamente debe establecer— pueden apuntar a las modalidades del delito al cual se refiere la amnistía, a las circunstancias en que se hubiere cometido o a las condiciones personales del agente".

5. Indulto

a) Concepto. Como la amnistía, el indulto es un modo extraordinario de extinción de la acción penal y de la pena (art. 78). Lo establece el art. 119, ordinal 4o de la Carta Política. Se diferencia de la amnistía en que, aunque el Congreso puede otorgarlo para casos generales, lo normal es que se dé por ley facultad al presidente de la República para concederlo caso por caso para delitos políticos, y en que acepta el hecho como delictuoso, pero exime de pena total o parcialmente.

El indulto opera exclusivamente para los condenados, y el indultado no puede ser eximido de la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados con el delito, según lo dispone el ordinal 4o del art. 119 de la Constitución. La ley que autoriza al presidente de la República para otorgarlo en cada caso específico se debe votar por mayoría relativa, pues, tal vez por tratarse de una medida individualizada, restringida y aplicada bajo la personal responsabilidad del jefe del Estado, la Carta Política no exige ninguna votación calificada, como sí lo hace el art. 76 para la amnistía y los indultos generales, que tienen una vasta repercusión social por tratarse de una ruptura institucional, que solo supremas necesidades sociales y políticas pueden justificar.

También el indulto puede otorgarse incondicionalmente, o sujeto a una o varias condiciones de todo tipo, es decir, a la realización de algún hecho (entrega de armas, por ejemplo, si el beneficiario está fugitivo), al buen comportamiento futuro, etc., y en todo caso tiene que ser pedido por el interesado.

b) Clases. El indulto puede ser: "Propio, el que se concede a persona condenada por sentencia judicial en firme; impropio, el que se otorga aun antes de que el favorecido haya sido condenado; total, si cubre todas las sanciones impuestas al sujeto a quien se concede; parcial, si alcanza a una o varias de aquellas que figuran en la sentencia; general, cuando comprende a número indeterminado de personas, y particular, si favorece a una o varias personas expresamente señaladas.

6. Prescripción

Según el art. 79 del Código Penal, "la acción y la pena se extinguen por prescripción". Al igual que en materia civil, la institución de la prescripción de la acción se reglamenta en el Código Sustantivo.

a) **Fundamento.** Jurídicamente hablando, no existe razón alguna para que se impida el resurgimiento o la continuación de la acción penal en la que por ser pública, tiene interés preponderante el Estado, como expresión de su soberanía. No ocurre lo mismo con la prescripción de la acción civil, en la que, por discutirse intereses exclusivamente patrimoniales, la pretensión interesa solamente a su titular, quien puede disponer ampliamente de ella, por lo que puede presumirse fundadamente que si ha dejado transcurrir un término más o menos largo sin ejercerla, es porque ha perdido todo interés en ella.

Se ha dicho que la prescripción en materia penal no es una institución con fundamentos jurídicos, sino que es más bien un modo político de extinguir la acción penal y la condena. El fundamento de la institución se halla en el prolongado transcurso del tiempo que hace cesar el daño público o social producido por el hecho punible. Como modo de política criminal se considera que por motivos de conveniencia pública la acción y la pena deben cesar, porque pasado cierto tiempo sin que se haya condenado o absuelto al sindicado, o sin que el condenado haya pagado la pena, la continuación de la acción o la vigencia de la pena, más que beneficiar a la sociedad la perjudican notoriamente, puesto que se va a remover un hecho punible ya olvidado en la conciencia pública. Además, si debiera condenarse a un individuo luego de transcurrido cierto tiempo desde la ejecución del hecho, la pena ya no tendría ninguna utilidad y su aplicación solo se justificaría por el aspecto retributivo; sería injusta y contraproducente por cuanto el delincuente ya no necesitaría tratamiento penitenciario, ya que ha vivido prolongadamente en el seno de la sociedad sin violentar sus leyes.

b) **Prescripción de la acción.** El término de prescripción de la acción lo establece el art. 80 en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuera privativa de libertad, pero en ningún caso inferior a cinco años ni mayor de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes. En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco años.

La norma fija un criterio claro e inequívoco para señalar el término prescriptivo, cual es un tiempo igual al máximo fijado en la ley, pero teniendo en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes, es decir, que se requiere analizar una graduación del límite máximo de la

pena de acuerdo con las circunstancias.

Conviene advertir que no se trata de individualizar la pena según los criterios del art. 61 del Código, pues, si así fuera, la norma no apelaría al máximo de Ja pena. Un ejemplo aclara la situación: si se trata de un delito de homicidio, el término de prescripción de la acción no se deduce de la pena que debe imponerse en el caso concreto conforme el art. 61, sino que se establecerá el límite máximo de la pena imponible, si concurrió, por ejemplo, la circunstancia de la ira o intenso dolor. El art. 323 señala una pena máxima de quince años para el homicidio. El art. 60 atenúa la pena cuando el hecho se comete en estado de ira o de intenso dolor, hasta la mitad del máximo señalado en la respectiva disposición. Es decir, que para los efectos del término de prescripción, el máxima a que se refiere el art. 80 sería de siete años y medio. De la misma manera cuando concurre la circunstancia a que se refiere el art. 62, la pena se aumenta hasta en una tercera parte. El término de prescripción en este caso, según el art. 80, sería de quince años que conmina el art. 323, más una tercera parte; o sea, que sería de veinte años, que además es el máximo de prescripción, como el mínimo es de cinco años.

El art. 81 es una innovación útil porque amplía, dentro del máximo establecido en el art. 80, el término de prescripción para la acción penal por delitos iniciados o consumados en el exterior con el fin de facilitar las posibilidades del Estado frente a cierto género de delincuencia y a cierto tipo de delinquentes que por actuar en el exterior dificultan la represión de los delitos.

Igual extensión señala el art. 82, con toda razón, para los casos en que los delitos se cometen dentro del país "por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos". El término de prescripción de la acción se empieza a contar desde el momento de la consumación para los hechos punibles instantáneos; y desde la ejecución del último acto en los delitos tentados o permanentes (art. 83).

1) Interrupción. El art. 84 resolvió el complejo problema que surgía de la interpretación del art. 107 del Código anterior. En efecto, una vez interrumpido el término de prescripción, principiará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el art. 80, sin que pueda ser inferior a cinco años. El Código de Procedimiento establecerá los motivos o circunstancias que interrumpen la prescripción.

2) Prescripción en varios delitos juzgados en un proceso. El art. 85 resolvió también con claridad el debatido problema de la prescripción de las acciones penales de varios delitos juzgados en un solo proceso, al disponer que en estos casos "la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada uno de ellos. La prescripción es renunciable por el sindicado" (art. 86).

c) Prescripción de la pena. Según el art. 87, la pena prescribe:

1) En el mismo término fijado en la sentencia para la pena privativa de la libertad.

2) En un mínimo de cinco años, para los casos en que la pena privativa de la libertad es inferior a cinco años.

3) En un término de cinco años para las penas no privativas de la libertad. El término de prescripción se inicia desde el momento de la ejecutoria de la sentencia (art. 88), y se interrumpe cuando el condenado sea aprehendido "en virtud de la sentencia o si cometiere nuevo delito mientras está corriendo la prescripción" (art. 89). Si se trata de penas diferentes impuestas en una misma sentencia, la prescripción "se cumplirá independientemente respecto de cada una de ellas" (art. 90).



7. Oblación

Como causa de extinción de la punibilidad opera solamente para los delitos que tienen señalada pena de multa. Como es apenas lógico, el sindicado puede poner fin al proceso cuando lo quiera, pagando la multa que le señale el juez dentro de los límites prescritos por la ley.

8. Rehabilitación

La rehabilitación consiste sustancialmente en restituir al condenado el status jurídico en que se hallaba antes de pronunciarse la sentencia y se aplica no para las penas privativas de la libertad, sino para las accesorias señaladas en el art. 42, con excepción de la pena de expulsión del territorio nacional (art. 92). A pesar de lo dispuesto por la norma, la rehabilitación opera solo para la restricción domiciliaria y la interdicción de derechos y funciones públicas; la prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio; la suspensión de la patria potestad y la prohibición de consumir bebidas alcohólicas, pues la pena de pérdida del empleo público u oficial se agota con el hecho mismo de su imposición.

La rehabilitación es de carácter judicial, y si las penas accesorias fueren concurrentes con una privativa de la libertad, solo podrá pedirse después de dos años de haberse cumplido la pena principal, siempre que el condenado hubiere observado buena conducta. Si la pena accesoria hubiere sido impuesta sin concurrencia con privativas de la libertad, "no podrá pedirse sino dos años después de ejecutoriada la sentencia" en que fue impuesta.

3 Normativa

[Código Penal]⁷

ARTÍCULO 89.- Amnistía.

La amnistía que sólo puede ser concedida por la Asamblea Legislativa en materia de delitos políticos o conexos con éstos extingue la acción penal así como la pena impuesta.

ARTÍCULO 90.- Indulto.

El indulto, aplicable a los delitos comunes, implica el perdón total o parcial de la pena impuesta por sentencia ejecutoria, o bien su conmutación por otra más benigna y no comprende las penas accesorias. El indulto sólo podrá ser concedido por el Consejo de Gobierno, el cual previamente a resolver, oirá el criterio de Instituto de Criminología. Consultará también a la Corte Suprema de Justicia, únicamente, cuando la solicitud del indulto se fundamente en una crítica a la sentencia judicial. Dichos organismos deberán pronunciarse en un término no mayor de treinta días naturales, y si no contestaren dentro de ese término, el Consejo de Gobierno podrá resolver lo que corresponda.

(Así reformado por el artículo 1° de la ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982).

ARTÍCULO 93.- Perdón Judicial.

