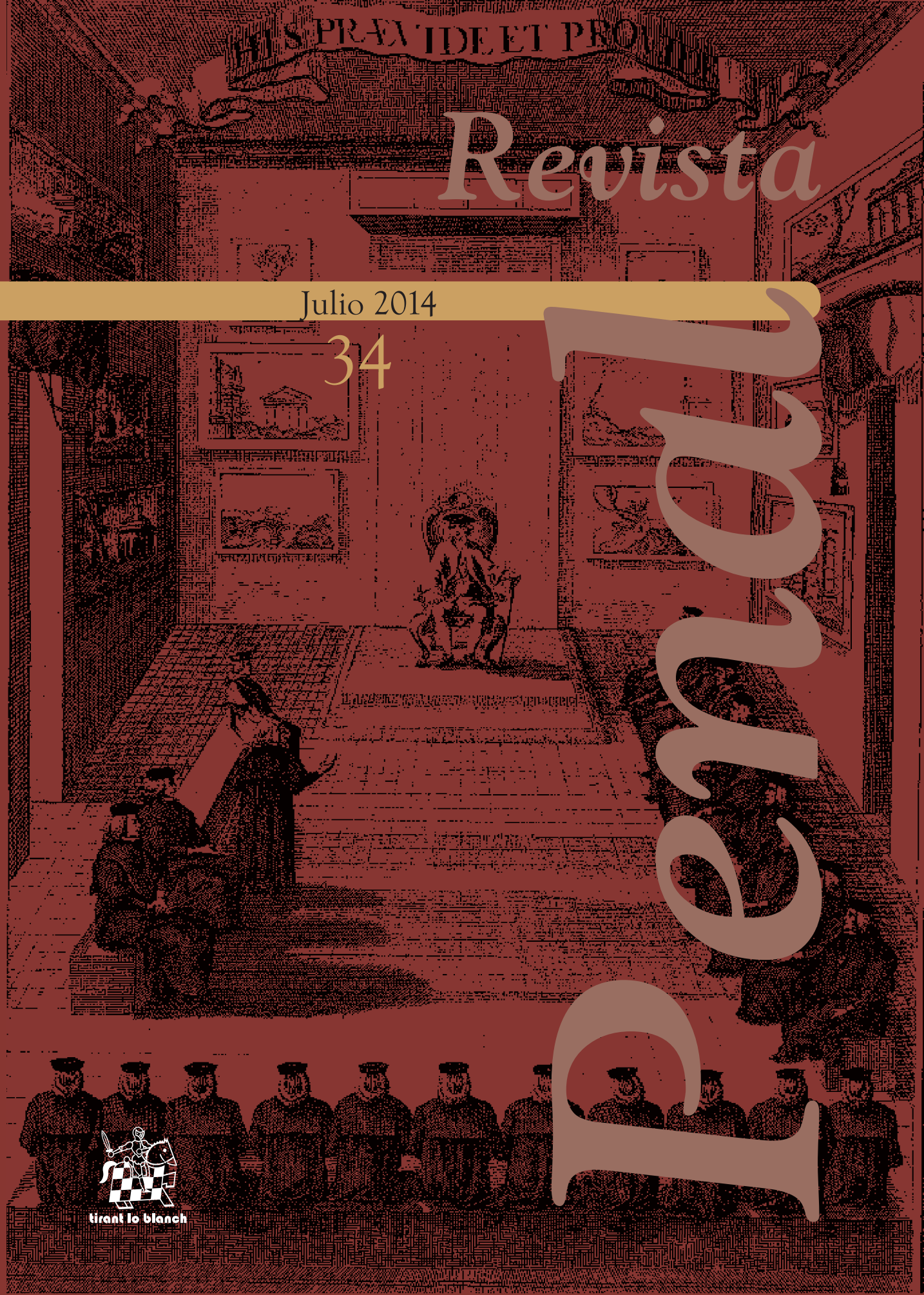
34

Revista Penal

Julio 2014

34



tirant lo blanch

Revista Penal

Julio 2014

Revista Penal

Número 34

Sumario

Doctrina:

– La Corte Penal Internacional y el propósito común: ¿Qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)d del Estatuto de Roma?, *por Kai Ambos* 5
– El proyecto de reforma del código penal de 2013. Algunas reflexiones político criminales, *por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Ana E. Liberatore S. Bechara* 19
– ¿Reglamentar o prohibir? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay *por Pablo Galaín Palermo* 34
– Presente y futuro de las insolvencias punibles, *por Alfonso Galán Muñoz* 54
– Las mujeres como víctimas de la denominada "violencia de género" y el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, *por Pastora García Álvarez* 83
– La (supuesta) supresión de las faltas en el proyecto de reforma del Código penal de 2013, *por Carmen López Peregrín* 102
– El ocaso de la pena de muerte en la Jurisdicción penal internacional. Un ejemplo para la abolición universal, *por Antonio Muñoz Aunión* 123
– La mujer en el umbral del delito, *por Miguel Ángel Núñez Paz* 131
– Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de Modificación del Código Penal 2013, *por M.ª del Valle Sierra López* 149
– Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, *por Javier de Vicente Remesal* 170
– El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela, *por Yu Wang* 204
– Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, *por Gerhard Werle y Boris Burghardt* 212

Jurisprudencia:

– La sentencia del caso *Prestige* (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas), *por Carlos Martínez-Buján Pérez* 224

Sistemas penales comparados: Delitos de bagatela (The *de minimis* doctrine in criminal cases) 242

In Memoriam:

– Winfried Hassemer y la ciencia del Derecho Penal, *por Francisco Muñoz Conde* 293

Bibliografía, *por Francisco Muñoz Conde y Manuel Jesús Dolz Lago* 299

Noticias: Declaración de Göttingen sobre policía e investigación en Brasil 307

Universidad de Huelva · Universidad de Salamanca · UCLM Universidad de Castilla-La Mancha · Universidad Pablo de Olavide de Sevilla · Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal · Santander

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ.Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Elisa Hoven (Alemania)
Luis Fernando Niño(Argentina)
Marco Aurélio Florêncio Filho (Brasil)
Yu Wang (China)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)
Francesco Diamanti (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro Procedimiento de quejas.

Delitos de bagatela (The de *minimus* doctrine in criminal cases)

Alemania

Dr. Elisa Hoven, Universidad de Colonia
Texto traducido del Alemán por **cand. iur. Waleska Izeta**
Universidad de Colonia

El presente artículo se ocupa con los delitos bagatela en el Derecho penal alemán. Primeramente se concretara el término del delito bagatela, como también se discutirán y se concretizaran las características de la amenaza penal (Strafandrohung), la culpabilidad menor y el poco interés público. En lo sucesivo, se tematizara el tratamiento jurídico del Derecho penal alemán con la criminalidad bagatela a nivel de Derecho material y procesual. Finalmente, se examinarán de manera brevia el significado de los delitos bagatela para medidas procesuales coercitivas (strafprozessuale zwangsmaßnahmen), así como también para preguntas legales fuera del Derecho penal.

I. El Término del "delito bagatela"

El término del delito bagatela no se encuentra como tal ni en el StGB ni en el StPO; por lo tanto no existe una definición legal de éste según el Derecho alemán . En la práctica legal los delitos bagatelas son descritos como "tipos delictivos de poco significado"[1], los cuales tienen un "injusto típico de acción y de éxito menor"; la "correspondencia del ilícito penal y culpabilidad tiene también un significado ínfimo"[2].

Dreher sostiene que hay dos formas de delitos bagatela que tienen que ser distinguidos: **los delitos bagatela "reales"**, que según la descripción de su figura delictiva, ya conciben un injusto menor; así como los delitos **bagatela "irreales"**, cuyo carácter bagatela no es inmanente a la norma, sino que sólo se manifiesta en el caso concreto de su aplicación[3]. Los delitos que *per se* forman un injusto típico menor, fueron sancionados hasta la derogación de la Ley, a través de la introducción del Código penal (EGStGB) como "infracciones" (junto al crimen y el delito menos grave, la tercera forma más leve de un hecho penal). Dentro de la reforma del Derecho penal de 1974/75 el legislador desistió de la categoría del delito de las infracciones, en favor de la dicotomía actual del Derecho penal —una división en dos partes: el crimen y delito menos grave—. Con la reforma se convirtieron los hechos de infracción, en parte en faltas (cómo por ejemplo el "hurto famélico" que desde ahí se persigue penalmente como forma del hurto) y en parte en el Derecho de ilegalidades, Ordnunswidrigkeitsrecht (como por ejemplo el "ruido perturbador").

Por este motivo, no existe ninguna lista de hechos penales, que como tal puedan ser clasificados como delitos bagatela. Más bien, para el Derecho penal alemán, el delito bagatela tiene sólo un significado en casos muy particulares. Si bien aquí, el injusto típico de la norma respectiva es digna de pena, el hecho penal, puede resultar eso sí, según las circunstancias concretas como insignificante. En el marco de los delitos de la propiedad y del patrimonio se perciben especialmente en la criminalidad bagatela, tales delitos que han llevado a un daño insignificante, cómo el hurto o el robo clásico de cosas de escaso valor. Pero también en otros bienes protectores (Schutzgütern) se puede realizar un delito bagatela por ejemplo, en la coacción, la amenaza o la injuria[4].

Pero ¿cómo se califica un hecho penal cometido como delito bagatela? En la doctrina existe un acercamiento a la concreción del carácter bagatela sobre las condiciones del §153 StPO, que prevé una suspensión del procedimiento penal debido a insignificancia y en el que existe una definición de delito bagatela más acertada[5]. En §153 StPO se dice:

> *Si el procedimiento tiene como objeto un delito menos grave, la fiscalía puede prescindir de la persecución de la pena, con la aprobación del juzgado competente para la apertura del juicio oral, si la culpabilidad del autor debería ser con-*

siderada como menor y si tampoco existe un interés público en la persecución penal. No se requiere de la aprobación del Juzgado competente por un delito menos grave, que no esté amenazado con una pena aumentada en el mínimo y en el cual las consecuencias causadas por el hecho sean ínfimas.

De la disposición del § 153 StPO se pueden derivar tres elementos que son significativos para la existencia de un delito bagatela: (1) Una amenaza penal baja, (2) una culpabilidad menor del autor así como (3) la ausencia de un interés público en la persecución penal. Por consiguiente la clasificación de un hecho penal como delito bagatela se deriva de un juego de criterios abstractos (la amenaza penal de la ley) y normas concretas (la culpabilidad del autor y el interés público).

1. El significado de la amenaza penal

Ante la necesidad penal social no es posible imaginarse **crímenes o delitos graves** de una manera o forma bagatela[6]. La aceptación de un delito bagatela se considera por lo tanto, exclusivamente en **delitos menos graves**. Según el Derecho alemán (§12 II StGB) es un delito menos grave un hecho ilícito que está amenazado con un mínimo de menos de un año de pena de privación de libertad o con una multa. Como indicio especial para un delito bagatela, califica el §153 I S. 2 StPO, si el tipo delictivo no está amenazado con una "pena aumentada al mínimo" (im Mindestmaß erhöhten Strafe), es decir, si no existe una pena mínima (sobre la regla general del §40 StGB, que establece por lo menos cinco jornadas diarias como límite mínimo admisible). Según esta regla, se podría clasificar como delito bagatela el hurto (§242 StGB), sin embargo, no el hurto en casa habitada (§244 StGB, pena de reclusión mínima de 6 meses) y en ningún caso el hurto grave (§249 StGB, crimen, con una pena de reclusión mínima de 1 año).

Al mismo tiempo, la pena máxima prevista para los tipos delictivos, no es un indicio obligatorio para la existencia de un delito bagatela. La opinión del Tribunal Superior Administrativo de Hessen, la cual proclama que a través de la dimensión máxima de una amenaza penal (en este caso, pena privativa de libertad de hasta tres años) se hace claro que "el legislador no califica una violación contra [la norma en cuestión] como delito bagatela"[7], debe contradecirse en esta generalidad. Los hechos penales que puedan ser cometidos en forma bagatela, es posible también imaginárselos según su descripción de tipo delictivo abstracto, en principio como realización de injusto típico grave; basta con imaginarse solamente el hurto de una cosa de valor escaso y el igualmente sancionado según el §242 StGB hurto de objetos de arte más preciosos. Que al juez se le conciba en la calificación de la pena (Strafzumessung) un margen "hacia arriba", no excluye la aceptación de la realización del delito como bagatela. Por lo tanto, no es determinante para la aceptación de un delito bagatela el máximo de una dimensión de pena, sino más bien la existencia de una pena mínima, que permita en principio concebir también una criminalidad bagatela.

2. Culpabilidad menor del autor

De un delito bagatela se puede hablar además sólo si la culpabilidad del autor es menor. Según la opinión totalmente reinante en la doctrina jurídica, la culpabilidad del delincuente tiene que ser bastante menor a la que de un delito menor de igual tipo y al mismo tiempo encontrase en el área más baja de una posible pena[8]. Los criterios determinantes para la disposición del grado de la culpabilidad realizada, son sobre todo el tipo de ejecución del hecho, los efectos causados por el hecho y la dimensión del incumplimiento de una obligación (Pflichtwidrigkeit)[9].

Un significado especial tiene —esto lo demuestra además su mención explícita en §153 I S. 2 StPO— **las consecuencias del hecho** . En los delitos contra la propiedad y patrimonio se determina la gravedad del hecho, según las consecuencias del daño causado (o en caso de la tentativa: del daño pretendido a causar). Para responder la pregunta, si es que existe un caso de criminalidad bagatela, se recurre regularmente a los límites de valor del §248a StGB[10]. Según la jurisprudencia todavía unánime, una cosa de escaso valor no supera los 25 euros[11], 30 euros[12] o —y esto parece ser la tendencia actual en la jurisprudencia— los 50 euros[13]. En cambio, la estadística criminal policial califica hurtos sólo hasta un daño de 15€ expresamente como criminalidad bagatela[14].

3. Ningún interés público en la persecución penal

También la existencia de un interés público puede excluir la aceptación de un mero caso bagatela según el sentido del §153 StPO. Mientras que un hurto de algunos alimentos en el supermercado, por lo general es percibido como bagatela, éste pierde ése carácter si un miembro importante del gobierno ha cometido el hecho[15]. Junto a la posición del autor en la vida pública, pueden entre otras cosas dar indicaciones de un interés público por ejemplo, una opinión hostil de la sociedad o un desprecio consciente de la autoridad estatal[16].

II. El tratamiento jurídico penal de delitos bagatela

1. Consideraciones para la descriminalización de delitos bagatela

¿Cómo debería tratar el Derecho penal alemán los casos de criminalidad bagatela? La pregunta acerca del tratamiento jurídico penal de delitos bagatela comenzó a ser objeto de la discusión política legal y criminológica en el curso de la reforma del Derecho penal en 1974/75. Representantes de una **solución material legal** insistían distinguir delitos bagatelas de los hechos penales restante del StGB ya a nivel del tipo delictivo y a nivel de la sanción. Según esta opinión, los tipos delictivos con carácter bagatela no presentaban ningún injusto típico penal, que debería ser sancionado con el Derecho penal como la "espada más cortante" del orden legal. Así escribió Baumann: "La sustracción de un par de céntimos no puede describir un injusto típico penal"[17]. Ante esta recepción se exigió —entre otras cosas—, la introducción de figuras delictivas amplias y privilegiadas en la parte especial o una norma en la parte general, que determinara una sanción especial de calidad menor para tipos delictivos insignificantes[18].

Contra tal solución material legal se aludió, que no cada delito podría ser proveído, en su ámbito más bajo asignado a la criminalidad bagatela, con un tipo delictivo privilegiado[19]. Además, sigue existiendo un injusto social ético, en una conducta típica circunscrita (tatbestandlich umschriebenen Handlung) básicamente también, aunque el daño haya sido sólo insignificante[20].

La controversia por la reacción estatal conveniente ante un injusto típico bagatela, revivió un renacimiento con el trabajo de *Kunz*, que unió consideraciones de la descriminalización de los delito bagatela con la pregunta fundamental sobre el objetivo del castigo penal. *Kunz* resaltó que una persecución penal de los delitos bagatela tendría que ser medida en su necesidad jurídico-estatal, así como en su compatibilidad y tolerancia con el sentimiento social de merecimiento penal[21]. Según su opinión, los delitos bagatelas no poseerían sin embargo, ninguna particularidad específica que podrían ser tipificadas y estandarizadas en el marco de una solución material legal. Esto convence, ya que incluso en aquellos delitos con características cuantificables (cómo por ejemplo el valor de una cosa hurtada), pueden excluir otros factores de la forma de comisión concreta (por ejemplo el hurto en casa habitada) una bagatela. Si el carácter bagatela de un delito se manifiesta sólo a través de una contemplación particular (Einzelbetractung), entonces existen mejores argumentos para un desplazamiento de la problemática en el **Derecho procesal** y una restricción no de la penalidad, sino de la *persecución* penal. *Kunz* cree además que a través de una solución procesual —cuyos contenidos serán explicados inmediatamente— se satisface lo suficientemente la objeción de la necesidad penal ausente[22].

El Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) tuvo que decidir también en el año 1979 sobre estas preguntas del tratamiento jurídico penal de la criminalidad bagatela. El objeto del procedimiento tuvo como pregunta previa, si una punibilidad del hurto de cosas de escaso valor sería compatible con el principio de un castigo penal adecuado a la culpabilidad del autor[23]. El BVerfG aclaró que el legislador no estaría obligado constitucionalmente a extraer casos bagatela —aquí la reglamentación del hurto de cosas de escaso valor— del Derecho penal y trasladarlo al Derecho de infracciones. Seria tarea del legislador considerar el menor desvalor delictivo (geringeren Unrechtgehalt) de los delitos bagatela a nivel de la calificación de la pena— por ejemplo, haciendo exclusión de pena (§60 StGB) o una represión con reserva penal (§59 StGB) —así como también a través de un aflojamiento (Lockerung) de la necesidad de persecución procesual penal[24]. Por lo tanto quedan hurtos bagatela en adelante y sin restricciones casos del §242 StGB; ellos se distinguen de los otros hurtos en el sentido de la norma no en el tipo delictivo, sino sólo en el tipo de su tratamiento jurídico procesual.

2. La solución procesual: la limitación de la necesidad de persecución penal para delitos bagatela

Junto a consideraciones de una reacción adecuada a la culpabilidad de delitos bagatela, se presenta también la preocupación por una carga excesiva de la justicia con casos de la criminalidad bagatela. La estadística criminal policial hace claro el significado práctico de la delincuencia bagatela: Según la estadística del 2012 se produjo en hurtos de tienda en un 50% de los casos un daño de menos de 15€. Sólo en cada cuarto caso el daño ascendía a más de 50€[25].

Ante el principio fundamental de Legalidad que se considera en Alemania, que obliga a las autoridades hacer averiguaciones y a la introducción de un procedimiento penal, existiendo una sospecha inicial (§§152 II, 160 StPO), parece una limitación de la necesidad de persecución penal (Verfolgungszwang) en el sentido de una solución procesual como "adecuada y factible"[26]. Así depende la persecución penal de una multitud de delitos, que pueden ser cometidos típicamente como

un injusto bagatela, de la petición de una **querella penal** por el herido; así el hurto de cosas de escaso valor (§248a StGB), la captación óptima de rendimientos (§§265a III 248a StGB), la injuria (§194 StGB), el daño material (§303c StGB), la lesión leve (§230 StGB) o el allanamiento de morada (§123 StGB).

Una multitud de estas figuras delictivas son llamados como **delitos de querella privados (Privatklagedelikte)** (§374 ss. StPO), aquí por ejemplo figuran el allanamiento de morada, la injuria o la lesión leve. Una demanda pública es presentada por la fiscalía por estos delitos según el §376 StPO sólo, si esto cave en el interés público. De lo contrario, la fiscalía puede suspender el procedimiento penal según el §170 II 2 StPO y remitir al herido al camino de una demanda privada.

Además existe en el ámbito de los delitos bagatela la competencia ya mencionada de la decisión oportuna (Opportunitätsentscheidung), es decir, la suspensión del procedimiento penal según el §153 StPO (sin condiciones) o según el §153a StPO (con condiciones e instrucciones). Un significado especial para los delitos bagatela se le asigna a la norma del §153 StPO. Esta norma le prevé a la fiscalía, en caso de un injusto bagatela, ya en la fase de instrucción la posibilidad de suspender el procedimiento penal con la aprobación del juzgado (§153 I S. 1 StPO). No se requiere de una aprobación judicial, si las consecuencias del hecho son menores y el hecho no está amenazado con una pena aumentada al mínimo (§153 I S. 2 StPO). Después de la apertura del juicio oral, el juzgado puede suspender el procedimiento penal en consenso con la fiscalía y el afectado (§153 II StPO).

Con el debilitamiento (Auflockerung) del principio de Legalidad a través de los requisitos de solicitud, delitos de querella privados y la posibilidad de la suspensión del procedimiento penal, se le han abiertos a las autoridades campos de acción en el área de la criminalidad bagatela. Aunque los delitos bagatelas mantengan un injusto típico punible, es cosa de las autoridades de persecución penal y de los juzgados conseguir una descriminalización a nivel procesual.

3. Efectos de la delincuencia bagatela en la calificación de la pena

La criminalidad bagatela se distingue por el injusto típico menor del autor. Si se llega a una condena, el carácter bagatela de una norma violada se hace vigente a nivel de la calificación de la pena (Strafzumessung). La pena se orienta por lo general, en el margen inferior del marco penal. No obstante, puede considerar el Juzgado en casos excepcionales —especialmente en consideración con la persona del autor— que es necesario proclamar una pena de reclusión corta, que supera la multa mínima. A la pregunta, si los Juzgados pueden condenar también a penas de reclusión cortas a delincuentes de delitos bagatela, en el sentido del §47 StGB, se ha formado en la jurisprudencia una casuística amplia[27] —y no siempre uniforme[28]—.

La calificación de la pena tiene que preservar el Principio Constitucional Legal de la proporcionalidad del hecho y su consecuencia jurídica. Mientras menor sea el injusto típico del hecho realizado, más valor tienen entonces las consecuencias del §47 I StGB (aquí se considera especialmente la personalidad de autor)[29]. Ocasionalmente ha aceptado la jurisprudencia que la proclamación de una pena de reclusión por delitos "notificados como bagatela" *per se* violaría la prohibición de desproporcionalidad "Übermaßverbot". Así decidió el Tribunal Supremo de Stuttgart, que una pena de reclusión por el hurto de una cosa de absolutamente escaso valor —aquí de un dulce de leche de un valor de 26 céntimos—, no sería justificable. El injusto típico de hecho es tan menor en los casos tan claros de delincuencia bagatela "que la proclamación de una pena de reclusión causaría un rigor especial y esto representaría una violación de la prohibición de desproporcionalidad, aún en los casos en que el autor haya tenido a menudo antecedentes penales"[30].

Sin embargo, se ha criticado[31] una exclusión tan total de penas de reclusión para casos bagatelas insignificantes, ya que se reprocha una contemplación demasiado esquemática de la calificación de la pena, que de por sí, es relativa y se aplica de caso en caso. El BVerfG constato ya en el año 1994 por principio que una "pena de reclusión corta puede también ser en casos del hurto de cosas de escaso valor, constitucional, si el autor tiene muchos y reiterados antecedentes penales"[32]. De esta manera el BVerfG confirmo la condena de un autor —con antecedentes penales respectivos— a una pena de reclusión de dos meses debido al hurto de dos botellas de cerveza de valor de 1,40 DM de un supermercado y aclaró que la proclamación de una pena de reclusión corta, no entra recién en cuenta según el §47 StGB sólo a partir de un daño en dinero determinado. El juzgado federal BGH ha seguido esta jurisdicción y ha **excluido una restricción judicial generalizada de la calificación de la pena en casos de la criminalidad bagatela**. Por lo tanto, depende sólo de las circunstancias del caso particular, si es que, una pena de reclusión no estaría adecuada a la culpabilidad, por delitos bagatela hasta un límite de daño determinado[33].

4. Medidas penales procesales coercitivas y criminalidad bagatela

Las restricciones en el área de las medidas coercitivas y penal procesual están, ante el injusto típico penal menor, unidas con los delitos bagatela.

Las medidas de investigación (Ermitlungsmaßnahmen), —como por ejemplo un allanamiento de morada según el §102 StPO— que van vinculadas con intervenciones de derecho fundamental, tienen que guardar más rigurosamente el **principio de la proporcionalidad**. La condición para un allanamiento de morada, es que la intervención (Eingriff) esté en una relación adecuada y razonable a la gravedad del hecho penal[34]. Por lo tanto, en los delitos bagatela puede ser que la orden de un allanamiento de morada pueda ser rechazada con referencia a la proporcionalidad de la intervención del derecho fundamental[35].

En otro lugar del StPO se encuentra expresamente una limitación de las competencias estatales para los delitos bagatela. Según el §113 StPO la **prisión preventiva** no puede ser dispuesta debido al peligro de oscurecimiento, si el hecho está amenazado sólo con una pena de reclusión hasta seis meses o con multa hasta 180 jornadas. La norma se presenta como concreción legal del principio de proporcionalidad[36] y excluye —en casos determinados— una intervención en el derecho de libertad del afectado por la mera sospecha de un delito bagatela.

5. El significado de la criminalidad bagatela fuera del derecho penal

Preguntas legales por el carácter bagatela de un hecho determinado, también se presentan fuera del derecho penal. El grado de la realización de un injusto típico puede ser también significativo, por ejemplo, en el Derecho de residencia, en Derecho disciplinar o en el Derecho laboral, si es que la gravedad de una violación de norma es condición para consecuencias legales (aquí: una expulsión o despido).

El **caso "Emmely"** que el Tribunal Laboral Federal (BAG) tuvo que decidir el 2011 adquirió una cierta popularidad. El objeto del procedimiento fue el despido sin aviso de una cajera empleada de hace ya muchos años en una gran cadena de supermercados; esta cajera sustrajo dos bonos de un valor total de 1,30€. Este caso causo un interés muy grande en los medios de comunicación y produjo una discusión sobre despidos sin aviso debido a delitos bagatela. Por una parte, se exigía extraer ya del campo de aplicación del §626 I Código Civil Alemán, BGB (el despido sin aviso por causa importante) infracciones graves del incumplimiento de un deber (Pflichtverletzungen), del área de patrimonio de valor escaso[37],. Sin embargo, el BAG rechazó la determinación de tal umbral y reconoció el estado de los hechos (Sachverhalt) como **causa importante** en el sentido del §626 I Código Civil BGB, en que se puede justificar un despido sin aviso[38]. Un empleado, que atenta o viola a propósito e ilegalmente la integridad de la propiedad y patrimonio de su patrón, quebranta la relación de confianza independientemente qué daños económicos concretos estén ligados a esto. Si bien, hayan circunstancias especiales en casos particulares (especialmente el carácter único de la falta de obligación o una relación de empleo de muchos años), que puedan exigir una aviso precedente —esto estaba dado en el caso "Emmely"— sin embargo, la existencia de un delito bagatela no excluye ya *per se* un despido sin aviso.

