

El concepto de “exigüidad” del delito: perspectivas dogmáticas y político criminales*

CATERINA PONGILUPPI**

Resumen

La exigüidad es un concepto que se predica de un delito que en abstracto se ha configurado plenamente, pero que en concreto, y en virtud del principio de lesividad debe excluirse del ámbito del Derecho penal. Su ubicación sistemática, y sus relaciones con las demás categorías del delito, son objeto hoy de un intenso debate.

Abstract

Through the analysis of criminal reflection of the main enlightened philosophers, the author wants to show different arguments that from those positions can be given to the use of the penalty as a State's mechanism, pointing out how dissimilar starting points like utilitarianism and retributivism has served since the Illustration of the basis of modern criminal punishment, despite of such foundation is not always, as it has been tough, a desire of humanize punishment mechanism.

* Este artículo fue traducido del original en italiano “Il concetto di “esiguità” del reato: profili dogmatici e politico-criminali”, por Felipe Álvarez Arboleda, estudiante de Derecho de la Universidad de Antioquia.

** Doctora en Derecho Penal, profesora asistente en la Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia).

Palabras Clave

Exigüidad, ofensividad, mínima gravedad.

Key words

Smallness, Harm principle, low damage.

Sumario

1. La exigüidad del hecho: referencias introductorias y delimitación del concepto. 2. Los elementos de la "mínima gravedad" del hecho. 2.1. La ubicación sistemática de la exigüidad. 2.2. El nexo funcional entre "exigüidad" y "pena". 3. La jerarquía entre los elementos de la exigüidad del hecho. 4. Los singulares elementos de la "exigüidad" en las interpretaciones normativas italianas del instituto conformado por el art. 27 Decreto del Presidente de la República (en adelante d.p.r.) n. 448/1998 y el art. 34 del Decreto legislativo n. 274/2000. 5. Alusiones de comparación. 6. Exigüidad y perspectivas de reforma.

1. La exigüidad del hecho: referencias introductorias y delimitación del concepto

El art. 34 del Decreto legislativo n. 274/2000 introduce por primera vez en el Derecho penal de adultos la codificación del "principio" de exigüidad, con base en el cual el delito que presente una gravedad mínima, tal para no justificar la intervención sancionatoria penal, no debe ser castigado.

Ya en esta definición esencial del contenido de la exigüidad, y no cuando se vayan a examinar sus rasgos singulares y sus fronteras exactas, inmediatamente emergen no pocas ni irrelevantes cuestiones sobre la interpretación del concepto, además de sobre su misma naturaleza y ubicación sistemática. Se trata de cuestiones urgentes, que imponen un tratamiento a profundidad que intente dar a éstas una posible solución, y en tal modo una posibilidad de aplicación real: en efecto, no puede permanecer inobservado cómo los problemas ligados a la definición misma del concepto de exigüidad reduzcan notablemente su alcance aplicativo, o inhibiéndolo del todo, o alterando su credibilidad, por la dificultad que hay para encontrar un correspondiente factual real y unívoco al concepto normativo, si este intento no es adecuadamente soportado por una reflexión científica exhaustiva.

Estos son problemas urgentes, dada también la sensibilidad creciente del legislador italiano por el tema en examen, que es objeto de atención por parte de los

numerosos proyectos de reforma al código penal y de procedimiento elaborados en el curso de los últimos decenios¹.

En la normativa existente no se habla en realidad de "exigüidad", sino de "irrelevancia del hecho" (Derecho penal de menores) y de "particular tenuidad del hecho" (art. 34 decreto legislativo n. 274/2000). Es preciso despejar preliminarmente el campo de equívocos que puedan surgir precisamente en relación a tales diferentes denominaciones: en efecto, no se trata aquí de la *inofensividad* del hecho, sino de una ofensividad "escasa", es decir, que supera los umbrales de la relevancia penal "en abstracto", pero que "en concreto" demuestra ser de un nivel "mínimo"².

1 A partir de las primeras tentativas de extender el instituto de la "irrelevancia del hecho" más allá de los confines del Derecho penal de menores, precedentes al decreto 274 y después abandonados (el proyecto de ley por el que se *Delega en materia penal competencia al juez de paz*, presentado a la Cámara de los Diputados el 15 de julio de 1996, en *Guida Dir.* 29, 1996, pp. 105 y ss.; el proyecto de ley n. 4625/1998, por el que se dictan *Disposiciones en tema de definición del contencioso civil pendiente, de procedimiento frente al tribunal en composición monocrática, de irrelevancia penal del hecho y de resarcimiento perteneciente al juez de paz*, presentado a la Cámara de los Diputados el 3 de marzo de 1998, y los sucesivos textos unificados predisuestos en vista de las reuniones de la Comisión de justicia de la Cámara; para las fichas de los trabajos preparatorios, *los textos de los proyectos y de las enmiendas se consultan en el sitio <http://www.camera.it>; recorrido: búsqueda- proyectos de leyes- 13° legislatura*, 4625; véanse adelante sobre la materia FIORE, "Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa", en *Crit. del dir.*, 1998, pp. 274 y ss.; CONSO, "I processi come le proposte di legge: più si ampliano meno camminano", en *Dir. Pen. Proc.*, 1998, p. 929; BOUCHARD, "I bassorilievi dell'irrilevanza", en *Quest. Giust.*, 1998, pp. 570 y ss.; DIOTALLEVI, "L'irrilevanza penale del fatto nelle prospettive di riforma del diritto penale: un grande avvenire dietro le spalle?", en *Cass. Pen.*, 1998, pp. 2806 y ss.; DIDI, "Irrilevanza penale del fatto. Inconfigurabilità del reato o autore non punibile?", en *Giust. Pen.*, 1998, III, pp. 270 y ss.; para un *apéndice* sobre los diversos proyectos, 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, pp. 311 y ss.), se pueden sucesivamente registrar los esfuerzos del legislador delegado en materia de reforma de los códigos, en el ahondamiento del tema de la ofensividad, no sólo en la introducción de una clausula de exigüidad del hecho, que pudiese tener *alcance general* para el Derecho penal de adultos, dentro de un determinado ámbito de aplicabilidad. Sobre tales últimos acercamientos, en particular, véase adelante, el numeral 6.

2 Esta precisión se hace necesaria frente a algunas confusiones en la doctrina sobre el significado de estas expresiones, las cuales corren el riesgo de repercutir sobre el régimen aplicativo y sobre las suertes futuras del principio en el ordenamiento italiano.

Crítico en las confrontaciones sobre la posibilidad de reservar un espacio autónomo a las clausulas de "exigüidad" del hecho, FIORE, "Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale", cit., pp. 274 y ss., el cual reduce *la exigüidad* a la *escasa ofensividad*, sea sobre el plano del desvalor de resultado o sobre aquel del desvalor de acción, sin al contrario implicar consideraciones ligadas a la pena y a las exigencias preventivas. Para una sobreposición de los conceptos de exigüidad, irrelevancia penal del hecho e inofensividad, y una ubicación de estos mismos elementos en el plano de la ausencia de tipicidad por un fallido alcance del "umbral mínimo de ofensividad racionalmente idónea para justificar la existencia de un ilícito penal", véase además a GROSSO, "Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività od irrilevanza penale del fatto?", nota a Trib. Roma 2 mayo del 2000", en *Cass. Pen.*, 2001, pp. 2532 y ss. También hacen coincidir la "exigüidad" y la "inofensividad"

No obstante la “común *ratio* equitativa” que los sostiene, los dos institutos (*in*-ofensividad y exigüidad) no pueden ser sobrepuestos: de cualquier manera que se la entienda – esté ínsita en la tipicidad del hecho, o se la considere un elemento ulterior y necesario del ilícito, en respeto de la concepción realista del delito- la ofensividad tiene que ver, en efecto, con el plano *cualitativo* de la *existencia* del delito; la exigüidad es por el contrario el carácter que se predica de un ilícito, perfecto en todos sus elementos constitutivos, pero cuya relevancia penal no alcanza el umbral de la necesidad de la pena³.

Además, y más correctamente, es necesario precisar cómo la tenuidad *de la ofensa* sea un concepto diverso al de la tenuidad *del delito*, que es aquello que aquí interesa; no se trata de que la lesión al bien jurídico no exista o sea de leve entidad, sino que lo que resulta escasamente relevante es *la gravedad del delito en su totalidad*. Es por eso que la inofensividad del hecho no es sólo una realidad cuantitativamente diversa de la exigüidad, como acaece en la distinción entre *inofensividad* y *leve ofensividad* del hecho, sino que es también un fenómeno cualitativamente diferente, porque no atañe exclusivamente a la esfera de los intereses tutelados por el tipo penal incriminatorio, sino a la globalidad del hecho delictivo concretamente considerado⁴.

del hecho, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, I, pp. 569 y ss. Para algunas precisiones terminológicas véase sin embargo BOUCHARD, “I bassorilievi dell’irrelevanza”, cit., pp. 569-570. Es lamentable, por último, la indeterminación y consecuente ambigüedad del uso jurisprudencial de la categoría de la “inofensividad”- capaz de incluir también las hipótesis de “lesividad insuficiente”, además de carente – NATALINI, “De minimis non curat praetor: Diritto penale giurisprudenziale e reati di pericolo astratto, tra tipicità apparente, esiguità del fatto e necessaria offensività”, en *Cass. Pen.*, 11, 2003 (3532), p. 3556 y *passim*.

- 3 Según NATALINI, “De minimis non curat praetor”, cit., p. 3556, está por individualizarse en los dos conceptos una “innegable alteridad ontológico funcional”: ellos están de hecho gobernados “por criterios opuestos: cualitativos para el principio de ofensividad, pertinentes al hecho y a su tipicidad; cuantitativos para la exigüidad, relativos como mínimo al delito, salvo después extenderse al autor, o incluso a ulteriores elementos”.