También extingue la pena, el perdón que en sentencia podrán otorgar los jueces al condenado, previo informe que rinda el Instituto de Criminología sobre su personalidad, en los siguientes casos:

- 1) A quien siendo responsable de falso testimonio se retracte de su dicho y manifieste la verdad a tiempo para que ella pueda ser apreciada en sentencia;
- 2) A quien mediante denuncia dirigida o declaración prestada se inculpa a sí mismo de un delito doloso que no ha cometido para salvar a su ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano, bienhechor, o a su concubinario o manceba con quien haya tenido vida marital por lo menos durante dos años continuos inmediatamente antes de la comisión del hecho;
- 3) A quien haya incurrido en los delitos de encubrimiento, hurto, robo con fuerza en las cosas, estafa, daños o lesiones leves, cuando lo solicite el ofendido que tenga los mismos lazos de parentesco o relación con el reo a que se refiere el inciso anterior;
- 4) A quien haya causado un aborto para salvar el honor propio o lo haya producido con ese fin a una ascendiente o descendiente por consanguinidad o hermana;
- 5) A la mujer que hubiere causado su propio aborto si el embarazo ha sido consecuencia de una violación;
- 6) A quienes en caso de homicidio piadoso, se compruebe que accedieron a reiterados requerimientos de la víctima y el propósito además fue el de acelerar una muerte inevitable;
- 7) (Este inciso fue derogado mediante el artículo 3° de la ley N° 8590 del 18 de julio del 2007).
- 8) (Este inciso fue derogado mediante el artículo 3° de la ley N° 8590 del 18 de julio del 2007).
- 9) A quien por móviles de piedad haya declarado ante el Registro Civil como su hijo a una persona que no lo es o hubiere usurpado el estado civil de otro o por un acto cualquiera lo hiciere incierto, lo alterare o suprimiere;
- 10) A los autores de contravenciones, previa amonestación por parte de la autoridad juzgadora; y
- 11) A quien injuriare a otro si la injuria fuere provocada o a quien se retracte de su dicho injurioso antes de contestar la querrela o en el momento que la contesta. A quienes se injuriaren recíprocamente. No procede el perdón judicial cuando la injuria conlleva una imputación a un funcionario público, con motivo de sus funciones. 12) A quien fuera sindicado por el Ministerio Público como autor en el tráfico de las sustancias o drogas reguladas por la Ley de Psicotrópicos, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, N° 7093 que diera información correcta, la cual permitiera el descubrimiento del delito y sus autores, más allá de su participación en él o también cuando pusiera, espontáneamente, en conocimiento de la autoridad, lo que él supiera sobre la comisión de los delitos mencionados anteriormente y lo hiciera con tiempo suficiente para impedir la comisión de éstos. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 2° de la ley N° 7233 de 8 de mayo 1991).

4 Jurisprudencia

a) Prescripción de la acción penal: Posibilidad de dictar de oficio el sobreseimiento

[Sala Tercera]⁸

Texto del extracto:

"II.- [...]. De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 357 del Código de rito, el tribunal si estimare que la acción penal está prescrita, está facultado para dictar de oficio la sentencia de sobreseimiento, si a su juicio no resultare necesario el debate. Por otra parte, el tribunal en cualquier estado del proceso, ya sea a petición de parte u oficiosamente, podrá emitir pronunciamiento al respecto (ver artículo 88 del Código Penal), ya que con el acaecimiento de los términos contemplados en el artículo 82 del Código Penal, se extingue la acción respectiva, impidiéndose de esta manera la continuación del proceso y debiendo en consecuencia dictarse la sentencia de sobreseimiento correspondiente. De acuerdo con lo expuesto, procede rechazar este extremo del recurso [...]. Se reclama la indebida aplicación del artículo 83 del Código Penal, pues incorrectamente estimó el a-quo que había operado la prescripción de la acción penal, sin tomar en consideración una serie de acciones que se suscitaron en el desarrollo del proceso, posteriores al dictado del auto de procesamiento e interpretando que únicamente interrumpen la prescripción, los actos procesales efectuados después de la citación a juicio. Efectivamente, lleva razón el impugnante. Del estudio del fallo se desprende que el tribunal por error estimó que los actos procesales que acaecieron en esta causa entre el momento que fue dictado el auto de procesamiento y el de citación a juicio, no interrumpían la prescripción de la acción. El numeral 3) de la Ley N° 5712 del 11 junio de 1975 como correctamente lo estima el recurrente, refiere claramente, que todos los actos procesales realizados una vez dictado el auto de enjuiciamiento o de procesamiento, interrumpen la prescripción, por lo que no resulta pertinente la interpretación plasmada en el fallo, pues se está en presencia de una conjunción disyuntiva, razón por la que tanto los actos efectuados después del procesamiento, así como después de la citación a juicio, tienen la cualidad de interrumpir la prescripción, con el consecuente efecto de que la misma deberá empezar a correr nuevamente a partir de ellos. (Ver en igual sentido, Sala Tercera V-123 F de nueve horas del cinco de abril de 1991). Ahora bien, en la presente causa se aprecia que entre el auto de procesamiento de las 16 horas con 50 minutos del 20 de octubre de 1987 [...] y la citación a juicio de las 8 horas con 50 minutos del 11 de enero de 1991 [...] se realizó diversos actos procesales que interrumpieron la prescripción de la acción penal, entre otros, el poner en conocimiento inspecciones y dictámenes [...], mediante auto de las 15:30 horas de 5 de enero de 1988; el dictado del auto de prórroga extraordinaria de la Instrucción a favor de [...] de las 10:10 horas del 30 de mayo de 1988 [...]; la aprobación del nombramiento de defensor de uno de los encartados a las 16:30 horas del 18 de agosto de 1988 [...]; la declaratoria de incompetencia del Juzgado Penal de [...] de las 13:55 horas del 9 de agosto de 1989 [...]; la declaratoria de incompetencia dictada por el Juzgado Tercero de Instrucción de [...] de las 16:05 horas del 5 de setiembre de 1989 [...]; la resolución V-529 A de las 9 horas del 13 de octubre de 1989 de esta Sala [...]; la remisión de las actuaciones al Juzgado de Instrucción de [...] de las 14 horas del 21 de diciembre de 1989 [...]; la audiencia concedida sobre el incidente de prescripción de las 17 horas del 8 de agosto de 1990 [...]; la resolución sobre el fondo del incidente de prescripción de las 10 horas del 17 de agosto de 1990 [...]; el requerimiento de elevación a juicio de las 8:50 horas del 11 de enero de 1991 [...], resoluciones todas que no dependen del requerimiento de elevación a juicio que se anuló en su oportunidad [...] lo que se indica para fines del artículo 150 del Código Procesal Penal. Con vista de esas circunstancias, es evidente que en la presente causa no operó la prescripción, por lo que consecuentemente, lo que procede es acoger el recurso por el fondo, casando la sentencia de sobreseimiento recurrida y aplicando correctamente la legislación sustantiva, se declara sin lugar la prescripción de la acción penal que sirvió de base al dictado del referido fallo y procediendo de acuerdo con lo expuesto, se remite las actuaciones al tribunal que corresponde, para que continúe con la tramitación de la causa, conforme a derecho."

b) Legítima defensa: Defensa excesiva excusable[Sala Tercera]⁹

Texto del Extracto:

"La sentenciada [...] presenta recurso de casación por el fondo al estimar que el tribunal de mérito aplicó erróneamente los artículos 111 y 113, ambos del Código Penal. Alega que se tuvo como demostrado "que la suscrita fue agredida y amenazada de muerte y de terminar con el embarazo que en ese momento corría, por el ofendido, quien puso un cuchillo en mi cuello, con la intención de cumplir con sus amenazas... Ante dicha agresión, la suscrita no tuvo más remedio que defenderse, desconociendo posteriormente lo ocurrido, por mucho rato, debido a la obnubilación que en ese momento y por motivo de la situación amenazadora que viví, se me presentó " [...]. Agrega que es en ese aspecto donde el fallo condenatorio decretado en su contra infringe la ley sustantiva, violando la sana crítica en la valoración de la prueba y dejando de lado un dictamen pericial psicológico forense donde se refleja la situación comentada. Concluye la impugnante señalando que de acuerdo con las circunstancias que se acreditaron [...] y dado el comportamiento del ofendido, debió aplicarse el artículo 113 inciso 1) del Código citado, calificando los hechos como constitutivos del delito de Homicidio especialmente atenuado (bajo estado de emoción violenta) "y cuidado sino más bien nos encontramos en presencia de la situación contemplada por el artículo 88 del Código Penal" [...] por lo que solicita que así se declare, imponiéndosele una pena acorde con su edad y su situación personal- que no exceda de tres años para que se le otorgue el beneficio contemplado en los artículos 59 y siguientes del mismo cuerpo de leyes referido. El recurso debe ser declarado con lugar y no por estarse en presencia de un homicidio bajo estado de emoción violenta sino por tratarse de un caso de legítima defensa. En efecto, el a quo tuvo por demostrado, además del acoso sexual que venía realizando el ofendido sobre la imputada, que la noche del suceso, cuando esta última observaba la televisión en su casa- acompañada de dos hermanos menores que dormían en ese momento- escuchó un ruido que la llevó a abrir la puerta que da al patio ("el cual se encontraba debidamente cerrado por una tapia de latas de zinc" [...], encontrándose sorpresivamente con [el ofendido]. Este la tomó de uno de sus brazos "indicándole que debía ser de él y que el bebé que estaba esperando se lo sacaría, luego de lo cual... tomó un cuchillo de cocina... con una hoja de quince centímetros de largo... y lo colocó en el cuello de la encartada, la cual sin precisarse la forma, pero resultando ilesa, despojó al ofendido del arma en referencia y con la misma arremetió contra él a quien le propinó un total de once heridas punzo cortantes..." [...]. Ante la configuración de tales hechos -que no pueden ser modificados en esta vía- no puede concluirse, como lo hacen los jueces en la sentencia impugnada, "... que no se comprobó que [la imputada] en el momento de la ejecución del antijurídico se hubiese hallado en un estado de obnubilación, considerado éste como un estado psíquico en el cual la encartada hubiese actuado con disminución del poder de los frenos inhibitorios que no le permitiera comprender el carácter ilícito de sus actos..." [...], pues aunque en el dictamen psiquiátrico-forense de [...] se afirme que no se encontraron suficientes elementos psicopatológicos que indiquen grado alguno de enajenación durante el suceso, la situación de conflicto no debe analizarse de modo aislado y teórico sino conforme a las circunstancias específicas que rodearon el fatal desenlace. Con mayor razón cuando del mismo dictamen se desprende que la encartada presenta "trastorno de personalidad inmadura y depresión ansiosa leve reactiva", cuyo ánimo se vio violentamente conmovido de modo injusto e imprevisto ante la agresión ilegítima de que era objeto. LA LEGITIMA DEFENSA EN



NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO: El artículo 28 del Código Penal contempla esta causa de justificación del que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que se esté ante una agresión ilegítima y exista necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir aquélla. Sin embargo también la misma norma establece una presunción de defensa legítima (defensa privilegiada) cuando se ejecuten "actos violentos" contra el individuo extraño que sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se hallare dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso". Como puede observarse, el caso bajo examen cabe discutirlo dentro de las previsiones exigidas para conformar la causal de justificación en su concepción genérica, pues resulta evidente que la citada joven [imputada] se encontraba ante una agresión ilegítima, y aunque la defensa que empleó pudiese estimarse excesiva (para quienes consideran en que las once heridas producidas en el cuerpo de la víctima con el cuchillo que le fue arrebatado por la imputada, van más allá de la respuesta razonable que debió utilizar en la protección de su persona), tampoco puede descartarse la no punibilidad de dicho exceso al provenir de una excitación o turbación que -de acuerdo con las características de la última y los hechos tenidos por demostrados- las circunstancias hacían excusable (artículo 29 segundo párrafo).- Pero igualmente debe tenerse presente que [el ofendido] irrumpió en el hogar de [la imputada], ingresando subrepticamente al patio debidamente cerrado con latas de zinc y aprovechando el momento en que aquélla abrió la puerta para ver lo que pasaba e introducirse de forma amenazadora e injusta en su casa de habitación, en cuyo caso la presunción de defensa anteriormente señalada también debe operar en tutela de los intereses de quien sufrió el peligro y ocasionó la muerte del intruso agresor. Por todo lo expuesto esta Sala estima que más que un Homicidio cometido por emoción violenta, es un caso de legítima defensa, que como causa de justificación elimina la antijuridicidad de la conducta y por ende hace desaparecer su carácter delictivo. Ante dicha situación se declara con lugar el recurso por violación de ley sustantiva y resolviendo el fondo del asunto, se absuelve a [la imputada] del delito de Homicidio Simple que se le atribuyó, cometido en perjuicio del [ofendido]."