Notas

1 Dreher, en: Festschrift Welzel, 1974, p. 917; Maier, en: MüKo, StGB, § 47 nm. 47.
2 Dreher, en: Festschrift Welzel, 1974, p. 917.
3 Dreher, en: Festschrift Welzel, 1974, p. 917 ss.
4 Dreher, en: Festschrift Welzel, 1974, p. 917.
5 Kindhäuser, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, § 32 nm. 109 StGB.
6 Kunz, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984, p. 311.
7 Tribunal Superior Administrativo de Hessen, resolución del 21. August 2013-3 B 1684/13
8 Beukelmann, en: Beck'scher Online-Kommentar, § 153 nm. 12; Meyer-Goßner StPO § 153 nm. 4; Beulke, en: Löwe/Rosenberg StPO § 153 nm. 24; Diemer, en: Karsruher Kommentar, StPO, § 153 nm. 12.
9 Pfordte, en: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, § 153 nm. 2.
10 Diemer, en: Karsruher Kommentar, StPO, § 153 nm. 22.
11 OLG Düsseldorf, NJW 1987, 1958.
12 OLG Oldenburg NStZ-RR 2005, 111.
13 OLG Frankfurt NStZ-RR 08, 311; OLG Hamm NJW 03, 3145; OLG Zweibrücken, NStZ 2000, 536.
14 Estadística policial criminal de la oficina federal de investigación criminal, 2012, S. 166, véase bajo: https://www.bka.de/…/PolizeilicheKriminalstatistik/…//pks2012Jahrbuch.pdf.
15 Pfordte, en: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, § 153 nm. 3.
16 Diemer, en: Karsruher Kommentar, StPO, § 153 nm. 14.
17 Baumann, JZ 1972, p. 3.
18 Dencker, Die Bagatelltatbestände im Entwurf eines EStGB, JZ 1973, 144 (150).
19 Dreher p. 925.
20 Gallas, Materialien zur Strafrechtsreform, Niederschriften Ed. 1, 1954, p. 88; Dreher, p. 929.
21 Kunz, p. 193.
22 Kunz, p. 318.
23 BVerfG, NJW 1979, 1039.
24 BVerfG, NJW 1979, 1039

25 Estadística policial criminal de la Oficina Federal de Investigación criminal, p. 166.
26 Dreher, p. 933.
27 Maier, en: MüKO-StGB, 2012, § 47 nm. 47.
28 Véase por ejemplo. BGH NJW 2008, 672; OLG Stuttgart, NJW 2002, 3188; BVerfG del 9. 6. 1994-2 BvR 710/94.
29 Maier, en: MüKO-StGB, 2012, § 47 nm. 47.
30 OLG Stuttgart, NJW 2002, 3188.
31 Maier, en: MüKO-StGB, 2012, § 47 nm. 49.
32 BVerfG, resolución del 09.06.1994 -2 BvR 710/94
33 BGH NJW 2008, 672 (673).
34 BVerfG NJW 2011, 2275; BVerfG NJW 2008, 1937.
35 Así también las consideraciones del BVerfG en NJW 2005, 1640.
36 Graf, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, § 113 nm. 1.
37 LAG Köln, NZA-RR 2001, 83; LAG Hamburg, NZA-RR 1999, 469.
38 BAG sentencia del 10. 6. 2010-2 AZR 541/09, NJW 2011, 167

Argentina[1]

Luis Fernando Niño
Universidad Nacional de Buenos Aires

I. Los denominados delitos de bagatela no tienen ni han tenido reconocimiento positivo en los digestos penales de la República Argentina. Como luego se verá, esa situación podría variar en un futuro cercano, en caso de prosperar una seria y consensuada iniciativa parlamentaria.

Se registra una disposición aislada en la ley nacional de procedimiento tributario[2], cuyo artículo 49 prevé la posibilidad de que el juez administrativo exima de sanción al responsable cuando "*…a su juicio la infracción no revistiera gravedad"*.

En el plano local, el reconocimiento legislativo del principio de lesividad, en el marco del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, brinda margen para una hermenéutica que excluya los hechos que no representen daño o peligro *cierto* para los bienes jurídicos individuales o colectivos protegidos[3]. En su trabajo *"El principio de insignificancia y el tipo de injusto penal",* Juan I. Martínez Casas no sólo releva el principio de lesividad, recogido en el art. 1° de ese cuerpo normativo sino también a la disposición del art. 119 de dicho cuerpo de leyes, que lo recoge de manera expresa al declarar no punibles aquellas conductas relativas a juegos de apuestas en la medida en que "*...por su insignificancia o por hallarse incorporadas por la costumbre o la tradición no importan peligro para la convivencia ni para el patrimonio de las personas"*[4].

II. Como se consignara en anteriores ediciones de esta reconocida Revista, las innumerables y —a menudo— espasmódicas modificaciones introducidas al texto del Código Penal del año 1921, al son de un populismo penal que —al parecer— desembarcó en nuestro sistema jurídico para quedarse, llevaron a los más importantes juristas del país a propiciar una reforma integral del digesto punitivo.

Un primer anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal presentado en el año 2006 fue prontamente abandonado; en tanto que, más de un lustro después, la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner dictó el decreto 678/2012, a través del cual se creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación[5].

El texto del documento presentado el 13 de Febrero último por dicha Comisión, presidida por el Profesor Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, recepta ampliamente la noción de la *insignificancia* del hecho, al disponer, en la redacción del artículo 19, inciso 1°, que *"(n)o se impondrá pena alguna cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren insignificantes*". Vale resaltar que es el único supuesto de cuantos se incluyen en dicho precepto en el que aparece como imperativo para el juez la exención de pena, a diferencia de otros en los que se prevé como alternativa a esta última la aplicación de pena por debajo del mínimo, o bien se estatuye esta última modalidad como única vía[6].

En consonancia con tan clara admisión —respaldada constitucionalmente en el artículo 1° de la Ley Fundamental de 1853 que, al consagrar la forma republicana de gobierno, introduce tácitamente el principio de racionalidad de las leyes—, al hacer referencia al ejercicio de la acción pública por parte del Ministerio Público Fiscal, en el artículo 42, inciso 3°, del Anteproyecto se consigna que "*el Ministerio Público Fiscal podrá fundadamente no promover la acción o desistir de la promovida hasta antes de la fijación de fecha para el debate oral, en los siguientes casos: a) Cuando se tratare de hechos de menor significación, salvo que fueren cometidos por un funcionario público en razón de su cargo o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias*".

III. Frente a esa rotunda toma de posición *de lege ferenda*, a nivel jurisprudencial se yerguen hasta el presente diversos pronunciamientos adversos a la aceptación de la atipicidad de conductas bagatelares, provenientes de tribunales nacionales o federales. Todos

ellos abrevan, tácita o expresamente, en un antiguo y aislado precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que abordó el tema en clave represiva. Se trata del caso Adami[7], sentencia del 25 de septiembre de 1985.

Allí la Corte hizo lugar, por mayoría de tres votos[8], al recurso de la Fiscalía y dejó sin efecto la decisión de la Cámara del Crimen que revocara la condena de primera instancia y absolviera a los acusados imputados de sustraer unos farolitos de un rodado automotor.

La tesis del máximo Tribunal fue considerar que "*3)…la insignificancia solo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter"*. Es oportuno adelantar que los argumentos esgrimidos en sus votos disidentes por los Ministros Petracchi y Bacqué, orientados a desestimar el recurso de la Fiscalía, fueron adoptados por un tribunal supremo provincial, en un meduloso fallo que habrá de glosarse para concluir el siguiente apartado.

Por su parte, a Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal registra algunos votos alusivos a esta materia, de los que cuadra poner de relieve el casuismo con el que se aborda el tema y, desde la perspectiva de aquellos votos que se inclinan por la criminalización, las resistencias al reconocimiento del concepto de bagatela.

A guisa de mero ejemplo, en el marco de un proceso en el que se ventilaba el hurto de una golosina y un frasco de colonia barata de las bateas de un supermercado[9], la Sala de Feria de ese tribunal resolvió, por mayoría, el rechazo del recurso articulado por la defensa, señalando que "*no corresponde la aplicación del llamado principio de insignificancia, pues en el caso concreto la conducta disvaliosa precedente se ha visto acompañada de una efectiva afectación al bien jurídico protegido por la norma —nótese que más allá de poder argüirse el escaso valor económico de los productos en cuestión, de ningún modo es posible sostener la "carencia" de éste, habida cuenta de su valor en plaza y, la circunstancia de que éstos se encontraran de hecho a la venta—...*"

En su voto disidente, el Dr. Luis María Bunge Campos expuso que "*no toda lesión al bien jurídico 'propiedad' configura la afectación típica requerida. En este sentido, debemos recordar que el patrimonio no es un elemento abstracto, sino un atributo de la personalidad, como tal no debe juzgarse en forma aislada, sino en relación con su titular. Lo que para uno es una afectación nimia e insignificante, para otro puede ser una afectación trascendente. Por ello, el análisis de la afectación al bien jurídico no puede hacerse en forma abstracta o meramente formal. Desde el punto de vista de la teoría del delito, la afectación del bien jurídico cumple una función limitante de la tipicidad, no integrándola, de modo tal que una lesión insignificante, resultaría, por ende atípica al no revestir entidad suficiente para demandar la intervención del Estado. En este punto debemos necesariamente recordar el carácter de última ratio del derecho penal"… "Explicado ello, entiendo que el escaso valor económico de los elementos sustraídos excluye la tipicidad de la conducta, por lo que corresponde revocar el procesamiento decretado y disponer el sobreseimiento de M. O. Á".*

La Cámara Federal de Casación Penal también registra precedentes en los que aplicó la doctrina de la insignificancia, tales como el resuelto en el caso "O., O. s/recurso de casación", del 22/02/2013, por la Sala II de ese órgano colegiado.

En un tenor análogo, el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala III, resolvió que el hurto tentado de un acumulador de corriente de 12 voltios, en desuso, no constituía una afectación típica del bien jurídico, por aplicación de los principios de insignificancia y de *ultima ratio*[10].

En la provincia de Tierra del Fuego mantiene vigencia una doctrina jurisprudencial, obligatoria para todos los jueces provinciales[11], que acoge con diversos argumentos el concepto de delito de bagatela y su atipicidad.

El pronunciamiento merece una cita extensa, por contener citas jurisprudenciales y doctrinales tan abundantes como para ilustrar, en una Sección de estas características, el tratamiento contemporáneo del tópico en el ámbito jurídico de nuestro país.

En el caso, que data del 14 de diciembre de 1995 autos caratulados "Guardería Tortuguita s/daño/imputado G. G., J., expediente n° 53/95 STJ-SR", el Juez de Instrucción de la ciudad de Río Grande, Dr. Alberto Aragone, había clausurado el proceso fundado en la insignificancia de la lesión que lo motivara, circunstancia que, a su entender, excluía la tipicidad del hecho. Esa decisión fue recurrida por la Fiscalía, recurso que dio lugar a la revocación del archivo de la causa.

En efecto, el Tribunal intermedio consideró que la desvinculación del imputado del proceso entrañaba la incursión en la esfera de actuación del legislador y que la ponderación por los magistrados, "*…a los fines de establecer, en cada caso, el carácter delictivo o no de los hechos que juzgan, importa desconocer la norma, con grave menoscabo de la seguridad jurídica"*.

A su turno, los miembros del Superior Tribunal provincial dejaron sin efecto el fallo intermedio y reivindicaron

largamente la decisión del juez instructor. Sostuvieron al efecto: "*Es indudable la necesaria racionalidad de la sanción y su consecuente relación adecuada con los demás bienes tutelados por el ordenamiento jurídico. En especial (si se trata —como en nuestra hipótesis— de imponer prisión), con la totalidad de los tipos acuñados por la ley represiva y sus escalas penales. De otro modo, como tiene dicho la Corte Federal, se afecta el derecho constitucional fundado en los arts. 28 y 33 de la Ley Fundamental; esto es, el derecho a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado (CSJN, Fallos 312:829 —votos del los ministros Enrique S. Petracchi y Jorge A. Bacqué, Consid. 11º y del Dr. Carlos S. Fayt, Consid. 10º—). La consecuencia no es otra que la conclusión general conforme a la cual ciertos hechos, por su escasa trascendencia, no podrían constituir jamás presupuesto legal válido que autorice la privación de libertad —aún la más breve—, sin que ello importe teñir de irracionalidad, por débiles, los demás montos de esta especie de pena y hasta la especie misma, establecidos por el sistema represivo como consecuencia sancionadora para los demás tipos penales. Con esto no hacemos más que resaltar la imprescindible racionalidad de la ley penal, tanto para determinar la procedencia de la prohibición, como la medida de la sanción que conlleva, para tener la misma como respuesta válida, legítima, emergente del ejercicio válido del poder público; y la conclusión deductiva necesaria conforme a la cual ciertas conductas no pueden constituir delito, ni acarrear consecuencias graves como la indicada, sin poner en crisis, cuando menos, el orden jurídico mismo que nos rige"…"Vemos, así, que la confrontación del caso, de sus circunstancias concretas, a fin de establecer si se adecua a la fórmula pergeñada por el derecho vigente, para desencadenar las consecuencias que el mismo prevé, lejos de constituir exceso jurisdiccional, es la tarea misma del juzgador, impuesta por aquél. Conforme a ello, siempre la incriminación de todo hecho exigirá efectuar distinciones interpretativas de acuerdo con las circunstancias de cada caso, a fin de examinar su constitucionalidad en su aplicación al caso concreto. Se trata con ello de despejar la posibilidad de incurrir en la tacha de inconstitucionalidad en la aplicación de normas que no son en sí mismas inconstitucionales"… "Entendemos que el denominado principio de insignificancia, constituye formulación acotada de la regla expuesta. Nótese que el mismo, para aceptar la prohibición y la aplicación de su consecuencia, reclama que aquélla proteja un bien jurídico y la afectación de éste. Parte de la imprecisión (por la abstracción propia de la tarea) que pesa sobre el legislador, al formular la regla de protección del bien jurídico; puesto que carece de medios para evitar que en la descripción de la conducta seleccionada como de relevancia penal se le filtren acciones que, en verdad, no cumplen con el mínimo de dañosidad social requerido (ver Maximiliano A. Rusconi, "Los límites del tipo penal", pág. 73). La lesión de bienes jurídicos, entendidos como una renovada exigencia frente al legislador, según la cual sólo la protección de éstos es tarea legítima de la legislación (penas y medidas están al servicio de la protección de los mismos y de la reinserción del autor en la comunidad jurídica —ver Hans J. Rudolphi, "Nuevo pensamiento penal" Año 4 Nro. 7, pág. 329—), viene a constituir el extremo de razonabilidad para la aplicación de la sanción formalmente establecida. Bidart Campos, en su nota al fallo publicado en ED del 17/Ago/95, Sum. Nro. 46.593 (que titula "Aspectos a tener en cuenta cuando los jueces aplican las leyes penales"), tuvo oportunidad de señalar que la conducta humana de determinado autor que se halla procesado, no responde a la conducta descripta en el tipo penal, cuando aquella conducta humana no daña al bien jurídico que la incriminación legal protege. Aseverar esto —reflexiona— y paralelamente añadir que la ley penal no puede tipificar como delito a una conducta que no perjudica al bien jurídico tutelado, es prácticamente lo mismo. Como también lo es —agregamos— afirmar que tampoco puede la ley penal imponer una consecuencia a todas luces desproporcionada en orden a la infracción concreta"… "Sin perjuicio de la correcta sistematización de estos conceptos y la ubicación que les corresponde en el desarrollo de la teoría del delito (si elemento del tipo penal, si componente de la antijuridicidad), lo cierto es que el examen y decisión al respecto, como quedó dicho, es imposición de la ley y remite a la consideración de elementos también legales (que nosotros encontramos en las garantías constitucionales citadas). En este sentido, el Dr. Zaffaroni (cuya opinión doctrinaria sobre el punto es conocida), destaca el carácter necesario del pronunciamiento judicial en orden a la cuestión que nos ocupa: "…la investigación de la antinormatividad a que nos obliga la tipicidad conglobante (o sistemática) no es ninguna renuncia a la legalidad del tipo penal, porque si bien excede el análisis del tipo legal, el tipo conglobante es también legal en el sentido de que surge también de la ley, puesto que en la consideración de la norma prohibitiva en forma conglobada con las otras normas del orden normativo, las otras normas no son normas de cultura ni normas libremente buscadas, sino que también son normas jurídicas, es decir, normas prohibitivas que se hallan expresadas*

por otras leyes que integran con el tipo legal la misma legislación… Para nada compromete esto el principio de legalidad del tipo penal…" ("Tratado de Derecho Penal", Parte General, T III, pág. 236). No es metajurídico el análisis en el caso —agrega este autor—, de la función general del orden jurídico positivo, del derecho penal en particular y de la regla incuestionada de la proporcionalidad entre la cuantía del delito y de la pena o reacción penal (op. cit. pág. 556)"…"Siendo ello así, no cabe sino asumir el riesgo propio que supone toda apreciación judicial —ínsita como deber legal a nuestra organización republicana—"…"Tampoco creemos que el criterio seguido importe retrocesos que muevan a la venganza privada (como señala el señor Fiscal). Tal parecer olvida que los instrumentos represivos no constituyen el único medio para resolver entuertos. Antes bien, por su naturaleza, imperan al respecto criterios rigurosos que llaman a circunscribir su utilización".

IV. El virtual vacío legislativo subsistente hasta nuestros días en la legislación nacional y federal no impidió que las doctrinas penal y constitucional se dedicaran al tema en distintos trabajos, como pudo advertirse en las citas del extenso fallo parcialmente transcrito en el apartado precedente. En general, se trata de artículos como el ya aludido de Martínez Casas, o bien, notas a fallos como los mencionados en esta reseña, aunque hay autores que han abordado el tema de manera más orgánica.

Entre ellos, destaca la obra del Catedrático de la Universidad del Comahue Gustavo Vitale para quien *"(l)a sanción penal no encontraría justificativo alguno en caso de ser impuesta a quienes han ejecutado conductas que, pese a concordar formalmente con las descriptas en la ley penal no están destinadas a producir a los bienes jurídicos algún daño de determinada magnitud. Desde el punto de vista de la teoría de la pena, no puede afirmarse que, en relación a hechos mínimos, cumple ella alguna finalidad"*[12].

Asimismo, el recordado Profesor Enrique Ulises García Vitor, de la Universidad del Litoral, acertó a señalar, en otra monografía sobre el tema, que "*el principio de insignificancia representa un criterio de índole interpretativa, restrictivo de la tipicidad de la conducta, partiendo de la consideración del bien jurídico —conceptualizado sobre la base de los principios de lesividad social y fragmentariedad—, y en la medida de su lesión o puesta en peligro concreto*"[13].

Por fin, en materia de obras generales en las que se haya subrayado la trascendencia dogmática del principio de insignificancia, se alzan con luz propia las del citado Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, quien lo incorporó cuatro décadas atrás a su difundida teoría de la tipicidad conglobante[14].

Notas

1 En la colección de datos y redacción del presente informe colaboró activamente la abogada Mariana Grasso, docente universitaria y magistrada del Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina.

2 11.683 (BO 12/1/33), actualizada por ley 25.795 (BO 17/11/2003).

3 Ley 1472 (BOCBA 25/10/04), art. 1°.

4 MARTÍNEZ CASAS, Juan I.: en "*Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal", AA.VV., Libro en homenaje a Enrique Bacigalupo,* Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 182.

5 En el decreto se hace referencia a las múltiples reformas introducidas al texto del Código Penal: "*-que más allá de toda valoración acerca del grado de acierto de las enmiendas realizadas; la coherencia originaria de las disposiciones del Código se ha visto afectada, a la vez que se ha alterado el equilibrio y la proporcionalidad que deben guardar entre sí las escalas penales de los distintos delitos. Que, por otra parte, la excesiva actividad reformadora en materia penal también ha dado lugar a la adopción de una diversidad de normas represivas especiales no integradas al CODIGO PENAL DE LA NACIÓN, circunstancia que implica un alejamiento del mandato expreso de codificación contenido en el inciso 12 del artículo 75 de la CONSTITUCION NACIONAL, a la vez que obstruye la sistematicidad del régimen punitivo y, en definitiva, pone en cuestionamiento la vigencia del principio general del derecho que dispone que la ley se presume conocida".*

6 Puede consultarse el texto íntegro del Anteproyecto y sus comentarios en el sitio de la Asociación Pensamiento Penal: http://new.pensamientopenal.com.ar/02072007/proyectocodigopenal.pdf

7 Fallos: 308:1796.

8 En ese momento histórico, eran cinco los miembros de ese Alto Tribunal. conforme lo estatuido desde 1860. En 1990, por ley 23774 se aumentó su número a nueve. En 2006, la ley 26183 retrotrajo tal estado de cosas, al disponer que las próximas vacantes definitivas que se produzcan no serán cubiertas hasta alcanzar la composición original.

9 Sala de Feria, Enero 2008, *in re* "Á., M. O. por hurto simple".

10 Causa n° 11930-"O., N. M. s/recurso de casación interpuesto por Fiscal General", rta. el 26/4/11.

11 Con arreglo al art. 37 la ley provincial n° 110 (Ley Orgánica del Poder Judicial), "(l)os pronunciamientos del Superior Tribunal, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de las cláusulas constitucionales y de la Ley, constituyen jurisprudencia obligatoria para todos los Tribunales y Jueces".

12 VITALE, Gustavo L.: "*El principio de insignificancia y error*", Universidad Nacional del Comahue, 1988, p. 39.

13 GARCÍA VITOR, Enrique Ulises: "*La insignificancia en el derecho penal. Los delitos de bagatela. Dogmática, política criminal y regulación procesal del principio",* Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 40.

14 V. por todas ellas, ZAFFARONI, E. Raúl et al.: "Manual de Derecho Penal-Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 494 y ss.

Brasil

Marco Aurélio Florêncio Filho
Prof. de Direito Penal da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Coordenador Geral do Mestrado em Direito da Escola Paulista de Direito.

No Brasil, o princípio da insignificância foi desenvolvido como uma causa excludente de tipicidade penal[1], afastando, assim, o primeiro elemento da teoria do delito[2].

Não há no Código Penal Brasileiro (CPB), Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, uma previsão específica para a aplicação do princípio da insignificância. Ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência, portanto, seu desenvolvimento e aplicação[3]. Por sua vez, no Código Penal Militar (CPM)[4], Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969, verifica-se regulamentação expressa do princípio da insignificância, como, por exemplo, no artigo 209, § 6º, que dispõe sobre a lesão corporal, *verbis*: *"no caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar"*. E, também, ao tratar sobre o crime de furto, no artigo 240, § 1º, do CPM, o legislador, mais uma vez, previu a aplicação do princípio da insignificância ao afirmar que: *"Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país"*. Para Eduardo Luiz Santos Cabette, *"é visível que nesses dois casos o legislador considerou a insignificância para afastar o caso do Direito Penal e remetê-lo ao Direito Administrativo Disciplinar"*[5].

Segundo o CPM, lesões corporais mínimas retiram a ofensa do bem jurídico integridade física atribuindo à agressão, quiçá, uma natureza administrativa, mas não penal. Todavia, o CPB não seguiu a mesma lógica, isto é, não adotou expressamente a aplicação do princípio da insignificância, o que ocasiona, na prática, problemas semânticos.

Isto porque, já alertava Luiz Luisi em 1998 para um acórdão do Supremo Tribunal Federal onde deixou-se de aplicar o princípio da bagatela num caso de lesão corporal, cuja violação à integridade física constituía a um arranhão com um pouco mais de um centímetro: *"E, mais: trata-se de uma lesão não prevista, não querida, e nem admitida. Ou seja: de uma lesão corporal culposa"*[6]. O STF não aplicou o princípio da insignificância no caso sob a alegação de que *„Somente a análise individualizada, atenta a circunstância que envolveu o fato, pode autorizar a tese da insignificância. A natureza do ocorrido, bem como a vida pregressa do paciente, não permitem acolher a tese da singeleza."* Ou seja, critérios estranhos à teoria do delito foram preponderantes para o afastamento do princípio da insignificância, visto que sendo o princípio da insignificância uma causa excludente de tipicidade penal, jamais a vida pregressa do réu poderia funcionar como critério definidor do afastamento de uma causa excludente de tipicidade.

O princípio da insignificância é aplicado com menos restrições pelos Tribunais brasileiros no delito de furto simples, previsto no artigo 155[7], do CPB[8]. Mesmo assim, o Superior Tribunal de Justiça fixou alguns critérios[9] para aplicação deste princípio, quais sejam: *i)* mínima lesão ao bem jurídico; *ii)* conduta do agente expressa pequena reprovabilidade; *iii)* irrelevante periculosidade social. Dos três elementos destacados, o único que pode ser analisado no juízo de tipicidade é a mínima lesão ao bem jurídico. A reprovabilidade da conduta do agente apenas deveria ser analisada no juízo de culpabilidade, pois este é entendido como um juízo de **reprovação** pessoal feito ao autor de um fato típico e antijurídico, porque podendo se comportar conforme o direito optou livremente por se comportar contrário ao direito. Logo, não se pode, diante da análise do juízo de tipicidade, sem se analisar a culpabilidade importar-se um critério da culpabilidade (reprovação)[10] e integrá-lo na tipicidade, como pretende o Superior Tribunal de Justiça, rompendo com a estrutura do crime. Todavia, não bastasse a impropriedade metodológica na teoria do delito, ainda com raízes no positivismo criminológico insiste-se na *"periculosidade social do agente"*. Pois bem, não bastassem as incongruências semânticas até aqui apontadas, apenas na teoria do delito, como afirmar que pode haver reincidência de condutas atípicas? A reincidência prevista no artigo 63 do Código Penal brasileiro[11], apenas pode ser verificada quando há a configuração de crime anterior. Mas, se a conduta anterior sequer era típica, ou seja, atípica, como se pode ser reincidente em conduta atípica? Tantas quantas forem as subtrações de coisas de pequeno valor, tantas quantas serão as condutas tidas como atípicas.

Também, é pacífica a aplicação do princípio da insignificância no Brasil quando configurado o crime de descaminho, previsto no artigo 334[12], segunda parte, do CPB, desde que respeitados os seguintes requisitos, segundo o STF[13]: *i)* mínima ofensividade da conduta do agente; *ii)* nenhuma periculosidade social da ação; *iii)* grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; *iv)* inexpressividade da lesão provocada, que no caso do crime de descaminho, atualmente, será de até R$

20.000,00 (vinte mil reais) o valor do tributo federal a ser recolhido aos cofres públicos. A justificativa que se dá para a utilização do valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para a aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho é que não há a cobrança judicial por parte da fazenda pública, com base no artigo 20 da Lei 10.522/02, com as alterações introduzidas pelas Portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda, o que não justificaria, certamente, deflagrar-se uma persecução penal sobre o fato. Segundo Paulo Henrique Aranda Fuller, para apreciação da insignificância nos crimes contra a ordem tributária, algumas particularidades devem ser consideradas, quais sejam: *"a) a insignificância ou bagatela deve ser analisada com base no valor do tributo devido e não das mercadorias ou produtos apreendidos; b) deve ser adotado como referencial o montante consolidado no lançamento do tributo e não o valor atualizado do débito, a fim de afastar o risco de o sujeito ser prejudicado por eventual demora no reconhecimento da bagatela; c) deve ser ponderado apenas o valor do tributo, sem a inclusão de qualquer penalidade pecuniária que incida sobre o fato, pois esta, apesar de integrar o crédito tributário, não retrata a dimensão da lesão ao bem jurídico arrecadação tributária"*[14].

Quanto ao crime de peculato, previsto no artigo 312 do CPB[15], não havia a aplicação do princípio da insignificância até o julgamento do *Habeas Corpus* n. 112388/SP, do STF[16], sob a alegação de ser o peculato um crime complexo, isto é que ofende mais de um bem jurídico tutelado. No caso do peculato, os bens jurídicos tutelados seriam a moralidade pública e o patrimônio. Sendo certo que o patrimônio poderia ser objeto de aplicação do princípio da insignificância, mas a moralidade pública não. Todavia, por maioria dos votos, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 112388/SP, o STF entendeu por aplicar o princípio da insignificância no crime de peculato a partir de 21 de agosto de 2012.

Ainda, deve-se destacar que nos crimes ambientais, o STF vem também reconhecendo o princípio da insignificância, quando presentes os requisitos: *i)* mínima ofensividade da conduta do agente; *ii)* nenhuma periculosidade social da ação; *iii)* o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e, por fim *iv)* a inexpressividade da lesão jurídica provocada, como no julgamento do HC n. 112563/SC[17]. O Promotor de Justiça Renato Marcão, também é favorável a aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais, ao afirmar que: *"Em se tratando de crimes ambientais a interpretação não pode ser diferente. Não há razão lógica ou jurídica para pensar o contrário quando evidenciada a insignificância material da conduta imputada ao agente"*[18]. Todavia, o interessante no artigo do Promotor de Justiça não é a posição quanto à aplicação do princípio da insignificância para os crimes ambientais, mas sim a colocação do instituto na teoria do delito, pois segundo Renato Marcão *"Os postulados da teoria do controle social penal, aliados a uma política criminal atualizada, não só reclama, mas em verdade determinam, que os aplicadores do direito avaliem adequadamente a antijuridicidade material do fato, a verdadeira lesividade da conduta, de modo a não perder de vista a incidência do princípio da insignificância"*[19]. Ora, certamente, conforme a doutrina majoritária e jurisprudência, inclusive do STF e do STJ, o princípio da insignificância é causa excludente de tipicidade penal e não de antijuridicidade penal. Logo, sendo o crime uma conduta típica, antijurídica e culpável, e tendo cada elemento consequente como pressuposto lógico o seu antecedente, não há como se analisar a antijuridicidade se não estiver perfeito o juízo de tipicidade. Destarte, não se pode analisar a *antijuridicidade material do fato*, a partir do princípio da insignificância, pois referido princípio afasta a tipicidade material do fato.