Precisan la diferencia entre estas dos categorías (“inofensividad” y “exigüidad”), entre otros, DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 246; DE FRANCESCO, “L’esiguità dell’illecito penale”, en *Dir. pen. proc.*, II, 2002 (889), p. 891; también la misma Commissione Grosso y la Sottocommissione Grosso-Palazzo-Siciliano, en sus respectivos informes, en GROSSO (coord.), “Per un nuovo codice penale, II, Relazione della Commissione Grosso (1999)”, en *Quaderni dell’Indice Penale*, Padova, 2000, pp. 31 ss.; e *Inoffensività e irrilevanza del fatto*, ibidem, Doc. n. 2, pp. 103 y ss.

- 4 Véase para esta distinción 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, II, (2077), pp. 2078-2079; también SOTTOCOMMISSIONE GROSSO-PALAZZO-SICILIANO, *Inoffensività e irrilevanza del fatto*, cit., p. 111. Tal posición no parece de dominio general y es raramente expresada en estos términos, o porque no se comparten, o porque no se aclaran en las profundizaciones desarrolladas: incluso donde se acepta pacíficamente que la inofensividad y la exigüidad son fenómenos diversos, de hecho, no siempre los autores son igualmente claros en individualizar el ámbito de relevancia y los datos objetivos de la exigüidad. Véase el debate sobre el carácter controvertido de la “conmensuración anticipada de la pena” del juicio de exigüidad, y la difícil individualización del *objeto* del juicio mismo (los únicos

Como ha sido observado, la ofensividad y la exigüedad tienen que ver con ámbitos de relevancia *diferentes*, estando la una ligada a consideraciones de tipo “valorativo”, y la otra a una perspectiva funcionalista-teleológica, que mira a la persistencia en el caso concreto de la finalidad punitiva subyacente a la previsión del ilícito⁵: la referencia a la *real y persistente justificación de la intervención penal en un determinado caso*, de otra parte, no es desatendida por la mayor parte de las normas que, *de iure conditio* y *de iure condendo*, se ocupan de la materia, disciplinando el instituto de la exigüedad⁶.

Es en tal indicación en donde se debe buscar el parámetro de definición de la “mínima” gravedad del hecho: es decir, se debe establecer preliminarmente una relación entre el concepto de exigüedad y las razones justificadoras de la pena, por las cuales la valoración de la mínima gravedad del delito es *relativa* a la individualización o no, en el caso concreto, de las razones que sostienen la intervención penal. La verificación que el principio de exigüedad necesita tiene que ver con el subsistir o al contrario con la pérdida (no, se reitera, de la ofensividad del hecho delictivo, sino) de la finalidad punitiva subyacente a la previsión del ilícito⁷: el hecho escasamente relevante es el hecho para el cual no es necesaria la sanción penal.

elementos de la ofensa “material” del delito, del desvalor global de la conducta y del acontecimiento, la culpabilidad, las exigencias de la prevención personal, todos los elementos de la commensuración de la pena, etc.) sobre lo que se volverá *infra* en el curso de la presente disertación.

- 5 DE FRANCESCO, *L'esiguità dell'illecito penale*, cit., pp. 890-891. Este autor distingue la óptica “funcionalista”, “teleológica”, de aquella “valorativa” que verifica por el contrario la efectiva afectación del objeto de tutela, definiendo en tal sentido el juicio de ofensividad/inofensividad del hecho; el ejemplo es aquel del hurto de un grano de uva, donde la valoración de inofensividad se funda sobre la perspectiva de valor ligada al bien jurídico.
- 6 Explicitan tal referencia en la misma definición del “hecho de particular tenuidad” los textos propuestos por el proyecto de ley n. 4625/1998 y sus sucesivas modificaciones («cuando (...) la exigüedad del daño o del peligro (...), las modalidades de la conducta, su ocasionalidad (...) y el grado de la culpabilidad *no justifican* el ejercicio de la acción penal» véase adelante, nota 59) y el art. 34 del Decreto legislativo n. 274/2000 («(...) cuando, respecto al interés tutelado, la exigüedad del daño o del peligro que se ha derivado, y también su ocasionalidad y el grado de la culpabilidad *no justifican* el ejercicio de la acción penal»: cfr. *infra*, en el numeral 4); otras disposiciones (art. 29 del Decreto del Presidente de la República n. 448/1988, y también el art. 74 del Proyecto Grosso, sobre los cuales se puede ver más *infra*, respectivamente en los numerales 4 y 6) envían implícitamente a la misma perspectiva funcionalista, determinando cuáles *condiciones de operatividad* del instituto a falta de exigencias preventivas, hacen emerger la necesidad de la pena en el caso concreto.
- 7 DE FRANCESCO, *L'esiguità dell'illecito penale*, cit., p. 891. Compara la necesaria relación entre la exigüedad de un lado, y la pena y su justificación, del otro, también NATALINI, “De minimis non curat praetor”, cit., p. 3556: se trata de «casos concretos dotados de todos los elementos, comprendida la ofensa al bien protegido», pero para los cuales emerge la «exigencia de no castigarles, porque la aplicación de la pena sería excesivamente gravosa y desproporcionada, por consiguiente, irrazonable”. Es de advertir cómo la gravosidad y excesividad de la pena en relación a un determinado hecho emerja claramente sólo donde sea clara la función que esa pena debería desarrollar, y que en el caso concreto no resulta sin embargo necesaria.

Esto significa que cuando se vaya a especificar el contenido de la “mínima gravedad” del hecho (que constituye la *esencia* de la exigüidad, pero debe a su vez ser decodificada), los elementos que en particular concurren para definirla deberán ser antes de nada *identificados*, y en segundo lugar *interpretados*, a la luz de tal “relación de finalidad”.

2. Los elementos de la “mínima gravedad” del hecho

2.1 La ubicación sistemática de la exigüidad

Es necesario por lo tanto, en primer lugar, identificar los elementos que permiten *graduar* la gravedad del delito⁸, desde los niveles mínimos hasta los niveles más altos⁹,

8 Ciertamente no es del todo pacífico que la exigüidad pertenezca a una dimensión “gradualista” y “cuantitativa” del delito: aquello supone en primer lugar, naturalmente, que *se admita* una construcción del ilícito penal como entidad graduable (para un *excursus* sobre la denominada concepción gradual del delito y su evolución véase PALIERO, “Minima non curat praetor”. *Iperprofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, pp. 695 y ss.; para algunas reflexiones sobre el tema y algunas interpretaciones “gradualistas” del delito o de los elementos particulares de la teoría del delito en la doctrina italiana véase DONINI, “Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità”, en *Id.*, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, pp. 377 y ss.; PADOVANI, “Il grado della colpa”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, pp. 819 y ss.; sobre los “desvalores del delito” que determinan la gravedad global del ilícito, véase además DELOGU, “Lo strumento nella teoria generale del reato”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, (251), en particular pp. 270 y ss.; una profunda contribución, muy reciente, se encuentra en ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007, pp. 245 y ss. Por último, es particularmente interesante –aunque no perfectamente adaptable a las reflexiones aquí desarrolladas– la teoría de las “fuerzas” del delito, y de su “cualidad, cantidad y grado” conjuntamente a aquella de la “cualidad, cantidad y grado” de la pena, expuesta en CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, Bologna, 1993, pp. 85 y ss. (§§ 53 y ss.), 123 y ss. (§§ 128 y ss.), 485 y ss. (§§ 700 y ss.), cuya primera edición es de Canovetti, Lucca, 1860; trata de “grados” del delito y de la pena, además, FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, edición crítica dirigida por Ferrone, Centro di studi sull’Illuminismo europeo “G. Stiffoni”, Venezia, 2005, IV, Capo XXXIX, *Della proporzione tra’ delitti e le pene*, pp. 138 y ss. Sobre este punto véase también MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, pp. 108 y ss., y, desde una perspectiva más específicamente ligada al tema de las circunstancias y de la conmensuración de la pena, pp. 458 y ss.); también admitiendo una construcción “gradual” del ilícito penal, podría todavía verse en la exigüidad no un factor que disminuye el *quantum* de la punibilidad, incidiendo precisamente sobre los elementos graduables del delito– que se atestarían todos sobre los niveles menores–, sino un elemento que tiene que ver exclusivamente con el *an* de la punibilidad, excluyéndola *tout court*, por consideraciones ulteriores respecto a aquellas que gradúan el delito. Esta cuestión, aunque no coincidiendo con aquella relativa a la ubicación sistemática de la exigüidad, se interseca con ésta: en particular, considerar la exigüidad un factor de “degradación” de la gravedad del delito (véase para una teorización y descripción de “las técnicas de degradación”, entre las que viene ubicada la exigüidad DONINI, *Le tecniche di degradazione*, cit.) significa necesariamente acoger la tesis que ve en la misma un carácter *interno* a la tipicidad objetiva y subjetiva del delito, o mejor una connotación suya; sobre el punto, y para la ilustración de diversas posibles reconstrucciones véase directamente el texto más adelante.

9 Sobre tal interrogante véase también QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l’esercizio dell’azione penale*, Napoli, 2004, pp. 133 y ss.

en vista de la verificación de una eventual *exigüidad* del hecho concreto.

Tal operación requiere una profundización diferente en el tema, que sea "prejudicial", que afronte el tema de la naturaleza y la ubicación sistemática de la exigüidad. En efecto, se pueden registrar al respecto posiciones diferentes sintetizables en dos fundamentales líneas de pensamiento: de un lado, está la idea de que la exigüidad se coloca sobre un nivel de comprobación ulterior respecto a aquellos elementos que tienen que ver con la mera existencia de los elementos constitutivos del delito, y representa así un carácter "adicional", que surge como resultado de la verificación autónoma sobre la *punibilidad* del hecho¹⁰; del otro lado y al contrario, se identifica en la exigüidad un carácter (eventual, pero) inmanente al delito, que define sus elementos constitutivos típicos, en un juicio global de *no necesidad de la pena* en el caso concreto¹¹.