c) Prescripción de la acción penal

[Sala Tercera]¹⁰

Voto de mayoría:

"III.- Recurso por el fondo. Reclama el recurrente la inobservancia y/o errónea aplicación de los artículos 80 inciso 3), 82 inciso 2), 83, 88 y 128 del Código Penal; artículo 3 de la Ley Número 5712 del 11 de julio de 1975, reformada por Ley número 6726 del 10 de marzo de 1982, en su artículo 7, y el artículo 318 en relación con el 320 inciso 4) y 357 del Código Procesal Penal, pues el Juzgador, atribuyó al encartado la comisión del delito de lesiones leves, previsto y sancionado por el artículo 128 del Código Penal, sancionándolo con siete meses de prisión, sin tomar en consideración que la acción penal para dicho ilícito según el artículo 82 inciso 2) prescribe en el extremo mayor de la pena impuesta, sin que pueda bajar de dos años, prescripción que se interrumpió con el auto de procesamiento dictado el 4 de setiembre de 1987 [...], término a partir del cual volvió a correr la prescripción, volviéndose a interrumpir con el auto de citación a juicio, que se dictó el 8 de noviembre de 1989, por lo que la acción penal prescribió al transcurrir con suficiencia el término de dos años que señala la ley, por lo que lo procedente era el dictado de la sentencia de sobreseimiento total a favor del imputado; éstos los argumentos del recurrente. Pero tampoco este reclamo puede admitirse. Efectivamente la Ley Número 5712 de 11 de julio de 1975 en su numeral



3) establece "la prescripción de la acción penal se interrumpe con el auto de enjuiciamiento o de procesamiento, aunque no estuvieren firmes", especificando de esta manera dos situaciones en concreto, pero continúa indicando que también se interrumpe la prescripción de la acción "por todos los actos procesales que se realicen posteriormente" [...]. Por acto procesal se entienden los actos jurídicos "emanados de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptibles de crear, modificar o extinguir efectos procesales" (Couture, Eduardo, J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, p. 201). Del estudio de la causa de marras se observa que entre el auto de procesamiento [...] y la citación a juicio [...], se dio una serie de actos procesales que vinieron a interrumpir la prescripción de la acción, entre éstos se observa el poner en conocimiento de las partes los dictámenes médicos [...]; se ordenaron comisiones para recibir declaraciones de testigos [...]; se le otorgó audiencia al Ministerio Público de conformidad con el ordenamiento procesal [...]. De lo expuesto se desprende indubitablemente que no ha operado la prescripción al no haber transcurrido el término fijado por el artículo 82 del Código Penal, además de que la distinción que aduce el impugnante entre actos y actuaciones procesales y que sirve de sustento a su reclamo, es improcedente de conformidad con la doctrina ritual al estar configurados los actos procesales con las actuaciones de los sujetos del proceso."

d) Indulto: Análisis normativo, reformas y consideraciones como causal que extingue la acción penal

[Tribunal de Casación Penal]¹¹

Voto de mayoría:

"I.- El sentenciado M , con fecha del 19 de enero de 2009 presentó, ante la Sala Tercera de Casación Penal, una solicitud para que se revisara la sentencia condenatoria N° 913-2008 de las 16:15 horas del 15 de julio de 2008, dictada por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José (ver folio 254). Esta gestión fue recibida en el Tribunal de Casación Penal el 23 de octubre de 2009 (ver folio 284 vuelto) y, por resolución de las 14:00 horas del primero de diciembre de 2009, este Tribunal de Casación admitió para su conocimiento, únicamente, los temas relativos a la ausencia de fundamentación en torno a las condiciones personales en que se encontraba el sentenciado, al momento de que fue detenido y que se exponen en parte del motivo primero y en el motivo segundo de su demanda de revisión. Asimismo se admitió el tercer reclamo en que alegaba violación al debido proceso porque hubo una indebida tramitación de la causa en cuanto al tiempo transcurrido desde que esta inició y hasta que se dictó una sentencia condenatoria en su contra lo que, según alega, afectó su derecho de defensa porque le impidió hacer llegar la prueba en su favor.

II.- En virtud de que se solicitó la presentación del sentenciado, para la audiencia oral que se había programado, esta Cámara de Casación tuvo noticia de que M. había recibido un indulto (ver folio 304). En razón de esto, se gestionó ante el Consejo de Gobierno para que informara si efectivamente este sentenciado había recibido dicha gracia en la causa a que alude este procedimiento. Fue así como la Secretaria General del Consejo de Gobierno, Maristella Vaccari Gil informó, con fecha del 17 de febrero de 2010 que efectivamente M. portador de la cédula de identidad número uno- ochocientos ochenta-setecientos veintiséis, fue indultado según consta en el Acta de sesión ordinaria número Ciento Treinta y Siete celebrada el 15 de abril de 2009 (ver folio



318). Sin embargo, esta constancia tuvo un error material en relación con el despacho que había dictado la sentencia condenatoria, por esta razón, con fecha del 22 de febrero de 2010 se recibió la nota aclaratoria suscrita por la misma funcionaria antes aludida, en la que expresamente se indica que el indulto lo recibió este sentenciado M , en relación con la sentencia N° 913-2008 del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José de las 16:15 horas del 15 de julio de 2008 (folio 328), es decir, la misma sentencia por la que se inició este procedimiento de revisión.

III.- En este caso es necesario analizar la situación que se presenta, a partir del análisis de las disposiciones legales que existen en relación con la figura del indulto. En ese sentido, resulta que el artículo 30 inciso g) del Código Procesal Penal establece, como causa de extinción de la acción penal, el indulto. Anteriormente, era el Código Penal, artículos 80 y 90, el que establecía las consecuencias legales de un indulto. Es así como la primera de estas disposiciones, en el inciso 5), regulaba que el indulto era causal de extinción de la pena porque, a su vez, el artículo 90 señala que: *"El indulto, aplicable a los delitos comunes, implica el perdón total o parcial de la pena impuesta por sentencia ejecutoria, o bien conmutación por otra más benigna y no comprende las penas accesorias"*. Sin embargo, mediante la Ley N° 7728 del 15 de diciembre de 1997, se derogó expresamente el artículo 80 que regulaba las causas de extinción de la acción penal, junto con las causas de extinción de la pena. Esta reforma legal trasladó al Código Procesal Penal las causas de extinción de la acción penal, entre ellas, el indulto. Tal cambio, se podría considerar un error del legislativo y, de *lege ferenda*, sería conveniente que se corrigiera porque no tiene sentido que, en el caso de una persona que ha sido sometida a proceso y se le ha dictado una sentencia condenatoria en firme, luego, al otorgársele el indulto, se tenga que tener por extinguida la acción penal que ya se ejerció. Sin embargo, no es posible para este Tribunal interpretar las leyes en perjuicio de los sujetos sometidos a proceso, lo que sucedería si se quisiera tener al indulto como un instituto que tuviera efectos solamente sobre la pena como lo regulaba el artículo 90 del Código Penal. En virtud de la reforma procesal de 1996, y aún cuando la derogación del artículo 90 de la legislación sustantiva no fue expresa, debe considerarse que lo fue en forma tácita, por lo que corresponde entender que hoy el indulto opera como causa de extinción de la acción penal, y es en ese sentido que se aplica en el presente asunto. En razón de esto, no tiene sentido jurídico que se entre a conocer de los motivos que fueron admitidos como causales para la revisión de sentencia porque, la pretensión general del entonces sentenciado, M. fue que se anulara la sentencia condenatoria (ver folio 271) y que se ordenara su libertad. Así se establece también de una revisión somera de los motivos que fueron admitidos, sin embargo, ya no se podría ordenar un juicio de reenvío porque, con posterioridad a la presentación de la demanda de revisión, el gestionante recibió el indulto por los hechos respecto a los cuales había sido juzgado y sentenciado. Debe quedar claro que la competencia de este Tribunal se limita a decidir sobre el procedimiento de revisión que fue interpuesto, de manera que, en lo que se refiere a las consecuencias del indulto como causa de extinción de la acción penal, no es competencia de esta Cámara ordenar algún otro trámite. Si M. lo tiene a bien, podrá acudir ante el Tribunal que lo sentenció para lo que pueda ser de su interés. En consecuencia de todo lo expuesto, al haberse extinguido la acción penal en favor de M. lo que procede, ahora, es rechazar la presente demanda de revisión de sentencia por carecer de interés actual, asimismo, se ordena devolver las actuaciones al Tribunal de origen para lo que pueda resultar de su competencia."

e)Indulto: Manifestación de no continuar el procedimiento de revisión, no constituye desistimiento ni impide dictar sobreseimiento

[Sala Tercera]¹²

Voto de mayoría:

“**Único.** La imputada Jennifer Jiménez Barrantes interpuso procedimiento de revisión contra la sentencia N° 307 que dictó el Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José a las 9:35 horas del 24 de mayo de 2005, que la declaró coautora responsable del delito de Robo agravado en perjuicio de Misael Leandro Brizuela y le impuso una pena de cinco años de prisión, recomendando el otorgamiento del indulto a la encartada (cfr. parte dispositiva de la sentencia impugnada a folio 69). La demanda de Revisión fue presentada el día 3 de julio de 2006 (cfr. folio 110). El 16 de enero de 2007 la Licda. Giselle Chacón Araya presentó un escrito ante esta Sala informando que en el presente asunto el Consejo de Gobierno otorgó el indulto, adjuntó copia de la orden de libertad y solicitó resolver de conformidad (cfr. 165). El día 27 de marzo de 2007 se recibió la certificación del acuerdo tomado por el Consejo de Gobierno en su sesión ordinaria número veintisiete, celebrada el 20 de diciembre de 2006, cuyo artículo octavo indica, en lo que interesa: *"De conformidad con lo establecido en el artículo 90 del Código Penal, este Consejo de Gobierno acuerda conceder a la señora Jiménez Barrantes Jennifer el beneficio del indulto por el tiempo que le resta para descontar su sentencia. Este acuerdo fue declarado firme por unanimidad, por lo tanto puede ser ejecutado"* (cfr. folios 176 a 178). Mediante resolución de las 15:30 horas del 23 de abril de 2007, la Sala resolvió que *"Habiéndose demostrado que el Consejo de Gobierno otorgó el indulto a Jennifer Jiménez Barrantes por el delito de robo agravado cometido en perjuicio de Misael Leandro Brizuela, se le previene a la gestionante para que dentro de un plazo de tres días manifieste si tiene interés en que se conozca por el fondo la demanda revisoria planteada de folios 110 a 119..."* (folio 179). Según la constancia visible a folio 184, a las 10:50 horas del siete de mayo de 2007, la imputada Jennifer Jiménez Barrantes se presentó a este despacho y manifestó: *"Respecto a la prevención que se me hace, solicito que no se resuelva este asunto, porque yo me encuentro en libertad y no deseo que se continúe con el trámite del mismo"*. Conforme a los antecedentes que se han reseñado brevemente, para la mayoría de esta Sala no se está ante un caso de *desistimiento* del recurso (artículo 430 del Código Procesal Penal), sino que ante el otorgamiento del *indulto* lo que corresponde es aplicar el efecto legal previsto para ese acto del Consejo de Gobierno, y en este punto debe considerarse que la legislación vigente le asigna los siguientes efectos: a) Por un lado el párrafo primero del artículo 90 del Código Penal indica que: *"El indulto aplicable a los delitos comunes, implica el perdón total o parcial de la pena impuesta por sentencia ejecutoria, o bien su conmutación por otra más benigna y no comprende las penas accesorias"* (así reformado por el artículo 1° de la ley N° 6726 de 10 de marzo de 1982); b) El artículo 96 del Código penal advierte que el otorgamiento del indulto no afecta la responsabilidad civil ni el comiso (es muy importante tener presente que en la redacción original del Código Penal vigente, el indulto era contemplado expresamente como una de las causa por las que se extinguen la acción penal y la pena, así lo disponía el artículo 80 inciso 5°, que fue derogado por el artículo 26 de la ley de reorganización Judicial N° 7728 de 15 de diciembre de 1997, excepto para los casos que deban continuar tramitándose conforme al Código de Procedimientos Penales de 1973); c) Sin embargo en el artículo 30 inciso g) del Código Procesal Penal (que es ley posterior al Código Penal), se contempla expresamente al indulto como causa de extinción de la acción penal. Si la acción penal se ha extinguido en razón del otorgamiento del indulto no basta con declarar desistido el recurso de revisión sino que es necesario declarar el *sobreseimiento definitivo* de la imputada, porque así lo dispone expresamente el artículo 311 inciso d del Código Procesal Penal [...].”

f) Prescripción de la acción penal: Reglas aplicables son de carácter procesal

[Sala Tercera]¹³

Voto de mayoría

"IV. Sobre los alcances de la prescripción en la legislación transitoria del Código Procesal Penal. En principio, conviene aclarar que en materia procesal la ultractividad y la retroactividad de las normas, se determinan por razones de política criminal que el legislador estima convenientes en una conjuntura histórica preestablecida y no bajo consideraciones sustantivas en cuanto a lo apropiado o no de la legislación, en pro de los intereses particulares de los encausados. Por ello, no resulta ni ocioso, ni desacertado -cómo erróneamente entendió el a-quo- establecer que el principio de aplicación retroactiva de la ley más favorable, rige únicamente respecto a las normas de fondo y no en cuanto a las del procedimiento. En efecto, así lo ha establecido esta Sala, al indicar que: "... [el] gestionante, (...) pretende se aplique retroactivamente disposiciones contenidas en la nueva ordenanza procesal penal, lo que es manifiestamente improcedente, ya que cuando el Código de rito se refiere a que, el: "... hecho encuadre en una norma más favorable...", está delimitando este supuesto de revisión a la ley sustantiva y no a la procesal, porque solo respecto a la primera es dable hablar de encuadrar o subsumir un hecho en la norma respectiva. Así, ni el Código Procesal Penal, ni los diversos institutos que regula, pueden considerarse como ley más favorable, a efecto del procedimiento de revisión (consultar de esta Sala Votos # V-435-98, de 8:34 horas del 15 de mayo de 1.998 y # 1.105-98, de 8:35 horas del 20 de noviembre de 1.998). En este mismo sentido, se ha explicado que: "... II. El numeral invocado por el gestionante (Art. 408 inciso e) del Código Procesal Penal), cuando se refiere a la norma más favorable, no abarca los supuestos de leyes procesales promulgadas con posterioridad a la sentencia que, a juicio del encartado, puedan resultarle más beneficiosas, sino que, la revisión procederá cuando después de la condena, sobrevengan o se descubran nuevos hechos o nuevos elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados evidencien, entre otros, que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable. En este sentido, tal y como lo ha señalado jurisprudencia reciente de esta Sala: "...No basta, para que proceda este supuesto de revisión, con que se alegue una subsunción diversa y favorable, sino que es menester que el gestionante ofrezca y acredite nuevos hechos o nuevas pruebas que justifiquen aplicar otra norma. En todo caso, tal y como queda dicho, la ley a la que se alude, necesariamente debe ser la sustantiva y no la procesal, porque solo respecto a aquella es posible hablar de "subsumir" o "encuadrar" un "hecho" en una norma más ventajosa. La correcta delimitación de lo que es "una ley más favorable" debe apreciarse en el caso concreto, pero partiendo -siempre y esencialmente- de los hechos y de las pruebas nuevas, y puede consistir en que la norma que resulte aplicable contenga una pena menor en relación a la de la norma aplicada en la sentencia de mérito, o que implique la concurrencia de una causa de antijuridicidad o de inculpabilidad, o bien, que permita disminuir (por ejemplo, la tentativa -Arts. 24 y 73 Código Penal-, y la complicidad -Arts. 47 y 74 ejúsdem) o excluir la penalidad (verbigracia, el indulto (Art. 90 C.P.), el matrimonio del condenado con la ofendida (Art. 92 C.P.), o el perdón judicial). También los hechos o la prueba nueva invocada pueden servir para demostrar que se aplicó erróneamente una circunstancia de agravación, o que no declaró una circunstancia atenuante..." (V-436-98, de las 8:36 horas del 15 de mayo de 1998)... (Voto # 540-98, de 8:52 horas del 12 de junio de 1.998). La anterior interpretación es congruente, no sólo con la normativa procesal citada, sino que encuentra sólido sustento en el hecho de que el principio de retroactividad



de la ley penal más favorable, ha sido concebido en diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos -refrendados por Costa Rica- como una garantía sustantiva. En efecto, tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado mediante Ley # 4.229 de 11 de diciembre de 1.968), artículo 15.1º, como en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (aprobada mediante Ley # 4.534 de 23 de febrero de 1.970), se indica que si con posterioridad a la comisión del ilícito la ley faculta imponer una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. De esta forma, resulta claro que en concordancia con el artículo 12 del Código sustantivo, la sucesión en el tiempo de leyes sancionatorias más favorables a los intereses del justiciable, se conoce mediante gestiones de revisión del fallo (artículo 408 inciso e) citado). Por su parte, las variaciones legislativas de las normas procesales, son resueltas por el mismo legislador, quien a efecto de evitar problemas en la aplicación temporal de diversas leyes, implementa los denominados "Transitorios", como mecanismos propiciatorios del paso ordenado de un cuerpo normativo hacia el que lo sucede, de ahí que en el caso concreto, en cuanto a aplicación de leyes procesales en el tiempo, hay que atenerse tanto a lo preceptuado por el mismo Código de rito, como a lo establecido en la legislación complementaria -en este caso, Ley de Reorganización Judicial # 7.728 de 15 de diciembre de 1.997 -. (En ese orden, consultar los siguientes votos de esta Sala: # 410-99 de 9:40 horas del 9 de abril de 1.999 y # 473-99, de 9:45 horas del 23 de abril de 1.999)... (Voto # 580-99, de 11:16 horas del 14 de mayo de 1.999). En el mismo sentido, por el valor intrínseco del pronunciamiento y por ser vinculante erga omnes, se transcribe -en lo conducente- una sentencia de la Sala Constitucional relativa al tema de la prescripción y el Derecho transitorio: "... Varios son los elementos que deben hacerse notar respecto de la prescripción de la acción penal -ya señalados con anterioridad en la jurisprudencia constitucional-, que ayuden a conformar una idea respecto de este instituto jurídico. Primero, que la regulación de la prescripción de la acción penal es un asunto de política criminal que adopta el Estado a través del órgano competente para ello, sea la Asamblea Legislativa, de manera que ésta tiene potestades para establecer los parámetros para su regulación. Segundo, que no existe un derecho constitucional a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean razonables y estén definidos y limitados por la ley. Tercero, que la prescripción es un instrumento jurídico creado a efecto de declinar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, que actúa a modo de sanción procesal por la inactividad de los sujetos procesales en los procesos iniciados o no. Lo anterior se indicó en sentencia número 04432-97, de las diecisiete horas treinta y tres minutos del veintinueve de julio de mil novecientos noventa y siete (...) Con fundamento en lo anterior, es que debe concluirse que las reglas de la prescripción de la acción penal son de carácter eminentemente procesal por dos razones importantes; en primer lugar, porque su regulación se ubica en el Código Procesal Penal, codificación que tiene un carácter eminentemente instrumental en lo que se refiere a la aplicación del derecho de fondo, como se indicó anteriormente; y en segundo lugar, porque por sí misma, la prescripción implica un límite a la potestad punitiva del Estado, que se aplica a modo de sanción (procesal) a consecuencia de la inactividad procesal en un determinado plazo, según se analizó, teniendo como consecuencia que conlleva una extinción de la acción penal, que es un instituto también de carácter procesal, ubicado en el Código Procesal Penal. (...) I. DEL PRINCIPIO LA APLICACION DE LA NORMA PENAL MAS FAVORABLE. En cuanto al principio de la aplicación de la norma más favorable, es importante reiterar que es un elemento integrante del debido proceso, y que por lo tanto tiene rango constitucional, como lo ha señalado en forma reiterada este Tribunal Constitucional (entre otras, ver sentencia número 0821-98, de las dieciséis horas cincuenta y un minutos del diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho). Sin embargo, debe hacerse la aclaración de que este principio es de aplicación exclusiva a la ley sustantiva, y referido al imputado únicamente, según se regula en los tratados internacionales de derechos humanos, concretamente en el artículo 15.1 del Pacto



Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado mediante ley número 4229, de once de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho) (...) II. DE LA INDIVISIBILIDAD DEL REGIMEN DE LA PRESCRIPCIÓN. Sin embargo, es importante anotar una serie de consideraciones en relación con la interpretación de cómo deben aplicarse las reglas de la prescripción de la acción penal y la normativa en cuestión, en virtud del conflicto de leyes que se ha planteado, ya que algunos operadores del derecho propugnan por que se aplique un componente de un sistema prescriptivo (de la legislación anterior -derogada-) con parte o elementos del nuevo régimen, en aplicación del principio de la norma penal más favorable. Primero: Si el principio de la norma penal más favorable es de aplicación exclusiva a la ley sustantiva, consecuentemente, no se puede aplicar a las reglas de la prescripción de la acción penal. De esta suerte, lo propio es aplicar las reglas de la prescripción con fundamento en el sistema procesal bajo el que se rige, según lo dispuesto en los Transitorios I. y II. del Código Procesal Penal, disposiciones que también son de naturaleza procesal por excelencia. (...) de manera que no hay lugar a dudas de cuál es el sistema de la prescripción de la acción penal que se debe aplicar en los casos pendientes a la fecha de entrada de la nueva normativa procesal penal: los asuntos tramitados conforme al Código de Procedimientos Penales prescriben conforme a las reglas establecidas en el Código Penal (artículos 80 y siguientes), y las que se tramitan conforme a las nuevas reglas procesales, prescriben según las disposiciones establecidas en el Código Procesal Penal, en cuyo caso los términos comienzan a correr el día en que entró en vigencia esta legislación ..." (Así, Voto # 4397-99, de 16:06 horas del 8 de junio de 1.999. Hay Voto Salvado del Magistrado Piza E.). Según se aprecia, en el Derecho transitorio, el legislador ha diseñado un sistema provisional y diferenciado, según el cual, para establecer el régimen de prescripción a aplicar en cada causa pendiente a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 1.996, deberá -en primer lugar- determinarse claramente cuál de los códigos rituales debe aplicarse en la especie. De esta forma, únicamente en los procesos en que a la entrada en vigencia de la nueva legislación, se hubiere dictado auto o providencia de elevación a juicio o de prórroga extraordinaria -aunque no estuvieran firmes- (Transitorio I del Código Procesal Penal y Transitorio III de la Ley de Reorganización Judicial # 7.728 del 15 de diciembre de 1.998), así como en las causas por delitos de acción privada en que se hubiera citado a juicio (según Voto # 4.397-99, de 16:06 horas del 8 de junio de 1.999), deberían -inexorablemente- seguir tramitándose conforme los lineamientos del Código de Procedimientos Penales de 1.973. En los otros asuntos, es decir, en aquellos en que la tramitación no hubiera alcanzado el estado procesal suficiente para haber dictado aquellas resoluciones, verbigracia, en las causas seguidas por Instrucción Formal en que no se hubiera dictado aquellos autos o providencias, o en querellas en que no se hubiera convocado a las partes para ofrecer prueba (citación a juicio), preceptivamente, las diligencias debieron actualizarse de acuerdo al nuevo Código. En la especie, se tuvo por acreditado que los hechos que motivaron la interposición de la querrella, sucedieron los días 29 y 30 de junio de 1.997 (cfr. folios 241 y 242). Además, la acción penal se promovió el 12 de noviembre de 1.997, fecha en que la demanda se presentó ante el Despacho judicial correspondiente (ver razón de recibido, folio 56). Luego de admitir y dar traslado a la querrella conforme a las normas del Código de 1.973 (cfr. auto de 10:00 horas del 20 de noviembre de 1.997, folio 100) y habiendo cobrado vigencia el nuevo Código, el Tribunal Superior Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, emitió una serie de resoluciones sin readecuar expresamente -como era su deber- los procedimientos respectivos. Sobre este aspecto, a fin de exponer el incorrecto proceder del a-quo, conviene reseñar las diversas actuaciones procesales que se efectuaron, las cuales, por su orden, son las siguientes: a) El 7 de enero de 1.998 señaló nueva fecha para la diligencia conciliatoria (cfr. folio 103). b) El 9 de enero siguiente, confirió audiencia sobre alegatos presentados por la defensa (cfr. folio 106). c) Posteriormente, el 15 de enero, dio curso a la acción civil resarcitoria (cfr. folio 112). d) Más adelante, el anterior proveído fue revocado e hizo nuevo señalamiento para celebrar la diligencia de conciliación (ver auto del 24 de febrero de 1.998, folio 116), que se llevó a cabo el 18 de marzo de ese mismo año, sin que las



partes convinieran en cuanto a la extinción del proceso (ver folios 121 y 122). e) De nuevo, el 30 de abril de 1.998, tuvo por constituida la acción civil y rechazadas las objeciones presentadas (ver folio 123). f) El 6 de mayo de 1.998, designó al perito actuario-matemático y se fijaron sus honorarios (cfr. folio 124). g) El 26 del mismo mes y año, ordenó diligenciar la prueba ofrecida por el querellante (ver folio 126). h) El 6 de enero de 1.999, puso en conocimiento de las partes la pericia psicológica realizada al agraviado (ver folio 135). i) Con posterioridad, el 26 de febrero de 1.999, señaló hora y fecha para realizar el juicio oral y público (ver folio 137). j) El 19 de marzo siguiente, revocó parcialmente el anterior proveído, concediendo el término de 5 días para que los querrelados ofrecieran prueba. Esta decisión se fundamentó en los numerales 380, 175 y 179 del Código Procesal Penal de 1.996 (ver folios 143 a 146). k) Luego, el 5 de abril se calificó la prueba ofrecida y se mantuvo el señalamiento para juicio entre los días 3 y 5 de mayo (ver auto del 5 de abril de 1.999, visible a folio 165). l) El 8 de abril siguiente, dejó sin efecto el señalamiento anterior (cfr. folio 169). m) La nueva fecha de juicio se señaló el 19 de abril de 1.999 (ver folio 197). n) Posteriormente, el 11 de mayo siguiente, se puso en conocimiento de partes, el dictamen pericial de folios 205 a 209 (ver folio 225). ñ) En definitiva, la audiencia oral inició siete días después, es decir, el 18 de mayo (cfr. folio 231). Como se aprecia, aún cuando es evidente que al entrar a regir al Código de 1.996, en la sumaria no se había dictado auto de citación a juicio y por tanto debía aplicarse la nueva normativa, fue hasta el 19 de marzo de 1.999 en que directamente se motivó la resolución con los preceptos de la legislación recién promulgada. Ahora bien, una vez establecido que las normas generales a aplicar -para todos los efectos- son las del Código de 1.996, consecuentemente por derivación de principio y conforme los mandatos de los Transitorios II del Código Procesal Penal y III párrafo tercero de la Ley de Reorganización Judicial, en el sub-lítem la excepción de prescripción debió resolverse en consonancia con el referido cuerpo legal. De esta manera, el término transcurrido desde la realización del ilícito, hasta la puesta en vigencia del nuevo código de rito quedó insubistente, pues de acuerdo a lo establecido en el Transitorio II referido: "El plazo de prescripción de la acción penal en las causas pendientes en los tribunales, a las que se aplicará este Código, comenzará a correr a partir de la vigencia de este último". Lo anterior constituye una causa legal (aunque temporal y excepcional), que permite interrumpir la prescripción en curso, la cual -por una parte- impide computar el tiempo transcurrido y por otra, obliga a iniciar el cómputo, partiendo del 1 de enero de 1.998; ello, pese a que en abstracto la causa estaría prescrita conforme al artículo 82 inciso 4) del Código Penal, pues a esa fecha había transcurrido el término de un año desde la comisión del ilícito. No obstante, debe quedar claro que si no se gestionó lo pertinente y si al iniciar el año 1.998 no se habían dictado las resoluciones a que aluden los transitorios de comentario, el asunto debe resolverse -como en efecto ahora se indica- a través de las normas temporales y del Código vigente y no mediante el empleo del Código derogado -como en efecto se hizo- pues como se reitera, no son las normas de prescripción las que indican cuál código aplicar, sino por el contrario, es la correcta elección de la normativa general, la que permite establecer el sistema de prescripción aplicable. A mayor abundamiento y con el ánimo de evitar confusiones de términos, debe quedar claro que el tiempo transcurrido se interrumpió y no se suspendió! Sobre el particular, la doctrina ha distinguido ambos conceptos: "... La interrupción significa, universalmente, que el día en que el hecho interruptivo se produce se pierde -para el imputado- todo el tiempo de prescripción ya transcurrido desde el punto de partida originario y, a partir de ese momento, comienza a correr nuevamente el plazo original completo necesario para que la prescripción se produzca (...) La aparición de un hecho suspensivo, teóricamente, no produce la desaparición del plazo ya transcurrido, que permanece incólume, sino la imposibilidad de que, a partir de entonces, se pueda seguir computando el tiempo que transcurre y, de acuerdo a ello, el plazo prescriptivo recién podrá continuar su camino cuando haya terminado o desaparecido la causa suspensiva..." [Pastor, Daniel: Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal, Argentina, Editores del Puerto s.r.l., 1.993, p.p. 56-57. En el caso sometido a examen, se atribuyó a los querrelados la comisión de los delitos de injurias y calumnias por la



prensa, el cual, conforme dispone el artículo 7 de la Ley de Imprenta, reprime con arresto de 1 a 120 días o como lo ha interpretado esta Sala, con prisión de 1 a 120 días (Ver de esta Sala, Voto # 194-A de 9:30 horas del 14 de agosto de 1.981 y de la antigua Sala Primera Penal de la Corte, Voto de 11:00 horas del 18 de mayo de 1.977). Así, tratándose de pena privativa de libertad, debe convenirse que el término ordinario de prescripción es de tres años (artículo 31 inciso a) del Código Procesal Penal), pero como se ha expresado, si el tiempo transcurrido desde la realización de los hechos se interrumpió -en primer lugar- con la interposición de la querrela el 12 de noviembre de 1.997 (artículo 33 inciso b) ejúsdem), aquel término original se redujo a la mitad, o sea, 18 meses, los cuales computados a partir de esa fecha, concluirían en marzo de 1.999. Sin embargo, dicho término volvió a interrumpirse el 1 de enero de 1.998, por lo que el plazo abreviado debía contabilizarse nuevamente, partiendo ahora de esta última ocasión y dado que la sentencia se dictó el 19 de mayo de 1.999, es evidente que no se había cumplido con el término legal al que se ha hecho referencia. En consecuencia, procede declarar con lugar el recurso, anulando el fallo recurrido y la audiencia que lo precedió."