Notas

1 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 20. Nesse sentido, leia-se, também, LUISI, Luiz. O Princípio da Insignificância e o Pretório Excelso. **Boletim do IBCCRIM**, nº 63, 1998. Para Francisco de Assis Toledo, responsável pela reforma da parte geral do CPB em 1980, *"Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, § 1.º, d, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; o peculato do art. 312 não pode estar dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas,; a injúrias, a difamação e a calúnia dos arts. 140, 139 e 138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que excluir ofensas tartamudeadas e sem consequências palpáveis; e assim por diante".* (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 133)

2 No Brasil, a doutrina majoritária entende o crime como um fato típico, antijurídico e culpável.

3 Segundo Eduardo Luiz Santos Cabette, *"(...) está disseminada a afirmação de que na legislação brasileira não há pre-*

visão legal do Princípio da Insignificância, cuja aplicação se dá apenas por reconhecimento doutrinário-jurisprudencial". (CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O mito da não existência de previsão legal do princípio da insignificância no Brasil. **Boletim do IBCCRIM**, Ano 21, nº 251, p. 17, 2013)

4 O Código Penal Militar é legislação penal específica no Brasil que define os crimes militares próprios.

5 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O mito da não existência de previsão legal do princípio da insignificância no Brasil. **Boletim do IBCCRIM**, Ano 21, nº 251, p. 17, 2013.

6 LUISI, Luiz. O Princípio da Insignificância e o Pretório Excelso. **Boletim do IBCCRIM**, nº 63, 1998.

7 "Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa".

8 Apesar de que, destaca João Paulo Orsini Martinelli: *"Decisões recentes do Supremo Tribunal Federal colocaram em dúvida os princípios fundamentais do direito penal e o futuro da aplicação da insignificância. Em especial, julgados chamaram a atenção. O primeiro é o HC 107.733, negado ao acusado de furtar R$ 37,80, uma vez que sua finalidade era trocar os bens por drogas para consumo pessoal. O segundo refere-se ao HC 100.690, também não concedido, cujo paciente foi acusado pela tentativa de furto de dois DVDs no valor total de R$ 34,90. Estes julgados parecem destoar do pensamento garantista que, gradativamente, vem recebendo acolhida no Egrégio Tribunal".* (MARTINELLI, João Paulo. Em defesa do princípio da insignificância no direito penal. **Boletim do IBCCRIM**, Ano 19, nº 225, p. 15, 2011)

9 *"Colaciona-se, aqui, um aresto do STJ sobre o assunto: "HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO CONSUMADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO. ESPECIAL* ***REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE***. ***HABITUALIDADE DELITIVA E REINCIDÊNCIA***. *PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.*

1. A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu ***mínima lesão*** *e a* ***conduta do agente expressa pequena reprovabilidade*** *e* ***irrelevante periculosidade social***.

2. Conforme decidido pela Suprema Corte, "O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal" (STF, HC 102.088/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. CARMEN LUCIA, DJe de 21/05/2010.)

3. De fato, a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração de delitos de mesma natureza, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma, sob pena de verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente para aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida.

4. Na hipótese dos autos, não se verifica o desinteresse estatal à repressão do delito praticado pelo ora Paciente, o qual, ***além de ser reincidente específico****, possui outros registros penais pelo mesmo delito ora apurado, demonstrando, assim, ser um infrator contumaz e de periculosidade social relevante.*

5. Ordem de habeas corpus denegada". (STJ, HC 219272/MG, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, Dje. 02/12/2013, grifos nossos.)

10 Sobre culpabilidade no direito penal no Brasil, leia-se BRITO, Alexis Augusto Couto de. Culpabilidade. Evolução e Análise Crítica Atual. In: BRITO, Alexis Augusto C. de; VANZOLINI, Maria Patricia. **Direito penal:** aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 237.

11 *"Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior".*

12 *"Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:*

Pena - reclusão, de um a quatro anos". A primeira parte do artigo 334, do CPB, versa sobre o crime de contrabando.

13 Colaciona-se aqui aresto do STF sobre o assunto para elucidação: *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA ATO DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ART. 102, I, "I", DA CF. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. HABEAS CORPUS EXTINTO. ORDEM DEFERIDA DE OFÍCIO. 1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. 3. No crime de descaminho, o princípio da insignificância é aplicado quando o valor do tributo não recolhido aos cofres públicos for inferior ao limite de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), previsto no artigo 20 da Lei 10.522/02, com as alterações introduzidas pelas Portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda. Precedentes: HC 120.617, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 20.02.14, e (HC 118.000, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 17.09.13) 4. In casu, o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 334, § 1º, alínea c, do Código Penal (descaminho), por ter, em tese, deixado de recolher aos cofres públicos a quantia de R$ 16.863,69 (dezesseis mil oitocentos e sessenta e três reais e sessenta e nove centavos) referente ao pagamento de tributos federais incidentes sobre mercadorias estrangeiras irregularmente introduzidas no território nacional. 5. A impetração de habeas corpus nesta Corte, quando for coator tribunal superior, não prescinde o prévio esgotamento de instância. E não há de se estabelecer a possibilidade de flexibilização desta norma, desapegando-se do que expressamente previsto na Constituição, pois, sendo matéria de direito estrito, não pode ser ampliada via interpretação para alcançar autoridades —no caso, membros de Tribunais Superiores— cujos atos não estão submetidos à apreciação do Supremo. 6. In casu, aponta-se como ato de constrangimento ilegal decisão monocrática proferida pelo Ministro Campos Marques, Desembargador Convocado do TJ/PR, que deu provimento ao recurso especial do Ministério Público. Verifica-se, contudo, que há, na hipótese sub examine, flagrante*

constrangimento ilegal que justifica a concessão da ordem ex officio. 7. Ordem de habeas corpus extinta, mas deferida de ofício a fim de reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao paciente, determinando, por conseguinte, o trancamento da ação penal". (STF, HC n. 118067/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJE 10.04.2014)

14 FULLER, Paulo Henrique Aranda. Critérios para a aferição da insignificância em crimes contra a ordem tributária. **Boletim do IBCCRIM**, Ano 15, nº 184, p. 15, 2008.

15 *"Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:*

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa".

16 Segue a ementa do acórdão: *"Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento".* (STF, HC n. 112388/RS, Segunda Turma, Rel. p/Acórdão Min. Cezar Peluso, DJE 14.09.2012)

17 *"Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/02, do IBAMA. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98. Rei furtivae de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento".* (STF, HC n. 112563/SC, Segunda Turma, Rel. p/Acórdão Min. Cezar Peluso, DJE 10.12.2012)

18 Renato, Renato. Crimes ambientais: a incidência do princípio da insignificÂncia. **Boletim do IBCCRIM**, Ano 18, nº 215, p. 15, 2010.

19 Renato, Renato. Crimes ambientais: a incidência do princípio da insignificÂncia. **Boletim do IBCCRIM**, Ano 18, nº 215, p. 16, 2010.

China

Dra. Yu Wang

Profesora adjunta de la Universidad Zhejiang, Facultad de Derecho Guanghua, Hangzhou, Republica Popular de China

In China the legislative proviso and the quantitative factors constitute the legal instrument, by which petty crime can be excluded from the criminal prosecution or even from the substantive criminal law.

I. The proviso

Article 13 paragraph 2 Chinese Criminal Law[1] adds to the statutory positive definition of crime the following:

> "If the circumstances are obviously minor and the harm done is not serious, the act shall not be considered a crime."

This statutory regulation, called by the Chinese criminal law scholars as "reservation-clause", clearly indicates the requirement of the quantitative circumstance of the criminal act.

The proviso applies as a limitation or a supplementary premise for the definition of crime in § 13 and is therefore a necessary constituent of the legal definition of criminal offense in Chinese Criminal Law[2]. It states that the definition of crime in Chinese Criminal Law adopts a legislative quality and quantity model (substantive law model), in contrast to the prevailing western legislative quality and judicial quantity model (substantive and procedural law dual model)[3]. Therefore, in the judiciary application of the offense components, written in the current Chinese penal code, it should not only be determined whether a behavior corresponds to the typed conduct, but also certain conditions should exist as quantitative factors of offenses (serious circumstance, serious result of act or amount of illegal gains). Therefore, the proviso represents primarily an interpretation guideline for justice to apply certain criminal law provisions in the Special Part, in which only the qualitative, but not the quantitative elements of the offense, are defined.

In order to clarify the function of the proviso further, various quantitative factors have to be distinguished from each other first.

II. Quantitative factors

Depending on whether the Special Part of Criminal Law explicitly provides quantitative elements, the quantitative factors can be divided in expressed and implied factors.

1. The expressed quantitative factors

The expressed quantitative factors of crimes are expressly provided in the Special Part of the Criminal Law. More than two thirds of the paragraphs in Chinese Criminal Law determine that the condition for criminal liability, according to the nature, circumstance, and the manner of the various infringement, must be fulfilled in one of the following forms: large sum, huge amount, serious and severe circumstance, severe consequence, etc.

The amount of property damage, the sum of illegal gains, and the illegal income are counted as sum-factors, while the serious circumstances or similar serious situations can be considered as circumstance-factors. Consequence-factors refer to the result of the crime, for example severe harm done or serious damage to life and property of citizens, serious damage to the national interests and the real danger that can lead to the violation of legal interests.

2. The implied factors

The implied quantitative factors are not expressly provided by the penal code, which can be further divided into the following three types:

a. The legislator has given these legal interests, because of its particular significant value, absolute protection by using nothing but the qualitative description of conduct against the legal interest. Thus the quantitative elements are absolutely excluded. Murder represents this case, and is indeed the only appropriate case.

b. The legislators described the offense components, with respect to the high-grade legal interests or the serious manner of infringement of the legal interests, only in qualitative terms. But it cannot be ruled out that there are exceptions, such as when an act prima facie formally matches all offense element, but considered all the factors of the entire case, the act, due to its minor circumstances and not serious consequence, should not be punished. The offense of robbery in § 263 Chinese Criminal Law is a suitable example. Even when a conduct can be formally identified as a robbery, such as demanding lunch money from a student to another student by threats, but both the sums of the deliberate robbery and the means employed and the actual harm can be detected as minor, because lack of severe circumstances, the behavior indicates no criminal wrongfulness, and therefore should not be punished.

c. Although the legislator hasn't provided any quantitative requirements for constitution of crimes in criminal law, they can be derived from the fact that the legislator has defined the same conduct as a violation with the same expression in administrative law. To ensure the consistency of the legal system and the subsidiarity of criminal law, the rule of law competition applies also to such situation. The applicable administrative offense gets a priority while the criminal offense recedes behind. But if the unlawfulness of the act is much higher on account of other serious circumstances, the specific section of criminal law takes precedence over the administrative regulation. An example is the crime of seducing others into prostitution. § 67 of the Public Security Administration Punishments Law and § 359 Criminal Law have both expressly defined the conduct of seduction. In order to distinguish the two literally same offense components, quantitative offense element in Chinese Criminal Law shall be taken into account and interpreted under the guidance of the proviso in § 13.

III. The effect of the proviso

This criminal quantification idea reflects two aspects of Chinese legal culture: On the one hand, the old Chinese saying "The law does not apply, if it is not respected by the majority"; on the other hand, the culture emphasizes on the ethical code of conduct instead of the statutory law. Consequently, the criminalization is limited to a small circle of serious, socially detrimental behavior. Although the formulation of the proviso of § 13 was taken over from the definition of criminal offense of the Soviet Criminal Code, the idea behind it is deeply rooted in the traditional legal culture of China[4].

This quantitatively established concept of crime did not only derive from culture, but from the viewpoint of criminal policy the quantitative approach has also significant value. The higher "severity-threshold" leads to a smaller scale of crime, which is advantageous for the social-psychological health because a significant proportion of citizens is not stigmatized by a criminal record. In addition, this eases offenders' psychological pressure and is conducive to their personal development. Furthermore, according to the modern view, state penalty shall be used only as a last resort to protect legal interest. In this context, one speaks of the subsidiarity of criminal law or the criminal law as *ultima ratio*. If one accepts the principle of subsidiarity, the quantitative thinking plays, therefore, a major role in deciding whether an act criminally qualifies. In other words, quantification of criminal concept makes a contribution to decriminalization of petty crimes.

Notes

1 Article 13 Chinese Criminal Law prescribes: "A crime refers to an act that endangers the sovereignty, territorial integrity and security of the State, splits the State, subverts the State power of the people's democratic dictatorship and overthrows the socialist system, undermines public and economic order, violates State-owned property, property collectively owned by the working people, or property privately owned by citizens, infringes on the citizens' rights of the person, their democratic or other rights, and any other act that endangers society and is subject to punishment

according to law. However, if the circumstances are obviously minor and the harm done is not serious, the act shall not be considered a crime".

2 Zhou, Wangsheng, The Reservation Clause, China Legal Science, 1991(4).

3 Chu, Huaizhi, Fixed Factors of Criminal Concept of Chinese Criminal Law, CASS Journal of Law, 1988(2).

4 Chu, Huaizhi/Wang,Yongle, Further Study on Fixed Factors of Criminal Concept of Chinese Criminal Law, CASS Journal of Law, S. 34 ff.

Colombia

Álvaro Orlando Pérez Pinzón
Profesor Universitario
Exmagistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

1. Generalidades

1.1. Gramaticalmente, "bagatela" significa cosa superflua, barata, innecesaria, inútil, vistosa pero sin valor, poco importante.

1.2. Desde el mismo punto de vista, "insignificante" equivale a intrascendente, trivial, sin importancia, baladí, inapreciable, pequeño, nimio, leve, banal, ínfimo, anodino, y similares.

1.3. Trasladados estos conceptos al campo del derecho penal, se puede afirmar que cuando se alude a "delitos de bagatela" es necesario pensar, entonces, en comportamientos que a pesar de estar formalmente descritos como punibles en la ley penal, frente al bien jurídico protegido por el legislador realmente son írritos, inofensivos o insustanciales. Y que el "principio de insignificancia" recoge lo anterior, más las acciones y omisiones modestas, exiguas, microviolatorias o microagresivas[1], como sucede, entre otras conductas, con las lesiones que generan poca incapacidad, las infracciones patrimoniales en cuantías bajas, el consumo de estupefacientes, las "falsedades" autorizadas, burdas e inocuas, las "estafas" por medio de engaños y embustes fácilmente perceptibles, las "calumnias" e "injurias" contra personas de reconocida solvencia moral, etc.

1.4. Tradicionalmente se ha afirmado que el "principio de antijuridicidad material", al que también denominan de "ofensividad", de "ofensión", de "lesividad", y de "vulnerabilidad"[2], significa que cuando una persona realiza una conducta definida en la ley penal como delictiva, más allá de la mera contradicción entre su comportamiento y la norma o normas, es necesario que cause un daño *verdadero*, *cierto*, a un bien jurídico, o una *efectiva* puesta en peligro de ese bien. Si no es así, la conducta no es antijurídica[3].

El tema procede de unos debates que ya tienen bastantes años en derecho: la antijuridicidad "formal" y la antijuridicidad "material".

Se afirma que con la primera se hace referencia a un comportamiento humano que riñe con el ordenamiento jurídico y que, por tanto, lo lastima. Y que con la segunda se piensa en una conducta que, en realidad, además de desconocer la ley "formalmente", origina perjuicio, reducción veraz del bien jurídico, o una amenaza "efectiva" para el mismo, de manera inminente.

De lo anterior resulta que la antijuridicidad no culmina con la simple relación negativa existente entre la acción u omisión y la ley. Es menester ir más allá, mirar su significado sustancial, y constatar si la contradicción involucra lesión veradera o peligro serio para el bien protegido. Así, una actuación humana es antijurídica solamente si menoscaba sensiblemente el bien jurídico protegido por la norma correspondiente o provoca una probabilidad real de daño para el mismo.

1.5. Generalmente las secuelas *sustantivas* de la detección de "delitos de bagatela", dentro del ámbito del "principio de insignificancia", son fácilmente palpables: un mínimo reproche punitivo por parte del Estado, o ninguna consecuencia sancionatoria. Así se percibe, por ejemplo, en los Códigos Penales de la China[4], Cuba (1987)[5] y Eslovenia (1995)[6].

1.6. A nivel *procesal* adquiere especial trascendencia en materia de negociaciones, vgr. El denominado principio de oportunidad.

2. En Colombia

2.1. Desde la Constitución Política, Colombia quiere defender bienes jurídicos. De allí que todavía se crea que la principal misión del derecho penal es la custodia de ellos. Algunas normas de la Carta, a simple título de ejemplo, ratifican la afirmación:

Artículo 2.2, según el cual las autoridades de la República están instituidas para proteger a todos los residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

Artículo 5, que reconoce, sin discriminación alguna, los derechos inalienables de la persona.

Artículo 7, que exalta y protege la diversidad cultural.

Artículo 11, que resguarda el derecho a la vida y expresamente prohíbe la pena de muerte.

Artículo 15, sobre derecho a la intimidad personal y familiar y al buen nombre.

Artículos 18, 19 y 20, sobre libertad de conciencia, de cultos y de expresión, respectivamente.

Artículo 21, sobre derecho a la honra.

Artículo 25, derecho al trabajo.

Artículo 38, derecho a la libre asociación.
Artículo 55, derecho de negociación colectiva.
Artículo 56, derecho a la huelga.
Artículo 58, que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles.
Artículo 79, que consagra el derecho a un ambiente sano, etc.

Nuestra Constitución, entonces, es un libro grande que en importantísima medida busca amparar y acorazar intereses sociales, estatales e individuales. La lista de ellos es bastante larga.

2.2. No obstante, como se dice que Colombia es un estado social y democrático de derecho, y la Carta Política lo afirma, es obvio que no toda conducta dirigida dolosa o culposamente contra los bienes jurídicos tiene que ser delictiva, lo que se confirma con el recuerdo de la adopción de una Constitución *material* y no simplemente *formal*. De manera que si un comportamiento molesta "por encima", "sutil" o "tangencialmente" cualquiera de los tantos bienes jurídicos tutelados, no es delictivo.

2.3. El Código Penal Colombiano, desarrollo de unos mandatos Constitucionales, es explícito sobre el punto. Su artículo 11, norma rectora, guía de interpretación, imperativa y, por supuesto, obligatoria, expresa lo siguiente:

"*Antijuridicidad*. Para que una conducta típica sea punible se requiere que *lesione* o ponga *efectivamente* en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley".

De la simple lectura de la disposición se desprende la antijuridicidad material y, por consiguiente, el "delito de bagatela" y el "principio de insignificancia": *Uno*. Si la acción u omisión lacera, daña el bien, o efectivamente constituye riesgo para él, es antijurídica. *Dos*. Si la conducta no desmejora significativamente el bien, o no lo somete a una amenaza real, es inútil, frívola o desestimable y, por ende, bagatelar, insignificante, es decir, no delictiva.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, hace muchos días, lo estableció con estas palabras:

"No basta la sola contrariedad formal de la conducta con la norma penal para predicar la antijuridicidad de la misma, sino que es necesario establecer la lesión o peligro potencial injustificado del interés jurídico que tutela le ley"[7].

Aparte la solidez de lo anterior, la adecuación de esas afirmaciones a la Constitución es evidente también porque el derecho penal sólo se debe inmiscuir en la vida social cuando sean gravemente afectados los bienes jurídicos.

La idea, además, también fue atendida por el legislador del momento, es decir, el Congreso de la República, cuando confeccionaba el Código Penal del año 2000. En efecto, para citar un ejemplo, en la ponencia para primer debate en el Senado de la República, quedó claro que debían ser aumentadas las penas exclusivamente respecto de objetos "que realmente tengan trascendencia económica", con lo cual se quiso extraer del alcance punitivo más gravoso la acción dirigida hacia bienes "sin significación económica"[8].

Es claro, así, que con fundamento en la Constitución Política y en las normas principales del Código Penal, en nuestro medio es perfectamente admisible el "principio de insignificancia" y, como uno de los componentes de éste, el denominado "delito de bagatela".

2.4. Desde el punto de vista procesal es aún más nítida la aceptación del principio estudiado. En efecto, para acudir a lo más mencionado, hay lugar al "principio de oportunidad" en numerosas hipótesis, entre ellas las siguientes, como se desprende del artículo 324 de la Ley 906 del 2004, último Código de Procedimiento Penal elaborado en Colombia:

No. 10. "Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios".

No. 12. "Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta de mermada significación jurídica y social".

No. 13. "Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social".

No.14. "Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse".

2.5. En Colombia existen numerosos estatutos relacionados con "faltas" o "contravenciones". Sin embargo, al lado del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, como más anejo a estos, es de particular relevancia el estatuto que se conoce con el nombre de Código Nacional de Policía, que consagra, entre otras cosas, las denominadas Contravenciones Especiales. Este estatuto es general pues regionalmente se pueden encontrar otras normativas de policía. Pero esta codificiación, compuesta sobre todo por los decretos 1355 de 1970 y 522 de 1971[9], es la que más se acerca lo que podría llamarse Código de Faltas o de Contravenciones.

Tal vez lo más importante sea tener en cuenta los bienes juridicos tutelados en el Código Nacional de Policía, parcialmente coincidentes con aquellos que componen la Parte Especial del Código Penal. Así, se encuentran allí contravenciones que afectan intereses jurídicos como la seguridad y tranquilidad públicas, el orden social, la fe pública, la salubridad pública, la integridad personal y el patrimonio.

El Código de otra parte, regula lo concerniente a los "copartícipes", el "concurso" de contravenciones, la "reincidenca", y el procedimiento.

Y las "sanciones" previstas son la multa, el arresto y la relegación a colonia agrícola (mendicidad, como contravención contra el orden social).

Notas

1 Sergio Moccia, *El derecho penal entre ser y valor*, traducción de Antonio Bonanno, Montevideo-Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 2003, páginas 191 a 195; Abel Cornejo, *Teoría de la insignificancia*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

2 No es el momento de entrar al infecundo debate sobre las diferencias entre esos conceptos, entre otras cosas porque resultan más ficticias que verdaderas.

3 Tampoco es imprescindible para la finalidad de estas líneas establecer con exactitud si el fenómeno conocido como "bien jurídico tutelado" forma parte de la tipicidad o objetiva o se integra al concepto de antijuridicidad. Esto, ahora, es secundario.

4 Artículo 10: "Si las circunstancias del acto son claramente menores y si el daño ocasionado no es grande, no hay lugar a considerar el hecho como delictivo".

5 Artículo 8-2. "No se considera delito la acción u omisión que, aún reuniendo los elementos que lo constituyen, carece de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor". Artículo 228-4. "No se considera delito el hecho previsto en el apartado primero ("actividades económicas ilícitas") cuando se trate de actividad de reducida significación económica".

6 Artículo 14: "No es delito un hecho que, aun presentando las características que la ley define como constitutivas de una infracción, tenga una escasa importancia penal. Un hecho es de escasa relevancia penal cuando su peligrosidad es insignificante por la naturaleza o la gravedad del hecho mismo, o por la insubsistencia de las consecuencias negativas derivadas de él, o por las circunstancias en que ha sido cometido el hecho, o por el bajo grado de responsabilidad del autor, o por las circunstancias personales inherentes a este".

7 Sala de Casación Penal, Auto del 16 de junio de 1981, M. P. Alfonso Reyes Echandía.

8 Hemos repasado especialmente estos trabajos: Francesco Antolisei, *Manuale di diritto penale*, I, 9ª edición, Milano, Giuffrè, 1982, páginas 168 a 179; Juan Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal español. Parte general*, I, Barcelona, Ariel, 1984, páginas 50 a 63; Juan Bustos Ramírez, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982, páginas 14 a 17; Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Universidad de Valencia, 1984, páginas 273 a 276; José M. Escrivá Gregori, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1976, página 19; Winfried Hassemer, *Fundamentos de derecho penal*, traducción de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984, páginas 38 y 39**;** Hernán Hormazábal Malareé, "Política penal en el Estado de derecho", en Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée (Edts.), *El poder penal del Estado*, Buenos Aires, Depalma, páginas 155 a 171; Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal*, I, traducción de S. Mir P y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, páginas 315 y 316; Ferrando Mantovani, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1979, páginas 190 a 209; Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1976, páginas 128 a 140; Girolamo Penso, *Il pericolo nella teoria generale del reato*, Milano, Giuffrè, 1976, páginas 1 y 31 a 33; "Enzo Musco, Dedicato a Franco Bricola", en Stefano Canestrari (a cura di): *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, Giappichelli, 1998, página 87; Giuseppe Santalucia, *Temi di diritto penale,* 2ª edizione, Milano, Giuffré, 2006, páginas 152 a 159; Claus Roxin, "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?", en Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?,* traducción de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, páginas 444 a 452; Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz y Paula Andrea Ramírez Barbosa, *Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema,* Bogotá, Ibáñez, 2010, especialmente páginas 337 a 349; Alberto Cadoppi y Paolo Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*. 4ª edizione, Padova, Cedam, 2010, páginas 87 a 100; Stefano Canestrari, Luigi Cornacchia y Giulio De Dimone, Manuale di diritto penale. Parte generale, Bologna, Il Mulino, 2007, páginas 201 a 224.

9 Con muchas modificaciones, especialmente adiciones.

Costa Rica

Roberto Madrigal Zamora

1. Aspectos Jurídicos

Tratamiento Sustantivo Penal

Si bien es cierto el principio ideológico que inspira el Principio de Insignificanca o de Bagatela supone la posibilidad de aplicación del mismo a figuras de diversa clase y no sólo de atentado contra la propiedad, encontramos en Costa Rica una serie de delitos contra el patrimonio que evidencian el estado actual de la cuestión en nuestro país y sobre la cual reflexionaremos desde el punto de vista criminológico en el segundo apartado de este reporte.

Por lo pronto y para efectos de este apartado reseñamos el tratamiento actual de esos delitos de seguido.

Empezaremos con uno que no tiene que ver con el bien jurídico propiedad pero que tiene relación el tema de la mínima afectación a un bien jurídico y es el artículo 125 del Código Penal que sanciona como lesión leve con prisión de tres meses a un año el daño en el cuerpo o en la salud que determine una incapacidad (entendida como el tiempo que dura en sanar la lesión) de más de cinco días, cuantificación esta que también afecta al delito de lesiones culposas que se entenderá configurado entonces cuando se supere ese mismo monto y cuya pena podría ser de cien días multa o de hasta un año, pena máxima esta última que podría llegar hasta

los tres años cuando se trate de un caso de conducción temeraria (velocidad excesiva o ingesta alcohólica) acompañándose también la sanción con la posibilidad de inhabilitar al conductor para el manejo de vehículos cuando dicho manejo se trate de la profesión, arte u oficio al que se dedica la persona sentenciada.

Por su parte el artículo 208 reprime con prisión de un mes a tres años la sustracción de una cosa mueble sin importar el monto de la misma y de seguido el numeral 209 lleva la pena máxima hasta tres años si el valor de lo sustraído no excede de cinco veces el monto del denominado en la legislación laboral „salario mínimo" y hasta diez años si lo excediera (aproximadamente 726 dólares para el año 2014).

El precepto numerado como 212 en su inciso primero dispone prisión de seis meses a tres años cuando se produzca un robo simple con fuerza de una cuantía que no exceda tres veces el salario ya reseñado o de uno a seis años cuando sí lo exceda.

El numeral 216 que se denomina "Estafa y otras defraudaciones" castiga con encierro de dos meses a tres años la defraudación que no supere diez veces el salario base o de hasta diez años cuando sí lo exceda. Esta tipificación diferenciada en razón de la cuantía afecta también a los tipos penales del Fraude de Simulación, el Fraude en la entrega de cosas, la Estafa Mediante Cheque, la Administración Fraudulenta y la Apropiación y Retención Indebidas que en cuanto a su penalización siguen la misma regla y montos sancionatorios contenidos en el artículo 216.

Finalmente en cuanto a la tipificación delictual tenemos el artículo 228 que sanciona con prisión de quince días a un año o con de diez a cien días multa la destrucción, inutilización, desaparición o daño de una cosa mueble independientemente de su monto.

Restaría sólo por reseñar para los efectos de este primer apartado la figura contravencional de las lesiones levísimas que estipula una pena de multa de diez a treinta días cuando el daño causado en la salud no determine ninguna incapacidad y de quince a sesenta días multa cuando equivalga a una incapacidad de cinco días o menos; contemplando además el agravamiento de la sanción llevándola a una de diez a treinta días multa en caso de reincidencia de cualquiera de esos dos modos de incurrir en la figura contravencional.

Tratamiento Procesal.

Aunque existen una serie de institutos procesales que de una u otra manera podrían verse ligados a la consideración filosófica de la escasa afectación al bien jurídico, como podrían serlo las medidas alternas de la conciliación o la suspensión del proceso a prueba o incluso el instituto de la condena de ejecución condicional; en sentido estricto el tratamiento procesal del delito de bagatela se encontraría contenida en el artículo 22 del Código Procesal Penal que nos rige desde enero de 1998 y que a la letra dice:

> *"**Artículo 22. Principios de legalidad y oportunidad.** El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública, en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de ley.*
>
> *No obstante, previa autorización del superior jerárquico, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando:*
>
> a) Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o el partícipe o con exigua contribución de este, salvo que exista violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas, se afecte el interés público o el hecho haya sido cometido por un funcionario público en ejercicio del cargo o con ocasión de él…"

El trámite procesal correspondiente en caso de aplicarse este criterio de oportunidad sería la solicitud por parte de la fiscalía al juez del procedimiento intermedio de un sobreseimiento definitivo por extinción de la acción penal por aplicación del criterio de oportunidad por bagatela, esta solicitud podría sustanciarse mediante un trámite sencillamente escrito o previa convocatoria por parte del juez de a una audiencia preliminar durante la cual se discutiría el punto.