10 Según DE FRANCESCO, *L'esiguità dell'illecito penale*, cit., p. 891, *después* de la comprobación de los elementos constitutivos del ilícito, es preciso siempre un «test de relevancia, conexo a la posibilidad de reconocer la persistencia actual de la finalidad punitiva que subyace a la previsión normativa del ilícito»: el autor precisa luego que se debe tratar de un pasaje autónomo, precedente a la conmensuración de la pena, en el que se verifique la existencia o al contrario la pérdida de la conexión entre la amenaza de la sanción y su concreta imposición.

11 La cuestión sigue y subyace, si se mira bien, al discutido y más general tema de la ubicación sistemática del *merecimiento* y *la necesidad de pena* (más allá de su misma definición). En efecto, parece presentarse un acuerdo general sobre la idea de lo que la exigüidad tiene que hacer con tales categorías (vistas en su dimensión concreta), y por lo tanto siga su mismo destino que, por lo demás, es de contornos discutidos: ¿se trata de un nivel autónomo en la estructura del delito, que *precede* en la comprobación al momento de la conmensuración de la pena, tratando todavía del *an* de la punibilidad? O por el contrario, ¿es un momento interpretativo de los elementos constitutivos del delito (tipicidad-antijuridicidad- culpabilidad), clave de lectura del hecho histórico en sus elementos constitutivos, y no un momento de comprobación adicional respecto a estos? Para el primer enfoque véase BARTOLI, "L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena", en DE FRANCESCO-VENAFRO (coords.), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, actos del encuentro de Studio di Pisa, 25-26 de mayo de 2001, Torino, 2002, p. 112, el cual propone precisamente que se de entrada a la categoría del "merecimiento de pena", o de "la necesidad de pena" como "ulterior nivel del delito sucesivo a la culpabilidad": aquí se ubicaría el instituto de la irrelevancia del hecho (que por el contrario no podría hacer parte del nivel de la punibilidad, porque la punibilidad está "junto a las condiciones ulteriores y externas respecto al hecho típico, antijurídico y culpable, que pueden fundar o excluir la oportunidad de castigarlo", *ibidem*); sin hablar explícitamente de merecimiento y necesidad de pena, pero con referencia sustancial a similares categorías, seguidamente (como se vio en la nota precedente), DE FRANCESCO, *L'esiguità dell'illecito penale*, cit., p. 891, que expresa la idea de postular, sobre el plano dogmático, un ulterior elemento del delito, en clave de necesidad, de menester, sobre el plano teleológico y político criminal, del recurso a la sanción penal". La segunda concepción se lee —pero con referencia exclusiva a las categorías del merecimiento y la necesidad de pena, y no a la exigüidad del hecho— en ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 39 y ss., y particularmente la p. 51. Véase también DOLCINI, "Sanzione penale e sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, (589), pp. 610 y ss.; y CAGLI, "Condotta della vittima e analisi del reato. Profili problematici e di teoria generale", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, (1148), p. 1173 (en una perspectiva peculiar en la cual merecimiento y necesidad de *pena* son puestas en relación con merecimiento y necesidad de *tutela* de la víctima, tanto que incluso "el

También los defensores de la primera orientación, en realidad, parecen compartir la idea de que la exigüidad vaya a caracterizar los elementos particulares del delito, pero pone junto a tal definición *interna* consideraciones heterogéneas, que se agregan para determinar el juicio global de tenuidad del delito: en este “segundo *paso*” valorativo se ubicarían las razones del principio de *extrema ratio* del Derecho penal, que recogería exigencias prevalentes respecto al interés del Estado en castigar el hecho¹².

Aunque ciertamente es apropiado desde un punto de vista operativo encerrar el juicio de exigüidad en una etapa autónoma del proceso de comprobación del delito, no parece ni útil ni oportuno suponer la exigüidad como el resultado de una valoración de oportunidad *externa* al caso, que incide sobre la “punibilidad”, o sobre el “merecimiento de pena” del delito *independientemente*, al menos en parte, de su constitución típica.

Más funcional y sistemáticamente coherente es ver en el juicio de exigüidad la expresión, no tanto de la *prevalencia* de “otro” interés respecto a aquel que pretende la aplicación de la pena, como de la ausencia del interés en castigar el caso individual: también porque razonando diversamente se admitiría la existencia de un interés en castigar *por el solo hecho* de que haya un delito, y se terminaría por recaer en concepciones retributivas y absolutistas de la pena¹³, *sobre las cuales* hacer prevalecer, eventualmente, en el caso específico, otras exigencias.

juez no debería (...) aplicar la norma en todos aquellos casos en relación a los cuales una verificación efectiva sobre la falta de merecimiento (o de necesidad) de tutela de la víctima hiciese no configurable el caso”, *loc. ult. cit.*

En este último caso, *la exigüidad*, como resultado de una valoración en términos de “merecimiento y necesidad de pena”, resulta una de las *modalidades* con las cuales el hecho, correspondiente al caso del tipo penal incriminatorio en todos sus elementos constitutivos, se presenta en la historia concreta, expresando precisamente una particular necesidad de pena, un particular merecimiento de pena, o mejor, su ausencia. Expresamente en estos términos la rúbrica del § 42 öStGB, sobre el cual véase *infra* el numeral 5.

12 Así todavía BARTOLI, “L’irrelevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro l’ipertrofia c.d. “verticale” del diritto penale”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, (1473), p. 1511, que de un lado determina como fundamento de la exigüidad un mecanismo de prevalencia de un interés *externo al delito* -como la exigencia de garantizar la *ultima ratio* del Derecho penal- respecto al interés del Estado en castigar, y del otro subraya explícitamente que la irrelevancia penal del hecho no puede conectarse “al acontecimiento concreto del ilícito” (*ibidem*), y sea ligada a la exigüidad “de los componentes particulares que constituyen el delito, vale decir (...) elemento *internos*” (Ib., *L’irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, cit., p. 111; *curativas agregadas*).

13 Resultado que el mismo BARTOLI, “L’irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena”, cit., p. 108, excluye, al afirmar que en un Derecho penal que no esté ligado ya a una idea “ético metafísica de justicia”, y esté por el contrario concebido en función preventiva, no se pueden no prever instrumentos que excluyan la pena cuando las exigencias preventivas (generales o especiales) no subsistan.

Véase sobre el punto también DONINI, “Le tecniche di degradazione”, cit., p. 389: “si la pena no tiene un objetivo diverso de la sola reafirmación de los valores violados (que realmente es una consecuencia de los mecanismos punitivos) y de la compensación de las culpas (que por el contrario representa una “autofinalidad”) debe ser inaplicada o degradada todas las veces en la que su ejecución primaria sea inútil respecto a la finalidad de la intervención”.

Por otra parte, puede intentarse llegar a un acuerdo entre las dos posiciones arriba expuestas, reconociendo al primer enfoque la voluntad *no tanto* de “descomponer” internamente la valoración de la exigüidad del hecho, articulándola sobre dos niveles (uno interno y otro externo al hecho mismo), como la de explicar a nivel político la elección de atribuir al carácter de la exigüidad, *una vez comprobada en el hecho concreto*, un peso tal que lleve a excluir del todo la aplicación de la pena¹⁴. Se puede aceptar entonces que sobre esta decisión, la cual no tiene que ver con *la esencia y la estructura* de la exigüidad del hecho, incide la consideración de la *extrema ratio* como principio general del Derecho penal, el cual prevé específicamente que en determinadas circunstancias –cuando sea posible recurrir a otras formas de tutela preparadas por el ordenamiento, o, en este caso, cuando el hecho en su totalidad muestra la escasa necesidad de una pena que resultaría, evidentemente, inútil o superflua – se excluya la intervención penal.

El principio de exigüidad deviene así una suerte de “canon hermenéutico”, o mejor, de canon “aplicativo”¹⁵, que interviene en la determinación de la pena aplicable al caso concreto, y en particular excluye sus presupuestos legitimantes, ligados a la necesidad de castigar aquel determinado hecho y aquel determinado individuo.

Sin embargo, también sobre estas afirmaciones se pueden encontrar opiniones discordantes que, en particular, niegan que se pueda identificar en el juicio de exigüidad una suerte de “determinación anticipada de la pena”, pero que luego se dividen en cuanto a las motivaciones de tal rechazo: de un lado, se quiere salvaguardar la autonomía de la verificación de la exigüidad del hecho, respecto a la fase de medición de la pena¹⁶; del otro, se subraya que conectar el juicio de exigüidad del hecho a la

14 La relevancia que se debe atribuir a la valoración de tenuidad del hecho es ciertamente objeto de una decisión de política criminal que podría variar también considerablemente (como testimonio del cambio del mismo estado del arte en el ordenamiento italiano): de la relevancia máxima de la exclusión de la pena (en las diversas posibles reconstrucciones sistemáticas), a la absoluta indiferencia propia de una concepción más “formal” del delito, o simplemente limitada por la consideración de la necesaria ofensividad del hecho, a mitad de camino de su relevancia sólo como *atenuante* de los niveles sancionatorios judiciales: tal es la solución propuesta en el “Proyecto Nordio”, art. 88, literal a) (véase adelante, el numeral 6; para el texto del documento cfr. <http://www.dignitas.it/approfondimenti.htm>, ahondamiento n. 6, también disponible en *Cass. pen.*, 1, 2005, pp. 251 y ss.).

15 Véase VINCIGUERRA, *Appunti sull'innocuità*, cit., p. 2093, quien distingue la interpretación de la aplicación, y hablando de la ofensividad respecto al bien jurídico afirma que ésta no es un criterio para “interpretar” el caso, sino que sigue la interpretación, y guía preferiblemente la aplicación o no aplicación de la norma al caso en concreto (prescindiendo aquí de la dimensión de la necesaria ofensividad del precepto, como criterio indicativo para el legislador). En el caso de la exigüidad, se trataría de la aplicabilidad de la norma *sancionatoria* al hecho histórico, mientras que es preciso haber ya determinado a nivel interpretativo la *ratio* de tal disposición punitiva.

16 DE FRANCESCO, *L'esiguità dell'illecito penale*, cit., pp. 891-892.

determinación de la pena llevaría a una “inflación artificiosa del hecho (...), a una suerte de *Gesamtatbestand* bagatelar” en el que se confunden los planos del hecho y del autor¹⁷.