g)Perdón judicial: Requisitos y deber de escuchar a la persona menor ofendida

[Tribunal de Casación Penal]¹⁴

Voto de mayoría

" II.- Que el defensor público del encartado, licenciado Rodrigo Calvo, presenta recurso de casación por la forma alegando, como único motivo, la **falta de fundamentación de la pena** ante el silencio del Tribunal **respecto al perdón judicial** otorgado por la madre de la menor, en detrimento de lo establecido en los artículos 33, 39, 41 y 51 de la Constitución Política; 1, 2, 142, 369 inciso d) del Código Procesal Penal y 71 del Código Penal. Luego de algunas consideraciones sobre los fines de las penas y lo que el recurrente estima una discriminación odiosa en perjuicio de las personas adultas mayores protegidas constitucionalmente al carecer de las ventajas que a las personas menores de edad otorga la ley de Justicia Penal Juvenil y el sistema carcelario, señala que el tribunal omitió pronunciamiento sobre el perdón judicial que la madre de la ofendida daba al encartado, sin que el Patronato Nacional de la Infancia manifestara su oposición. Agrega que el tribunal omitió pronunciarse sobre los diversos padecimientos del encartado. Solicita se acoja el recurso y se ordena una nueva sustanciación. **El motivo debe ser rechazado.** El perdón judicial, conforme lo establece el artículo 93 inciso 7 del Código Penal, procede *"Al autor de un delito de rapto, estupro o abusos deshonestos si la persona ofendida o sus representantes legales conjuntamente con aquél lo solicitaren"*. Esa disposición debe ser interpretada en forma sistemática con lo establecido en el Código de la Niñez y la Adolescencia, ley especial y posterior que, en lo que interesa, indica: *"Artículo 105.- Opinión de personas menores de edad. Las personas menores de edad tendrán participación directa en los procesos y procedimientos establecidos en este Código y se escuchará su opinión al respecto. La autoridad judicial o administrativa siempre tomará en cuenta la madurez emocional para determinar cómo recibirá la opinión..."*. De la relación de ambas normas se concluye, entonces, que no se trata sólo de una potestad de los representantes de las víctimas menores de edad sino que éstas han de ser tomadas en cuenta al respecto. En el presente caso, si bien la madre de la ofendida señaló *"...yo sí estaría de acuerdo con que se le de el perdón judicial, me daría lástima que lo metieran la mitad de quince años a la cárcel"* (folios 131-132) es lo cierto, primero, que no consta en el acta ni en la resolución que la ofendida tuviera claros los alcances del perdón judicial desde que alude a un monto de pena que, aún dividido a la mitad,

es muy superior a la pena aquí impuesta; en segundo lugar la ofendida, K.CH.V., de 12 años al momento de declarar, nada indicó ni se le preguntó sobre el particular (ver folios 128 a 130) y, en tercer lugar, no consta en el acta (folio 124) que ni siquiera el defensor del encartado efectuara dicha solicitud al concluir el debate. En todo caso, de haberse producido como éste reclama, es lo cierto que no se dan los restantes requisitos y que tampoco se recabó el parecer expreso del Patronato Nacional de la Infancia (que es diferente a la invitación que se hace a tal institución por si desea constituirse como parte, acto este potestativo de su parte que no tiene implicaciones más allá de esas: ver folios 15, 23 y 48) motivo por el cual, al no darse los presupuestos de ley, ninguna obligación de fundamentación adicional tenía el tribunal de instancia, lo que hace que deba rechazarse el reclamo, como en lo atinente a otras situaciones referentes a la penalidad pues ésta se impuso conforme al principio de legalidad, sin que esos límites puedan disminuirse pues no hay ninguna ley que, para el caso concreto, lo autorice. En todo caso cabe agregar que la situación de salud sí fue considerada por el *a quo* al fundamentar la pena (ver folio 137) y, aunque no lo hubiera sido, tal circunstancia no causa agravio al haberse impuesto la pena mínima.”

h)Perdón judicial: Delitos contra el honor

[Tribunal de Casación Penal]¹⁵

Voto de mayoría:

“ **IV.-** No obstante, un **tercer aspecto** que puede extraerse del recurso planteado por la apoderada de las encartadas es lo referente a si el resultado del debate debió ser otro de haberse analizado integralmente la prueba, lo que conduce no sólo a un aspecto de fundamentación y valoración probatorias sino, también, a uno de fundamentación jurídica y de aplicación del derecho sustantivo, lo que ha de interpretarse de este modo en virtud de la apertura de la casación y, se repite, pese a las limitaciones evidentes que plantea el recurso. El artículo 145 del Código Penal, por el que fueron condenadas las acusadas, sanciona a quien “...*ofendiere de palabra o de hecho en su dignidad o decoro a una persona, sea en su presencia, sea por medio de una comunicación dirigida a ella*”. Es evidente que el núcleo del tipo es “ofender”. Para determinar qué debe entenderse por tal han existido doctrinariamente dos teorías: *i.* la teoría psicológica según la cual existe ofensa cuando hay un dolor moral a la persona a la que va dirigida, es decir, cuando hay una lesión al sentimiento de autoestima y *ii.* la teoría normativa que señala que la ofensa no debe ser algo subjetivo pues no han de confundirse los efectos con la causa, ni la acción típica con el bien jurídico. Se ofende, para esta teoría, cuando se menoscaba la dignidad y el decoro, no el sentimiento que de ellos se tiene. En términos generales la doctrina mayoritaria se inclina por esta última tesis que es la que aquí se acepta. Ahora bien, para los partidarios de la teoría psicológica, además de que la ofensa se determinaba por la lesión a la autoestima del sujeto pasivo, era necesario, concomitantemente, un dolo específico en el agente (delitos de tendencia interna trascendente) posición igualmente superada en la doctrina mayoritaria que señala que el dolo de este delito es el común (saber y querer que se está menoscabando la dignidad o el decoro del sujeto pasivo) sin que se requiera una particular intención en el sujeto activo. Por ello se aludía a un *animus injuriandi* y a la exclusión de éste (o sea del dolo) cuando la intención del agente fuera otra (*animus narrandi, consulendi, iocandi, corrigendi, defendendi, retorquendi, etc.*), todo lo que ha sido superado al estimarse que: “*Subjetivamente los delitos contra el honor reclaman el conocimiento, por parte del agente, del carácter ofensivo de las expresiones, actos u omisiones,*



sea porque objetivamente lo tienen o porque pueden asumirlo en las particulares circunstancias en que se emplea o realiza y la voluntad de ofender así al sujeto pasivo, deshonrándolo o desacreditándolo, aunque no haya sido ésta la principal finalidad de la conducta" (Creus, Carlos. Derecho penal, parte especial, tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 133). No obstante, aunque la teoría psicológica esté ampliamente superada, lo mismo que la consideración de éste como un delito con un elemento subjetivo adicional al dolo, la referencia al *animus injuriandi* se ha mantenido y no resulta incompatible con la consideración predominante de que este delito requiere del dolo común pues, como indican algunos autores: "Si al propio dolo de la injuria se lo quiere llamar *animus injuriandi* para indicar su contenido, no parece que haya inconveniente en ello, pero sin dar a tal ánimo otro significado que el de conciencia de la idoneidad ofensiva de la acción" (Fontán Balestra, Carlos. Tratado de derecho penal, parte especial, tomo IV, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1969, pp. 439-440. En igual sentido Pacheco Osorio, Pedro. Derecho penal especial, tomo II, Temis, Bogotá, 1980 p. 456 y Soler, Sebastián. Derecho penal argentino, tomo III, Buenos Aires, 1976, p. 209). En sentido similar se ha expresado la jurisprudencia de esta Cámara al indicar: "En realidad la mención del *animus injuriandi* no es correcta, ya que el *animus injuriandi* no es sino el conocimiento del carácter ofensivo de las palabras que se profieren y la voluntad de pronunciarlas. De acuerdo con ello el *animus injuriandi* se identifica con el dolo de cometer el delito. La teoría de los *animus* está ya superada a nivel doctrinal y jurisprudencial, habiendo ella hecho referencia a la existencia de diversos *animus*, entre ellos el *defendendi*, que excluirían el *animus injuriandi* (Cf. Rivero en: Llobet/Rivero. Comentarios al Código Penal. San José, Juricentro, 1989, p. 146). En realidad el *animus defendendi* con respecto a lo que está relacionado es propiamente con la causa de justificación de ejercicio de un derecho, contemplada en los Arts. 25 y 151 del Código Penal. Lo que se requiere es que se actúe objetivamente en una situación de ejercicio de un derecho y que subjetivamente se tenga conocimiento de actuar en dicha situación." Tribunal de Casación Penal, voto N° 2000-363 del 12 de mayo del 2000 (Llobet, Quesada y Chacón Laurito). Ahora bien, tanto desde la perspectiva de la teoría psicológica y de su consideración de éste como un delito con elementos subjetivos distintos y adicionales al dolo como desde el punto de vista de las teorías hoy aceptadas sobre esos tópicos y ya referidas (teoría normativa y dolo común), es claro que el delito de injurias (como conducta típica, antijurídica y culpable) cede o se enerva cuando el agente emite expresiones ofensivas no para afectar el honor del sujeto pasivo sino, por ejemplo, para causarle una broma, corregir a alguien, defenderse, consolar, etc.. En esos casos, para la primera teoría no hay *animus injuriandi* (ergo, dolo) y para la otra, aquí seguida y respectivamente en relación a los supuestos enumerados, el sujeto activo no sabe ni quiere lesionar el honor (en cuyo caso la conducta es atípica por falta de dolo) o, sabiéndolo, está o se cree legitimado para ello (causas de justificación o error sobre ellas) o, en otros casos, puede afectarse la culpabilidad o la sanción (Cfr.: Llobet y Rivero. Comentarios al Código Penal: análisis de la tutela de los valores de la personalidad. Editorial Juricentro, 1ª edición, 1989, p. 148). Dentro de aquellos *animus* la doctrina citaba el *animus defendendi* y el *animus retorquendi*, donde la injuria se devuelve por haber sido provocado el agente de la manifestación: "Algunos casos de *animus retorquendi* podrían ampararse en la legítima defensa; de lo contrario, tan sólo funcionaría como causa de exclusión de la pena (perdón judicial), que puede acordar el tribunal de conformidad con el artículo 93 inciso 11 C.P. Se trata de una compensación que opera según criterio subjetivos de proporción" Llobet y Rivero. Comentarios ...op.cit., pp. 148- 149. Ha de recordarse que la legítima defensa, y en general cualquier causa de justificación siempre que concurren los requisitos que prevea la ley positiva respectiva, son invocables frente a la puesta en peligro o a la lesión de cualquier derecho o bien jurídico tutelado, no sólo ante el peligro o daño para la integridad física o la vida, como tradicionalmente se piensa. Así lo ha establecido la jurisprudencia de esta Cámara lo cual ha aceptado, teóricamente, la posibilidad de que se aplique la legítima defensa frente al ataque de cualquier bien jurídico, incluido el honor, aunque ha considerado, en algunos casos, que no se dan los requisitos necesarios para que la causa de justificación se configure: "La legítima