Correspondería al juez el dictado del sobreseimiento definitivo salvo que echara mano del instituto de la disconformidad, en cuyo caso el asunto tendría que volver al fiscal que ha solicitado la aplicación del criterio de oportunidad quien podría dar marcha atrás o ratificar dicha solicitud teniendo el juez en esta segunda oportunidad la posibilidad de acoger la gestión o si mantiene su posición contraria remitir el asunto al fiscal superior correspondiente que si reitera la petición de sobreseimiento obliga al juez penal a acogerla.

En todo caso la víctima tendría derecho a ser escuchada y podría apelar la resolución que se dicte.

2. Aspectos criminológicos

Como lo hemos venido reseñando en por lo menos los últimos diez años en los reportes que desde nuestro país enviamos para esta sección de la revista, Costa Rica vive inmersa en una coyuntura de maximización del derecho penal contextualizada en una campaña de Ley y Orden impulsada desde las empresas de trasiego masivo de la información.

En el caso concreto de los delitos de bagatela dicha coyuntura de maximización de la respuesta punitiva se ha materializado en una serie de reformas a los delitos contra el patrimonio que se han venido produciendo precisamente durante el último decenio.

Es así como en el año 2002 desapareció la figura denominada "robo simple con arrebato", modalidad del robo simple con violencia sobre las personas creada para racionalizar la pena a imponer en aquellos casos en que con un mínimo de violencia se despojaba a una persona de bienes de escaso valor y que en la práctica correspondían a lo que en el lenguaje cotidiano se conocía como „carterazos" y „cadenazos" o sea el arrebato de bolsos de mano, paquetes que una persona portaba consigo, cadenas y cosas por el estilo. Al desaparecer esta figura estos hechos volvieron a quedar comprendidos en la figura del robo simple con violencia que puede conllevar una pena de prisión de hasta nueve años.

De igual manera en el año 2009 se reforman las figuras del hurto simple y los daños que originalmente pasaban de ser contravenciones a convertirse en delitos solamente cuando el monto de lo sustraído o el valor del daño superaran un determinado límite económico. Dicho límite económico en un primer momento estuvo fijado por un monto fijo que obviamente llegó a estar desfasado y que por lo tanto traicionaba el espíritu de la norma de no elevar al rango de delito conductas de mínima lesividad, razón por la cual se reformó el tema de la delimitación de las cuantías estableciéndose un sistema de fijación a partir del monto que anualmente se ajusta por parte del Estado a manera de salario mínimo legal para una determinada categoría del escalafón de puestos existente en nuestro país para regular el tema del salario justo en todo el mercado laboral.

La reforma en cuestión abolió esa modalidad de fijación de las cuantías para efectos de los delitos cuestionados y que atendiendo a la realidad de la devaluación económica pretendía justamente dar vigencia a la idea de la existencia de atentados mínimos que no merecían ser seleccionados por el sistema penal resultando, entonces en una desaparición de las contravenciones denominadas hurto menor y daño menor y redundando en que hoy por hoy en Costa Rica cualquier sustracción y cualquier daño por ínfimo que sea podrían suponer el encierro de un ciudadano.

Modificaciones similares sufrieron el delito de lesiones leves y consecuentemente el de lesiones culposas cuyo mínimo para efectos de configuración pasó de estar determinado por el límite de siete días de incapacidad al de cinco días de incapacidad.

Jurisprudencialmente la consideración sobre el tema del delito de bagatela puede resumirse del siguiente modo (tomado de „LA INDISPENSABLE REFERENCIA AL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL (ANÁLISIS A PROPÓSITO DE LA NUEVA FIGURA DE HURTO EN LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE). Gamboa Sánchez, Natalia. Defensora Pública de la Unidad de Impugnación de la Defensa Pública de Costa Rica/Alumna Curso Especialización Universidad de Salamanca):

"La posición mayoritaria:

– La decisión del legislador de política criminal debe respetarse, independientemente de qué se hurte y a quién se hurte.

– Que existen delitos que carecen de bien jurídico como los delitos de peligro abstracto.

– Que no basta con señalar que la lesión es ínfima porque los bienes tienen bajo costo y son pocos, cuando en este tiempo, las grandes estafas se están cimentando poco a poco, en sustracciones de bajo valor, en una labor de hormiga, hasta llegar a montos excesivos de perjuicio para este tipo de empresas, que por ser de gran poderío, no se les puede limitar…

…La posición minoritaria:

– La teoría del delito es una herramienta de obligatorio análisis en cualquier pronunciamiento, que lejos de ser mera doctrina, tiene un sustrato constitucional que hace efectivos los principios penales.

– No en todos los casos que se analizan, el valor de los bienes es determinante. Debe analizarse en cada caso concreto, la posición de la víctima, el bien sustraído y la entidad de la lesión.

– El principio de lesividad o subsidiariedad del derecho penal es aceptado en el derecho penal costarricense.

– La decisión de penalizar el hurto menor es una decisión de política criminal, pero cualquier juez penal ordinario debe verificar si, en el caso concreto sometido a su conocimiento, la conducta, a pesar de ser típica, tanto objetiva como subjetivamente y no tener causales de justificación, es materialmente antijurídica.

– Que los argumentos para rechazar la antijuridicidad material han sido: **a)** que así lo estableció el legislador, quien es el único competente para determinar qué conductas son delitos; **b)** que hay delitos de peligro abstracto que no tienen bien jurídico; **c)** que algunas víctimas, de gran poderío económico, se verían desprotegidas por las sustracciones tipo 'hormiga'. Para refutar estos argumentos señala: **a)** El nivel analítico de la tipicidad no coincide con el de política criminal; **b)** La jurisprudencia constitucional, de carácter vinculante, obliga a analizar el principio de lesividad en los casos penales sin excepción. Además la jurisprudencia constitucional declara, que toda figura penal debe al menos lesionar potencialmente el bien jurídico, exigencia que ha sostenido para los delitos de peligro abstracto, que de por sí no es una característica del hurto simple que se trata de un delito de resultado; **c)** El razonamiento del comercio hormiga es violatorio del principio de culpabilidad, pues atribuye al sujeto, una actividad que no está probada en su caso que realice".

Un momento culminante del contexto ideológico en que se enmarca el estado actual del abordaje que en el

foro está recibiendo este tema lo señala la actuación de un juez de juicio quien durante el desarrollo de un debate en que se juzgaba una acusación por hurto simple cometido en un almacén de una cadena multinacional de supermercados, ordenó oficiosamente la evacuación de una prueba solicitando a dicho almacén un informe sobre los gastos que los rubros de seguridad y vigilancia tenían que ser presupuestados por parte de dicha empresa como costos de operación, esto con la finalidad de determinar según el juez si en realidad el hurto en cuestión que había recaído sobre bienes de muy poco costo podría calificarse como de bagatela en atención a esos costos que la empresa debía solventar para prevenir la actividad delictiva.

Honduras

Dra. Angie A. Arce Acuña
Doctora en Derecho Penal
Costa Rica

I. Introduccion

El principio de la insignificancia, los delitos de bagatela, conductas mínimas, que son conceptos que se aplican para aquellos hechos que, aunque su descripción encuadre a simple vista en la figura que tipifica una norma penal, la falta de lesión al bien jurídico o la inconsistencia de tal afectación, imponen la lógica consecuencia de su eliminación dentro de la órbita del poder punitivo del estado.

En algunos casos por ausencia de lesividad se excluye la tipicidad, en otros la desproporción entre la afectación y la sanción prevista, excluye la pena, pues aún la aplicación del mínimo de la escala importaría un absurdo, que lejos de solucionar el conflicto creado y asegurar la seguridad o paz social, generaría una injusticia, con el consiguiente repudio colectivo por la desmedida injerencia del estado.

Las situaciones a las que se hace referencia son de diferente índole, con distintos fundamentos dogmáticos para arribar a la misma conclusión: la eliminación de la órbita del poder punitivo.

Así las cosas, hay hechos que directamente pueden no ser considerados delito por aplicación de la teoría de la insignificancia.

Sucede entonces que en ciertos supuestos, es burda la idoneidad del poder punitivo. La intervención estatal resulta inadecuada y grosera, como así también la criminalización de conductas cuando los conflictos que generan se pueden resolver por medios no penales.

Según Abel Cornejo, no existen delitos insignificantes, minimos o bagatelares, lo irrelevante son los hechos. Solo así puede aceptarse la aplicación con éxito del principio pues poner en crisis la irrelevancia de los tipos penales implicaría el riesgo de poner en tela de juicio la vigencia y legitimidad del sistema normativo.

Si bien el término insignificancia, ya sea como teoría o principio, ha sido usado indiscriminadamente para marcar situaciones nimias o de bagatela, creo que sí existe una diferenciación entro lo nimio, que no es delito y la bagatela o delito bagatelar, que sí lo es.

En función de tales diferencias surge el interrogante sobre el uso del principio, como precepto del derecho sustancial o como principio de oportunidad en el ejercicio de la acción, que es un instituto procesal. De acuerdo a los distintos supuestos que se generan en la vida cotidiana, tal interrogante no implica concluir a favor de una u otra alternativa, sino más bien, que las distinciones apuntadas en el párrafo anterior deben ser estudiadas en estas diferentes esferas.

No se asignan penas como consecuencia de cualquier contingencia, existiendo un correlato entre los más altos valores de una sociedad y la tutela de los mismos mediante la amenaza de aplicación de penas a quienes los desconocieren. La determinación de cuál ha de ser el contenido de las previsiones a las que se asignen penas como consecuencia de su acaecimiento, no es labor científica, es decir, es ajena a la ciencia jurídica. Tal determinación es valorativa, y se vincula con los fundamentos de la organización social y la política criminal que ella adopte.

II. La insignificancia dentro de la teoría del delito

El principio de lesividad viene de uno de los fines del Derecho Penal, el cual busca proteger bienes jurídicos consagrados y que el mismo derecho penal enmarca como limite al Ius Puniendi, ya que solamente protegerá bienes jurídicos previamente establecidos en la Constitución o en Tratados Internacionales.

Este principio indica que el estado solo intervendrá si hay una lesión o puesta en peligro al bien jurídico contenido en la norma, así las cosas las afectaciones de bienes jurídicos exigidas por la tipicidad penal requieren siempre de alguna entidad —de alguna gravedad—, por lo cual, no toda afectación mínima al bien jurídico es capaz de configurar la afectación requerida por la tipicidad penal. Según el principio de insignificancia o bagatela las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva, y he de destacar que en casi todos

los tipos en que los bienes jurídicos admitan lesiones graduables es posible concebir actos que sean insignificantes.

1. Tipicidad

Entre las posturas que propician la aplicación del principio de la insignificancia, las mayores adhesiones doctrinales y jurisprudenciales la ubican dentro de la atipicidad. Conforme con este principio, serían atípicas aquellas conductas que importan una afectación irrelevante del bien jurídico.

Se ha sostenido que el fundamento teórico que permite sostener la atipicidad penal de una conducta que no se ha traducido en una relevante afectación del bien jurídico, a pesar de su formal adecuación al dispositivo típico es la seguridad jurídica, ya que cuando ciertos bienes han sido afectados mínimamente, la reacción penal por su gravedad es de hecho injusta y ello afecta hondamente el sentimiento público de seguridad.

No basta la adecuación de la conducta a un tipo penal si es que no tiene entidad para afectar al bien jurídico. El bien jurídico determina el injusto, si no se afecta o pone en peligro dicho bien, no existe el delito.

2. Antijuridicidad

"Lo insignificante no es antijurídico", es una posición aún no desarrollada que esboza Abel Cornejo . Dice que una vez subsumido el hecho en una norma penal, lo siguiente será averiguar si generará reproche penal, constatando si es contrario a derecho, o sea, antijurídico. Señala que existe acuerdo en la doctrina en considerar que la esencia de la antijuridicidad material se pone de manifiesto en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Dicho ataque a bienes jurídicos es reprochado por ser considerado socialmente dañoso. El término antijuridicidad indica la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. En términos amplios —señala el autor—, "el concepto de antijuridicidad parece estar asociado con la ilegitimidad social o dañosidad moral de un acto".

Las causas de justificación completan la descripción de lo prohibido estableciendo inversamente sus límites, ello es, fijando las salvedades en cuyo caso la conducta no se halla prohibida. Pueden ser entendidas como tipos permisivos que constituyen reglas especiales frente a tipos prohibitivos que constituyen la regla general

No obstante, debe tenerse en cuenta que es opinión dominante la taxatividad de las causas de justificación, lo cual importa un obstáculo a la acogida de esta postura. Ante este embate, se señala que haciendo uso de la analogía in bonam partem, no prohibida por nuestro derecho positivo, podría acudirse a causales supralegales de justificación, máxime que en materia penal no está prohibida la anología a favor del reo.

3. Como eximente de pena.

La teoría de la insignificancia permite indagar sobre la justificación moral del castigo, al preguntarse qué es lo que debe sancionarse.

La utilización indiscriminada de las penas, contribuye a la creación inexorable de una cultura del prontuario, alejada de toda idea de proporción entre la verdadera relevancia de un hecho, y la consecuencia que debe tener. Esto impide, en la práctica, que se castigue lo que realmente debe castigarse, derivando en un sistema supra legal de impunidad, que divide al contexto social entre quienes están, por determinadas circunstancias, exentos de todo reproche y como tal del consecuente castigo, de aquellos que, por otras cuestiones, deberán conducirse de tal modo, que el castigo pende de manera constante sobre la suerte que pueda depararles el destino.

Se ha comprobado que la amenaza de pena por vulnerar la norma, no genera de por sí responsabilidad social alguna, sino todo lo contrario, a mayor rigor de las leyes penales, mayores delitos se cometen. Asimismo, a mayor severidad del castigo, menos aplicable, por su desproporción, se vuelven las leyes.

El fundamento legal refiere a la exención de pena para el delito imposible, dentro de la escala delictiva es el proceder más leve. Cabría entender comprendida en esta hipótesis de ausencia de castigo, a la insignificancia o falta de lesividad. Es decir que hay tipicidad, por cuanto la conducta contiene todos los elementos configurativos del tipo penal, pero por tratarse de un hecho nimio, irrelevante o insignificante, no se hace merecedor de una sanción.

III. Aplicación en Honduras

Una de las causas principales del hacinamiento carcelario en Honduras es la población recluida por delitos de bagatela, actualmente las cárceles de Honduras están ocupadas por casi 12,300 de los cuales 4,000 que están en los centros penales por delitos de esta naturaleza.

El pasado agosto de 2013 La Secretaría de Justicia y Derechos Humanos (SJDH), junto con la Comisión Nacional de Transición de Centros Penales y el Centro de Prevención Tratamiento y Rehabilitación de Víctimas de Tortura y sus Familiares, propuso un proceso de socialización del brazalete electrónico como alternativa a la prisión para los enjuiciados por estos delitos, dicho

mecanismo sirve para monitorear los movimientos de las personas a fin de garantizar que cumplan algunas medidas sustitutivas a la prisión, como no salir del país o aproximarse a aéreas restringidas, también sirve para controlar que una persona cumpla con arresto domiciliario, como una medida para evitar el hacinamiento carcelario y respetar los principios de proporcionalidad de la pena.

En cuanto a la persecución de los delitos de bagatela estos se encuentran regulados en el artículo 28 del Código Procesal Penal, en la cual el Ministerio Público podrá abstenerse de ejercitar total o parcialmente la acción penal, limitarla a alguna de las infracciones o a alguno de los imputados, Cuando la pena aplicable al delito no exceda de cinco (5) años, la afectación del interés público sea mínima y, de los antecedentes y circunstancias personales del imputado, se infiera su falta de peligrosidad. Esta norma autoriza que, cuando se trata de casos de bagatela, el ente fiscal pueda solicitar el dictado de una sentencia de sobreseimiento por aplicación de este criterio de oportunidad, como excepción permitida por el legislador para no continuar con la acción penal, pese a que se trate de un delito (razones de política criminal). De ahí que queda en manos del Ministerio Público prescindir de la persecución legal, pero no porque no sea un delito, sino porque siendo un delito, el costo de la justicia es mucho mayor que el daño producido, y sólo bajo las razones de política criminal que desarrolla el ente fiscal.

Asi las cosas son considerados delitos de Bagatela en Honduras, aquellos hechos penales insignificantes sin repercusión alguna para el bien jurídico tutelado, clasificados de la siguiente manera : i) desde la teoría de la acción podría discutirse si lo que es insignificante es precisamente aquello que tiene "poco" disvalor de acción; ii) desde el punto de vista del resultado, podría discutirse si, por el contrario, lo insignificante es aquello que tiene "poco" disvalor de resultado; iii) desde el punto de vista de la pena, podría plantearse que es "insignificante" aquella lesión del bien jurídico que en una confrontación con la pena a imponer resulte "desproporcional"; iv) este último aspecto lleva también a discutir también si lo que es "insignificante" puede averiguarse desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, y en tal caso buscar su contenido en el principio de lesividad; v) desde el punto de vista de la culpabilidad, podría declararse insignificante lo que contiene un mínimo grado de reproche (concepto de la "mínima culpabilidad"); vi) desde la teoría de la participación podría analizarse el grado de participación o de aporte del partícipe a fin de cuantificar una eventual insignificancia y de allí una aplicación del principio de oportunidad a los partícipes que no representen un papel significativo en la realización del hecho. Como elementos de la sistemática de la teoría del delito entendemos aquí no sólo los conceptos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad que en la mayoría de los textos de derecho penal se encuentran expuestos; sino también otros elementos que tienen que ver con la pena y las condiciones en que esta puede o no debe ser ejercida, así como también los elementos referidos al trabajo judicial de medición o cuantificación del monto de pena a aplicar. De aquí resultan entonces incluidos los siguientes elementos: las condiciones objetivas de culpabilidad (causas personales de exención y de exclusión de pena); los presupuestos procesales de perseguibilidad así como también los impedimentos sancionatorios; la determinación de los marcos penales; la medición de la pena, y los aspectos correctivos de la medición de la pena, aspectos todos que se encuentran regulados en la Parte General del Código Penal vigente.

De igual manera en cuanto a las causas de justificación en Honduras las cuales se encuentran contenidas en el artículo 24 del Código Penal, estas excluyen la antijuricidad de la acción penal, es decir, permite la ejecución o realización de un hecho típico, es decir, suponen normas permisivas que autorizan, bajo ciertos requisitos, la realización de actos generalmente prohibidos.

Vienen a ser normas dirigidas a situaciones específicas que excluyen la antijuridicidad de un determinado comportamiento típico, que *a priori* podría considerarse antijurídico.

Cabe destacar que la comprobación del carácter antijurídico de la conducta tiene un carácter negativo, de manera que una vez identificada la conducta típica, habrá de analizarse su eventual inclusión dentro de las causas de justificación, excluyendo el delito si encuadra en ella, y suponiendo antijuridicidad si no encajase.

Conclusión

Los bienes jurídicos, como base de la protección de derecho penal, constituyen un ideario filosófico liberal proveniente del axioma de dañosidad social y ofensividad de bienes protegidos por normas de mayor rango.

El estado solo intervendrá si hay una lesión o puesta en peligro del bien jurídico contenido en la norma.

Los delitos de bagatela constituyen una falta de lesión al bien jurídico o la inconsistencia de tal afectación, imponen la lógica consecuencia de su eliminación dentro de la órbita del poder punitivo del estado.

Para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta

Si el bien jurídico está indisolublemente engarzado a la estructura del delito y cumple una función dogmático-interpretativa en relación con todo el sistema del ilícito, nos parece indiscutible que la insignificancia no guarda relación o no se explica por meras razones procesales de oportunidad, mérito o conveniencia, sino que tiene que ver directamente con la tipicidad

Para el juzgador, el criterio de oportunidad, por delitos de bagatela o de poca relevancia jurídica, implica un tema polémico sobre el que no pueden darse reglas exactas es así como el análisis de antijuridicidad material compete al juez ordinario en cada caso concreto, no pudiéndose dar parámetros generales.

Italia

Francesco Diamanti

Doctorando de Derecho penal en la Universidad de Módena y Reggio Emilia. Traducción de Víctor Manuel Macías Caro.

De la hiperproducción normativa a la nimiedad como modelo deflacionario. La evolución histórica[1] y la situación actual de la proliferación de tipos penales hacen más evidente que nunca la deriva inflacionista del sistema penal italiano. La ampliación del horizonte penal, al tener lugar sobre un sistema procesal ya agonizante[2], ha producido en Italia daños profundos y difícilmente sanables. Los últimos datos muestran que Italia "disfruta" de alrededor de nueve millones de procesos pendientes, frente a unos quince mil juzgadores (entre magistratura ordinaria y honoraria) y gasta más o menos cuatro mil millones de euros al año en la Justicia. De entre estos procesos casi tres millones y medio son penales. Pero esto no es todo: el aumento en el número de asuntos es constante, siendo en concreto de 2,8% en referencia a los delitos ordinarios, de 1,2% en los delitos de competencia de la Dirección de Distrito Antimafia y de 2,7% en los delitos de competencia de los jueces de paz[3].

Partiendo de estos datos es fácil entender las razones por las cuales tanto la deflación *abstracta*, entendida como descriminalización y despenalización, como la *concreta*, reducible en general a la desprocesualización y descarcerización, se han convertido en los principales medios para contener la inflación penal actual. Por lo que respecta al espíritu deflacionario *in action*, también están presentes en el debate italiano tendencias de descriminalización por parte de los jueces en atención a la particularidad de los hechos concretos y a las características de los autores. Entre estas, en lo que aquí nos interesa, merecen particular atención algunos mecanismos deflacionarios utilizados para afrontar hechos ilícitos abstractamente relevantes pero concretamente nimios (de bagatela, mínimos, etc.), ocasionales y cometidos por autores a los que a menudo les cuesta reconocerse como autores de una conducta desviada. Es decir, métodos capaces de llegar adonde incluso una despenalización "masiva" resultaría ineficaz[4]. Es importante precisar, desde ahora, que el Código penal italiano tiene instrumentos para eliminar en vía hermenéutica los hechos inofensivos[5], pero no tiene todavía ninguna cláusula general capaz de aislar las formas marginales de manifestación de los delitos abstractamente sancionados incluso de forma rigurosa, conocidos como bagatelas "impropias" ("*uneigentliche*")[6]; por otra parte, al tratar esta materia se debe tener en cuenta que la Constitución italiana, estableciendo un tabú más que una verdad indiscutida[7], impone al Ministerio público la investigación de toda *notitia criminis* fundada y, una vez obtenida las pruebas suficientes, el ejercicio de la acción penal. En este marco, los estudiosos italianos, quizá motivados por numerosos (aunque fracasados) proyectos legislativos en el pasado siglo[8], no han abandonado la reflexión sobre el aislamiento del desvalor de la bagatela mediante la utilización de indicios claros, específicos y taxativos. Por estas razones, antes de analizar las soluciones *de lege data*, es necesario sintetizar brevemente los términos del debate *de lege ferenda* sobre el contenido de la nimiedad.

Lo que no es la nimiedad. La limitación del reproche por parte del Estado únicamente a los hechos esenciales y el rechazo a su persecución si son de bagatela, modestos o mínimos, es un enfoque que, como se sabe, es común (si bien más en el *resultado* que en los *medios*) a la mayor parte de los principales sistemas **penales** de Europa. No obstante, en el debate italiano, pese derivar ambas de la equidad, **la nimiedad del hecho no coincide con su inofensividad**. De hecho, a la bagatela subyace una valoración *compleja*[9] y *cuantitativa* de (*de)* selección concreta; no un parámetro *cualitativo* de selección, como es el caso, precisamente, del *nullum crimen sine iniuria*. Ya a nivel conceptual, si *un hecho es nimio no es inofensivo*[10].

En segundo lugar, la nimiedad no se limita a la valoración de los intereses tutelados en cada supuesto de hecho, sino que pretende tener en cuenta el hecho en su conjunto concretamente considerado. En este sentido, la **tenuidad del delito** (juicio funcionalista-teleológico dirigido a determinar la inexistencia de merecimiento de pena en un solo caso concreto) **no se superpone a la tenuidad de la ofensa**[11].

Lo que, por el contrario, es la nimiedad. Habiendo renunciado a exponer una lista precisa de las innumerables propuestas teóricas de identificación y colocación sistemática del fenómeno en cuestión, lo cual es quizá poco útil en esta sede, solo nos queda acudir a enfoques "de diccionario" y definir la nimiedad como **un criterio cuantitativo de selección, ya conocido en el Derecho romano**[12]**, dogmáticamente correspondiente a la categoría de la punibilidad** (sobre la base del principio de subsidiariedad) **y susceptible de dar cabida a la irrelevancia sustancial de un hecho de bagatela, pese a que sea típico, lesivo y culpable.**

La nimiedad en el Derecho positivo italiano: dos experiencias sectoriales. Más allá de los numerosos intentos de delinear un concepto unitario de *nimiedad del hecho* y de los esfuerzos, ninguno con éxito, para que éste fuese utilizado de manera general en el Derecho penal, la primera traducción legislativa, aunque no muy precisa en sus términos[13], ha tenido lugar con el **art. 27 del DPR de 22 de septiembre de 1988, nº 448, en materia de proceso penal de menores**. La norma en cuestión establece un parámetro sustancial de no punibilidad[14]. En pocas palabras, si un joven comete efectivamente un hecho ilícito (en su contexto[15]) tenue[16] y ocasional[17] y existen razones válidas para evitar un proceso que solo tendría como resultado deseducar[18], el juez (durante la instrucción, en la audiencia previa, en el juicio oral o en la apelación) está llamado a emitir sentencia[19] de *no ha lugar a proceder por irrelevancia del hecho*.

Si centramos la atención en el Derecho penal de adultos es posible comprobar que el legislador italiano ha querido levantar otro *laboratorio de soluciones procedimentales y sustanciales*[20] sobre la nimiedad, encargando la gestión a personal jurisdicente que se ocupa de delitos menores (art. 34 D.leg. 2714/2000). En esta sede se le permite al juzgador mitigar la fuerza de la obligatoriedad de la acción penal dándole la posibilidad de aplicar una *causa de exclusión de la procedibilidad* frente a hechos *particularmente tenues*. El contenido del concepto de tenuidad remite a una valoración (conjunta[21], aunque jerárquica[22]) de la nimiedad del daño o del peligro generado por el *reo*[23], del grado de culpabilidad y de la ocasionalidad del comportamiento. Digno de consideración, por otra parte, es el hecho de que se tenga en cuenta un factor dogmáticamente externo a la nimiedad, pero de gran humanidad: *el perjuicio que el sucesivo curso del procedimiento pudiera crear para el trabajo, el estudio, la vida familiar o la salud del investigado o imputado.* A diferencia del juicio de menores, esta segunda valoración de la *irrelevancia del hecho* puede constituir no solo una óptima razón para separar al imputado del proceso[24] en cuanto sea posible, sino también un buen motivo en pro del archivo del procedimiento[25].

Como conclusión. En Italia, tal y como hemos tenido la oportunidad de señalar, la expansión patológica de lo penalmente relevante, verdadero motor de la exigencia de desistir de lo que no sea esencial, ha dado lugar a esfuerzos que propenden a la superación de los experimentos sectoriales que hemos expuesto aquí brevemente y a la consecuente cristalización general de la nimiedad; objeto constante, este, también en los últimos buenos propósitos del legislador penal contemporáneo[26].

Por ahora, como ha sido confirmado hace pocos meses por la Corte Suprema[27], una bagatela como el hurto[28] de dos latas de cerveza cometida por un adulto sin antecedentes penales[29] en un hipermercado, sigue siendo un *hecho lesivo* si bien *atenuable* y *sancionado penalmente* a pesar de su *nimiedad*.

Notas

1 Sobre ello, la más completa y atenta reconstrucción histórica de los orígenes de la hipertrofia penal italiana se encuentra en SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007),* Giuffré, 2009, v. I, p. 710 ss.

2 Cfr. *Dossier n. 11*, mayo 2013, XVII legislatura, disponible en www.senato.it.

3 Datos actualizados a 14 de noviembre de 2013 en www.webstat.giustizia.it.

4 Por ejemplo, la nimiedad del hecho (la bagatela) es interpretada como una característica potencialmente adaptable también a realizaciones concretas de supuestos de hecho abstractamente graves que no merecen ser eliminados. Sobre ello, v. DONINI, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Cedam, 1996, p. 250.