2.2 El vínculo funcional entre la “exigüidad” y la “pena”

Si en todo caso se acepta el planteamiento ya precisado *supra*, basado en la distinción cualitativa entre la “inofensividad” y la “tenuidad del hecho”, respectivamente según las dos perspectivas de las que se ha hecho mención, “valorativa” y “funcionalista”, el vínculo entre la exigüidad del hecho y la pena se hace innegable, y resulta entonces inevitable la consideración de factores “personales”, no pudiendo descuidarse, en cualquier determinación relativa a la necesidad de castigar, la dimensión de la persona del reo¹⁸. Es decir, que al examinar la exigüidad del hecho concreto, la dimensión material y objetiva, y la dimensión personal y subjetiva del delito tendrán que compenetrarse, en la verificación de un “merecimiento” y de una “necesidad” de pena que expresan exigencias de autor, pero *emergentes del hecho* y de sus límites materiales típicos¹⁹.

17 Así PALIERO, “Minima non curat praetor”, cit., p. 732; y difusamente sobre tal modelo “amplio” de *Tatbestand* bagatelar, como “*antizipierte Strafzumessung*”, pp. 724 y ss.

18 PALIERO, “Minima non curat praetor”, cit., p. 733- hablando del modelo de ilícito bagatelar elaborado por KRÜMPPELLMAN, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, 1966, el cual se contrapone al modelo de la “pseudodeterminación anticipada de la pena”- reconoce que “el total cierre decretado por el modelo de la perspectiva de autor y de la prevención especial (...) lo pone en la necesidad de una hetero-integración para dar espacio razonable a exigencias de política criminal que sería impensable ignorar *tout court*”; él sostiene, sin embargo, que la “exigüidad del hecho bagatelar” debe distinguirse de la “inocuidad del autor”- bagatela también él-; ésta última debería ser valorada “sobre la provisión de criterios *diversos* y “externos” al hecho” (p. 734). Según el autor, por otra parte, la peligrosidad y reprobación del autor y más en general las valoraciones preventivas, deberían valer sólo como criterios negativos, o sea como “límites a la despenalización del hecho”. Si se observa bien, no obstante, parece poder revelar riesgos mayores para las propias garantías en una reconstrucción de este tipo, que realmente queriendo resultar “objetiva”, separando la valoración del autor de aquella del hecho podría en realidad penalizar al autor por aquello que es y no por aquello que ha cometido, alcanzándose así resultados aberrantes, y paradójicamente, propiamente aquellos que se querían evitar con el aislamiento de las consideraciones personales y la búsqueda de una “pureza” del hecho- que, entre otras, aparece poco realista. El mismo autor, anota que en este modo se llegaría a acoger “no ya consideraciones especial-preventivas relativas a *tipos criminológicos* de autores no bagatelares, sino prejuicios de sentido común contra sujetos estigmatizados con base en su proveniencia social, étnica, familiar, etc. (...)” (PALIERO, “Minima non curat praetor”, cit., p. 753).
Insiste sobre el necesario ligamen entre exigüidad del hecho y pena, reclamando para la valoración de la exigüidad todos los criterios indicados por el art. 133 del código penal, *QUATTROCOLO, Esiguità del fatto*, cit., pp. 153 y ss. Y en parte pp. 254 y ss., donde la posición de este autor se aclara en el sentido de una interpretación de la particular tenuidad del hecho como fundada necesariamente sobre “una densa red de interrelaciones entre índices y parámetros de varia naturaleza”, *objetiva y subjetiva* (p. 256).

19 La compenetración de la antijuridicidad y la culpabilidad, por un lado, y los “elementos descriptivos de la

No se trata *necesariamente*, por esto, de ampliar el hecho típico hasta incluir elementos extraños a éste, relativos por ejemplo a las "condiciones de vida del reo", como sucedería si se quisiese extender todos los índices de la determinación de la pena al juicio de exigüidad²⁰, sino de interpretar los elementos constitutivos del delito a la luz de las exigencias preventivas²¹, y en particular de la prevención especial²², para hacer emerger aquella "síntesis" de merecimiento y de necesidad de

acción y de la personalidad del autor" por el otro, son subrayados significativamente, en la perspectiva del merecimiento y de la necesidad de pena, por ROMANO, "'Meritevolezza di pena' "bisogno di pena" e teoría del reato", cit., p. 45: si estos últimos elementos, en efecto, fuesen restados a la antijuridicidad y a la culpabilidad, por estar colocados en una categoría aparte, verdaderamente, se pregunta el autor: ¿Quedarían todavía una antijuridicidad y una culpabilidad realmente significativas?

El autor coloca ambos aspectos al interior de la perspectiva de los valores, y no en aquella de la oportunidad de castigar, a los que pertenecen por ejemplo las causas de no punibilidad en sentido estricto y las condiciones objetivas de punibilidad (pp. 47-49): el merecimiento y la necesidad de pena definen, sin embargo, el delito a partir de su núcleo fundamental de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, "núcleo que *desde el origen, hasta un momento pre-codificador*, es pensable solamente como "robustamente" constituido por un especial, "merecedor de pena" y "necesitado de pena", contenido de desvalor culpable." (46); estos constituyen la "definición autentica del ilícito penal" (51). Parece útil en esta sede agregar algo a esta definición y, retomando cuanto se ha observado hasta ahora, también a la luz de los diversos enfoques examinados, considerar el merecimiento y la necesidad de pena como la definición *teleológico-funcional* del ilícito penal, como su núcleo necesario en una perspectiva no sólo axiológica, ni puramente axiológica, sino de orientación a las consecuencias (véase otra vez *L'esiguità dell'illecito penale*, cit., pp. 890-891: supra, numeral 1). Esto permitiría afirmar (descontándose en pare de las conclusiones últimas de Romano, que expresa perplejidad en las confrontaciones de "normas generales de despenalización de delitos bagatelares como aquellos del § 42 del código penal austriaco, ambigua en la previsión de una "ausencia de merecimiento de pena" como causa de exclusión del tipo o como simple causa de no punibilidad." cit., p. 50, nota 40) que la exigüidad representa la *ausencia* de merecimiento y necesidad de pena, realmente, frente a un delito *existente*, en cuanto típico, antijurídico y culpable, pero para el cual, como se decía *supra*, no se presentan las exigencias concretas de aplicación de la pena.

- 20 En este sentido es más enérgica, como ya se vio, la posición expresa de QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto*, cit., pp. 153 y ss., 254 y ss. Considera que es necesario "ampliar la plataforma del modelo", comprendiendo también "elementos externos tanto al hecho como al autor", DI CHIARA, "Esiguità penale", cit., p. 343. En contra PALIERO, "Minima non curat praetor", cit., pp. 732 y ss.
- 21 No es irrelevante sobre este tema una referencia más general a la evolución en sentido *teleológico* de la construcción e interpretación sistemática del delito, a partir de la idea de que "las detalladas categorías del delito (...) van de principio a fin consideradas, desarrolladas y sistematizadas desde el ángulo visual de su función político criminal", por la cual "necesita tomar nota que (...) en el Derecho penal los problemas de política criminal constituyen el contenido propio de la teoría general del delito"; así ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998 (37 y ss.), pp. 51, 44. Sobre el tema véase ampliamente DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, en *Riv. pen. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 338 y ss.
- 22 En cambio, no se impide en esta sede que en la determinación de la exigüidad de un hecho puedan contar también exigencias de naturaleza general preventiva: "negar al imputado las ventajas que dependen de la tenuidad del hecho porque otros lo han cometido o exista el peligro de que lo cometan encontraría la desaprobación de quien, fiel a la enseñanza Kantiana, considere que la persona no pueda nunca ser un medio del cual la justicia penal se sirva, sino su fin". Así, VINCIGUERRA, "Appunti sull'innoffensività, la

pena que se ha dicho es la que constituye la estructura teleológica del delito²³. Los elementos que concurren a la determinación de la exigüidad del hecho serán por lo tanto *todos aquellos* que, manifestando en concreto los elementos de la tipicidad del tipo incriminatorio, *contemporáneamente* revelan el merecimiento y la necesidad de pena de aquel hecho y de aquel individuo: los elementos de la ofensa al bien jurídico, en su particular intensidad, y aquellos en los que se identifican los extremos de la culpabilidad –del dolo o de la culpa- *sea en la conducta o en las circunstancias del hecho*; esto es, aquellos que hacen emerger las exigencias de prevención especial en el caso concreto²⁴.

3. La jerarquía entre los elementos de la exigüidad del hecho

Hemos así retornado a las cuestiones planteadas anteriormente, relativas a la individualización e interpretación de los elementos sobre los cuales evaluar la exigüidad

tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento", en *Studi Marinucci*, cit., vol. II, (2077), p. 2100. En el mismo sentido PALIERO, "Minima non curat praetor", cit., p. 751. En contra DE FRANCESCO, *L'esiguità dell'illecito penale*, cit., pp. 891-892, según el cual las consideraciones de carácter general preventivo, "con frecuencia consideradas inadmisibles en sede de determinación de la pena (...) deberían en cambio pensarse congruas y razonables (...) a los fines de la valoración acerca de la irrelevancia del hecho" (que no hace parte, en efecto, en el pensamiento del autor, del proceso de determinación de la pena, por cuanto anticipada); al contrario, sería necesario "valorizar ambos perfiles de valoración en clave teleológica conexos a la sanción penal" en modo tal de satisfacer con el instituto de la exigüidad las diversas exigencias preventivas emergentes de las circunstancias del hecho.