defensa debe producirse como una reacción frente a una agresión actual o inminente a la que se pretende neutralizar o repeler. La lesión al bien jurídico ya se había producido cuando intervino el querellado, de tal forma que su actuación no puede legitimarse, pues ya la posible agresión había finalizado. La situación de hecho que caracteriza la legítima defensa no existe en el caso en examen. Tanto en la legítima defensa como en el estado de necesidad, ante la imposibilidad del Estado de brindarle protección al ciudadano, autoriza las vías de hecho, tratando de evitar un perjuicio ilegítimo. Es evidente, como se comentó, que en el caso en examen no se requería tal protección, pues ya el ataque al bien jurídico se había consumado. Frente a esta situación, la acción del querellado resulta ilegítima. No puede el ordenamiento jurídico legitimar actuaciones como las que se atribuyen al querellado, pues si así lo hiciese, se autorizaría que las personas se hagan justicia por su propia mano. Desconocemos, además, las circunstancias en las que se produjo el altercado entre el hijo del querellado y el querellante, de tal forma que no es posible valorar si la actuación del segundo fue legítima o ilegítima, que es otro de los elementos típicos de la legítima defensa." Tribunal de Casación Penal voto N° 56-F-94 de las 16:10 hrs. del 17 febrero 1994 (Cruz, Pereira y Redondo). -"..."el verdadero aspecto a dilucidar es si ante un ataque al domicilio o propiedad mediante el lanzamiento de piedras, el morador se encuentra legitimado para defenderse mediante el uso del calificativo chusma . Los bienes jurídicos en juego son la propiedad y el domicilio por un lado y el honor del otro; y todos entran en la categoría de derechos fundamentales, al encontrarse expresamente regulados en los artículos 23, 45, 33 y 41 de la Constitución Política respectivamente. Examinados el catálogo de justificantes del Código Penal encontramos en el artículo 28 la legítima defensa, que establece que "... No comete delito el que obra en defensa de la persona o sus derechos, propios o ajenos, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; y b) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión..." Puestos en la balanza los intereses en disputa estima el Tribunal que el morador se encuentra autorizado para realizar la autotutela de su propiedad y la paz de su domicilio, en fin de su derecho a no ser molestado, y desde esa óptica, al ser inquietado con el lanzamiento de piedras al techo de su casa, sin provocación o razón alguna, se encuentra legitimado para ejercer la defensa de sus derechos, sea mediante actos físicos o materiales, así como a través de palabras dirigidas contra el presunto agresor, pues nadie se encuentra obligado a soportar lo injusto. El término chusma utilizado por la querellada para dirigirse a quien realiza tales actuaciones encuentra una medida razonable para repeler una agresión que resulta antijurídica y tratar de hacerle ver su comportamiento inadecuado a las normas de la sana convivencia social (...) de ahí que no es desproporcionado ni de una magnitud lesiva más allá de la necesaria para realizar una defensa efectiva y momentánea como la que se presenta en el caso. Desde esa perspectiva, la querellada ...al referirse al ofendido como chusma estaba en el ámbito de cobertura de la legítima defensa, que siendo una causa de justificación elimina la antijuridicidad del hecho atribuido. Desde el punto de vista de la legítima defensa la doctrina penal reconoce la colisión de intereses o bienes jurídicos (Así: Zaffaroni E, Manual de Derecho Penal, Parte General p. 324, Bacigalupo E, Manual de Derecho Penal, Temis, 1984, p.123. entre otros), en este caso se trata de derechos fundamentales de igual jerarquía (propiedad-domicilio-honor), sin embargo al existir una agresión antijurídica -lanzamiento de piedras a la vivienda- ello es un factor que desequilibra en favor de quien ejerce la defensa. Así las cosas, el derecho a la propiedad y el domicilio mantiene prevalencia sobre el honor, especialmente porque la imputada para tutelar su derecho realiza una afectación -no vulneración- al derecho del querellante, en condiciones que son atendibles" Tribunal de Casación Penal, voto N° 468-2000 (Salazar, Cruz y Quesada). No obstante, también ha rechazado lisa y llanamente, sin mencionar razones, la posibilidad de que pueda configurarse la legítima defensa ante ofensas recíprocas: "...esta Cámara ha sido clara en rechazar la posibilidad de defenderse de una agresión verbal ofensiva con otra expresión similar (...cita el voto N° 2001-226 del 16 de enero del 2001). De acuerdo con lo anterior no se acepta el repeler una frase ofensiva con otra, utilizando por ello la eximente de legítima defensa." Tribunal de Casación penal,



voto N° 2004-408 de las 11:51 hrs. del 29 de abril de 2004 (Sanabria, Arce y Fernández) aunque en otros casos, contradictoriamente en nuestro criterio, acepta la posibilidad de que el ofensor sea golpeado para ser acallado del ataque al honor que él propala, medio defensivo más gravoso que la respuesta verbal: "...*(legítima defensa) (...) Este instituto penal, cuyo efecto consiste en eliminar la antijuridicidad del hecho imputado, señala que "no comete delito" el que actúa "...en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos..."* (los destacados son nuestros), lo cual nos permite afirmar que, en principio, puede darse legítima defensa no sólo frente a agresiones a la vida, la integridad física, la propiedad, la libertad, etc., sino también frente a agresiones al honor, derecho de la personalidad que puede ser también salvaguardado mediante este instituto jurídico. Lo decisivo en este problema atañe, sin embargo, no al inciso a) del artículo 28, a saber, la agresión ilegítima, respecto de la cual no hay discusión, es decir, se acepta, al menos tácitamente en la sentencia, que en la especie hubo una conducta previa agresiva por parte del ahora querellante (...) lo que corresponde analizar es si en la especie se cumple con las exigencias del inciso b) del mismo numeral 28 C.P. Como se dijo, es posible aceptar la legítima defensa frente a agresiones ilegítimas y actuales al honor. Así, ha de aceptarse, por ejemplo, que el que responde con un puñetazo a quien lo injuria o calumnia para que cese en su ataque verbal, perfectamente está amparado a la causa de justificación dicha. Pero no puede admitirse que ante una agresión previa al honor –mediante injuria o calumnia- se entienda que la respuesta por esos mismos medios, sea un mecanismo legítimo e idóneo "para repeler o impedir la agresión" tal y como el tipo penal de la legítima defensa lo requiere en su inciso b). Por su propia naturaleza estamos ante el intercambio de expresiones ofensivas al honor que no pueden compensarse o anularse recíprocamente y guardan independencia en su contenido de ilicitud. Véase al respecto lo que la jurisprudencia de otras latitudes expresa: "**Animus retorquendi**".- **El animus retorquendi no es asimilable al animus defendendi, y no elimina, sin más, el animus injuriandi, toda vez que las injurias recíprocas, por naturaleza, no son compensables, por ser sustancialmente delictuosas; por su naturaleza intrínseca, por su contenido delictuoso, la primera injuria no cancela la segunda, ni ésta a aquélla...**"(Rubianes, Código Penal, Interpretación Jurisprudencial, pág. 655, apartado 38; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975)." Tribunal de Casación Penal, voto N° 226-2001(Cruz, Arroyo, Arce). En igual sentido y rechazando la aplicación del perdón judicial el voto N° 2002-347 10:30 hrs. del 03 de mayo de 2002 (Arce, Fernández y Chacón Laurito). Como quiera que sea, las injurias recíprocas no es que se compensen o anulen mutuamente pues la primera siempre será ilegítima (aunque sin posibilidad de ser atacada jurisdiccionalmente desde que ya lo fue por las vías de hecho), característica que no revestiría la segunda. Otro pronunciamiento señala el carácter controvertido del punto y la necesidad de pronunciarse sobre el perdón judicial: "**Es claro que las injurias recíprocas no hacen desaparecer la tipicidad de la conducta. Puede ser muy controvertido si la forma de responder razonablemente a una injuria (por ejemplo usted es una corrupta) es por medio de otra injuria. Sin embargo, es importante anotar que las injurias recíprocas son establecidas en la ley penal como una causal de perdón judicial, que puede otorgarse de acuerdo con el caso concreto, puesto que no es obligatorio el mismo (Art. 93 inciso 11) del Código Penal). En este asunto se alegó por la defensa que las injurias fueron recíprocas, así indicó en las conclusiones que lo que existió fue una discusión a raíz de la cual existieron insultos de ambas partes (f. 32). Sin embargo, la autoridad juzgadora no analizó la posibilidad de aplicar el perdón judicial...**" Tribunal de Casación Penal, N° 44-F-99 del 12 de febrero de 1999 (Llobet, Fernández y Sanabria). El artículo 28 del Código Penal es claro al decir "**No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos...**". Por ello, la doctrina moderna en forma contundentemente mayoritaria -citando pronunciamientos de sus respectivos países tanto a favor como en contra- acepta el uso de la legítima defensa ante el ataque de cualquier bien jurídico, incluido, por supuesto, el honor pues se indica que, así como no se le puede exigir a quien es atacado físicamente una conducta cobarde de huir, del mismo modo quien es ofendido, pública o privadamente, puede mancillar el honor tratando de neutralizar aquellas otras

