

LAS EXCUSAS LEGALES ABSOLUTORIAS

Lic. Jaime Quintana López

Este pequeño trabajo, en homenaje a la labor de mi padre y sus treinta mil operaciones de cirugía mayor, en cincuenta años de servicio a la ciudad de Puntarenas.

CAPITULO PRIMERO

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, pres-

cindiendo 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 obede-

ce 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 enmarcables 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 (1), 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 (2) 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 cas-

(1) Tomo II, página 154, Editorial Omeba, Bs. Aires, 1968.

(2) *Derecho Penal*, Tomo I, Edit. Bosch, Barcelona, 1968.

tigan; 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, (3)).

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 absolutoria, 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 diplo-

(3) Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, págs. 10 y 11, Bs. Aires.

máticos 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 (4) que *"un impedimento para castigar no vale nunca para destruir la noción del delito ni para hacer cesar su existencia, cuando concurren 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 PERDON DEL OFENDIDO Y EL PERDON 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 inculcado 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 inculcado, 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

(4) Obra citada, Tomo I, página 52.

te 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 ins-

cribible. Más adelante estudiaremos una aparente excepción a esta regla general, en relación con el contrabando de licores, (artículo 474 del Código Fiscal).

CAPITULO SEGUNDO

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 (5), 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 absolutoria, 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.

(5) Francesco Carrara, obra citada, Tomo XI, pág. 86, Tomo I, pág. 234.

Cuello Calón (6), refiriéndose al desistimiento de la tentativa como excusa legal absolutoria, 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 voluntad 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: *"En caso 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, rapto 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 inculpa-do, 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

(6) Cuello Calón, obra citada, tomo I, pág. 611.

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 lineamientos 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 RETENCION 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 absolutoria 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 POLITICOS.

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 absolutoria 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 sometiéndose 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 absolutoria no coincide con la utilizada en otras legislaciones para esta misma figura, pues en otras latitudes se utiliza el término "intimación" o bien, "intimaciones", 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 absolutoria, 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 (7) 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 intimidación implica la omisión de un acto obligatorio para la Autoridad.

7) LA EXCUSA ABSOLUTORIA EN LOS DELITOS DE ACCION 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 retracción.

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 de-

(7) Obra citada, tomo V, página 80.

seo 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 ca-

lumniosa, conforme a la parte final del artículo 149 del Código Penal, pues bastará demostrarse por el querellado 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 querella *"La causa será sobreseída y las costas quedarán a su cargo. La retractación será publicada a petición del querellante, en la forma que el Tribunal estime adecuada"*.

Pese a la excusa y al sobreseimiento, el inculgado 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.

CAPITULO 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 CODIGO FISCAL.

La pena preponderante en el Código Fiscal, es la de multa, pero en el caso del contrabando de li-

cores 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 Delincuentes? . . . 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 Delincuentes las normas que disponen ambas sanciones parten del supuesto de que el inculcado 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 culpabili-

dad ni aplicación de la pena principal? (Artículo 39 de la Constitución Política) (8).

3) SITUACION DE COMISO EN LOS CASOS DE EXCUSA ABSOLUTORIA EN LOS DELITOS DE DEFRAUDACION 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 absolutoria 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) COMPARACION DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA EN LOS DELITOS FISCALES Y LA

ADMISION DE LA CULPABILIDAD EN LOS DELITOS DE CITACION 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 sobreseer 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 absolutoria 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 absolutoria 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 inculcado 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.

BIBLIOGRAFIA :

CALON, Cuello. *Derecho Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1968.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Penal*, Bibliográfica OMEBA, Bs. Aires, 1968.

CARRARA, F. *Derecho Criminal*, Imprenta Ferrari, Bs. Aires, 1944.

SOLER, S. *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editorial Argentina, Bs. Aires, 1970.

Revista Judicial de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Tomos I a XXI.

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Madrid, 1970.

(8) Sebastián Soler, obra citada, tomo II, págs. 398 y 399.