23 Cfr. *supra*, nota 19.

24 Una particular reflexión amerita el tema de la conducta reparadora como posible parámetro indicador de la exigüidad del hecho: se trata de un aspecto que sin duda incide sobre las exigencias de prevención especial relativas al caso concreto, en particular relativas al autor; es necesario no obstante considerar cómo tal eventual comportamiento sucesivo no describe en algún modo el hecho cometido, que permanece igual. Acogiendo el enfoque (negado en esta sede) según el cual la exigüidad sería revelada, más allá de los parámetros internos al hecho, también por parámetros externos, comprendidos en aquel ulterior nivel estructural del ilícito constituido por la necesidad (merecimiento/ necesidad) de pena, y por lo tanto de las exigencias preventivas conexas al hecho en especial, la actitud de reparación sucesiva al delito puede encontrar espacio legítimo; así en efecto DE FRANCESCO, *L'esiguità dell'illecito penale*, cit., p. 893, el cual hace referencia también al significado de "garantía de la comunidad social" que tal circunstancia puede tener, en términos, así pues, de prevención general (a los que aquí, como se dijo, se les niega igual relevancia). Si por el contrario se lee la exigüidad como una particular connotación del hecho histórico interpretado a la luz de las exigencias preventivas, *al interior* de los confines de la tipicidad, el elemento de la reparación encuentra difícil ubicación y relevancia, dado que se trataría de individualizar una suerte de *Tatbestand* complejo, en el cual el hecho posterior entre como "equivalente" sucesivo al acto a compensar, haciendo exiguo el desvalor objetivo y subjetivo del hecho precedente" (así PALIERO, "Minima non curat praetor", cit., p. 750). La oportunidad de valorizar este dato en el ámbito del principio de subsidiariedad, cual razón y fundamento político criminal de una elección de "ausencia de pena", bien podría encontrar eco y respuesta adecuada en otro instituto (si queremos, en otra "técnica de degradación") que opera junto y en alternativa al criterio de la exigüidad; por lo demás, esto refleja el actual dato normativo del Decreto legislativo n. 274/2000, que prevé como causa autónoma de "extinción del delito" la conducta reparadora del reo (art. 35 Decreto legislativo, cit.).

del hecho; si los elementos de la tipicidad objetiva y subjetiva del hecho, en particular, manifiestan en el autor un merecimiento y una necesidad de pena escasa, el juez está llamado a no aplicar la pena, en respeto a una interpretación "en concreto" de la subsidiariedad penal.

Es necesario preguntarse ahora, si en el ámbito del juicio de exigüidad existe un orden jerárquico entre los particulares elementos del delito, de manera que la escasa relevancia de uno de ellos pueda llevar a la declaración de la exigüidad del hecho sin que haya necesidad de verificar la entidad de los otros.

Mientras para parte de la doctrina es indiscutible que la exigüidad debe ser confrontada en todos los elementos del delito²⁵, otra parte objeta que esto comportaría una traición de las finalidades deflacionistas y de agilización del procedimiento que subyacen a la institución de la particular tenuidad del hecho como causa de exclusión de la procedibilidad (según las determinaciones del legislador italiano). Sin embargo, del estrecho ligamen entre el instituto de la exigüidad del hecho y el principio de subsidiariedad-*extrema ratio* del Derecho penal – que hace revisar en el primero la manifestación *en concreto* de este último- emerge la importancia del fundamento sustancial y axiológico de este instituto, y al contrario, como se decía, de su fundamento *funcional*, que mal se concilia con una actuación práctica que termine por absorber un elemento en la valoración de otro²⁶: todo el desvalor del hecho es decisivo, y manifiesta la efectiva necesidad de la pena en el caso particular, sobre todo considerando que estamos fuera de las hipótesis de una verdadera y típica inofensividad, frente a las cuales, en cambio, cualquier comprobación sobre la culpabilidad resultaría impropia y fuera de lugar. Tampoco la exigüidad tiene la tarea de eliminar de la praxis las penas mínimas que por ejemplo podrían ser aplicables en casos de escasa entidad de la ofensa

25 Así parece sugerirlo el modelo de ilícito bagatelar desarrollado por KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, 1966, donde los tres componentes del ilícito bagatelar, desvalor de ilícito, desvalor de acción y culpabilidad, son puestos todos sobre el mismo plano: "para asumir la calificación de "bagatelar" un hecho debe ser exiguo *en todos sus componentes*" (cit., 98; para esta cita y para la descripción del modelo véase PALIERO, "Mínima non curat praetor", cit., pp. 718 y ss.).

26 Muestra cómo las características de este instituto son capaces de ubicarlo sin dudas en un contexto de Derecho sustancial, del cual podría negarse cualquier atención al perfil de la deflación procesal, creyéndose la exigüidad "un instrumento de racionalización de la respuesta político criminal a las diferentes formas de desviación, diseñado (exclusivamente) para satisfacer el objetivo de asegurar la *extrema ratio* de la intervención represiva" - DE FRANCESCO, "Sub art. 34. D.lgs. 274/2000", en *Leg. pen.*, 2001, tomo I, (193), p. 200, el cual llega además a conclusiones más articuladas, en la consideración de una necesaria superación de la "lógica de rigurosa división entre el Derecho sustancial y las razones del proceso", "a la muestra de una creciente exigencia de pragmatismo y de funcionalidad en la configuración de los instrumentos de gobierno para la respuesta judicial al fenómeno criminal" (cit., p. 201; véase sobre el punto también la nota sucesiva).

(aunque presente y penalmente relevante), pero de culpabilidad relevante. La cuestión de que el juicio que en tal modo se solicita al juez “no sea sumario”, pasaría por lo tanto a un segundo plano, respecto a la exigencia de asegurar coherencia entre la respuesta del ordenamiento y las características *reales* del hecho concreto. Como algunos han propuesto, el problema del efectivo funcionamiento de institutos procesales fundados sobre la exigüidad, y marcados *también* por la lógica de la agilización de la acción, podría encontrar una eficaz solución (aunque siga siendo una solución acordada) en la verificación en negativo de las exigencias de resocialización del individuo, sobre la base de indicadores y procedimientos estándar²⁷, manteniendo en cambio en primer puesto, tanto como prioridad lógica como según la sucesión temporal de las constataciones, el factor de la escasa ofensividad objetiva del hecho²⁸.

4. Los particulares elementos de la “exigüidad” en las traducciones normativas italianas del instituto: el art. 27 del Decreto del Presidente de la República n. 448/1998 y el art. 34 del Decreto legislativo n. 274/2000

Pasando ahora a examinar los institutos que positivizan la “exigüidad” en el ordenamiento italiano (la improcedibilidad por “irrelevancia del hecho” y por la “particular tenuidad del hecho”, previstas respectivamente por los artículos 27 del Decreto del Presidente de la República n. 448/1988 y 34 del Decreto legislativo n. 274/2000)²⁹, se puede intentar verificar si y en qué modo los elementos descritos

27 Véase DONINI, “Le tecniche di degradazione”, cit., p. 400: según este autor, una vez comprobada la exigüidad de la ofensa, “basta ciertamente la ausencia de indicadores de una aparente necesidad de resocialización, verificada rápidamente con procedimientos estándar”. Cfr., entre otros, DE FRANCESCO, “Sub art. 34. D.lgs. 274/2000”, cit., p. 203: si bien todos los elementos de la exigüidad deben ser autónomamente valorados, habrá que concentrarse sobre todo en las características objetivas del hecho cometido, mientras que las características personales del culpable deberían ser “abordadas a través de mecanismos de detección lo más sumarios y “ejecutivos” que se pueda.

28 DE FRANCESCO, “Sub art. 34. D.lgs. 274/2000”, cit., p. 203.

29 Sobre este instituto del Derecho de menores, véase entre las múltiples contribuciones relevantes PEPINO, Sub art. 27, en CHIAVARIO (coord.), *Commentario al codice di procedura penale. Leggi collegate. I, Il processo minorile*, Torino, 1994, pp. 279 y ss.; DI NUOVO-GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, Milano, 2005, pp. 309 y ss.; PIGHI, “L’irrelevanza del fatto nel diritto penale minorile”, en *Studium Juris*, 1999, pp. 71 y ss.; CESARI, “Art. 27. Sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto”, en GIOSTRA (coord.), *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, Milano, 2007, pp. 271 y ss.; COLAMUSSI, “La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: punti controversi della disciplina e prospettive di riforma”, en *Cass. pen.*, 1996, pp. 1669 y ss.; PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, Milano, 2002; LOSANA, “Sub art. 27”, en *Esp. Giust. Min., Codice di procedura penale minorile commentato, speciale* 1989, pp. 180 y ss.; VINCIGUERRA, “Irrilevanza del fatto nel processo penale minorile”, en *Dif. pen.*, 1989, fasc. 25, pp. 73 y ss.; PATANÈ, “L’irrelevanza del fatto nel processo minorile”, en *Esp. Giust. Min.*, 3, 1992, pp. 59 y ss.; LA CUTE, “Sentenza di non

por las dos normas, similares entre ellos, son legibles a la luz de lo observado en las reflexiones anteriores.

A) La norma del derecho de menores³⁰, recoge en una descripción más bien sintética los índices de determinación de la "irrelevancia"³¹, distinguiendo la "tenuidad del hecho", de una lado, y la "ocasionalidad del comportamiento" del otro. La expresión tautológica que conecta la irrelevancia a la tenuidad del hecho, aunque sirva para aclarar el significado real del instituto (no relativo a una total irrelevancia/inofensividad del hecho, como a su "tenuidad", precisamente), no determina todavía el contenido específico del carácter "tenué" del hecho, ni aclara cuál sea el objeto de tal tenuidad (¿un hecho entendido como mera tipicidad objetiva, o considerado en su correspondencia integral al tipo penal?³²). Por su parte, el carácter ocasional del comportamiento es un requisito que no puede descifrarse inmediatamente

luogo a procedere per irrilevanza del fatto nel nuovo processo penale minorile", en *Riv. pen. econ.*, 1992, pp. 627 y ss.; LARIZZA, "Le nuove risposte istituzionali alla criminalità minorile", en FABRIS-PRESUTTI (coord.), *Trattato di diritto di famiglia, Diritto e procedura penale minorile*, Milano, 2002, pp. 177 y ss. En lo que tiene que ver con el art. 34, véanse, entre otros, DI CHIARA, "Esiguità penale" cit., pp. 311 y ss.; QUATTROCOLO, "Sub art. 34", en A.A.Vv., *Giudice di pace e processo penale. Commentario al d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, e alle successive modifiche*, coordinado por Chiavario-Marzaduri, Torino, 2002, pp. 295 y ss.; CESARI, "La particolare tenuità del fatto", en GIOSTRA, ILLUMINATI (coords.), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, pp. 325 y ss.; SGUBBI, "L'irrilevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili", en PICOTTI-SPANGHER (coord.), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2002, pp. 159 y ss.; GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, *ivi*, pp. 217 y ss.; permítaseme remitir, además, a PONGILUPPI, "La particolare tenuità del fatto come causa di esclusione della procedibilità", en A.A.Vv., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace. Conciliazione, irrilevanza del fatto e condotte riparatorie*, en *Quaderni de Il giudice di pace*, n. 2, *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, Ipsoa, Milano, 2003, pp. 53 y ss.