expresiones, siendo ello la respuesta "proporcional" al ataque sufrido (en este sentido aunque no específicamente para los delitos contra el honor: Jescheck, Hans. Tratado de derecho penal. Parte general. Editorial Comares, Granada, 1993, p. 304; Luzón Peña, Diego-Manuel. Curso de derecho penal. Parte general. Editorial Universitas S.A., Madrid, 1996, p. 589 y 594-595; Mir Puig, Santiago. Derecho penal. Parte general, Barcelona, 5ª edición, 1998, pp. 432-434; Muñoz Conde, Francisco y García ARán, Mercedes. Derecho penal. Parte general. Tirant lo blanch, 3ª edición, Valencia, 1998, p. 360; Gómez Benítez, José Manuel. Teoría jurídica del delito. Editorial Civitas S.A., Madrid, 2ª reimpresión, 1992, pp. 329-330; Bustos Ramírez, Juan. Lecciones de derecho penal. Volumen II. Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 126; Cerezo Mir, José. Curso de derecho penal español. Parte general, II. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 203- 204; Rodríguez Devesa, José María. Derecho Penal español, parte general, Dykinson, Madrid, 9ª edición, 1985, p. 557; Núñez, Ricardo. Tratado de derecho penal, tomo I, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1976, pp. 351-352 también bajo el nombre "La conducta defensiva" en AAVV. La coautoría/La legítima defensa. Estudios de derecho penal general. Editorial Jurídica Bolivariana, reimpresión 2000, pp. 420- 421; Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho penal fundamental. Editorial Temis, Bogotá, 2ª edición, 1989, pp. 331 y ss. también bajo el nombre "Legítima defensa" en AAVV. La coautoría... op.cit., p. 455; Grisanti Avelado, Hernando. Lecciones de derecho penal. Editorial Mobil libros, Caracas, 1991. pp. 129-146 también bajo el nombre "Causas de justificación" en AAVV. La coautoría... op.cit., pp. 272-273; Puig Peña, Federico. Derecho penal. Tomo I. Ediciones Nauta, Barcelona, 1959, pp. 337 también bajo el nombre "La legítima defensa" en AAVV. La coautoría...op.cit., p. 343. **En Costa Rica:** Castillo González, Francisco. La legítima defensa. Editorial Jurídica Continental, 1ª edición, San José, 2004, pp. 105-112 y Chirino, Alfredo/Salas, Ricardo. La legítima defensa: alcances y límites dogmáticos y jurisprudenciales. Investigaciones Jurídicas S.A., 1ª edición, San José, 2004, pp. 40 a 43 y 132 en donde se cita un brevísimo extracto en tal sentido de casación del 16 de mayo de 1938 –I Sem, tomo único, p. 574-. **En contra** para el caso de los delitos contra el honor: Quintero Olivares, Gonzalo. Manuel de derecho penal. Parte general. Aranzadi, editorial. 2ª edición, Navarra, 2000, pp. 508-509; Mesa Velásquez, Luis Eduardo. Lecciones de derecho penal. Editorial Universidad de Antioquía, Medellín, 1962, pp. 256 y ss. también bajo el nombre "Legítima defensa" en AAVV. La coautoría... op.cit. p. 308 quien comenta la ley colombiana que alude a 'violencia' indicando dicho autor que las expresiones verbales injuriosas no constituyen violencia desconociendo que ésta es no sólo física, sino verbal, psicológica, económica, etc. Alguna parte de la jurisprudencia española, hasta hace un tiempo, definían la "agresión ilegítima" desde una concepción materialista, es decir, agresión material como sinónimo de acometimiento físico y no en el sentido inmaterial como acto contrario al ordenamiento, lo que excluía la defensa de otros derechos, pero tal tendencia se ha ido modificado paulatinamente). Dicha causa de justificación exige, por mandato del inciso a) del artículo referido, que se haga un análisis de si hubo una agresión ilegítima y por imperativo del inciso b) el análisis de proporcionalidad entre el ataque y el medio con que se repele ("*La injuria es una agresión ilegítima y también en los casos en que las ofensas amenacen repetirse, otra injuria puede resultar el medio necesario y racional para evitarla...mientras el primer ofensor actúa ilegítimamente, el autor de la segunda ofensa actúa legítimamente*": Fontán Balestra, Carlos. Tratado de derecho penal, parte especial, tomo IV, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 449). Además, siendo admisible la legítima defensa del honor, es posible un exceso en ella (artículo 29 del Código Penal) que conduce a su análisis aunque, obviamente, ya no en la antijuridicidad sino en la culpabilidad y hasta en la punibilidad si el exceso proviene de una "*excitación o turbación que las circunstancias hicieren excusable*". De allí que si el juez de instancia, en este caso, tuvo por acreditado que las ofensas al mismo día de los hechos fueron recíprocas, era su obligación determinar quién agredió a quién y quién eventualmente se defendió (en caso de que acepte la legítima defensa en estos casos o, de lo contrario, dejar establecido el cuadro fáctico y explicar por qué no la acepta) pero en el *sublite* se limitó a indicar que el "*...que hayan existido ofensas recíprocas, en nada disminuye la tipicidad de*



*los hechos tenidos por demostrados, pues no se justifica repeler ofensas con ofensas" (folio 56) sin justificar su posición ni explorar la situación fáctica para determinar, con las ventajas que ofrece el debate oral, inmediato y contradictorio, cómo se inició -y por quién- la agresión verbal. Es claro que la tipicidad de un hecho permanece incólume –no se disminuye- aunque el evento esté justificado y en eso tiene razón el juez de instancia en la expresión anterior, lo que no puede aceptarse es que no sea posible repeler ofensas con ofensas y que, en tales casos, no quepa una causa de justificación o bien alguna otra situación analizable en otros estratos de la teoría del delito. Nótese que las ofensas recíprocas son una causal de extinción de la pena (artículo 93 inciso 11 del Código Penal) que el juez, facultativamente, puede decretar en sentencia y ya se ha reiterado, mediante jurisprudencia vinculante *erga omnes*, que cuando el ordenamiento jurídico le otorga al juez facultades, su uso o no, para que no devenga en arbitrariedad, debe ser fundamentado: "En cuanto a la fundamentación de la sentencia, constituye ésta una garantía tanto para las partes del proceso, que son los destinatarios directos de la misma, como para la colectividad en su conjunto. Dentro de un sistema de justicia democrático es indispensable que exista un control de los razonamientos que el juez utiliza en sus valoraciones, a fin de poder determinar si los mismos se ajustan a criterios de racionalidad y objetividad, o si más bien obedecen a simples caprichos, impulsos o intereses personales. La legitimación de la función jurisdiccional en un sistema político democrático, deviene del ejercicio de la función. El juez se encuentra obligado a justificar sus actos y resoluciones, a indicar las razones, causas y fundamentos, los cuales ha de plasmar en un documento que no sólo se ponga en conocimiento de las partes, sino también de la colectividad en su conjunto, facilitándose el acceso, tanto a la audiencia oral como al documento en sí. Puede decirse entonces que la motivación del fallo no sólo tiene valor procesal sino también extraprocesal porque trasciende a los sujetos involucrados en el caso concreto. El hermetismo, la arbitrariedad y el secreto son propios de sistemas políticos totalitarios, en donde se irrespetan los más sagrados valores de la persona humana. La fundamentación de la sentencia no puede reducirse al aspecto jurídico; es fundamental que exista también una adecuada motivación de la reconstrucción de los hechos que se tienen como acreditados. Así, la sentencia debe contener por una parte, una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho histórico, que es lo que se denomina fundamentación fáctica, incluyéndose aquí tanto los hechos acusados, como los acreditados. Ese hecho histórico debe contener a la vez un sustento probatorio; de ahí surge lo que se denomina la fundamentación probatoria descriptiva e intelectiva. La probatoria descriptiva obliga al juez a señalar en la sentencia cuáles fueron los medios probatorios conocidos en el debate, llámense testimonios, pericias, documentos, etc. indicando el contenido de los mismos. La fundamentación intelectiva exige que el juez valore todos esos medios probatorios que tuvo a su alcance, seleccione los elementos que le sirvan para determinar si los hechos acusados se produjeron o no, si el encartado tuvo participación en los mismos, etc., para lo cual debe emplear las reglas del entendimiento humano, a saber, la lógica, la psicología y la experiencia común. Todo lo anterior debe formularse en un lenguaje que pueda ser entendido por los destinatarios del fallo, que son -como se dijo- tanto las partes como los ciudadanos en general. Por último, debe el juez efectuar un análisis jurídico en donde determine la adecuación típica de los hechos, la antijuridicidad o contrariedad con el ordenamiento y el juicio de reproche o culpabilidad, dentro del que debe establecer la necesidad del reproche y la fundamentación de la pena a imponer. En esta última debe indicar por qué opta por determinada sanción, esto es, multa, prisión, inhabilitación, etc., **por qué hace o no uso de potestades de disminución de la pena, concesión de beneficios**, para finalmente determinar el quantum de la pena, todo ello atendiendo a las circunstancias y parámetros que establece la ley. La motivación del fallo así considerada, no sólo permite un adecuado control de la actividad jurisdiccional, sino que también otorga a las partes, la posibilidad de recurrir en caso de desacuerdo." Sala Constitucional, voto N° 7525-97 de las 15:27 hrs. del 12 de noviembre 1997 y voto N° 8522-2000 entre otros. lo que en este caso se omite [sic]. La razón de ser del perdón judicial en estos casos es explicado por la doctrina antigua (en la que, en no*



pocos aspectos se inspiró nuestro Código Penal de 1970) al decir: *"El tema de las injurias recíprocas ha dado lugar en la literatura antigua a una serie de distinciones que determinan soluciones diferentes según se trate de una injuria provocada, defensiva o retribuida. Lo primero lleva a una atenuación; lo segundo, a una justificación; lo tercero a una compensación, determinante de una exención de pena por estimarse que el particular, al hacerse justicia por sí mismo, ha renunciado a la acción (...) puede eximirse de pena no solamente aquella injuria que podría decirse justificada, necesaria, sino también la que ha sido meramente provocada, y la que ha sido devuelta, aún con cierto plus sobre la que se recibió, la injuria con ánimo retributivo, que da lugar a la teoría del animus retorquendi. No es necesaria, pues, una exacta equivalencia entre las respectivas injurias para que proceda la exención"* (Soler, Sebastián. Derecho penal argentino, tomo III, Buenos Aires, 1976, pp. 237-238). Al haberse omitido cualquier referencia a esos aspectos que, eventualmente, habrían permitido arribar a un resultado diferente (sobre lo que esta Cámara no prejuzga), la fundamentación es deficiente e ilegítima y, por esa razón, lo procedente es acoger el recurso y anular la sentencia venida en casación, ya no sólo por el extremo civil según se dijo atrás sino, también, en lo penal."



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Politoff L., S; Matus A., J. P. & Ramirez G., M. C. (n.d.). Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General. Chile. Descargado de VLex el día 7 de junio de 2011. Id. vLex: VLEX-69051262. Disponible en: <http://vlex.com/vid/69051262>
- 2 Castellanos, F. (1977). Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General). Decimo Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. Pp. 271-274.
- 3 Quintana López, J. (**Junio, 1983**). Las excusas Legales Absolutorias. Revista Judicial. Número 25. Año VII. Poder Judicial. San José, Costa Rica. Pp. 67-77.
- 4 Bettiol, G. (1965). Derecho Penal Parte General.(Título original en italiano, *Diritto penale Parte generale*. Cuarta Edición Revisada y actualizada, Palermo 1958.) Editorial Temis. Bogotá Colombia. Pp. 713-718
- 5 Mir Puig, S. (2007). Derecho Penal Parte General. Reimpresión de la Quinta Edición. Editor REPERTOR, S. L. Passeig de Gràcia. Barcelona. España. Pp. 775-788.
- 6 Estrada Vélez, F. (1986). Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Editorial Temis, S.A. Bogotá. Colombia. Pp. 394-400.
- 7 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 4573 del cuatro de mayo de 1970. Código Penal. Fecha de vigencia desde: 15/11/1970. Versión de la norma: 34 de 34 del 24/09/2010. Datos de la Publicación:Nº Gaceta: 257 del: 15/11/1970. Alcance: 120A.
- 8 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 376 de las nueve horas treinta y cinco minutos del nueve de julio de mil novecientos noventa y tres. Expediente: 91-000407-0006-PE.
- 9 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 274 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del once de junio de mil novecientos noventa y tres. Expediente: 92-000910-0006-PE.
- 10 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 123 de las nueve horas del cinco de abril de mil novecientos noventa y uno. Expediente: 90-000474-0006-PE.
- 11 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 329 de las once horas cincuenta minutos del veinticinco de marzo de dos mil diez. Expediente: 02-203451-0275-PE.
- 12 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 814 de las once horas diez minutos del diez de agosto de dos mil siete. Expediente: 06-000257-0006-PE.
- 13 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1236 de las nueve horas del treinta de setiembre de mil novecientos noventa y nueve. Expediente: 99-000882-0006-PE.
- 14 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 1561 de las catorce horas diez minutos del diez de diciembre de dos mil siete. Expediente: 01-200887-0275-PE.
- 15 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 975 de las dieciséis horas cinco minutos del tres de setiembre de dos mil siete. Expediente: 06-000043-0522-PE.