5 Entendida en el debate italiano, al menos en su versión *concreta*, *débil* o *hermenéutica*, como ausencia de lesión efectiva (o de puesta en peligro) del bien jurídico tutelado por la normal penal. Para el contenido y los límites, v. la reciente contribución de DONINI, "Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei", en *Dir. pen. cont.*, *Riv. Trim.*, n. 4 del 2013 y, a nivel de monografía, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, 2005. Con respecto a la jurisprudencia, el valor hermenéutico-prescriptivo del principio de ofensividad es una opinión tendencialmente constante (tanto en la Casación como en

los tribunales inferiores): por todas, Cass., Sez. Un., sent. 30 de septiembre de 2013, n° 40354.

6 Sobre la distinción, por todos, se remite a: DI CHIARA, "Esiguità penale e trattamento processuale della particolare tenuità del fatto: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione", en SCALFATI (coord.) *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 336.

7 Para más detalles, v. CHIAVARIO, "L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà", en *Cass. pen.,* 1993 p. 2658 ss.; TORRENTE, "Le storie organizzative di due procure della Repubblica tra obbligatorietà dell'azione penale e selezione del crimine", en SARZOTTI (coord.), *Processi di selezione del crimine. Procure della Repubblica e organizzazione giudiziaria*, Giuffré, 2007 p. 227 ss.; ZAGREBELSKY, "Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale", en CONSO (coord.), *Pubblico ministero e accusa penale. Prospettive di riforma*, Zanichelli, 1984 p. 3 ss.

8 El concepto de nimiedad del hecho, si bien con otros términos, se puede encontrar: *a)* en el Proyecto de ley 4625/1998 como *"improcedibilidad por irrelevancia penal del hecho"*, que más tarde se convertiría en causa de no punibilidad en el Texto Unificado de los proyectos de ley nº 411 y siguientes, presentado por el senador Carotti en la sesión del 12 de mayo de 1998*; b)* en el art. 74 del Proyecto "Grosso" de reforma del Código penal italiano: *"No punibilidad por particular tenuidad del hecho"*; en el Proyecto "Nordio" de reforma, con la circunstancia atenuante de la "particular tenuidad del hecho"; *c)* en los trabajos de la Comisión de reforma del Código de procedimiento penal presidida por el Prof. Riccio, durante los cuales, pese a no pronunciar una sola sílaba sobre los contenidos sustanciales de la nimiedad, se propone la introducción de un nuevo motivo de archivo cuando "… *el delito hipotizado no supere en concreto un nivel mínimo de ofensividad*"; *d)* en el Proyecto "Pisapia" de reforma del Código penal, donde también aparece, entre otras cosas, un criterio general de no punibilidad por la irrelevancia el hecho deducida "de la *tenuidad de la ofensa y de la ocasionalidad del comportamiento*".

9 Se alude aquí a varios criterios (grado de culpabilidad, opinión de la persona ofendida, antecedentes penales, etc.) potencialmente utilizables por el juzgador en el juicio global sobre si el hecho ilícito es nimio o no.

10 Ello en tanto en cuanto, en el concepto de nimiedad, aunque sea tenue hasta el punto de anular toda exigencia especialpreventiva de castigo, por supuesto que hay ofensa. Cfr. DONINI, *Teoria*, p. 246; DE FRANCESCO, *L'esiguità dell'illecito penale*, en *Dir. pen. proc.,* v. II, 2002 p. 891; GROSSO (coord.), *Per un nuovo codice penale*, II, *Relazione della commissione Grosso (1999)* en *Quaderni dell'indice Penale*, Padova, 2000, 31 ss.; MATTEVI-PONGILUPPI-VENTURA, *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Ipsoa Ed., 2009, p. 3 ss.

11 Sobre la distinción se remite a VINCIGUERRA, *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, en *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, v. II, (2077), 2078-2079, luego recuperada y usada en la aguda contribución de Caterina Pongiluppi en MATTEVI-PONGILUPPI-VENTURA, *Irrilevanza del fatto*, cit., p. 3 ss.

12 Ya los romanos aplicaban el "*de minimis non curat praetor"* unos dos mil trescientos años antes de que los juristas alemanes (con Listz, *Leherbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin-Leipzig, 1919, p. 14, § 4) recuperasen la idea de que *der Strafrichter kümmert sich nicht um Kleinigkeiten*.

13 Sobre este tema la doctrina ha señalado justamente que la utilización del término "irrelevancia" no permite distinguir la conducta *carente de cualquier relevancia penal* de aquella *tan leve que no merece una respuesta sancionatoria*. Cfr., entre otros, CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, 2005, p. 232.

14 Esta es, al menos, la opinión de la Corte constitucional: cfr. Corte cost., sent. 6 de junio de 1991, nº 250.

15 Por último, Cass., Sez. IV, sent. 12 de noviembre de 2013, nº 45580.

16 En cuanto a la tenuidad del hecho, la jurisprudencia opta por soluciones abiertas y capaces de valorar el hecho "globalmente" (tales como la naturaleza del delito, la pena abstracta, la alarma social provocada, la capacidad para delinquir, las razones han movido al menor a delinquir y las modalidades de ejecución del delito). Al respecto, de nuevo, Cass., Sez. IV, sent. 12 de noviembre de 2013, nº 45580.

17 Entre las numerosas interpretaciones presentes en la doctrina, la más aguda parece la de VINCIGUERRA*, Irrilevanza del fatto nel processo penale minorile*, en *Dif. Pen*., f. 25, p. 73 ss. Según el autor, la ocasionalidad del comportamiento debe ser reconocida cuando no se pueda apreciar premeditación y el impulso del momento, sea por inmadurez del sujeto activo, sea por particulares impulsos externos, resulte difícilmente resistible. La jurisprudencia, por el contrario, tiende a limitar el análisis de este parámetro a la verificación, en negativo, de la presencia de antecedentes penales y de la futura no recaída en el delito [*ex plurimis*, Cass., Sez. IV, sent. 12 de noviembre de 2013, nº 45580].

18 Que el proceso puede perjudicar las exigencias de resocialización del menor, al menos según la doctrina italiana mayoritaria, constituye un buen argumento para sostener con fuerza (en el momento de la sentencia) la irrelevancia del hecho, más que un presupuesto absolutamente necesario para la aplicación del proprio instituto. De hecho, no se ve por qué tales exigencias, si bien merecen ser tenidas en cuentas, pueden incidir directamente sobre la nimiedad del hecho *in se*. Sobre el tema, ampliamente, QUATTROCCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Jovene ed., 2004. En sentido contrario, aunque no concede demasiada importancia al parámetro en cuestión, parece tender la opinión de la jurisprudencia [cfr., *ex plurimis*, Cass. sez. II sent. 13 de julio de 2010, nº 32692].

19 El art. 3, let. f), DPR de 14 de noviembre de 2002, nº 313, impide que la sentencia en cuestión aparezca en el certificado de antecedentes judiciales del imputado.

20 METTEVI-PONGILUPPI-VENTURA, *L'irrilevanza*, p. 30.

21 También en el juicio ante el juez de paz los presupuestos deben ser valorados conjuntamente, según la jurisprudencia mayoritaria [*ex multiplis*, Cass., sez. IV, 13 de octubre de 2004, nº 40203].

22 Véase, entre otros, CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, p. 228 ss.

23 Una valoración, esta, dirigida a juzgar la relación entre el bien jurídico protegido y la agresión sufrida. Cfr., entre muchos, SGUBBI, *L'irrilevanza penale del fatto come strumento di selezione dei fatti punibili*, en PICOTTI-SPANGHER (coord.), *Vero una giustizia penale conciliativa. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milán, 2002, p. 164; CESARI, *La particolare tenuità*, p. 330.

24 Tras el ejercicio de la acción penal la declaratoria de improcedibilidad por tenuidad del hecho queda subordinada a la "no

oposición" del eventual ofendido y del imputado. Si bien la "no oposición" del ofendido no deja de ser eventual (en los delitos sin ofendido, dicho sea como inciso, no se excluye la utilización del art. 34: sobre ello, v. Cass., Sez., III, 3 de diciembre de 2013, nº 48095; Sez. IV, 28 de septiembre de 2007 nº 43383), la del imputado resulta por el contrario esencial. De hecho, el imputado, dado que una declaratoria de improcedibilidad queda inscrita en el registro de antecedentes judiciales e incide sobre la *ocasionalidad* de comportamientos ilícitos futuros, puede tener un claro interés en salir del proceso con un sentencia distinta, en lo posible de absolución.

25 Antes del ejercicio de la acción penal, el Ministerio público, a condición de que el ofendido no tenga interés en la continuación del procedimiento, puede solicitar al juez la improcedibilidad por particular tenuidad del hecho. Este último, a su vez, podrá archivar con decreto, ordenar la continuación de la investigación o bien obligar al Ministerio público a formular la imputación.

26 También la Comisión "Fiorella" para la revisión del Código penal (instituida con Decreto del Ministerio de Justicia el 14 de diciembre de 2012) ha introducido, entre los mecanismos deflacionarios *in action* la inclusión, para todas las contravenciones y para los delitos con pena mínima no superior a tres años, de la no procedibilidad por particular tenuidad del hecho (deducida de la modalidad de la conducta, de la nimiedad del daño o del peligro, del grado de la culpabilidad y de la ocasionalidad del hecho) dentro del capítulo IV, título IV, Libro I de Código penal italiano, dedicado a la disciplina sustancial de la procedibilidad.

Por último, hay que señalar la (diferente) propuesta de ley nº 1131 del 16 de octubre de 2013 (*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in tema di notifiche, prescrizione del reato e recidiva, nonché disposizioni in materia di razionalizzazione e accelerazione dei tempi del processo penale*) que decide intervenir en su art. 1 creando el art. 49 *bis* del Código penal, con el fin de especificar que: "*Non è punibile chi ha commesso un fatto, previsto dalla legge come reato, quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità delle conseguenze dannose o pericolose della stessa, risultino la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento. La dichiarazione di non punibilità non pregiudica, in ogni caso, l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno*" ["No es punible quien ha cometido un hecho previsto por la ley como delito cuando, de las modalidades de la conducta y de la nimiedad de las consecuencias nocivas o peligrosas de la misma, resulten la particular tenuidad de la ofensa y la no habitualidad del comportamiento. La declaración de no punibilidad no perjudica, en cualquier caso, el ejercicio de la acción civil para el resarcimiento del daño".] y la Ley nº 67 de 28 de abril de 2014 (*Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*") que contiene, entre otras cuestiones, también una causa de no punibilidad en casos de irrelevancia del hecho: *"… escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento…"* ["…excluir la punibilidad de conductas sancionadas solamente con pena pecuniaria o con penas privativas de libertad con máximos no superiores a cinco años, cuando se aprecie la particularidad tenuidad de la ofensa o la no habitualidad del comportamiento…"].

27 Cfr. Cass., Sez. V, sent., 17 de febrero de 2014, nº 7451. Tristemente célebre, además, el proceso iniciado (y que ha durado alrededor de tres años) por el presunto hurto de un huevo Kinder, cometido por un joven de dieciocho años acabados de cumplir en perjuicio de un vendedor ambulante: v. Trib. Taranto, Sez. II pen., sent. 11 de abril de 2012.

28 El hurto en el sistema italiano no es competencia del juez de paz, sino de Juzgados. Por lo tanto, no es aplicable la disciplina prevista en el art. 34 D.leg. de 28 de agosto de 2000 nº 274.

29 Por lo tanto, resulta excluida también la aplicación del art. 27 del DPR de 22 de septiembre de 1988 nº 448.

México

Manuel Vidaurri Aréchiga
Universidad de Guanajuato, México

Una reforma constitucional experimentada en el año 2008 implantó en el sistema procesal el modelo acusatorio y de oralidad, aplicable en todo el territorio nacional. Con una *vacatio legis* de ocho años, cada una de las entidades federativas que componen la república mexicana han ido adoptando el mencionado sistema acusatorio, para lo cual ha sido necesario invertir importantes sumas económicas destinadas, básicamente, a la capacitación del personal de los ámbitos de procuración y administración de justicia, pero también del ámbito policial, pericial y de las defensorías publicas. En la base conceptual de estas capacitaciones se advierte como elemento sustancial la noción del debido proceso, tan cara a los instrumentos internacionales de Derechos humanos.

Por supuesto, las diversas agrupaciones profesionales de abogados, los colegios o barras, igualmente se han integrado a las capacitaciones sobre el funcionamiento de un sistema procesal que establece novedosas formas de búsqueda de la verdad procesal, además de imponer formatos o técnicas de litigio hasta antes de la reforma poco o nada conocidas por el foro nacional.

Todo lo más, cabe destacar que la implementación de esta modalidad procesal (acusatoria y de oralidad) no ha estado exenta de polémicas y críticas, y no han faltado tampoco las voces que auguran su fracaso y, por ende, retorno a las viejas prácticas inquisitoriales. Desde nuestra perspectiva, pensamos que no habrá marcha atrás, pero si, en todo caso, una más lenta aplicación del modelo.

Recientemente (5 de marzo de 2014) se promulgó el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), herramienta absolutamente indispensable, aunque no suficiente, para homologar el funcionamiento del sistema de justicia penal. Decimos que no suficiente

pues queda aún pendiente la creación y promulgación de un Código penal sustantivo nacional, pues no debe olvidarse que en México, cada una de las entidades federativas que lo componen tiene su propio Código penal, con sus delitos y penas propios de cada entidad. La tendencia, sin embargo, parece apuntar hacia el establecimiento de una legislación penal única (procesal y sustantiva) que facilite la operatividad de los órganos de administración y procuración de justicia.

El estado de cosas antes esbozado, como es comprensible, ha traído como consecuencia, positiva en varios sentidos, la urgente necesidad de capacitación, la reconstrucción arquitectónica de los espacios judiciales, la revisión integral de las leyes penales de todo el país, el desarrollo de estudios académicos sobre los contenidos y alcances de las "nuevas" categorías e instituciones procesales, la revisión de los planes y programas de estudio en las universidades y, en suma, una especie de redescubrimiento de la teoría del proceso penal. En parte, lo anterior puede explicar incluso algunas discusiones académicas en torno a la "presunta" desaparición de la teoría del delito al suponerse, erróneamente pensamos, que en su lugar será más adecuado aludir a la teoría de las pruebas. La teoría del caso (para nosotros más que una teoría propiamente dicha, es más bien una técnica), al sugerir el estudio de las tres conocidas dimensiones que la componen (fáctica, jurídica y probatoria) demuestra que, en efecto, tanto importa la explicación de los hechos, como la subsunción de los mismos en algún tipo penal y las pruebas que acreditan su realización. No sobra, por supuesto, el análisis jurídico (teoría del delito) que tiene sentido además con la valoración jurídica de las pruebas existentes.

Con base en la reforma constitucional mencionada, se establece en el artículo 20 del texto fundamental mexicano que **e**l proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, y establece una serie de **principios generales**, siendo tales: a) el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen; b) toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica; c) para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo; d) el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral; e) la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente; ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución; f) una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad; g) el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado; h) cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, e, i) los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

En relación con los **derechos de toda persona imputada**, constitucionalmente se fijaron los siguientes: a) que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; b) a declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio; c) a que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador. Se prescribe igualmente que la ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada; d) a que se le reciban los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley esti-

me necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley; e) a ser juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo. Y se aclara que en tratándose de delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra; f) a que le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso. Muy claramente se menciona que el imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa; g) a ser juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa; h) tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y, finalmente, i) tajantemente establece que en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Por supuesto, en esta reformas se consideraron los derechos de la víctima o del ofendido, siendo tales los siguientes: a) recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal; b) coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley. Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa; c) recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia; d) que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño; e) al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación; f) solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y, g) impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

De modo particular, en el artículo 27 de la carta magna mexicana, se alude a **los criterios de oportunidad** que puede utilizar el Ministerio Público (órgano de acusación) para sancionar o prescindir de la sanción a ciertas conductas ilícitas, siempre bajo la aplicación

de ciertos criterios en el caso concreto. Aunque existen catálogos cerrados de tipos penales (no se habla de faltas en la legislación penal, aunque si sucede esto en la de orden meramente administrativo), la propia ley constitucional abre la posibilidad al Ministerio Público de aplicar criterios de actuación en casos concretos de acuerdo con los cuales puede o no perseguir ciertas conductas.

Conforme al artículo 256 del CNPP, los criterios de oportunidad operan iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, de modo tal que el Ministerio Público ponderará el ejercicio de la acción penal sobre la base de esos señalados criterios, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido o ésta manifieste su falta de interés jurídico en dicha reparación de lo cual deberá dejarse constancia.

Textualmente, se prescribe en el artículo mencionado que la aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos: I) Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia; II) Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares; III) Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena; IV) La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta al inculpado por otro delito, o la que podría aplicarse al mismo por otros delitos o bien, por la pena que previamente se le haya impuesto o podría llegar a imponérsele en virtud de diverso proceso tramitado en otro fuero; V) Cuando el imputado aporte información esencial para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso y se comprometa a comparecer en juicio. En estos supuestos, los efectos del criterio de oportunidad se suspenderán hasta en tanto el imputado beneficiado comparezca a rendir su declaración en la audiencia de juicio; VI) Cuando la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa, y, VII) Cuando la continuidad del proceso o la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal.

En cierto modo, varios de estos criterios a seguir muestran una política criminal orientada bajo el principio *pro libertate*, al ofrecer un tratamiento jurídico de los delitos de baja gravedad o de aquellos cuya insignificancia o escasa trascendencia aconseje dejar sin persecución o, mejor aun, solucionado mediante la aplicación conjunta de ciertos procedimientos conciliatorios, de mediación o la celebración de acuerdos reparatorios.

Eso sí, legalmente no podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público (artículo 256 del CNPP).

Finalmente, señalar que el Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente. La aplicación de los criterios de oportunidad podrán ordenarse en cualquier momento y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio (artículo 256 del CNPP).

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán
Profesor de Derecho penal
Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INJEJ)

El Código penal de 2008 (CP) consagra en el Título Preliminar las garantías penales y los aspectos relacionados sobre la aplicación de la ley penal. En relación a los principios, y a diferencia del Código penal derogado de 1974, el CP vigente desarrolla de forma amplia los principios que limitan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado nicaragüense, a saber: el principio de legalidad (art. 1), principio de humanidad (art. 4), principio de lesividad (art. 7), principios de responsabilidad personal y de humanidad (art. 8), y los principios de responsabilidad subjetiva y de culpabilidad (art. 9)

Principio de lesividad

El CP, sin perjuicio del amplio catálogo de delitos y faltas que establece, indica que el derecho penal jugará un papel interventor en el conflicto social siempre y cuando la conducta lesione o ponga en peligro un bien jurídico de "manera significativa". Así, el artículo

7 CP expresa, "solo podrá ser sancionada la conducta que dañe o ponga en peligro de manera significativa un bien jurídico tutelado por la ley penal". Este principio denominado también principio de protección de bienes jurídicos, advierte que no puede haber delito sin daño, esto es, como expresa Alfredo Chirino, "sin una efectiva, importante o significativa afectación a un bien jurídico penalmente protegido".

Principio de oportunidad

El Código procesal penal nicaragüense (CPP), por su parte, establece que la finalidad del proceso penal es "solucionar los conflictos de naturaleza penal y restablecer la paz jurídica y la convivencia social armónica, mediante el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad de los acusados, la aplicación de las penas y medidas de seguridad que en justicia proceda y de otras soluciones basadas en la disposición de la acción penal, la mediación y acuerdos entre las partes", regulados y autorizados por el CPP.

Esta disposición, sin perjuicio de lo criticable que pueda ser objeto debido a que la finalidad que le asigna el CPP al proceso penal no es de naturaleza procesal sino penal sustantiva (función de la pena), está vinculada, a nuestro juicio, a la limitación que los principios o el principio de lesividad hace del derecho penal en la intervención de los conflictos sociales, es decir, que la solución de los conflictos y el restablecimiento de la paz y la convivencia social, exige, para no crear o incrementar el conflicto, que se castigue sólo aquella conducta o hecho grave que afecte significativamente un determinado bien jurídico, dejando para el conocimiento de la justicia penal, solo los hechos graves. Para ello, y como fundamento de lo dicho anterior, el CPP establece que para aquellos hechos que son de escasa lesión social o son de bagatelas, estos pueden ser objeto de la mediación penal. Así, la mediación (art. 56 CPP), procederá en las faltas; los delitos imprudentes o culposos; los delitos patrimoniales cometidos entre particulares sin mediar violencia o intimidación, y, los delitos sancionados con penas menos graves.

La jurisprudencia

Este tema ha sido abordado y desollado por la jurisprudencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias, Sentencia No. 129 del 6 de Noviembre 2007, Sentencia No. 131 del 7 de Noviembre 2007, Sentencia No. 90 del 13 de Mayo del 2008 y la Sentencia No. 6 del 18 de Enero de 2010, entre otras.

En estas sentencias se desarrolla y fundamenta la aplicación del principio de lesividad, en las cuales se estructura el bien jurídico como un límite infranqueable a la potestad punitiva del Estado, en cuyo caso se constituye como un requisito despenalizador, como un criterio para la mayor despenalización posible de la conducta (en correspondencia a los principios de última ratio y de subsidiariedad) y para el mantenimiento y la mayor extensión posible de la libertad y la esfera de la autonomía de las personas (en correspondencia con los principios de fragmentariedad y el de pro-libértate).

En este sentido, la jurisprudencia advierte que la función del bien jurídico opera en dos sentidos: 1.- Como límite a la potestad del legislador para crear delitos, imponiendo la obligación que para cada tipo penal exista un bien jurídico relevante para la comunidad y la vida en sociedad y 2.- Como límite a la función concreta de interpretación y aplicación de los tipos penales que desarrollan los jueces, en donde el bien jurídico, mediante el análisis de lesividad, impide imponer penas a aquellas conductas mediante la que no se ha lesionado o no se ha puesto al menos en peligro considerable, el bien jurídico concreto tutelado por el tipo penal.

La Sentencia de No. 6 del 18 de Enero de 2010, expresa que el ius puniendi no puede ser un derecho absoluto del estado, y que este derecho tiene límites, y uno de esos límites "lo constituye que al sistema penal solo habrán de llegar conductas que verdaderamente resulten lesivas para la base misma del sistema". Así las cosas, fundamenta la sentencia, "el derecho a castigar no puede implicar de modo alguno el castigo absoluto y definitivo de todos los hechos, incluso de aquellos que de manera poco importante lesionan o ponen en peligro el bien jurídico penalmente tutelado". En esta línea de pensamiento indica que el artículo 7, del principio de lesividad, impone un límite al ius puniendi, "pues a cada tipo penal ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social determinado, puesto que no basta que una conducta u omisión se adecue a un tipo penal, sino que es necesario una lesión o puesta en peligro de manera significativa al bien jurídico tutelado por la norma".

Las faltas penales

El CP regula en el Libro tercero las faltas penales, a saber, contra las personas (Título I), las faltas contra el orden y la tranquilidad pública (Título II), las faltas contra la seguridad pública o común (Título III),

faltas contra el patrimonio (Título IV), faltas contra el medio ambiente (Título V), faltas contra la sanidad y el ornato (Título VI), faltas contra el servicio público (Título VII), faltas relativa a estupefacientes psicotrópicos y otras sustancias controladas. Las faltas penales no tienen asignadas privación de libertad, solo penas de multa o trabajo en beneficio de la comunidad.

Por otra parte, y en virtud de su escasa lesión social, en el Libro cuarto, se obliga a la persona que desee promover una acción penal por faltas penales, agotarse el trámite de mediación previa, es decir, la mediación antes de iniciado el proceso penal con la interposición de la acusación ante la audiencia respetiva.

En este sentido, el art. 563 CPP dice:

> "Para interponer la acusación por faltas penales, deberá agotarse el trámite de mediación previa, de conformidad con lo establecido en el Código Procesal Penal, el que podrá ser realizado ante abogados y notarios públicos, defensores públicos, mediadores, facilitadores judiciales rurales, promotores o facilitadores de justicia de organizaciones de sociedad civil, centros de mediación, bufetes universitarios y populares, organismos de Derechos Humanos, y cualquier institución u organismo con capacidad de intermediar entre las partes en conflicto.
>
> La mediación en las faltas penales tiene una finalidad restaurativa. En ella intervendrán el imputado y la víctima y, cuando proceda, otras personas o miembros de la comunidad afectados, éstos últimos como terceros interesados y participarán conjuntamente en la resolución y seguimiento de las cuestiones derivadas del hecho.
>
> El derecho de acusar en las faltas se ejercerá indistintamente, por el directamente ofendido, por cualquier autoridad administrativa competente en razón de la materia, o en su defecto, por un representante de la Policía Nacional.
>
> Sin perjuicio del control de legalidad y validez que corresponda, las autoridades judiciales facilitarán la aplicación de la mediación en cualquier estado del proceso, incluida la fase de ejecución".

En todo caso, el plazo de la prescripción de la acción penal se interrumpe en el plazo de requerido para el cumplimiento del acuerdo reparatorio y, segundo, "si el imputado no cumple con los compromisos contraídos en el acuerdo reparatorio, a instancia de parte, el Ministerio Público "reanudará la persecución penal" (art. 57 CPP). En ambos supuestos no estoy de acuerdo, porque los hechos que se llevan a la mediación, como lo dice la propia ley, no son de carácter penal, y por tanto, no deben de tener tratamiento como si lo fueran, y, si el sentido de la mediación es promover el viejo arte del dialogo para solucionar problemas y resolver conflictos sociales, pues debería eliminarse la posibilidad de amenazar con penas a quien no desee ni logra cumplir un acuerdo, en todo caso, el sistema debe asegurarse que lo haga pero sin amenazarle, porque de lo contrario corremos el grave riesgo (y de hecho se da) de que aquellos que tienen recursos pueden llegar a un acuerdo previo al inicio del proceso y, quienes no, se les aplica la ley penal.

Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Panamá

I

El Derecho Penal del último tercio del siglo veinte nos enseñó que no debemos recurrir a la ley penal para incriminar conductas de escasa relevancia social, pues de lo contrario corremos riesgos de no lograr el fin deseado, pues acciones u omisiones que no sean graves o de poca importancia terminan siendo intrascendentes para fiscales y jueces que no condenan a los acusados de tales supuestos hechos poco desvalorados para el sistema de justicia penal.

Por tal razón, se afirma que hay delitos insignificantes o de bagatela que no deben existir en el ordenamiento penal de nuestros días, ya que algunos de ellos son hechos que no requieren de la intervención del sistema de justicia penal y que es preferible utilizar otros medios de control jurídico para enfrentarlos.

Los delitos de bagatela, por tanto, constituyen infracciones penales de escasa relevancia o poca significación social que recargan el sistema penal, ya colapsado por una creciente criminalidad que requiere invertir mejor el tiempo y los recursos que el Estado destina para enfrentar la delincuencia que no puede ser atacada fuera del sistema penal de nuestros días.

II

En el ordenamiento penal panameño, vigente desde mayo de 2008, el tema que nos ocupa viene consagrado de forma muy particular en el art. 2 del dicho texto, pues expresamente se reconoce que nuestro Código Penal solo incrimina aquellas conductas que resulten indispensables para la protección de bienes jurídicos tutelados y los valores significativos de la sociedad, siempre de acuerdo con la política criminal del Estado.

Resulta difícil, sin embargo, precisar qué quiere decir el legislador con "valores significativos de la sociedad", ya que dicha expresión en vaga y etérea, pues no dice nada que sea válido para la generalidad de los asociados.

La sociedad panameña no es homogénea ni tiene valores uniformes o únicos para todos, pues como crisol

de razas que somos, hay colectivos que no conceden mayor relevancia a las mujeres y niñas ni conceden valores importantes a personas ajenas a su colectividad, sea por motivos raciales, religiosos para sólo mencionar dos aspectos. No en vano, recientemente se aprobó, por fin, la legislación que adopta la Convención Internacional contra la discriminación promovida hace más de 50 años desde las Naciones Unidas.

De la misma forma, es vaga y etérea la expresión "de acuerdo con la política criminal del Estado", pues en Panamá no existe un Programa en tal sentido planificado desde el Estado para tal situación.

III

En el ordenamiento penal panameño no existen conductas que usualmente se llaman "faltas", pues el Código Penal sólo se ocupa de delitos.

Las faltas, sin embargos, está reguladas fuera del Código Penal y pertenecen al ordenamiento administrativo sancionador y de acuerdo al ordenamiento procesal, su juzgamiento compete exclusivamente a las autoridades de Policía. Los Corregidores y Alcaldes, en principio, son las autoridades administrativas que juzgan las faltas en la República de Panamá.

Existen, sin embargo, dos grandes grupos de infracciones administrativas. Por un lado, las lesiones personales de escasa relevancia, que tienen incapacidades inferiores a treinta días, y ciertas conductas que afectan el patrimonio por cuantías que no superan los doscientos cincuenta balboas (o dólares americanos) y una amplia gama de infracciones al orden que no tienen naturaleza penal que son de conocimiento de otras autoridades administrativas (Directores Nacionales o Regionales de diversos entes estatales).