30 Art. 27 del Decreto del Presidente de la República n. 448/1988 - Sentencia que impide proceder por irrelevancia del hecho: 1 *Durante las investigaciones preliminares, si se deduce la tenuidad del hecho y la ocasionalidad del comportamiento, el ministerio público pide al juez sentencia de no lugar a proceder por irrelevancia del hecho cuando continuar el procedimiento perjudica las exigencias educativas del menor.* 2. *Sobre esta petición el juez resuelve en cámara de consejo, una vez escuchado el menor y quien ejerza la patria potestad, así como la persona afectada por el delito. Cuando el juez no acoge la solicitud, dispone con una orden la restitución de los actos al ministerio público.* 3. *Contra la sentencia puede proponer la apelación el menor y el procurador general ante la Corte de apelación. La Corte de apelación decide con las formas previstas por el art.27 del código de procedimiento penal y, si no confirma la sentencia, dispone la restitución de los actos al ministerio público.* 4. *En la audiencia preliminar, en el juicio expreso y en el juicio inmediato, el juez pronuncia de oficio sentencia de no lugar a proceso por irrelevancia del hecho, si concurren las condiciones previstas por el inciso 1.*

31 En cuanto a la expresión usada por el legislador de 1988, poco acertada en la definición de este instituto, se remite a cuanto se ha precisado supra en el numeral 1; véase también LARIZZA, *Le nuove risposte istituzionali alla criminalità minorile*, cit., p. 214.

32 Sobre el punto véase, entre otros, QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto*, cit., pp. 259 y ss.

y que, de hecho, es ambiguo en sus diversas y posibles interpretaciones³³. En cambio, un elemento particularmente significativo es el del *perjuicio a las exigencias educativas* del menor, indicado por la norma como un riesgo, inherente a la continuación del procedimiento, y que no se quiere correr. En tal modo esta disposición – que por lo demás no resulta particularmente clarificadora sobre la esencia y estructura del juicio de “exigüidad” del hecho- ilumina sobre un aspecto importante del instituto en examen, constituido por la atención a los aspectos humanos del acontecimiento punitivo, en la tensión acerca de la “reeducación” del reo: esta última aparece en el fondo del procedimiento como su justificación, tan fuerte y exclusiva para hacer caer cualquier posibilidad de recurrir a éste cuando el fin re-educativo no sólo sea desatendido, sino incluso contradicho por los desarrollos ulteriores de la intervención penal³⁴.

Es necesario, además, precisar que la doctrina generalmente concuerda en que se debe considerar el perjuicio a las exigencias educativas del menor, no como una *condición* para la aplicabilidad del instituto (es decir, sin lo que no podría ser aplicado), sino como un elemento que, cuando se presente junto a los requisitos indicados (tenuidad del hecho y ocasionalidad del comportamiento), “sostiene” de manera adicional la decisión sobre la interrupción del proceso³⁵.

33 En la doctrina y en la jurisprudencia se presentan, de un lado, interpretaciones tendientes a revisar en el parámetro en cuestión un significado objetivo, puramente “cronológico”, referible al episodio que se revela único, o sin embargo del todo aislado en la vida del sujeto, y que, precisamente en cuanto tal, aparece como extraño a su *modus vivendi*: cfr. PEPINO, Sub art. 27, cit., p. 284: “no puede (...) ser compartido (...) el desenganche del requisito en examen por cada criterio de serie temporal”. Véase también LOSANA, “Sub art. 27”, en *Esp. Giust. Min., Codice di procedura penale minorile commentato*, cit., p. 184 (según el autor es ocasional el comportamiento que “no resulta ser repetido en el tiempo igual a sí mismo”). Del otro lado, se dan al requisito interpretaciones en clave “psicológica”, con base en las cuales en la ocasionalidad se distinguiría un particular “comportamiento del agente respecto a la acción” (así PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, Milano, 2002, p. 371) un “nivel cualitativo de pertenencia del hecho a su autor (...) no sobre el plano de la culpabilidad, sino en términos de síntomas de la capacidad de delinquir proyectada sobre el futuro” (DI CHIARA, “Esiguità penale”, cit., p. 350); ésta se caracterizaría por “la ausencia de premeditación” (VINCIGUERRA, “Irrelevanza del fatto nel processo penale minorile”, cit., fascículo 25, (73 y ss.), p. 75), tratándose preferiblemente de una “conducta dictada por un impulso del momento” cuya génesis debe ser “buscada en circunstancias externas, a las que el menor no ha sabido resistir a causa de su inmadurez” (ibídem). Precisa como, conclusivamente, se deben “excluir ambos extremos o sea la sinonimia con el término unicidad (...) y el desenganche de cualesquier referencia cronológica”, QUATTROCCOLO, *Esiguità del fatto*, cit., p. 272 (al cual se envía para ulterior y más profunda bibliografía).

34 Es interesante la clasificación del requisito como “teleológico”, en PALOMBA, *Il sistema*, cit., p. 358.

35 Se propone una interpretación “*a contrario*” de tal requisito, con base en la cual el proceso por un hecho considerado tenue de acuerdo a los parámetros del art. 27, podrá continuar sólo si resulta “útil”, cual

Por lo tanto, parece poderse observar cómo la contribución ofrecida por el art. 27 en la reconstrucción del rostro de la exigüedad, tiene que ver esencialmente con el fundamento del instituto, representado por la necesidad de excluir cualquier intervención penal cuando venga a menos – o no sea, como en este caso, obstaculizada- la *ratio* justificadora; mientras que cuanto concierne a los elementos constitutivos, éstos permanecen más matizados, en la descripción genérica y en cierto modo equívoca contenida en la norma que se está tratando.

B) Más exhaustivo en la indicación de los “factores de exigüedad” del hecho es el art. 34 del Decreto legislativo 274/2000³⁶, que profundiza el concepto de “particular tenuidad” articulándolo sobre diferentes índices y referentes interpretativos.

Viene en consideración, en primer lugar, la exigüedad del daño o del peligro causado por la acción del reo: este elemento remite evidentemente a la dimensión de la ofensa *material* al bien jurídico, e impone la valoración de la entidad del daño, la cual deberá razonablemente obtenerse de la observación “combinada” de la intensidad de la agresión (dependiente de la mayor o menor anticipación de la conducta, de sus modalidades, etc.) y de la relevancia del bien jurídico objeto de tutela³⁷. Si por una parte es evidente que la valoración del bien jurídico tutelado es efectuable ya en abstracto, por lo cual podría preguntarse si no existen delitos para los cuales *a priori* (es

“oportunidad educativa para el imputado”: así LARIZZA, *Le nuove risposte istituzionali alla criminalità minorile*, cit., pp. 209-210; en este sentido también PALOMBA, “Il sistema del processo penale minorile”, cit., p. 277; PATANÈ, “L’irrelevanza del fatto nel processo minorile”, cit., p. 65. Sobre este aspecto cfr. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto*, cit., pp. 307, 310 y ss.

36 Art. 34 del Decreto legislativo n. 274/2000 – *Exclusión de la procedibilidad en los casos de particular tenuidad del hecho*: 1 *El hecho es de particular tenuidad cuando, respecto a los intereses tutelados, la exigüedad del daño o del peligro que se deriva, no sólo de su ocasionalidad y del grado de la culpabilidad, no justifican el ejercicio de la acción penal, teniendo en cuenta también el perjuicio que el ulterior curso del procedimiento puede traer a las exigencias de trabajo, estudio, familia y de salud de la persona puesta bajo indagación o al imputado.* 2 *En el curso de las indagatorias preliminares, el juez declara con decreto de archivamiento no poderse proceder por la particular tenuidad del hecho, sólo si no resulta un interés de la persona ofendida a la prosecución del procedimiento.* 3. *Si ha sido ejercitada la acción penal, la particular tenuidad del hecho puede ser declarada con sentencia sólo si el imputado o la persona ofendida no se oponen.*

37 Se trata de aquel “desvalor de resultado”, fundamento de ambos modelos tradicionales de ilícito bagatelar (el modelo de Krumpelmann y aquel de la “proporción anticipada”) que “adquiere significado sólo en relación a los particulares bienes jurídicos”, perdiendo “aquello que de doctrinario y abstracto que la fórmula parecería sugerir, por concretarse en una entidad graduable en modo casi matemático, y según criterios científicamente controlables”: así PALIERO, “Minima non curat praetor”, cit., p. 721 (el autor subraya además las crecientes dificultades de tales concretizaciones «mientras menos aprehensible y material devenga el bien jurídico implicado»).

decir, ya sobre el plano de la norma incriminadora, prescindir de su aplicación concreta) se excluya la operatividad de una cláusula de “particular tenuidad” del hecho³⁸, es necesario de otra parte reflexionar sobre el tenor literal de art. 34, que no realiza una distinción “en abstracto”, sino que envía a un juicio global sobre el hecho en particular: lo que parece requerir la norma es una valoración “ponderada” por los diversos criterios indicados, de tal manera que, respecto a un interés particularmente relevante –como podría ser la integridad física tutelada por el delito de lesiones personales culposas graves, o gravísimas- el instituto podrá aplicarse, en primer lugar, sólo en presencia de un compromiso (real o potencial) efectivamente de grado mínimo, que se ubique sobre el grado más bajo de la hipotética escala de gravedad de los daños *comprendidos en la descripción típica de la ofensa*; por ejemplo, un corte en la frente puede bien constituir una “marca permanente del rostro”, comprendido en el tipo penal de lesiones gravísimas, pero las dimensiones y las posiciones efectivas pueden “degradar” la relevancia –que sin embargo permanece- hasta los confines inferiores de la tipicidad. La exigüidad del daño o del peligro así identificado, además, deberá ser integrada por la presencia particularmente significativa de los otros elementos indicadores de exigüidad enumerados por la norma.

