

[+]

E-BOOK
GRATIS

HISTORIA DE LA LINGÜÍSTICA

Revista

Julio 2014

34

Renal



Nuestro lo blanco

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 histórica¹ 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 agonizante², 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 paz³.

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 ineficaz⁴. Es importante precisar, desde ahora, que el Código penal italiano tiene instrumentos para eliminar en vía hermenéutica los hechos inofensivos⁵, 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 indiscutida⁷, 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 siglo⁸, 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 inofensivo¹⁰.

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 términos¹³, ha tenido lugar con el **art. 27 del DPR de 22 de septiembre de 1988, n.º 448, en materia de proceso penal de menores**. La norma en cuestión establece un parámetro sustancial de no punibilidad¹⁴. En pocas palabras, si un joven comete efectivamente un hecho ilícito (en su contexto¹⁵) tenue¹⁶ y ocasional¹⁷ y existen razones válidas para evitar un proceso que solo tendría como resultado deseducar¹⁸, el juez (durante la instrucción, en la audiencia previa, en el juicio oral o en la apelación) está llamado a emitir sentencia¹⁹ 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 jurisdiccional 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 (conjunta²¹, aunque jerárquica²²) 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 proceso²⁴ en cuanto sea posible, sino también un buen motivo en pro del archivo del procedimiento²⁵.

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 contemporáneo²⁶.

Por ahora, como ha sido confirmado hace pocos meses por la Corte Suprema²⁷, una bagatela como el hurto²⁸ de dos latas de cerveza cometida por un adulto sin antecedentes penales²⁹ 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), Giuffrè, 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 norma 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*, Giuffrè, 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 n° 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 punibilità per particolare tenuità del fatto", 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 especial-preventiva 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, *Irrelevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Ipsoa Ed., 2009, p. 3 ss.

11 Sobre la distinción se remite a VINCIGUERRA, *Appunti sull'innocuità, 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, *Irrelevanza 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, *Lehrbuch 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, n° 250.

15 Por último, Cass., Sez. IV, sent. 12 de noviembre de 2013, n° 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, n° 45580.

17 Entre las numerosas interpretaciones presentes en la doctrina, la más aguda parece la de VINCIGUERRA, *Irrelevanza 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, n° 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 propio 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, n° 32692].

19 El art. 3, let. f), DPR de 14 de noviembre de 2002, n° 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 multis, Cass., sez. IV, 13 de octubre de 2004, n° 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, n.º 48095; Sez. IV, 28 de septiembre de 2007 n.º 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 una 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 n.º 1131 del 16 de octubre de 2013 (*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in tema di notifica, 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 n.º 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, n.º 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 n.º 274.

29 Por lo tanto, resulta excluida también la aplicación del art. 27 del DPR de 22 de septiembre de 1988 n.º 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 públicas. 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 sí, 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