Los hurtos, estafas, apropiaciones indebidas y usurpaciones son faltas cuando no superan la suma antes indicada y constituyen un delito si el objeto material del mismo tiene un valor superior a dicha cantidad. Es evidente que tal decisión es soberana del Legislador, pero no siempre el sujeto activo sabe cuánto hay en el bolso o cartera que hurta o cuánto vale el objeto sustraído al sujeto pasivo.

El gran problema de las faltas de lesiones, hurto, estafa, apropiación indebida y usurpación es que se juzgan por medios muy informales, con un proceso administrativo regulado en el Código Administrativo en donde no rige el principio de presunción de inocencia pues por el contrario se presume que el acusado es culpable a menos que pruebe su inocencia en la audiencia oral respectiva.

Y lo peor de esta situación, aunque no me crean, es que las faltas de naturaleza penal permiten imponer penas privativas de libertad sin la intervención de una autoridad judicial.

Contra este sistema de justicia administrativa he venido luchando desde hace treinta años, pero cambiar esta mentalidad y la legislación que la sustenta no es tarea de un individuo.

IV

Las consideraciones que anteceden evidencian la urgencia para cambiar la legislación antes descrita, pues autoridades administrativas no deben tener facultar para privar la libertad de sujetos acusados de cometer las faltas antes descritas, que no son más que "delitos en pequeño" para recordar la expresión que al respecto usó Jiménez de Asúa en su momento.

Perú

Prof. Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Catedrático de Derecho Penal
Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú

Antecedentes

La tipificación y penalidad de las faltas o contravenciones penales tiene antecedentes que se remontan al Código Penal de 1863. En él estas se regularon bajo la influencia del Código Penal español de 1848-1850 en el Libro Tercero y entre los artículos 372° a 400° (Cfr. Felipe Villavicencio T. Código Penal. Parte General. Grijley. Lima. 2006, p. 156). Posteriormente el Código Penal de 1924 también les asignó igual ubicación sistemática, abarcando los artículos 383° a 393°, aunque la fuente legal seguida fue el Código Penal uruguayo de 1889 (Cfr. José Hurtado Pozo. Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3ª Edición. Lima.2005, p. 270). En ambos textos legales nacionales se configuró la estructura del sistema de faltas en base a una combinación de reglas generales y a catálogos específicos de infracciones.

Cabe señalar que durante la vigencia del Código Maurtúa las principales modificaciones en torno a las faltas se focalizaron en el señalamiento de un valor económico mínimo de los bienes objeto de apoderamiento, apropiación o defraudación para los delitos de hurto, apropiación ilícita o estafa (Más de dos sueldos mínimos vitales de la Provincia de Lima).Esta técnica legislativa

permitió diferenciar cuantitativamente aquellos de las contravenciones patrimoniales. Un ejemplo de esta clase los cambios normativos fue introducida en el artículo 386° por el Decreto Legislativo 121, promulgado el 12 de junio de 1981 (Cfr. Texto legal y jurisprudencia derivada en Julio D. Espino Pérez. Código Penal. Cultural Cuzco. S.A. Editores. Lima. 1988, p. 444-445).

Ahora bien, los sucesivos proyectos de reforma que precedieron al Código Penal de 1991 al tipificar las faltas mantuvieron en lo esencial el mismo modelo de estructura e iguales tipologías de infracciones (Cfr. Proyecto de Código Penal de Abril de 1986, artículos 413° y siguientes).

Una característica común a todo este proceso histórico fue el escaso interés de los juristas nacionales por desarrollar una dogmatica en torno de las faltas. Es así que los diferentes manuales monografías o estudios sistemáticos del Código Penal elaborados durante todo este periodo obviaron ocuparse del Libro Tercero y por ende de las faltas, con la notoria excepción de Santiago Benítez Sánchez que siendo Profesor de Derecho Penal de la Escuela de la ex Guardia Civil del Perú dedicó parte del Tomo III de su Derecho Penal Peruano a esta clase de infracciones penales (Cfr. Santiago Benítez Sánchez. Derecho Penal Peruano. Tomo III. Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía. Lima.1958).

Aspectos generales de las faltas en el Código Penal de 1991

La regulación actual de las faltas en el Código conserva en esencia igual sistemática y técnica legislativa que la seguida por sus predecesores. Esto es, se encuentra concentrada en el Libro Tercero y contiene una breve parte general a la cual denomina "Disposiciones Fundamentales" y que corresponde al Título I con un solo artículo el 440°. Este último numeral contiene siete incisos que bajo la premisa de que a las faltas le son aplicables las normas de la Parte General, establece las siguientes reglas especiales:

1. En las faltas no es punible la tentativa, salvo los casos de faltas contra la salud (Artículo 441°) y de faltas contra el patrimonio (Artículo 444°).
2. En las faltas sólo es punible el autor no alcanza entonces la punibilidad a los participes sean estos cómplices o instigadores.
3. La penalidad de las faltas sólo puede involucrar penas no privativas de libertad como la prestación de servicios comunitarios, la limitación de días libres y la multa. En cuanto a la pena pecuniaria esta no puede ser menor de diez días-multa ni mayor de ciento ochenta días-multa.
4. Sólo en caso de reincidencia o habitualidad en la comisión de faltas contra la salud (lesiones dolosas) y contra el patrimonio (hurtos o daños) es posible imponer a su autor las penas privativas de libertad que la ley establece para los delitos equivalentes. Esta incomprensible fórmula, recientemente introducida por la Ley 30076 del 19 de agosto de 2013), no está siendo aplicada por la judicatura competente por no quedar definido los márgenes operativos para utilizar dichas penas.
5. El plazo ordinario de prescripción de la acción penal en las faltas es de un año por lo que aplicando las reglas de la Parte General sobre la materia (Cfr. Artículo 83° *in fine*) es de asumir que el plazo extraordinario de prescripción en estos casos es de un año y medio. No obstante, nuevamente el legislador consigna una regla de sobrecriminalización para el caso de los reincidentes y habituales a quienes los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal se le duplican a dos años. Igualmente, en el caso de de faltas contra la salud o contra el patrimonio se fija un plazo ordinario diferente de tres años, el cual, para los reincidentes o habituales en esa clase de faltas, se convertirá en el correspondiente al máximo de pena privativa de libertad prevista para el delito equivalente conforme lo dispone el artículo 80° *ab initio.*
6. La reincidencia y la habitualidad constituye una circunstancia agravante cualificada que determina que el marco punitivo se construya a partir del máximo de pena fijado por la ley para la falta cometida y se proyecte hasta un nuevo máximo equivalente al doble de aquel. Nuevamente, el legislador en estos supuestos exceptúa con pésima técnica legislativa a los autores de faltas contra la salud y el patrimonio definidas en los artículos 441° y 444°.
7. Por último se definió, inicialmente, un régimen procesal propio que designaba competencias de investigación en la Policía Nacional y de juzgamiento en los Jueces de Paz (Cfr. Artículo 2° de la Ley 27939). Se excluía, pues, de cualquier intervención en los procesos por faltas al Ministerio Público.

Morfología de las faltas en el Código Penal de 1991

La Parte especial de la Faltas en el Código de 1991 no difiere mucho en materia que la que preexistía en el Libro Tercero del Código de 1924. El sistema de seis Títulos el legislador nacional ha incluido 5 sub-sistemas de faltas y que son los siguientes:

- **Faltas contra la Persona** entre las que destacan las lesiones dolosas y culposas que se diferencias de sus delitos equivalentes por el menor registro de días de atención médica o incapacidad laboral que generan al agraviado. Estas faltas se encuentran integradas entre los artículos 441° a 443°.
- **Faltas contra el Patrimonio** que incluyen formas de hurto y de daños que se diferencias de sus símiles delictivos por la cuantía no superior a una remuneración mínima vital (750 nuevos soles). Las contravenciones patrimoniales se concentran entre los numerales 444° a 448°.
- **Faltas contra las Buenas Costumbres** como formular en lugar público proposiciones inmorales o deshonestas, así como destruir plantas que adornan las avenidas y practicar actos de crueldad contra un animal. Esta modalidad de faltas abarcan los artículos 449° a 450° A.
- **Faltas contra la Seguridad Pública** que comprende una miscelánea de supuestos como el descuidar la vigilancia sobre un enfermo mental o arrojar basura en la calle o en predio ajeno. La totalidad de ellas se encuentran reguladas en el artículo 451°.
- **Faltas contra la Tranquilidad Pública** donde se sanciona la perturbación leve de la paz pública con medios capaces de provocar alarma o la infracción de disposiciones sanitarias para la conducción de cadáveres y entierros. Las diferentes modalidades tipificadas también comparten un solo dispositivo el artículo 452°.

De modo general se puede señalar en torno a todas estas faltas, que salvo el caso de las lesiones todas tienen estructuras de comisión dolosa. Asimismo, que la penalidad aplicable con la excepción establecida para los reincidentes o reiterantes en faltas contra la salud y patrimoniales, que ya hemos precisado, comprende alternativamente penas de prestación de servicios a la comunidad o de multa.

En cuanto a **desarrollos jurisprudenciales sobre las faltas** sólo cabe mencionar el Acuerdo Plenario que señaló que para el caso del hurto si este es realizado con la concurrencia de las circunstancias agravantes especificas previstas en el artículo 186° del Código Penal, no es exigible el monto mínimo del valor del bien objeto del delito que plantea el artículo 444° para las faltas patrimoniales. Esto es, siempre que se presenten tales agravantes el hecho será considerado un delito de hurto aunque le bien apoderado o dañado no exceda en su valor económico de 750 nuevos soles (Cfr. Acuerdo Plenario N° 4-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011).

Reglas procesales

Tanto en el Código de Procedimientos Penales de 1940 (Cfr. Articulos 324° al 328°) como en la Ley 27939 del 12 de febrero de 2003 (Cfr. Artículo 5°), y en el Código Procesal Penal de 2004 (Cfr. Artículos 482° a 487°), se configuró un proceso especial sumario y breve para el juzgamiento de las faltas. Por ejemplo, el modelo seguido en el último de estos sistemas procesales se basa en la realización de una audiencia que dirige y clausura con sentencia el Juez de Paz y que no puede suspenderse por más de tres días. En este procedimiento no interviene el Ministerio Público y procede contra la sentencia recurso de apelación que se conocerá por el Juez Penal competente quien debe resolver en un plazo de diez días. Además en cualquier estado del proceso cabe el desistimiento o la transacción para darlo por fenecido.

Polonia

Prof.dr Barbara Kunicka-Michalska
Escuela Superior Europea de Derecho y Administración, Varsovia

En el derecho penal polaco existe el principio de insignificancia. Según el art. 1. Párrafo 2 del Código Penal polaco, no hay delito cuando la nocividad social del hecho prohibido es insignificante.

En Polonia todos los hechos prohibidos por el Código Penal se llaman “delitos”.

Los delitos se dividen en crímenes y los delitos de menor gravedad, que se llaman en polaco “występki”. Los crímenes son los delitos amenazados por la pena de privación de libertad por el período no más corto de 3 años y hasta 15 años, o por la pena más severa (es decir por la pena de privación de libertad por el período de 25 años o la pena de cadena perpetua).

Los delitos de menor gravedad son los delitos amenazados por la pena de multa que excede de 30 multas diarias, la pena de limitación de libertad o la pena de privación de libertad que excede de 1 mes (el artículo 7 del Código Penal polaco).

El crimen puede ser cometido solamente de modo intencional (con dolo); el delito de menor gravedad puede ser cometido también sin intención (involuntariamente), si la ley lo establece (el art. 8 del Código Penal polaco).

El principio de insignificancia concierne a los crímenes y a los delitos de menor gravedad.

En la ciencia penal polaca se indica que, aunque formalmente el principio de insignificancia concierne a

los crímenes (y a los delitos de menor gravedad), en la práctica es difícil imaginarse la aplicación de este principio para los casos de los crímenes[1]).

Sin embargo entre los autores existen diferencias de opiniones en cuestión[2]. Yo personalmente también he escrito sobre este tema, expresando mi opinión sobre que el considerar el legislador un hecho como uno de la categoría de crimen, no excluye, en los casos excepcionales, la consideración de que un hecho concreto de este tipo es de nocividad social insignificante[3].

El artículo 115, párrafo 2 del Código Penal polaco establece que a la hora de evaluar el grado de la nocividad social del hecho, el juzgado toma en consideración el tipo y el carácter del bien dañado, la dimensión del daño causado o del daño que está amenazando, el modo y las circunstancias del cometimiento del hecho, la importancia de las obligaciones violadas por el autor, como también la forma de la intención, la motivación del autor, el tipo de las reglas de precaución infringidas, el grado de la violación de éstas.

Al evaluar el grado de la nocividad social del hecho, el juzgado tiene en cuenta la categoría y el carácter del bien dañado, la dimensión del daño causado o el que amenaza, el modo y las circunstancias del cometimiento (perpetración) del hecho, la importancia de las obligaciones violadas por el autor y también la forma de la intención (del dolo), la motivación del autor, el tipo de las reglas de precaución infringidas y el grado de su violación.

En Polonia, a parte de los delitos, tenemos también las contravenciones. Las contravenciones son los hechos punibles, pero menos nocivos que los delitos. No están previstas en el Código Penal, pero principalmente en el acto jurídico que se llama del Código de Contravenciones. Las contravenciones son los hechos punibles, amenazados por la pena de arresto, la pena de limitación de libertad, de multa (hasta 5000 zlotys) o la pena de amonestación. La pena de arresto por cometer las contravenciones en general puede durar de 5 hasta 30 días; la pena de limitación de libertad - 1 mes; la pena de multa se aplica en la cuota desde los 20 hasta 5000 zlotys, excepto que la ley establece otra cosa. La pena de amonestación puede ser dictada tomando en consideración el carácter y las circunstancias del hecho o las calidades y las condiciones personales del autor; hay que suponer que la adopción de esta pena es suficiente para que el autor vuelva a respetar al derecho y a los principios de la convivencia social.

No se puede dictar la pena de amonestación cuando se trata de contravención de carácter de gamberrismo.

En el caso de las contravenciones no hay el principio de insignificancia. Entonces en el Código de Contravenciones no hay el principio del que se habla en el art. 1. párrafo 2 del Código Penal, ya que la nocividad social de la contravención puede ser insignificante.

Podemos dar algunos ejemplos de las contravenciones. Por ejemplo es una contravención cuando una persona mendiga en un lugar público, mientras tiene recursos para mantenerse por si misma o es capaz de trabajar. El robo del bien mueble de una persona por lo general es un delito. Sin embargo, cuando el valor de este bien no excede de —parte del salario mínimo— el robo es una contravención.

En Polonia las publicaciones científicas sobre la nocividad social del hecho son numerosas[4].

Przypisy

1 Ver L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 2013 (Derecho penal, Varsovia 2013), p.150.

2 Ver B. Sygit, Zbrodnia jako kategoria przestępstwa. Studium prawno-karne i polityczno-kryminalne, Toruń 2005 (El crimen como la categoría del delito. Estudio del derecho penal y de la política criminal, Toruń 2005), p. 243-244 y 420-421 y la bibliografía allí citada. B. Sygit habla sobre la paradoja del "crimen insignificante" (ibídem, p. 421).

3 Ver B. Kunicka-Michalska, Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 1, §1 y 2, art. 3 - 7 KK. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2006, s.132-157 (Los principios de la responsabilidad penal; los art.1 §1 y 2, 3 - 7 del Código Penal. Comentario, ed. C.H. Beck, Varsovia 2006, pp. 132-157) y la bibliografía allí citada, sobre todo las páginas 156 - 157.

4 Ver por ejemplo: B. Kunicka-Michalska, Z problematyki społecznej szkodliwości czynu, Przegląd Prawa Karnego 1998 Nr 18, s. 5 i n. (De la problemática de nocividad social del hecho, La Revista de Derecho Penal 1998, Nº18, p.5 y ss.); J. Warylewski, Sopołeczna szkodliwość czynu w nowym Kodeksie Karnym — próba określenia, Przegląd Sądowy 1998, Nr 7-8 (La nocividad social del hecho en el nuevo Código Penal— el intento de definir, Revista Judicial 1998, Nº 7-8); R. Zawłocki, Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym, Warszawa 2007 (La noción y las funciones de la nocividad social del hecho en el derecho penal, Varsovia 2007).

Rusia

Dr. Svetlana Paramonova
Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Freiburg, Germany

Introduction

The principle of de minimis non curat lex excludes certain acts from criminal sanctions due to their trivial

nature. The principle is based on the premise that the (criminal) law should not concern itself with trifling matters[1].

In order to grasp the concept of de minimis in the context of the Russian criminal law it is necessary to analyze the following two aspects:

Firstly, it is important to define the formal-substantive concept of the crime and to point out the role of the concept of "social danger" in determining the distinction between criminal offenses and insignificant acts, art. 14 pa. 2 of the Criminal Code of the Russian Federation (Ugolovnij Kodeks Rossijskoj Federacii, hereinafter UKR)[2].

Secondly, it is necessary to describe the methodology for distinguishing between branches of law.

Thirdly, particular consideration shall be given to the discussion on the controversy that arises both in practice and legal scholarship over the distinction between criminal law and administrative penal law. The latter has de facto a quasi-criminal function in the Russian legal system as in compliance with the position of the European Court of Human Rights[3].

Definition of the criminal offense

The current legal definitions of the criminal offense and of insignificant acts are found in art. 14 UKR.

> **Art. 14 UKR (Concept of Crime)**
>
> (1) A socially dangerous act committed with guilt and prohibited by this Code under threat of punishment shall be deemed to be a criminal offense.
>
> (2) An action (or omission), although formally containing the indicia of any act provided for by the present Code but by virtue of insignificance does not represent a social danger, shall not be a criminal offense.

In comparison with the earlier legal and doctrinal definitions of the criminal offense, in contemporary doctrine there are four main indicators of the criminal offense. It should be a socially dangerous act or omission, which is prohibited by means of criminal law regulations (illegality) under threat of punishment (punishability) and committed culpably (culpability)4.

Formal-substantive concept of the criminal offense

The existence of both, a formal indicator (illegality) and a substantive one (reference to the social danger of the criminal offense), characterizes the *formal-substantive concept of the crime*. Thus, the criminal offense is a behavior which is illegal in its form and socially dangerous in its content5. The current legal definition of the criminal offense (art. 14 UKR) corresponds to this concept. Firstly, it contains the requirement of legal form: all criminal offenses shall be determined only by the UKR. Secondly, an act should meet a certain degree of social danger in order for it to be a criminal offense6.

The extent of the social danger posed determines the **distinction between criminal, administrative, and civil offenses**. For instance, hooliganism, targeting the same group of legally protected interests, can be a criminal as well as an administrative offense. The administrative offense of hooliganism is defined as "insignificant violation of public order,"7 whereas the criminal offense has additional "socially dangerous" characteristics and is determined as "the flagrant violation of public order with the application of weapons or for reasons of racial hatred […]".

The degree of social danger is also used to **distinguish between criminal offenses and insignificant acts**, which are formally regarded as criminal offenses, but by virtue of insignificance *(*малозначительность*)* or *de minimis* rule do not represent a social danger and are therefore not deemed to be criminal offenses (pa. 2 art. 14 UKR), for example, a theft of two rubles[8]. Which act is regarded as insignificant is the question of fact, which court has to decide in every single case considering the scope of the respective article of the special part[9].

Another distinguishing criterion for criminal, administrative, and civil offenses lies in the presence of guilt10. In order to be classified as a criminal (including minor wrongdoings) or administrative offense, an act (or omission) should be committed guiltily: with intent or negligence. Committing civil wrongs without guilt still entails responsibility. With regard to the *de minimis* criminal offenses, decisive is that an act not only objectively (i.e. does not involve criminally relevant harmful consequences) but also from the subjective[11] aspect of the offense (from the mental perception of the offender towards his/her unlawful conduct and its criminal consequences) is considered to be a *de minimis* case. For instance, the situation when an individual had an intent to steal 10 million dollars but had an opportunity to steal only 10 dollars, shall be qualified according to the legally protected interests the offender aimed at, i.e. 10 million dollars[12]. Hence, it is regarded as an attempt of theft and not as a *de minimis* case.

The next distinguishing criterion is illegality. All criminal offenses are determined only by the UKR and not by any additional legal regulations. The principle of legality is preserved by the presence of regulations of law, which excludes the prohibition of the application of analogy in criminal and in administrative

law13. Analogy can, however, be used in the case of civil offences.

Controversy over the distinction between criminal law and administrative penal law. Methodology for distinguishing between branches of law

One of the most controversial issues in the Russian legal system is the question of the distinction between criminal law and ***administrative penal law***.

It is essential to discuss here this problematic aspect by the reason that administrative sanctions *de facto* and *de jure* can be far heavier than those imposed by the criminal law, including criminal sanctions for *de minimis* cases. Often the smallest fine permitted as a criminal punishment is considerably less than the maximum permitted administrative fine. The lowest possible criminal fine is 5,000 rubles (about 140 USD), art. 46 pa. 2 UKR, whereas the maximum administrative fine is 500,000 rubles (about 14,000 USD) for natural persons (art. 3.5 KoAPR).

For instance, the notorious Federal law that introduced amendments to the KoAPR in response to demonstrations during the presidential election campaign in 2012 raised administrative fines for the violation of law on demonstrations and rallies dramatically - fines for natural persons were increased by a factor of 200 (from 100 rubles to 20,000 rubles)[14].

Despite the authority of administrative penal law to impose punitive sanctions, the majority of scholars does not regard it as a branch of law with a quasi-criminal function, but rather consider it as being non-criminal in nature[15]. The minority emphasizes its criminal nature and argues that the guarantees provided for by the criminal (procedural) law should also apply in the context of administrative penal law[16]. The minority approach is in compliance with the position of the European Court of Human Rights, whose decisions —due to the international obligations of the Russian Federation— are binding on Russian domestic courts[17].

With reference to the nature of administrative offenses in the Russian legal system, the ECHR has explicitly stated that a number of administrative offenses with punitive sanctions are part of the "criminal matter"[18], and therefore belong to criminal and not to administrative law. This is primarily due to the similarity between severe punitive sanctions of administrative law (sanctions associated with the deprivation of liberty) and criminal sanctions[19]. Nonetheless, all administrative offenses in the Russian legal system still remain in the realm of administrative penal law, which, however, does not provide for the guarantees that the criminal (procedural) law stipulates.

Hence, severe —*de facto* criminal— punishments are often hidden under the veil of administrative sanctions and imposed in accordance with administrative procedure. Even though all such executive decisions (in compliance with art. 6 ECHR) can be appealed to a court (arts. 45, 46 Constitution), supporters of the designation of administrative offenses as "criminal matter" offenses regard the possibility of the imposition of severe (*de facto* criminal and *de jure* administrative) sanctions by executive authorities as "one of the deepest deformations inherited from Soviet law".[20]

At the present time, the distinction between criminal law and other areas of law, including administrative law, is drawn at the substantive level by means of theoretical (doctrinal) concepts.

Substantively, as already mentioned above, the difference is defined by the extent of the social danger or harm posed[21]. In the legal scholarship, the distinction made by this substantive rationale is based on the **methodology for distinguishing between branches of law**, which involves analysis of three elements with regard to a relevant branch of law: subject-matter, method, and functions/tasks.

– Subject-matter of regulation

The **subject-matter** of criminal law regulation is the social relationships that arise due to the commission of the most socially dangerous acts criminal offenses[22]. Administrative penal law, which regulates some of the same legally protected interests —e.g., property and health— deals with less serious acts[23].

For this distinction between the scope of criminal and administrative law, the **source** of the offense/sanction is decisive. Unlike criminal law[24], administrative (penal) law lies within the joint jurisdiction of the Russian Federation and the Regions, item "k" art. 72 of the Constitution of the Russian Federation of 1993 (*Konstituziya Rossijskoj Federazii,* Const.)[25]. Administrative offenses/sanctions are provided for by the federal law the Administrative Offenses Code of the Russian Federation (*Kodeks RF ob administrativnih pravonarusheniyah,* hereinafter KoAPR)26 and regional administrative offenses codes, e.g., Statute of the Krasnoyarsk Region "On Administrative Offenses"[27] (art. 2.1 KoAPR). The regional laws governing administrative offenses must comply with the federal Administrative Offenses Code.

In order to demarcate the difference between criminal and administrative offenses targeting the same group of legally protected interests, various **quantitative characteristics** are used, e.g. the extent of monetary damage or the occurrence of particular harmful consequences. These criteria allow measurement of the "degree of social danger" and answer the question of whether an act falls within the scope of the criminal or that of the administrative law. For example, criminal and administrative law both protect property relationships and both criminalize theft: art. 7.27 KoAPR (petty theft) and art. 158 UKR (theft). However, art. 7.27 KoAPR defines a theft as "petty" if the damage caused does not exceed 1000 rubles (about 28 USD). Where the harm goes above this level, the theft is classified as a criminal offense

Another example shows that the harmful consequences actually brought about in a particular case serve as a distinguishing criterion. According to both the Criminal Code and the Administrative Code, "violation of the rules of the use of air space of the Russian Federation" is punishable (art. 271.1 UKR and art. 11.4 KoAPR)[28]. However, criminal punishment is envisaged only for the more "socially dangerous" form of this violation. In this case, the criminal offense is designed from the perspective of the objective side (*actus reus*)[29] as a substantive crime ("harmful result crime")[30], and a concrete result in the form of infliction of death or grave harm to the health of a person is required. Administrative law —in contrast— covers less dangerous forms of the analyzed conduct: the conduct is punishable as an administrative violation if the aforementioned consequences do not occur.

– Methods of regulation

Among the three primary methods of legal regulation that scholars agree on —**permission**, **authoritative order**, and **prohibition**— the method of prohibition is central to criminal law, which creates models of forbidden social behavior[31]. In contrast, the main method of legal regulation employed by administrative law in the broad sense (tax law, police law, etc.), which prescribes certain rules and requirements, is the method of authoritative order; as far as sanctions are concerned (administrative penal law), however, the method of prohibition is also dominant. This situation militates against the adoption of this criterion as a standard for differentiating between criminal law and administrative penal law.

Criminal law mainly uses **compulsory methods**[32]. Sanctions reserved for the criminal law always involve more serious infringements than those in administrative penal law (*cp.* arts. 3.1-3.13 KoAPR and arts. 44-59 UKR). Administrative penal law also employs compulsory methods but with less severe punitive consequences[33]. Certain **sanctions** are imposed by both administrative and criminal law, e.g., arrest, fine, compulsory works. For instance, administrative arrest —the only administrative punishment connected with the deprivation of liberty— can be imposed for a maximum of 30 days (art. 3.9 KoAPR). Arrest as a criminal punishment can be imposed for a term of from one to six months (art. 54 UKR). Finally, the deprivation of liberty as punishment in the context of the criminal law can be imposed for a term of life (art. 57 UKR).

Nonetheless, problematic in this context —as already mentioned above— is the fact that administrative penal law, which may impose sanctions comparable with those of the criminal law (including punishments connected with the deprivation of liberty), does not provide the same **rights and due process safeguards** as criminal (procedural) law.

For instance, the **presumption of innocence** is not applicable in the context of administrative offenses, art. 1.5 KoAPR. Similarly, a problem arises with regard to the **prohibition of double jeopardy.** There is a legislative gap with respect to a person who has served an administrative punishment, as he/she can still be charged with a criminal offense for the same act for which punishment has already been served. There is no requirement that the administrative punishment be taken into account (art. 50 Const. RF, pa. 2 art. 6 UKR, pa. 5 art. 4.1 KoAPR)[34].

– Functions of regulation

The **functions** of criminal and administrative law also differ. The key functions of these two branches of law are the protection of individual rights, public order, and security (art. 2 pa. 1 UKR and art. 1.2 KoAPR). The difference is again demarcated by means of the "social danger" substantive rationale: within the same group of legally protected interests, the sphere of criminal law protection encompasses more serious infringements than does administrative law.

In order to fulfill their functions, administrative as well as criminal law have certain **fundamental principles.** However, some principles, e.g., the presumption of innocence (art. 49 Const. RF, art. 1.5 KoAPR), the prohibition of double jeopardy (art. 4.1 pa. 5 KoAPR, art. 6 pa. 2 UKR), and the principle of legality[35] (art. 3 UKR, art. 1.6 KoAPR), differ in scope depending on

whether they are applied in the criminal or in the administrative law context.

This is also true with regard to the **principle of equality before the law**. Administrative law —unlike criminal law— applies not only to natural persons but also to legal entities that can be subject to administrative responsibility (art. 4 UKR, art. 1.4 KoAPR).