Siguiendo, por lo tanto, en el examen de los criterios del art. 34, la atención se desplaza sobre el plano de la culpabilidad, de la cual se debe verificar el “grado”³⁹. También en este caso se da relevancia al aspecto *cuantitativo* del dato factual, para que pueda con ello identificarse el nivel de “gravedad” del delito; así, por ejemplo, deberá mesurarse el *quantum* de la violación de la regla provisional y no sólo el grado de previsibilidad y evitabilidad del resultado⁴⁰.

38 Esta opinión de parte de la jurisprudencia con referencia a la atenuante de la “especial tenuidad del resultado dañoso o peligroso” de la que trata el art. 62, n. 4, del código penal, a la que puede remitirse por analogía del presupuesto ahora en examen; ésta se hace inaplicable por ejemplo en los delitos ambientales, o en materia de tráfico de estupefacientes, por la relevancia del bien jurídico tutelado por la norma (no sólo por la peligrosidad social del hecho descrito): véanse a propósito Cass., sez. VI, 30 marzo 1999, en *Cass. pen.*, 2000, p. 3002; Cass., sez. IV, 26 febbraio 1993, en *Cass. pen.*, 1994, p. 1507; Cass., sez. IV, 11 luglio 1991, en *Cass. pen.*, 1993, p. 681.

Sobre la cuestión, véase MATTEVI, *Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. 274/2000): analisi della disciplina nei suoi presupposti e prospettive di sviluppo alla luce dei primi esiti applicativi*.

39 Sobre el carácter graduable de la culpabilidad véase entre los autores italianos a PADOVANI, “Il grado della colpa”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 819; con particular referencia a la concepción normativa de la culpabilidad, SANTAMARIA, voz “Colpevolezza”, en *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, pp. 646 y ss.; cfr. También ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, pp. 250 y ss.

40 Cass. 15 maggio 2008, n. 22632, en *CED Cass. pen.*, 2008. Sobre este tema véase la contribución de

Por último, la "ocasionalidad" mantiene el juicio sobre el plano personal del sujeto activo, aunque emergiendo como carácter *del hecho*: según cierta doctrina no se trataría necesariamente o exclusivamente de la señalación de un recorrido "histórico" del reo, sino de una ulterior especificación del caso concreto, que mostraría elementos de inmediatez y transitoriedad, no de premeditación ni de probable repetición⁴¹.

Estos tres requisitos mencionados se ponen comúnmente en relación con "el interés tutelado": es respecto de tal factor que debe verificarse si los elementos que caracterizan el caso concreto pueden fundar el ejercicio de la acción penal, o por el contrario hacen emerger la "injustificabilidad"; por esto la dimensión de la ofensa material, es decir de la relevancia del bien jurídico y de la intensidad de la agresión, parecería prevalecer como criterio guía, también para la interpretación de los otros parámetros. En realidad, en las indicaciones del legislador la presencia de la dimensión personalista del delito (esencialmente reconocible en la culpabilidad y en la peligrosidad social del autor) no debe quedar sofocada por la referencia al interés tutelado, que puede hacer las veces de un anclaje que evite desproporciones en el peso específico que se atribuya a los particulares elementos⁴².

Del conjunto parece poderse vislumbrar en la disciplina trazada por el legislador del 2000 una orientación hacia la prevención (y en particular hacia la prevención especial) que, como se observa *supra*, debería constituir el criterio de lectura del hecho concreto en el juicio de exigüidad.

A tal conclusión lleva también la referencia final y por así decir "residual" de la norma al "perjuicio que el ulterior curso del procedimiento puede llevar a las exigencias de trabajo, estudio, de familia o de salud de la persona sometida a la investigación, o al imputado", como factor a tener "también" en cuenta para poder declarar la improcedibilidad de la acción. Parece que así se le exige al intérprete realizar cierta clase de equilibrio entre los diversos efectos,

MATTEVI, *Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto*.

- 41 Se representan para el instituto del art. 34 las cuestiones interpretativas a las que se ha hecho alusión *supra* (nota 33) con referencia al Derecho penal de menores; sobre el tema véase entre otros DI CHIARA, "Esigüità penale", cit., p. 349; QUATTROCOLO, "Sub art. 34", cit., p. 312; BARTOLI, "Le definizioni alternative del procedimento", en *Dir. pen. proc.*, 2, 2001 (172), pp. 178-179. Para una breve confrontación entre las diversas posiciones con referencia a las dos normas ahora citadas sea me permita remitir también a PONGILUPPI, "La particolare tenuità del fatto come causa di esclusione della procedibilità", cit.
- 42 El grado de la culpabilidad, así como el carácter de la ocasionalidad, tendrán un peso mayor o menor según la relevancia del bien jurídico tutelado, por el que por ejemplo —como se anotaba *supra*, en el texto— se necesitará una culpabilidad particularmente atenuada en relación a delitos contra la persona (que realmente presenten una escasa gravedad de la lesión efectivamente realizada).

positivos y negativos, previsible y esperables de una eventual aplicación de la pena⁴³. En tal modo se da cabida, en la valoración de la exigüidad del hecho, a consideraciones externas al caso concreto, estrechamente ligadas a la persona del reo/investigado⁴⁴. Se perfila e este propósito una reflexión crítica, que lleva a preguntarse si se trata de elementos que entran a hacer parte de la exigüidad, o simplemente de factores que *integran* la norma en cuestión, la cual hace derivar de la exigüidad y *de otras consideraciones* la no procedibilidad de la acción penal. Más consecuente parece la segunda hipótesis, ya que no debería necesariamente constituir un hecho “más tenue” aquél en relación al cual sean mayores las dificultades del reo para afrontar el proceso; esta delicada situación personal puede ser tenida en cuenta por el legislador, que en este caso acerca, a la valoración del hecho del delito en clave de “exigüidad”, un elemento de relevancia político criminal *atinente al sujeto* y que se agrega siendo *ajeno* a la realización histórica del tipo penal.

5. Alusiones de comparación

Para proseguir con este *excursus* sobre la estructura del juicio de exigüidad del hecho, es particularmente útil realizar una observación comparada de la disciplina de los hechos “tenues” presentes en otros ordenamientos jurídicos, en particular el ordenamiento alemán, austriaco, francés y para terminar el portugués⁴⁵.

El § 153 StPO (código de procedimiento penal alemán) está previsto sólo para la categoría de los ilícitos penales menores, la de los delitos (*Vergehen*), y no para los crímenes (*Verbrechen*), y es aplicable en presencia de dos requisitos fundamentales: la tenuidad de la culpabilidad (*geringe Schuld*) y la ausencia de un interés público en la persecución de los hechos⁴⁶. Tales condiciones, en la fase de

43 Según VINCIGUERRA, *Appunti sull'innocuità*, cit., p. 2100, la valoración de tales exigencias personales resulta poco justificada en el ámbito del Derecho penal de adultos, tanto más que “se trata de procedimientos que por su objeto no tienen, por regla general, una duración capaz de llevarlos a una crisis”. Más allá de tal perfil, ligado más que nada a consideraciones de oportunidad política, la norma suscita de verdad algunas razones de perplejidad, o al menos un estímulo para una profundización, en cuanto a lo que tiene que ver, de nuevo, con el contenido estructural de la categoría de la exigüidad: para una rápida alusión a esta cuestión véase directamente el texto.

44 SGUBBI, “L'irrelevanza penale del fatto”, cit., p. 164, cuenta como se trata de un elemento “del todo extrínseco al hecho-delito”, pero también “al sujeto *en cuanto autor* del hecho” (cursivas añadidas)

45 Para un amplio examen de las “técnicas de despenalización” de los delitos bagatela en perspectiva comparada véase PALIERO, “Minima non curat praetor”, cit., pp. 405 y ss. (con particular referencia a los países del área alemana y norteamericana, a Francia y países de Europa del este.

46 § 153 - *Absehen von der Strafverfolgung* - I. Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen

las investigaciones preliminares, consienten al ministerio público proceder, con el consenso del juez competente para la apertura de la discusión, al archivamiento de la *notitia criminis*, mientras cada fase del proceso comporta la facultad del juez de interrumpir la prosecución de la acción, con tal que exista el consenso del ministerio público y del imputado.

La interpretación común de la norma lleva a pensar que es tenue la culpabilidad que resulta "inferior a la media", respecto a la culpabilidad comprobable en hechos análogos⁴⁷; tal resultado valorativo se ha hecho depender de la modalidad de realización de la acción, de las consecuencias del hecho, de la "medida contraria al deber"⁴⁸. Se trata de criterios que reclaman los elementos tomados en consideración también por el art. 34 del Decreto legislativo n. 274/2000 (las consecuencias del hecho se valoran por la norma italiana en referencia a la exigüidad del daño o del peligro), o en los cuales tales elementos podrían pertenecer (la ocasionalidad del hecho italiana podría entrar en el contexto de las modalidades de realización de la acción, entendida en un sentido amplio e incluyente). Sin embargo, la norma alemana agota su importancia en el limitado ámbito de lo significativa que sea la medida de la culpa⁴⁹, antes que determinar (como acaece en nuestro instituto) varios factores *autónomos* de exigüidad.