For that matter, the **principle of culpability** is applicable within criminal law only to natural persons (art. 24 UKR)[36]. In administrative penal law, the principle applies to both natural persons and legal entities (art. 2.2 KoAPR). As far as legal entities are concerned, the question of whether the legal entity at issue can act in compliance with the respective regulations must be taken into account (art. 2.1 pa. 2 KoAPR).

The scope of the **principle of justice** and the principle of fair trial (art. 6 ECHR) depends on whether they are being applied in administrative or in criminal procedures. While criminal punishments can only be imposed by courts, administrative sanctions, e.g., fines (art. 3.5 KoAPR), can be imposed by both judicial and executive authorities.

Conclusion

The extent of the social danger posed determines the distinction —that underpins the above analyzed methodology— between criminal offenses and insignificant acts, as well as between criminal, administrative, and civil offenses.

However, severe —*de facto* criminal— punishments are often hidden under the veil of administrative sanctions, which can be far heavier than those imposed by the criminal law, including criminal sanctions for *de minimis* cases. Therefore, such administrative punitive sanctions— as the ECHR has explicitly stated several times —belong to criminal and not to administrative law. Their belonging to criminal law would guarantee respective procedural rights and due process safeguards as criminal (procedural) law provides for.

Hence, by determining the scope of the criminal law with regard to the *de minimis* cases, the problematic zone of the limits of the criminal sanctions in the context of the Russian legal system lies in defining and (more important) redefining the upper limits of the scope of the administrative penal law.

Bibliography and further reading

Anganzanov, Oleg, Привлечение лица к уголовной ответственности после привлечения его к административной ответственности за то же правонарушение. Законность (Imposition of Criminal Punishment after Imposition of Administrative Sanction for the Same Offense). Legality, N 2, p. 56.

Golovko, Leonid, Соотношение уголовных преступлений и административных правонарушений в контексте концепции "*criminal matter*" - уголовной сферы (Correlation of Crimes and Administrative Offenses in the Context of the Concept of the "Criminal Matter"). Jus Criminale, pp. 99–110.

Komissarov/Krilova/Tyazhkova, Уголовное право Российской Федерации (Criminal Law of the Russian Federation). Moscow 2012, pp. 21–22, 24.

Korobeev, Alexandr (ed.), Полный курс уголовного права. Том I (Course of the Criminal Law, vol. I). Saint Petersburg 2008, pp. 14–24.

Kropachev, Nikolai (ed.), Уголовное право России. Общая часть, 2006 (Criminal Law of Russia. General Part). Saint Petersburg 2006, pp. 326, 334, 360-362.

Lebedev, Vyacheslav, Комментарии к Уголовному Кодексу РФ, 3. издание Верховного Суда РФ, (Commentaries on the Criminal Code of the Russian Federation, 3rd . edition of the Supreme Court of the Russian Federation), URAIT, Moscow, 2005, pp. 29, 56.

Matuzov, Nikolaj/Mal'co, Aleksandr, Теория государаства и права (Theory of State and Law). Moscow 2001, pp. 394–403, 403–410.

Mizkevich, Alexandr, Уголовное наказание: понятие, цели и механизмы действия (Criminal Punishment: Definition, Goals and Mechanisms of Realization). Saint Petersburg 2005, p. 1 ff.

Naumov, Aleksandr, Российское уголовное право. Общая часть. Том. I (Russian Criminal Law. General Part, vol. 1). Moscow 1997, pp. 13-16, 432-434.

Paramonova, Svetlana, Concept and systematization of the criminal offense in Russia. In: Sieber, U./Forster, S./Jarvers, K. (ed(s).): National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Volume 3.1: Defining criminal conduct. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 86-97.

Paramonova, Svetlana, Crimes against Traffic and Operation of Transport Safety in Russia. In: Revista Penal, 2012, Vol. 29, pp. 252-254.

Paramonova, Svetlana, Objective aspects of the offense in Russia. In: Sieber, U./Forster, S./Jarvers, K. (ed(s).): National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Volume 3.1: Defining criminal conduct. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 239-254.

Paramonova, Svetlana, Principle of legality in Russia. In: Sieber, U./Forster, S./Jarvers, K. (ed(s).): National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Volume 2.1: General limitations on the application of criminal law. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 103-117.

Paramonova, Svetlana, Subjective aspects of the offense in Russia. In: Sieber, U./Forster, S./Jarvers, K. (ed(s).): National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Volume 3.1: Defining criminal conduct. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 436-452.

Paramonova, Svetlana, Der rechtliche Status der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowie deren Rolle bei der Gestaltung des russischen Strafverfahrens (The Legal Status of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and of the Case Law of the European Court of Human Rights as well as their Impact on the Development of the Criminal Procedure in Russia). In: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, KritV/Critical Quarterly for Legislation and Law (CritQ), 2013,Vol. 3, pp. 188-211.

Zhuravlev, Michail (ed.), Уголовное право. Общая и Особенная части (Criminal Law. General and Special Parts). Moscow 2004, pp. 3-4.

Notes

1 Legal Dictionary: http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/De+Minimis.

2 Criminal Code of the Russian Federation, 13 June 1996, N 63-FZ *(Ugolovnij Kodeks RF*, hereinafter *UKR)*.

3 *Golovko*, Sootnoshenie ugolovnih prestuplenij i administrativnih pravonarushenij, pp. 99-110; *Paramonova*, KritV (CritQ), N 3, 2013, pp. 188-211.

4 *Lebedev*, Kommentarii k UK RF, p. 54; *Kropachev*, Ugolovnoe pravo Rossii, p. 334; *Paramonova,* Concept and systematization of the criminal offense in Russia, p. 88-89.

5 *Kropachev*, Ugolovnoe pravo Rossii, p. 326.

6 *Paramonova,* Concept and systematization of the criminal offense in Russia, pp. 88-89.

7 Art. 20.1 of the Code of Administrative Offenses of the Russian Federation, 30 December 2001, N 195 - FZ *(Kodeks RF ob administrativnih pravonarusheniyah)*.

8 *Kropachev*, Ugolovnoe pravo Rossii, pp. 360-362.

9 *Paramonova,* Concept and systematization of the criminal offense in Russia. p. 91; Bulletin of the Supreme Court of the Russian Federation, 1997, N 4.

10 *Paramonova,* Subjective aspects of the offense in Russia, pp. 436-437.

11 *Paramonova,* Subjective aspects of the offense in Russia, pp. 436-452.

12 *Naumov*, Rossiiskoe ugolovnoe pravo, pp. 432-434.

13 *Paramonova,* Principle of legality in Russia, pp. 108-116.

14 Federal Law "On Changes to the Administrative Offenses Code and to the Federal Law "On Meetings, Rallies, Demonstrations, Marches and Pickets", 8 June 2012, N 65-Ф3, see also Human Rights Watch, Report 2012: http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/wr2012.pdf; Human Rights Watch nazvala 2012 god chudschim dlya prav cheloveka: http://rbcdaily.ru/society/562949985633902.

15 See below.

16 *Golovko*, Sootnoshenie ugolovnih prestuplenij i administrativnih pravonarushenij, pp. 99-110.

17 *Paramonova*, KritV (CritQ), Band 3, 2013, p. 188-211; treaties of Council of Europe: http://conventions.coe.int/treaty/; art. 1 of the Federal Law "On Ratification of the ECHR," 30 March 1998, N 54-FZ; http://www.echr.ru/convention/protocols.htm; Resolution of the Supreme Court of the Russian Federation, 10 Oct. 2003 N 5.

18 See *Menesheva v. Russia*, 9 March 2006, N 59261/00 (EctHR).

19 *Menesheva v. Russia*, 9 March 2006, N 59261/00 (EctHR); *Engel v. Netherlands*, 8 June 1976, N 5100/71 (EctHR).

20 *Golovko*, Sootnoshenie ugolovnih prestuplenij i administrativnih pravonarushenij, p. 99; Federal Law "On the Procedure of the Consideration of Appeals of Citizens of the Russian Federation," 2 May 2006, N 59-FZ.

21 *Paramonova,* Concept and systematization of the criminal offense in Russia,. pp. 86-89; *Mizkevich,* Ugolovnoe nakazanie, p. 1 ff.

22 *Zhuravlev*, Ugolovnoe pravo, p. 4; *Korobeev*, Polnij kurs ugolovnogo prava, pp. 14-19.

23 *Matuzov*, Teorija gosudarstva i prava, pp. 406-410; also see *Paramonova,* Principle of legality in Russia, pp. 108-110.

24 *Komissarov/Krilova/Tyazhkova*, Ugolovnoe pravo RF, p. 24.

25 Constitution of the Russian Federation, 12 December 1993; see *Paramonova,* Principle of legality in Russia, p. 108.

26 Code of Administrative Offenses of the Russian Federation, 30 Dec. 2001, N 195-FZ *(Kodeks RF ob administrativnih pravonarusheniyah)*.

27 Statute of the Krasnoyarsk Region "On Administrative Offenses", 2 Oct. 2008, N 7-2161: Krasnoyarsk Region Legislation, http://www.krskstate.ru/docs/0/doc/1877.

28 *Paramonova*, Crimes against Traffic, pp. 252-254.

29 *Paramonova,* Objective aspects of the offense in Russia, pp. 239-240.

30 *Paramonova,* Objective aspects of the offense in Russia, pp. 242-248.

31 *Matuzov*, Teorija gosudarstva i prava, pp. 394-403; *Naumov*, Rossiiskoe ugolovnoe pravo, pp. 13-16.

32 *Korobeev*, Polnij kurs ugolovnogo prava, pp. 19-24

33 *Matuzov*, Teorija gosudarstva i prava, pp. 406-410; also see *Paramonova,* Principle of legality in Russia, p. 109.

34 *Anganzanov,* Privlechenie k ugolovnoj otvetstvennosti, p. 56.

35 *Paramonova,* Principle of legality in Russia, pp. 103-117.

36 *Paramonova,* Objective aspects of the offense in Russia, pp. 240-241.

Uruguay

Pablo Galain Palermo[1]

Doctor Europeo en Derecho. Investigador Senior del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional. Becario postdoctoral Marie Curie de la Unión Europea

1. En Uruguay rige un sistema penal que no diferencia según la gravedad de los delitos. En todo caso es un sistema que toma en cuenta la cantidad de delitos cometidos por una persona para limitar al juez al momento de iniciar un procedimiento penal con prisión preventiva. El principio madre es el de persecución obligatoria de todos los delitos y el principio (por llamarlo de algún modo) de aplicación cuasi obligatoria de la prisión preventiva en casos de reincidencia. Por ello, el principio de oportunidad, las formas alternativas, los consensos o acuerdos, las exenciones de pena, la suspensión condicional del proceso a cambio de la reparación del daño, entre muchas otras formas "premiales" de culminar un proceso penal relacionado con lesiones a bienes jurídicos de "poca gravedad", son prácticamente desconocidas por el legislador uruguayo. El concepto de delito de bagatela no existe en el sistema penal uruguayo. En la praxis cuando los jueces toman conocimiento de la comisión de un posible delito, aunque se trate de una causa leve o insignificante, en todos los casos inician un proceso penal[1].
2. El motivo de la desidia legislativa en Uruguay en relación al *aggiornamento* del derecho penal es difícil de explicar en términos de "Estado de Derecho", en tanto Uruguay es considerado junto a Costa Rica y Chile como uno de los estados más democráticos de América Latina[2]. Los índices de democracia, sin embargo, no parecen tomar en cuenta las características del sistema penal, que en el caso uruguayo dista mucho de ser un sistema pleno de garantías (sistema basado en un "único juez" que investiga y condena, la escritura, la lentitud, la prisión preventiva), que sería lo apropiado para un Estado de Derecho que goza de buenos índices democráticos[3]. Como contracara del sistema penal, Uruguay cuenta con una legislación modelo en el resto de materias jurídicas y cuenta con un "Código General del Proceso" (CGP) que es modelo en la región[4]. Con este cuerpo normativo se dice que Uruguay rompió el mito de que era imposible sancionar un Código en tiempos de democracia[5]. Una causa explicativa puede encontrarse en que el sistema penal material y formal ha sido diseñado durante los dos periodos dictatoriales que tuvieron lugar en el siglo pasado (1934 el Código Penal, CP, y 1980 el Código del Proceso Penal, CPP); aunque ello no explica que ambos códigos se hayan mantenido con el advenimiento de la democracia. Otra posible causa explicativa podría ser la ausencia de un mecanismo de "lustración" durante el proceso de justicia de transición uruguayo, en tanto ningún funcionario público relacionado con la Administración de Justicia (policías, jueces, fiscales, peritos) que hubiera actuado durante la dictadura (y hubiera cometido delitos contra los derechos humanos) fue removido de su cargo. Una tercera causa que explique que un país considerado de los más democráticos mantenga un sistema penal falto de garantías elementales puede ser la existencia de una sociedad conservadora basada en lo agropecuario y su plaza bancaria-financiera, que parte de la base que el derecho penal es un instrumento de control social no aplicable a las empresas y a determinados delincuentes de cuello blanco.
3. En Uruguay rige el principio de oficialidad que consagra la obligatoriedad de la persecución penal. La acción penal es pública (Art. 10 CPP) y está a cargo del Fiscal. La víctima no tiene participación procesal alguna y apenas tiene la potestad de desistir de alguna acción penal en delitos que requieren dicho impulso procesal como requisito de procedibilidad[6]. La acción penal privada apenas rige para delitos relacionados con la prensa, aquellos cometidos a través de medios masivos de comunicación social (Ley 16.099). El principio de oportunidad es desconocido por las autoridades de la administración de justicia, por eso, la gravedad del delito no es un parámetro que permita la selectividad al momento de la persecución sino tan solo un elemento a considerar al momento de determinar la pena. La pena por excelencia es la privación de libertad, generalmente como prisión preventiva, cuya aplicación es obligatoria en casos de reincidencia (Art. 71 CPP). El 65% de los privados de libertad no tienen condena, al 31 de julio de 2013 de 9.330 personas privadas de libertad, 6.065 permanecían sin condena y unas 1.120 habían cumplido o superado los dos años de prisión preventiva[7]. Otros principios que rigen en el sistema penal uruguayo son los de necesidad (que obliga a solucionar los conflictos penales por el exclusivo medio del procedimiento penal) y de indisponibilidad (que exige que el inicio de un proceso penal culmine con una

sentencia judicial)[8]. Estos principios que obligan al Estado a la persecución penal en todos los casos, que limitan al juez en cuanto a la posibilidad de aplicar métodos alternativos a la prisión preventiva en casos de reincidencia, que excluyen a la víctima de participación en el proceso[9], que exigen la presencia constante de la figura de un único juez (figura principal del proceso encargado en la etapa fundamental del procedimiento de la investigación y condena) son todos obstáculos a la desviación penal y a la posibilidad de aceptar procedimientos que faciliten los encuentros interpersonales y los acuerdos entre las personas involucradas por los delitos.

4. Como se puede apreciar, el cúmulo de irregularidades normativas y el sistema de aplicación penal uruguayo son claramente violatorios del principio constitucional de inocencia. No obstante esto, existe un reclamo constante de los medios masivos de comunicación y de la opinión pública de penas más duras y mayores potestades de intervención a la policía y a los jueces para la prevención de delitos relacionados con la inseguridad pública y el orden público[10].
5. Este clima de clamor por "más seguridad ciudadana" y "menos formalidades" a la hora de castigar, derivó en la Ley 19120 de 2013 para regular las denominadas faltas penales, que en el sistema penal uruguayo se habían dejado de aplicar. Esta ley de dudoso sesgo de constitucionalidad, en lugar de despenalizar conductas penales "bagatelares", ha seguido el camino político criminal contrario, con una clara finalidad político-electoral. La ley declara "de interés general la preservación de los espacios públicos como lugar de convivencia, civismo y disfrute, donde todas las personas puedan desarrollar en libertad sus actividades preservando su libre circulación, ocio, encuentro y recreo, con respeto a la dignidad y a los derechos de los individuos, promoviendo a su vez, la pluralidad y la libre expresión de los diversos fenómenos y acontecimientos culturales, políticos y religiosos" (Art. 9). Entre otras figuras se prevé la "ocupación indebida de espacio público"[11], la "Provocación o participación en desorden en un espectáculo público", el "Agravio u omisión de asistencia a la autoridad"[12], la "venta o comercialización no autorizada de entradas para espectáculos públicos" (que admite el decomiso además de la pena de trabajo comunitario)[13], el "Abuso de alcohol o estupefacientes"[14], la "Instigación de menores a la mendicidad", la "Solicitud abusiva con acoso o coacción de dinero o cualquier otro bien en espacios públicos", los "Juegos de azar en contravención de leyes". Las faltas también pretendieron solucionar temas relacionados con la administración y las intendencias municipales, como los graves problemas con la basura y el vandalismo (Art. 4). En ese sentido se incorpora al sistema penal codificado un „Capítulo VI. De las faltas por la afectación y el deterioro de los espacios públicos". El Art. 13 castigará el Vandalismo[15] y otras formas de perturbación difíciles de clasificar[16]. La ley incluye también una serie de conductas relacionadas con el tráfico rodado, como la "participación en competencias vehiculares no autorizadas"[17], la "conducción de vehículos motorizados sin la autorización correspondiente", la "conducción de vehículos motorizados sin casco protector" o la "conducción de vehículos motorizados al doble de la velocidad permitida". También se legislan faltas de neto corte administrativista como la omisión, por el director de una obra, de las precauciones debidas para la construcción o demolición. Con ribetes penales relacionados con la figura de los delitos de peligro apenas encontramos la "conducción de vehículos motorizados con grave estado de embriaguez", que bien podría llegar a ser considerado un delito antes que una falta penal, en cuanto el consumo de alcohol es una de los principales causas de comisión de delitos utilizando medios de transporte. Entre las figuras de peligro se ubica el "disparo de armas de fuego y de petardos en poblado" siempre que estos "causaren peligro o alarma".
6. La pena en todos los casos es el trabajo comunitario o en beneficio de la comunidad. Lo grave es que el incumplimiento de la pena de trabajo comunitario se convierte en pena de privación de libertad[18], en instancia única que contraría no solo el Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia constante de la homónima Corte Interamericana y el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sino también el sistema procesal uruguayo[19]. Esta ley abrió la discusión sobre la instancia única en la materia penal y la posible conversión de la pena de trabajo comunitario en pena de privación de libertad. La SCJ, en un nuevo fallo polémico con votos disidentes, declaró la constitucionalidad de la ley recurriendo a argumentos políticos o de oportunidad política[20]. Esta sentencia marca una nueva instancia de ignorancia de los tratados internacionales

suscritos por Uruguay y una nueva desatención de los derechos básicos de los ciudadanos en relación al derecho penal[21].

7. En cuanto al proyecto de código del proceso penal, el nuevo sistema procesal penal que se discute a la fecha de este informe en el Parlamento, instrumenta el principio de oportunidad reglado, que permitirá en determinadas situaciones la selectividad penal cuando no exista un interés general en la persecución. Este nuevo sistema permitirá (o al menos no debería ser incompatible) la inclusión de formas alternativas de resolución de los conflictos penales. La Constitución, por ejemplo, en su Art. 255 al imponer la conciliación en materia civil, no prohíbe la posibilidad de instrumentarla en el ámbito penal, aunque no podrá negociarse el objeto del proceso (al estilo del *plea bargaining* anglosajon)[22].
8. Desde un punto de vista político criminal el Ministerio del Interior ha dado algunos pasos hacia un modelo de justicia penal restaurativo, en cuanto a plantear desde la visión de la policía un sistema penal que permita para la criminalidad media y leve la participación del autor y la victima en la resolución del conflicto. Este ministerio trabaja en un plan piloto de mediación penal en algunas "comisarías" o "dependencias policiales" con el objetivo de involucrar también al entorno familiar y vecinal en un procedimiento que permita encuentros y compromisos de las partes enfrentadas por el delito, con el apoyo de personas de su confianza que "colaboren" (psicológicamente) con quienes asuman fórmulas de reparación del daño. La mediación se utilizará, en una primera instancia, para delitos leves como hurtos (aprox. 55.000 anuales), lesiones en accidentes de tránsito (aprox. 30.000 casos anuales), lesiones leves en riñas (4.800 casos), cheques sin fondos suficientes (400 casos). La ley que debería dictarse para introducir la mediación penal determinará seguramente que las instancias de mediación se lleven a cabo en las dependencias judiciales, a solicitud del juez, el fiscal o el abogado defensor. Estos encuentros solo pueden tener lugar en forma voluntaria, cuando tanto el autor como la víctima no se opongan. El acuerdo suspende el proceso penal en la etapa en la que se encuentre y el presunto autor estará condicionado al cumplimiento del mismo. Seguramente el incumplimiento del acuerdo reactive el juicio penal en aquella etapa en la que fuera suspendido.
9. De tener aceptación estos procesos "desformalizados" de resolución de casos penales, el sistema penal paulatinamente abandonará su carácter inquisitivo, de obligatoriedad de persecución penal, de encarcelamiento como regla, para contraponer un sistema dual que diferencie entre la criminalidad grave y la de menor gravedad. De algún modo, se ha tomado conciencia por parte del Poder Ejecutivo de la necesidad de un cambio en materia penal[23]. La incógnita es si los otros poderes del Estado se encuentran en la misma sintonía o si se convertirán en serios obstáculos ante este "cambio de paradigma" en materia penal.

Notas

1 La ausencia de datos criminológicos impiden respaldar esta aseveración con cifras.

2 https://www.kas.de/wf/doc/kas_32715-1522-4-30.pdf?121116143030

3 Uruguay ha sido conminado por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos a reformar su sistema penal para adecuarlo a la Convención Americana (CADH) en el Acuerdo Amistoso entre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH) y el gobierno uruguayo en el caso Peirano vs. Uruguay (Caso 12.553, informe 35/07, mayo 2007). La Ley 17.897 de 14.09.2005 (Art. 21), como consecuencia de la denuncia ante la ComIDH y con anterioridad al Acuerdo Amistoso entre Uruguay y la ComIDH, creó una comisión para la redacción de un nuevo Código del Proceso Penal que fuera adecuado a la CADH, que todavía se discute en el Parlamento. Este nuevo Código adoptaría un sistema penal acusatorio basado en la inmediatez y la oralidad (audiencia), que permitiría una mayor participación a la víctima (que podrá presentar prueba, recurrir la resolución de archivo que hoy es irrecurrible y notificarse de las actuaciones procesales) y terminar con el sistema de juez único (inquisitivo o mixto). La misma ley instauró otra comisión para la reforma del Código Penal, con el fin de eliminar de la parte general y especial aquellas figuras del viejo código del fascismo italiano (Codice Rocco) que inspiró al Código Penal Uruguayo. No obstante estas dos comisiones entregaron hace varios años sus proyectos de reforma, estos naufragan en las aguas del Parlamento y no han visto la luz ni siquiera con gobiernos de izquierda que a partir de 2005 han tenido incluso mayoría parlamentaria.

4 Este CGP rige desde 1989 y se aplica en todas las materias menos en lo penal y lo laboral y se basa en los principios de oralidad, inmediación, concentración, publicidad y celeridad.

5 Ver García Mendieta, Carmes, "El Código General del Proceso en el Uruguay"; http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2103/6.pdf.

6 Sobre este tema, Galain Palermo, Pablo, "Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal en Alemania y Portugal. Algunos lineamientos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de una urgente reforma del proceso penal uruguayo", Revista do Ministério Público, año 27, abr-jun 2006, nº 106, pp. 43-81.

7 OEA/Ser.L/V/II.Doc.46/13 de 30.12.2013. http://www.cidh.org; http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_stats.php?area=all&category=wb_pretrial.

8 Sobre el tema, Preza, Dardo, El Proceso Penal Uruguayo, 4 ed, FCU, Montevideo, 2013. En internet, http://www.cadal.org.uy/publicaciones/Seminario_20-03-2013.pdf; http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/lineamientos-proceso-penal-uruguayo.pdf;

9 En internet, http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Montano-Vicitma-y-proceso-penal.pdf.

10 Ver Galain Palermo, Pablo, Alternativas a los sistemas de encierro en Uruguay, en prensa.

11 En abril de 2014 se imputó esta falta penal por primera vez con pena de trabajo comunitario (8 días) a una persona adicta a las drogas en situación de calle. El imputado se había negado reiteradamente a concurrir a un "refugio" para indigentes, optando por dormir en la vía pública. La norma exige que la persona haya sido por lo menos intimada dos veces por la autoridad municipal o policial para que desista de ocupar un espacio público "acampando o pernoctando de forma permanente" (Art. 14). http://www.elpais.com.uy/informacion/se-produjo-primer-procesamiento-ocupacion.html

12 Esta falta parece emparentada con el constitucionalmente dudoso delito de "desacato a la autoridad" que en Uruguay no solo está vigente sino que es de usual aplicación). Dice el Art. 1: "El que agraviare a la autoridad legítimamente investida o no le prestare el auxilio que esta reclame, en caso de incendio, naufragio, inundación u otra calamidad pública".

13 Venta o comercialización no autorizada de entradas para espectáculos públicos.- "El que, con motivo o en ocasión de un espectáculo público, independientemente de su naturaleza, vendiere o comercializare de cualquier forma entradas para los mismos sin la autorización otorgada en forma fehaciente por su organizador, con la intención de obtener un provecho para sí o para un tercero".

14 "El que en lugar público o accesible al público se presentare en estado de grave alteración psíquica o física producida por alcohol o estupefacientes, y el que por los mismos medios provocare en otros dicho estado".

15 "El que realizare actos de deterioro o destrozos en espacios públicos o sus instalaciones tales como bienes muebles o inmuebles, monumentos, señalizaciones de tránsito, semáforos y demás elementos del ornato público".

16 (Realizar las necesidades en los espacios públicos urbanos y suburbanos).- "El que defecare u orinare en espacios públicos urbanos o suburbanos fuera de las instalaciones destinadas especialmente para tal fin".

17 "El que en carreteras, calles, vías de tránsito en general y en lugares no autorizados expresamente participare de carreras u otro tipo de competencia valiéndose de un vehículo con motor".

18 Según el Art. 15: "Es obligatorio el cumplimiento de las tareas impuestas. Si el condenado no cumpliere la pena de prestación de trabajo comunitario, cumplirá 1 (un) día de prisión por cada día de trabajo comunitario no cumplido".

19 Artículo 22. (De los incidentes. De la instancia única).- "El Juez podrá desestimar de plano y verbalmente todo incidente que se promoviere por las partes. Los incidentes admitidos se sustanciarán y se decidirán en la audiencia. Las providencias dictadas en este proceso solo admitirán recurso de reposición, que se deducirá y resolverá en la propia audiencia".

20 Dice la sentencia: "…el establecimiento de la instancia única resulta en cierta forma respuesta a la demanda de la sociedad de que estas contravenciones se atiendan con celeridad y eficacia".

21 La Sentencia 20 de 2013 puede ser considerada el mejor ejemplo de ignorancia de la norma internacional en relación al sistema jurídico uruguayo. Críticamente me manifesté en http://www.asuntosdelsur.org/uruguay-sentencia-scj-inconstitucional-ley-18831/.

22 Ver Galain Palermo, Pablo, "Formas de consenso", cit. p. 69.

23 El Ministro del Interior, Héctor Bonomi dijo que "existe una convergencia" de visiones y avances en Uruguay, respecto a la necesidad de generar un cambio de eje y pasar de la justicia retributiva a la justicia restaurativa. Ese cambio se aplicará utilizando referencias como, entre otras, las „Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad", también conocidas como „Reglas de Tokio" (1990), y la resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 1999 titulada „Elaboración y Aplicación de Medidas de Mediación y Justicia Restitutiva en materia de Justicia Penal".http://www.elpais.com.uy/informacion/victimas-victimarios-delitos-leves-mediaran.html?utm_source=news-elpais&utm_medium=email&utm_term=V%C3%ADctimas%20y%20victimarios,%20de%20delitos%20leves,%20mediar%C3%A1n%20en%20sedes%20penales&utm_content=27032014&utm_campaign=Resumen%20Matutino

Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón
Doctor en Derecho. Juez Penal
Profesor de Derecho Penal General y Especial
Profesor de Postgrado de Derecho Procesal Penal

Introducción

En la legislación penal venezolana, los hechos punibles se dividen en delitos y faltas, y las penas corporales, denominadas también restrictivas de la libertad, son presidio, prisión y arresto[1]. No define el Código Penal venezolano específicamente los delitos y las faltas, así como tampoco las diferencias entre ellos, y mucho menos señala o distingue expresamente, cuales son los delitos graves, los menos graves y los leves, considerando la mayoría de los autores, que las diferencias se encuentran básicamente en las penas a imponer[2]. Sin embargo, el 15 de junio de 2012, el Presidente de la República, mediante un Decreto Ley, publicó un "nuevo" Código Orgánico Procesal Penal (COPP)[3], donde, entre otras cosas, se incluyó entre los Procedimientos Especiales (Libro Tercero), un Título referente al procedimiento para el juzgamiento de los delitos menos graves, creando unos nuevos Tribunales de Primera Instancia Municipal en Funciones de Control, que se

suman a los Tribunales de Primera Instancia Estadales en Funciones de Control. De conformidad con el artículo 65 del Código Orgánico Procesal Penal, a los Tribunales Municipales les corresponde conocer de los delitos cuyas penas en su límite máximo no excedan de ocho años de privación de libertad, con excepción de ciertos delitos considerados muy graves[4], y, de conformidad con el artículo 66 *eiusdem*, a los Tribunales Estadales les corresponde conocer de los delitos cuyas penas en su límite máximo excedan de ocho años de privación de libertad, así como de los delitos exceptuados en el único aparte del referido artículo 65, cualquiera sea la pena que tengan asignada. De tal manera que, a partir de esa fecha (15-6-2012), en Venezuela se considera que los delitos menos graves, son aquellos cuya pena, en su límite máximo, no exceda de 8 años de privación de libertad, salvo las excepciones antes expresadas, lo que sobrepasa largamente lo establecido en otros países.

En relación con los llamados "*delitos de bagatela*", normalmente se aplica el principio de la insignificancia, refiriéndose a aquellas conductas de menor relevancia y que, además, sólo afectan directamente a la persona ofendida, no al resto de la sociedad, incluyendo entre estos delitos menores o leves, a los delitos de difamación e injuria, hurtos de poca monta, daños leves a la propiedad, etc. Distinguiéndolos también de las faltas o contravenciones, las cuales se encuentran en un nivel inferior a los delitos, en la escala de los hechos punibles.

Ahora bien, es necesario tener muy en cuenta que, desde un punto de vista personal, sobre la gravedad de los delitos hay muchos criterios, ya que aunque para algunos la reputación, el honor el prestigio y el buen nombre, no son relevantes, para muchos otros, son de especial importancia, de primerísima significación. Por ello, no todo el mundo coincide en que, por ejemplo, los delitos contra el honor, sean de bagatela, así como que tampoco afecten exclusivamente a una persona en particular, indicando que, en ocasiones, los señalamientos injuriosos se dirigen contra toda una comunidad, una asociación o un grupo étnico o cultural. Especialmente en casos donde, por razones políticas o ideológicas, se insulta a parte de la población.

Sin embargo, dejando a un lado esos planteamientos, de lo que se trata es de considerar ciertas conductas delictivas, no sólo como menos graves, sino como levísimas y hasta insignificantes, y darles un tratamiento más benigno y menos punitivo, aplicando penas leves, evitando aquellas que incluyan la privativa de libertad, inclinándose más por sanciones alternativas, como el prestar servicios comunitarios, con la intención de que esas personas mediten y reflexionen sobre su proceder, y eviten incurrir nuevamente en las mismas. Todo lo cual es muy plausible y en muchos casos funciona, mostrando buenos resultados, pero igualmente hay que destacar que también en muchas ocasiones, esa actitud complaciente sólo sirve de estimulo e incentivo, para que esas conductas delictivas y reprochables se repitan una y otra vez, e incluso, se intensifiquen, y lleven a otras violaciones de la Ley mucho más graves, al no haber recibido el infractor, el castigo adecuado y a tiempo, desde la primera vez. Por ello, hay que tener mucha cautela al catalogar ciertas conductas y actos, como "*de bagatela*"[5], porque lo que para alguien puede ser bagatela, para otro puede no serlo, y con toda razón.

En julio de 1999, cuando en Venezuela el Código Orgánico Procesal Penal entró en vigencia plena, y se pasó así de un sistema inquisitivo a uno predominantemente acusatorio, en una reunión de Jueces, me opuse a que se establecieran categorías cerradas de delitos que deberían ser considerados como "de bagatela", tomando en cuenta simplemente el monto en dinero de lo robado o sustraído, o únicamente la gravedad de la lesión ocasionada, sin analizar las características y circunstancias específicas del caso en particular, ya que, aunque a simple vista, el monto de lo obtenido pudiera parecer para algunos lo más importante en un robo, eso no es necesariamente así, ya que hay que analizar y determinar otras circunstancias, como la situación de vulnerabilidad, debilidad o precariedad de la víctima, porque no es lo mismo que en el caso del robo considerado como menos grave, un arrebatón, la víctima sea desprovista de una pequeña cantidad de dinero, en criterio de mucha gente, pero en su precaria situación, ese monto puede ser mucho dinero, puede ser el producto de varios días de trabajo, puede ser el dinero que necesita urgentemente para comprar la comida para su familia o las medicinas para su hijo enfermo, o para pagar los servicios públicos. Lo mismo ocurre con la gravedad de las lesiones que alguien le cause a otra persona, a veces vemos esos hechos con cierta indiferencia, porque no nos afectan directamente, porque si se tratara de algún familiar o persona muy querida o allegada a nosotros, entonces sí consideraríamos la lesión como grave o hasta gravísima, fuere cual fuere el resultado de la lesión o el tiempo de curación de la misma.

Por ello, no sólo es absolutamente necesario la restitución, reparación e indemnización de la víctima, por parte del agente, sino también el que la víctima esté totalmente de acuerdo con que se considere como de

"bagatela", el delito que se haya cometido en su contra, y no desee que se continúe con la persecución penal.

No deben tampoco confundirse los delitos de acción privada[6], con los delitos llamados leves, menores, de menor entidad o gravedad, veniales o de bagatela, ni tampoco con las faltas o contravenciones, porque los delitos de acción privada no son propiamente delitos de bagatela, ni mucho menos faltas, son simplemente delitos perseguibles o enjuiciables a instancia privada o de parte agraviada. Son excepciones a la norma general que establece que "*La acción penal corresponde al Estado a través del Ministerio Público, que está obligado a ejercerla, salvo las excepciones constitucionales y legales*"[7].

Los delitos y faltas en la Legislación penal venezolana. Principios

Tal y como lo ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se trate de delitos o de faltas, "el máximo principio que consagra la legitimidad y legalidad dentro del Derecho Penal es el principio: "*nulla crime, nulla poena sine lege"*, recogido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos penales de índole romanista y germánico, el cual apunta a una garantía de libertad y seguridad para los ciudadanos, sin dejar de lado el poder punitivo del Estado, el cual es ejercido a través de sus legisladores y jueces". Principio éste universalmente conocido como principio de legalidad.

El artículo 49, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contempla el Principio de Legalidad en los términos siguientes:

> *"El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, en consecuencia:*
>
> *(...) 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos y omisiones que no fueren previstos como delitos o faltas o infracciones en leyes preexistentes(...)".*

Igualmente, en sintonía con dicha disposición constitucional, el artículo 1° del Código Penal, establece el Principio de Legalidad en los siguientes términos: *"(...) Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente (...)".*

De tal manera que, de acuerdo a los términos expresados en las referidas normas constitucionales y legales, los ciudadanos tienen el derecho a hacer todo lo que la ley no les prohíba, solo la ley es capaz de crear delitos y faltas, y solo podrá considerarse delito o falta, aquel hecho que la ley declare expresamente que así lo es.

Sobre el Principio de Legalidad Penal, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha señalado reiteradamente lo siguiente:

> *"(...) El PRINCIPIO DE LEGALIDAD funge como uno de los pilares fundamentales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho. A mayor abundamiento, tal principio constituye la concreción de varios aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho Sancionador, y el cual se vincula con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad. (...)*
>
> *La formulación básica de este principio se traduce en que todo el régimen de los delitos y las penas, debe estar regulado necesaria y únicamente en los actos que por excelencia son dictados por el órgano legislativo del Estado, a saber, en las leyes. Por lo tanto, su configuración formal básica se traduce en el aforismo nullum crimen, nulla poena sine lege. Esta primera exigencia del principio de legalidad, referida al rango de las normas tipificadoras —y que por ende constituye una garantía formal—, se cristaliza en la noción de* ***reserva legal****.*
>
> *En tal sentido, la figura de* ***la reserva legal*** *viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal (sentencia n° 2338/2001, del 21 de noviembre). Una de esas trascendentales materias es la sancionatoria, y concretamente, la materia penal, en cuyo ámbito este principio cobra una especial vigencia, al establecer que el órgano legislativo nacional sea el único legitimado para la creación de delitos; es decir, sólo la Asamblea Nacional tiene la competencia para escoger entre todos los comportamientos humanos, cuáles son los más lesivos a los bienes jurídicos más importantes y describirlos en una norma jurídico-penal, para así establecer cuál debe ser el correlativo castigo"* (Negritas agregadas).

Este principio de la **reserva legal** es esencial para la vigencia del régimen constitucional venezolano, y se encuentra expresamente establecido en el numeral 32 del artículo 156, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Las faltas se encuentran establecidas en el Libro Tercero del Código Penal, desde el artículo 483 hasta el artículo 545, sin embargo, han proliferado en los últimos años numerosos códigos de policía, así como ordenanzas de convivencia ciudadana, en varios estados del país, que contienen sanciones por faltas e infracciones, cuyas normas han sido anuladas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por considerarlas inconstitucionales, precisamente por violar la reserva legal[8].

El Código Penal tipifica cuatro categorías de faltas, que son: **las faltas contra el orden público** (Título I), que incluye 9 capítulos, relativos a la desobediencia

a la autoridad, a la omisión de dar referencias, sobre las monedas, sobre el ejercicio de arte tipográfico, a la difusión de impresos y avisos, sobre los espectáculos, establecimientos y ejercicios públicos, sobre los alistamientos practicados sin autorización, sobre la mendicidad, sobre la perturbación causada en la tranquilidad pública y privada y sobre el abuso de la credibilidad de otro; **las faltas relativas a la seguridad pública** (Titulo II), que incluye 8 capítulos, referidas a armas y materias explosivas, a la caída y a la falta de reparación de edificios, a la ausencia de signos y señales de peligro, de los objetos tirados o colocados de manera peligrosa, de la vigilancia a los enajenados, de la falta de vigilancia al guardar, conducir y trasladar animales y vehículos, y a la creación de peligros y daños contra personas y cosas; de las faltas concernientes a la moralidad pública (Título III), que contiene 4 capítulos, los concernientes a los juegos de azar, a la embriaguez, a los actos contrarios a la decencia pública y del mal tratamiento a los animales; y finalmente, de las faltas relativas a la protección pública de la propiedad (Título IV), que contiene 4 capítulos, las referidas a la posesión injustificada de objetos y valores, a la falta de precauciones en las operaciones de comercio o de prendas, de la venta ilícita de llaves y ganzúas, y abertura ilícita de cerraduras, así como de la tenencia ilícita de pesas y medidas.

Las penas asignadas a las faltas son de arresto y/o multa, y, en algunos casos, como pena accesoria, la suspensión del ejercicio de su profesión.

El procedimiento por faltas

Son muy poco frecuentes los procesamientos por faltas. El procedimiento para el enjuiciamiento de las faltas está concebido para que sea rápido y expedito, ya que basta una simple solicitud para su inicio, no hay fase de investigación, ni fase de control de la acusación, la solicitud se presenta directamente por ante el Juez de Juicio, y aunque está regido por los principios del juicio oral, se encuentra desprovisto de formalidades. Tiene una única instancia, sin posibilidad de apelación de la decisión.

El Código Orgánico Procesal Penal vigente, publicado el 15 de junio de 2012, no incluyó en su articulado el procedimiento especial de faltas, como sí se había estado haciendo, desde el primer código de tinte acusatorio, en 1998, en todas las reformas, sin embargo, en la Disposición Transitoria Primera del Código 2012, se establece que "*Hasta tanto se dicte la ley que regule el procedimiento relativo a las faltas, se continuará aplicando lo previsto en el Código anterior*", por lo tanto, en relación con el Procedimiento de Faltas, sigue vigente el procedimiento establecido en el derogado Código Orgánico Procesal Penal del 4 de septiembre de 2009[9]. Situación bastante peculiar, ya que es lo único que todavía se encuentra vigente, del Código adjetivo penal anterior al del 2012. Lo que sí es evidente, es que la intención del legislador es excluir definitivamente el procedimiento especial de faltas del COPP, por lo que se vislumbra que en un futuro nuevo Código Penal, se eliminará el Libro referente a las faltas, para colocarlo en alguna Ley especial. Varios autores han planteado la supresión o eliminación de las faltas del Código Penal, para colocarlas en un eventual Código Nacional de Policía[10].

Pues bien, entre los procedimientos especiales previstos en el Código Orgánico Procesal Penal de 2009, se encuentra el procedimiento de faltas, cuyo artículo 382 dispone que "*El funcionario o funcionaria que haya tenido conocimiento de la falta, o aquel o aquella que la ley designe para perseguirla, solicitará el enjuiciamiento indicando lo siguiente: 1. Identificación del imputado o imputada y su domicilio o residencia. 2. Descripción resumida del hecho imputado, indicando tiempo y lugar. 3. Disposición legal infringida. 4. Señalamiento de los datos pertinentes, agregando los documentos y los objetos entregados por el infractor o infractora, o que se incautaron. 5. Identificación y firma del solicitante*". Como el ejercicio de la acción penal le corresponde al Ministerio Público, salvo las excepciones legales antes mencionadas, tanto con respecto a los delitos como en relación a las faltas, es el Fiscal del Ministerio Público, el facultado para ejercer la acción penal en contra del acusado de haber cometido alguna falta, a pesar de que dicho artículo 382 menciona la posibilidad de que pueda hacerlo el funcionario que haya tenido conocimiento de la falta[11]. No obstante ello, aunque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 285 de la Constitución Nacional, es el Ministerio Público el titular del ejercicio de la acción penal, sin embargo, la Sala Constitucional ha considerado que, bajo ciertas circunstancias, se debe permitir a la víctima del delito, ejercer directamente la acción penal, presentando la acusación correspondiente, con prescindencia incluso del Ministerio Público, en caso de que éste no lo haya hecho, (Sentencia No. 908 de la Sala Constitucional, del 17-7-2013). Lo cual parece muy positivo, ya que en ocasiones ha habido negligencia de parte del Ministerio Público, que ha permitido la prescripción de la acción penal.

El proceso consiste en que el Ministerio Público solicita el enjuiciamiento ante el Juez competente, que es el de Juicio, el cual convocará a una audiencia donde el contraventor manifestará si admite o no su culpabilidad, o si solicita el enjuiciamiento. En caso de que admita la falta, el Tribunal de Juicio dictará la Sentencia condenatoria correspondiente, en caso contrario, deberá indicar cuáles son los medios de prueba que no puede incorporar por su cuenta al debate, para fundamentar sus argumentos, y, de ser necesario, solicitará el auxilio público. El Juez convocará al juicio, de ser posible, inmediatamente. En el debate oral, las partes comparecerán con todos los medios probatorios que pretendan hacer valer, y el imputado podrá ser asistido por un defensor, si lo nombrare. El Tribunal oirá a las partes y apreciará los elementos de convicción presentados, para finalmente, dictar la sentencia que corresponda, absolviendo o condenando. Si no se incorporan medios de prueba durante el debate, el Tribunal decidirá sobre la base de los elementos acompañados con la solicitud. Si nadie comparece, dictará la decisión sin más trámite. Contra la decisión no cabe recurso alguno. Las medidas cautelares que se dicten durante este procedimiento, tienen que ser proporcionales a la falta imputada.

Delitos y faltas. Diferencias

La discusión sobre las diferencias existentes entre delitos y faltas, se ha mantenido desde hace muchos años entre los más reconocidos autores, pareciendo sin embargo que existe cierto consenso, en que las diferencias se limitan principalmente a la mayor gravedad del daño ocasionado, así como de la pena a imponer, en el caso de los delitos, considerando a las faltas como delitos o infracciones de menor entidad, que afectan bienes jurídicos menos relevantes. En Venezuela, el artículo 61 del Código Penal, establece que "*Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión.* ***El que incurre en faltas, responde de su propia acción u omisión, aunque no se demuestre que haya querido cometer una infracción de la ley****. La acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria a no ser que conste lo contrario*" (negritas y subrayado agregadas). Se ha interpretado de esta disposición, que no se requiere demostrar la culpabilidad del infractor, para que esa persona incurra en responsabilidad penal por cometer una falta, ya que siempre tiene que responder de su acción u omisión, sin necesidad de probar que tuvo la intención de cometerla, por lo cual prácticamente existe una presunción de culpabilidad en contra del agente, cuestión que ha sido siempre cuestionada, por permitir arbitrariedades y abusos de los funcionarios. Lo que no ocurre con los delitos, donde sí es absolutamente necesario probar la culpabilidad, la responsabilidad penal del autor o participe, por imperar el principio de la presunción de inocencia.

En todo caso, se ha considerado que las diferencias entre delitos y faltas son las siguientes: a) En cuanto a la sanción: los hechos que integran las faltas tienen asignados penas mucho más leves que las que se aplican a los delitos; b) En las faltas, basta la simple infracción legal (acción u omisión) para incurrir en responsabilidad, siendo indiferente el elemento subjetivo de la culpabilidad; c) La falta sólo es punible cuando se ha consumado y no en el grado de tentativa ni en la de frustración; y d) De las faltas sólo son responsables los autores y los cómplices; mientras que, en caso de delito, la responsabilidad se extiende igualmente a los otros partícipes y a los encubridores.

En relación con el procedimiento especial de las faltas, la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha señalado que "*El procedimiento ordinario es más garantista que el procedimiento especial de faltas*"[12], agregando que "*Si una falta es tramitada y juzgada bajo el procedimiento ordinario, no se declarará la nulidad del fallo judicial emitido, pues el procedimiento ordinario es más garantista que el especial de faltas, y por tanto, se trataría de una reposición inútil*"[13]. Es conveniente igualmente acotar, que contra la decisión acordada en el procedimiento especial de faltas no cabe recurso alguno.

Procedimiento especial para los delitos menos graves

Entre las reformas realizadas al Libro Tercero del Código Orgánico Procesal Penal, que se refiere a los Procedimientos Especiales, se encuentra la inclusión de un nuevo Título referente al procedimiento para el juzgamiento de los delitos menos graves, los cuales son competencia de los Tribunales de Primera Instancia Municipal en funciones de Control, que constituye una nueva instancia jurisdiccional. Se consideran delitos menos graves, aquellos cuya pena en su límite superior no exceda de ocho (8) años de privación de libertad, previéndose su juzgamiento mediante la aplicación de un procedimiento breve que permita el enjuiciamiento en libertad, y que posibilite la inclusión del imputado o imputada en el trabajo comunitario. Ahora bien, a pesar que la Disposición Final Tercera del Código Orgánico Procesal Penal de 2012, establece que "*La creación,*

organización y funcionamiento de los Tribunales de Primera Instancia Municipal en Funciones de Control, se establecerá mediante resolución que a tales efecto dictará la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de los seis meses siguientes a la publicación del presente Código en la Gaceta Oficial de la República", lo cierto es que ha transcurrido casi dos años desde la publicación del COPP, y se han creado muy pocos Tribunales Municipales de Control[14].

Las Medidas alternativas a la prosecución del proceso

En el Código Orgánico Procesal Penal venezolano, existen tres (3) fórmulas o medidas alternativas a la prosecución del proceso: el principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso. En el caso del principio de oportunidad[15], el o la Fiscal del Ministerio Público podrá solicitar al Juez o Jueza de Control autorización para prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal, o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en cualquiera de los supuestos siguientes: 1. Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia o por su poca frecuencia no afecte gravemente el interés público, excepto, cuando el máximo de la pena exceda de los ocho años de privación de libertad, o se cometa por un funcionario o funcionaria, empleado público o empleada pública, en ejercicio de su cargo o por razón de él; 2. Cuando la participación del imputado o imputada, en la perpetración del hecho se estime de menor relevancia, salvo que se trate de un delito cometido por funcionario o funcionaria, empleado público o empleada pública, en ejercicio de su cargo o por razón de él; 3. Cuando en los delitos culposos el imputado o imputada, haya sufrido a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena; y 4. Cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o a la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

En la aplicación del principio de oportunidad, quedan excluidas las causas que se refieran a la investigación de delitos graves, enumerando el único aparte del referido artículo 38, cuales son esos hechos punibles excluidos. La consecuencia o efecto de la admisión por parte del Tribunal de Control, de alguno de los supuestos previstos en el artículo 38, producirá la extinción de la acción penal, bien sea en beneficio del autor o partícipe, en cuyo beneficio se dispuso, o de todos los participantes que se encuentren en las mismas circunstancias, si la decisión se fundamenta en la insignificancia del hecho. La extinción de la acción penal se decretará de conformidad con el numeral 5 del artículo 49 del COPP, que contiene las causas de extinción de la acción penal, para posteriormente declarar el sobreseimiento de la causa, de conformidad con el numeral 3 del artículo 300 *eiusdem*.

En relación con los acuerdos reparatorios, el Juez correspondiente (de Control o de Juicio), podrá desde la fase preparatoria, aprobar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, siempre que el hecho punible recaiga exclusivamente sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, o cuando se trate de delitos culposos contra las personas. En caso que el Ministerio Público ya haya presentado la acusación y esta haya sido admitida, se requerirá que el imputado admita los hechos objeto de la acusación. El proceso podrá suspenderse hasta por tres meses, para que el imputado cumpla el acuerdo. El cumplimiento del acuerdo extinguirá la acción penal respecto del imputado que hubiere intervenido en él. De no cumplir el imputado el acuerdo, se reanudará el proceso, y el Juez procederá a dictar la sentencia condenatoria correspondiente, fundamentada en la admisión de los hechos realizada por el imputado, conforme al procedimiento por admisión de los hechos.

Con respecto a la suspensión condicional del proceso, el imputado podrá solicitarle al Juez de Control o al de Juicio[16], la suspensión condicional del proceso, en los casos de delitos cuya pena de privación de libertad, no exceda de ocho (8) años en su límite máximo, salvo que se encuentren en el listado de delitos que se hayan excluidos, ya antes mencionados, considerados graves, así algunos de ellos tengan una pena que no excede los 8 años. La solicitud deberá contener una oferta de reparación del daño causado por el delito, y el compromiso del imputado de someterse a las condiciones que le imponga el Tribunal. El Tribunal oirá la opinión del Ministerio Público y de la víctima, si se encuentra presente. De oponerse el Ministerio Público y la víctima se negará la petición. El Juez fijará el régimen de prueba, que no podrá ser inferior a un año ni superior a dos, determinando las condiciones que deberá cumplir el imputado. Finalizado el plazo o régimen de prueba, el Juez convocará a una audiencia, para verificar el cabal cumplimiento de todas las obligaciones impuestas, y, de ser así, podrá decretar el sobreseimiento de la causa. En caso de incumplimiento injustificado, el

Juez podrá revocar le medida de la suspensión, reanudando el proceso y dictando la sentencia condenatoria correspondiente, o, en lugar de revocar, puede ampliar el plazo de prueba por un año más, oída la opinión favorable del Ministerio Público y de la víctima, si está presente. La suspensión condicional del proceso tiene algunas variantes, en el caso que se aplique dentro del procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos menos graves (artículo 354 y siguientes del COPP).

Conclusiones

Existen muy diferentes posturas doctrinales en relación con la respuesta que debe darse a la delincuencia, especialmente a la patrimonial leve, considerando algunos que el derecho penal no debe intervenir en la mayoría de los casos y reservarse para los casos más graves, y que se deben de implementar "sanciones alternativas", o, incluso, que se debe prescindir de las penas, especialmente de la de privación de libertad (prisión), considerando que en ciertos casos, ya las sanciones no son necesarias, bien porque el hecho no ha tenido consecuencias, o estas no han sido significativas, bien porque el sujeto ha compensado los daños y perjuicios causados, y no existen razones de prevención general o especial que hagan necesario el castigo. Se ha hablado incluso de despenalizar o descriminalizar ciertas conductas.

Ahora bien, según Jakobs[17], lo que caracteriza a una conducta como de bagatela, "*es su proximidad a lo socialmente adecuado*", y, evidentemente, los robos, los hurtos, y otras conductas delictivas, no se aproximan a lo socialmente adecuado, aún y cuando el botín sea pequeño, ya que lesiona algo grande, algo importante para la sociedad actual, el derecho a la propiedad, el cual es básico para mantener la convivencia ciudadana. Robar, así sea un poco, igualmente es delito. Dejar esas conductas sin ningún castigo o sanción, crea un riesgo social de emulación, de generalización de esas conductas, y una sensación de total impunidad, nada conveniente para la sociedad. Por ello, sin llegar al extremo de la cero tolerancia al hampa, sí es necesario sancionar todas las conductas delictivas, incluidas aquellas que sean consideradas de bagatela, así sea con sanciones leves o menores,

Por otro lado, no olvidemos que ya existen las medidas alternativas a la prosecución del proceso (principio de oportunidad, acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso), rebajas de penas por admisiones de hechos, sustitución de penas privativas de la libertad por otras no privativas (como los trabajos comunitarios), suspensiones condicionales de la ejecución de las penas, reducciones de la pena impuesta por el trabajo y/o el estudio, medidas alternativas al cumplimiento de la pena (trabajo fuera del establecimiento penitenciario, régimen abierto y libertad condicional), confinamiento, etc., y otras fórmulas de autocomposición procesal.

Por lo cual, no se justifica que, además de todos los anteriores beneficios procesales y penales, se considere como no delictivas, conductas y actos que definitivamente sí lo son, por muy leves que estos sean, y que definitivamente, merecen la imposición de una pena. Ahora bien, que la pena no sea privativa de libertad, estoy de acuerdo, al menos no la primera vez, e incluso la segunda, e algunos países se sanciona con prisión a la tercera o cuarta oportunidad que es acusado de la perpetración de un delito. La reiteración de los delitos es precisamente lo más peligroso, y es lo que debe evitarse a toda costa, por ello, la reincidencia en el cometimiento de delitos, así sean de bagatela, tiene que ser sancionada ejemplarmente.

Finalmente, considero que la opinión de la víctima debe ser muy tomada en cuenta, en algunos casos estimo que es fundamental, para poder determinar el verdadero desvalor de la acción y del resultado, así como la necesidad o no de imponer una pena. No olvidar tampoco que aunque el daño material es importante, no debe ser el único a considerar, y que este puede incluso variar de una persona a otra.

Notas

1 Artículo 9 del Código Penal. La pena de presidio se ha eliminado en la gran mayoría de los delitos, quedando prácticamente sólo para los Robos de Vehículos Automotores y para algunos Homicidios. Las otras penas corporales que figuran en el artículo 9 (relegación a una colonia penal, confinamiento y expulsión del espacio geográfico de la república), no se están prácticamente aplicando desde hace mucho tiempo.

2 Criterio cuantitativo, con el cual están de acuerdo Rafael Mendoza Troconis, Tulio Chiossone, Alberto Arteaga Sánchez, Magaly Vásquez y otros. Grisanti Aveledo disiente alegando que no siempre se cumple, ya que encontró que hay un delito que tiene una pena inferior a una falta.

3 En realidad es una reforma. Gaceta Oficial No. 6.078 Extraordinario, del 15-6-2012.

4 Homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, corrupción, delitos contra el patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra. Como se puede observar, la lista de los

delitos excepcionados o excluidos es extremadamente larga, incluye a casi todos los delitos graves, salvo los robos y otros delitos contra la propiedad, que, inexplicablemente, no figuran en esa lista.

5 *Bagatela* significa "cosa de poca sustancia y valor" (DRAE 22 ed.), pero, como sabiamente lo dice el aforismo latino: *definitio in iure periculosa est (toda definición en derecho es peligrosa).*

6 Los pocos que quedan

7 Artículo 11 del Código Orgánico Procesal Penal

8 Aparentemente autorizados por la Disposición Complementaria, establecida en el artículo 545 del Código Penal, que textualmente señala: "*Las disposiciones del presente Libro no excluyen ni limitan las atribuciones que, por leyes municipales u otras especiales, competan a los funcionarios y corporaciones de la Administración Pública, para dictar ordenanzas de policía y bandos de orden público, así como para corregir gubernativamente las contravenciones o faltas, en el caso de que su represión les esté encomendada por las mismas leyes*".

9 Gaceta Oficial No. 5.930 Extraordinario, del 4-9-2009

10 José Rafael Mendoza, Magaly Vásquez, etc.

11 Se supone que se refiere al funcionario actuante. Eso no se aplica, siempre es el Fiscal del Ministerio Público

12 Sentencia No. 443 del 28-3-2008

13 Idem

14 Ejemplo de ello es que en el Estado Zulia, la entidad territorial más importante y poblada del país, no se ha creado todavía el primero

15 Artículo 38

16 Si se trata del procedimiento abreviado y antes de la apertura del juicio. Artículo 43 del Código Orgánico Procesal Penal.

17 Citado por Jesús-María Silva Sánchez, en "*Delincuencia patrimonial leve: una observación al estado de la cuestión*". Pág. 348