Además, el legislador alemán toma en consideración también una diversa hipótesis de *tenuidad*, que tiene que ver con los delitos para los cuales no está prevista una pena agravada en el mínimo, y en relación a la cual el archivamiento es posible también sin el consenso del juez; en este caso a los requisitos precedentes

Gerichts von der Verfolgung absehen wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht. Der Zustimmung des Gerichts bedarf es nicht bei einem Vergehen, das nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind. II. Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht in jeder Lage des Verfahrens unter den Voraussetzungen des Angeschuldigten das Verfahren einstellen. Der Zustimmung des Angeschuldigten bedarf es nicht, wenn die Hauptverhandlung aus den in § 205 angeführten Gründen nicht durchgeführt werden kann oder in den Fällen des § 231 Abs. 2 und der §§ 232 und 233 in seiner Abwesenheit durchgeführt wird. Die Entscheidung ergeht durch Beschluß. Der Beschluß ist nicht anfechtbar.

- 47 Cfr. LUTZ MEYER - GOSSNER, *Strafprozess-ordnung*, 50° Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2007, § 153, 2.B.
- 48 *Ibidem*. Sobre la idea de la "graduabilidad" de la antijuridicidad, y sus problemas y las cuestiones teóricas de ella planteada véase, para una reconstrucción del *iter* histórico de la reflexión en la literatura alemana, PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., pp. 701 y ss.
- 49 Ha sido advertido como el concepto de "culpa" relevante para el § 153 *StPO* corresponde, si se mira bien, a aquellos relevante a los sentidos del § 46 *StGB*, es decir, cual criterio de determinación de la pena (*Strafumessungsschuld*); con esto la norma alemana se acerca un poco al modelo de ilícito bagatelar "amplio", comprensivo de elementos facticos pero también personales, como aquellos que emergen en la determinación de la pena en sede aplicativa. Véase PALIERO, "Minima non curat praetor", cit., p. 728; también BARTOLI, "L'irrelevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti", cit., p. 1481.

se les agrega explícitamente la condición de que las consecuencias del hecho sean “exiguas” (*gering sind*).

Este segundo requisito lleva la atención a la eventual persistencia de un interés público en la persecución del hecho; tal indicación es interesante, pues vincula a la aplicabilidad de la norma la dimensión teleológico-funcionalista del proceso y de la pena. Es necesario, de otro lado, subrayar cómo la alusión algo genérica a la “ausencia de interés” público se presta para ser rellenado de contenidos muy variados, con algunas posibles derivaciones riesgosas: en efecto, la primera y más inmediata opción interpretativa envía ciertamente a la identificación del “interés público en la persecución del hecho”, con la presencia de exigencias preventivas-emergentes, no obstante la eventual, y ya comprobada, tenuidad de la culpa (los dos requisitos prescritos por la norma son en efecto acumulativos, y no alternativos)- el examen del caso concreto desde el punto de vista de la prevención general puede llevar, en la praxis, a encontrar que hay necesidad de castigar. Por ejemplo, cuando el caso en específico despierte un particular interés para la colectividad, o eventualmente también para la posición de la víctima en la vida pública, o cuando las consecuencias del hecho sean excepcionales, aunque no se puedan reconducir culpablemente al autor⁵⁰. Esto implica que la aplicabilidad del instituto depende de consideraciones externas a la culpabilidad del hecho (aquella culpabilidad que parecía por el contrario querer llenar completamente el significado sustancial del instituto, absorbiendo en sí cualquier otro elemento del hecho), volviendo posible la aplicación de una pena por razones no reconducibles a la dimensión personal de la responsabilidad penal, como por lo demás sucede cada vez que entran en campo consideraciones ligadas a la prevención general.

El ordenamiento alemán consagra seguidamente una particular causa de archivamiento de la acción por “cumplimiento de condiciones y obligaciones” (§ 153 a StPO); el juez debe valorar si la carga impuesta al imputado sea “idónea para sopesar el interés social en la persecución del hecho”, y comprobar que la entidad de la culpa no se vaya en contradicción con la interrupción del proceso. Las condiciones y las obligaciones que pueden ser prescritas al imputado son listadas, en modo no taxativo, por el mismo § 153 a que recuerda en particular el resarcimiento del daño, el pago de una suma de dinero a las cajas del Estado, la prestación de servicios de utilidad pública, el compromiso de responder a la víctima por las obligaciones alimentarias, el alcance de una composición con la víctima a través de prácticas de mediación, que desemboquen en el resarcimiento o en el serio compromiso a resarcir los daños causados, y finalmente la participación en cursos de educación de tráfico automotor.

50 Así el comentario antes citado, LUTZ MEYER-GOSSNER, *Strafprozess-ordnung*, § 153, p. 3.

Es de resaltar cómo este instituto combina algunos presupuestos de la exigüidad del hecho (en particular la entidad de la culpa) con las exigencias reparatorias ligadas al comportamiento *post-factum* del reo; puede en tal sentido acercarse a nuestro ordenamiento, más que al art. 34, al art. 35 del Decreto legislativo n. 274/2000, que atribuye relevancia a la conducta reparadora del imputado, "con tal que las actividades resarcitorias y reparatorias sean idóneas para satisfacer las exigencias de reprobación del delito y aquellas de prevención". El paralelismo entre la norma alemana y aquella italiana soporta la idea de que las consideraciones sobre las conductas de reparación sucesivas al delito deban ser tenidas por distintas de aquellas que fundan el juicio de exigüidad del hecho, si bien ambas pueden conducir al mismo resultado de la interrupción del proceso.

Más cercano a la construcción de nuestro art. 34 es el § 42 öStGB (código de procedimiento penal austriaco), norma de derecho sustancial que disciplina los casos de "ausencia de merecimiento de pena"⁵¹. Los requisitos previstos circunscriben antes que nada el ámbito de aplicación a un punto de vista formal, ligado al nivel de la conminación abstracta (sólo delitos castigados con pena pecuniaria o con pena de retención no superior a tres años, sola o junto con una pena pecuniaria). Se consideran después los particulares elementos del hecho, a partir de la culpabilidad, que debe ser exigua; en segundo lugar, las consecuencias del hecho, por las cuales la norma austriaca parece bastante rigurosa, requiriendo la ausencia de consecuencias, o su insignificancia; cuando así no sea, será sin embargo posible al reo acceder igualmente al beneficio a través del compromiso activo para eliminar las consecuencias del hecho, resarcirlo o compensarlo⁵².

La norma concluye con el acostumbrado elemento de "obstáculo" constituido por la eventual necesidad de la pena por exigencias de prevención; esta vez, de un lado, con

51 § 42- Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat - Ist die von Amts wegen zu verfolgende Tat nur mit Geldstrafe, mit nicht mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe oder mit einer solchen Freiheitsstrafe und Geldstrafe bedroht, so ist die Tat nicht strafbar, wenn

1. die Schuld des Täters gering ist,
2. die Tat keine oder nur unbedeutende Folgen nach sich gezogen hat oder, sofern sich der Täter zumindest ernstlich darum bemüht hat, die Folgen der Tat im wesentlichen beseitigt, gutgemacht oder sonst ausgeglichen worden sind und 3. eine Bestrafung nicht geboten ist, um den Täter von strafbaren Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken.

52 También en este caso se nota cómo la norma atribuye en tal modo relevancia, en el mismo instituto, a caracteres de exigüidad del hecho y a comportamientos resarcitorios sucesivos, estos últimos para compensar la eventual ausencia de los primeros; esto llama la atención, como se señalaba *supra*, nota 24, sobre la relevancia de las conductas reparatorias como criterio de la exigüidad. Se reitera aquí la opinión, ya expresada, de la sustancial extrañeza de tal elemento respecto a la ausencia de la exigüidad, sin que esto impida al legislador construir un instituto en el cual además en la exigüidad juegue un rol fundamental la reparación del daño.

una –feliz- referencia específica a la prevención especial, con base en la cual el castigo no debe ser necesario para preservar al autor de la comisión de ulteriores delitos; a lo cual se agrega, sin embargo, del otro lado, también el llamado a las exigencias de prevención general, que influyen en modo igualmente decisivo sobre la operabilidad de la norma, inaplicable cuando el castigo resulta necesario para prevenir la comisión de delitos por parte de otros⁵³.

El *Código Penal Portugués* prevé un instituto particular, sea desde el punto de vista de la solución procesal adoptada, sea desde el punto de vista de los requisitos sustanciales de aplicabilidad: se trata de la *Dispensa de pena*, de la cual trata el art. 74, introducida en el código de 1982 para “resolver casos de criminalidad bagatelar”⁵⁴, a través de la posibilidad concedida al juez de *declarar la culpabilidad del reo sin aplicar la pena*. Tal poder, que se resuelve en una notable discrecionalidad del juez- árbitro de una elección no vinculada, no obstante deba realizarse la comprobación de los requisitos de aplicabilidad descritos por la norma- cubre solamente los delitos castigados con pena de detención (*prisão*) no superior a seis meses, o con pena pecuniaria no superior a 120 tarifas diarias.

Los criterios sobre los cuales se juega la decisión de renunciar a la pena son antes que nada la valoración de la ilicitud del hecho y la culpabilidad del agente, que deben resultar “disminuidas”; se necesita luego que el daño causado haya sido reparado, y que no se opongan a la “dispensa” razones de prevención.

Es interesante la ubicación sistemática de este instituto que, fundándose sobre los presupuestos típicos de la tenuidad del hecho, se vincula explícitamente a la pena y a su determinación; no viene por esto puesta en discusión la relación de esta *dispensa de pena* con la teoría del delito y su “punibilidad”, sino que se resalta la relación que tiene con la teoría de la pena y su cuantificación⁵⁵. Al contrario, algunos autores

53 Sobre lo inoportuno de consideraciones general-preventivas en el juicio de exigüidad y en la operatividad de los institutos sobre ésta, fundados como se expresó *supra*, nota 22.

Ligados al presupuesto de la exigüidad del hecho, valorado además según una diferente especificación de los criterios, son otras instituciones de *distracción* que llevan una larga actuación en el ordenamiento austriaco, fundando la renuncia a la acción por parte del ministerio público o el archivamiento por parte del juez (a través del pago de una suma de dinero en favor del Estado, la prestación de trabajos socialmente útiles, el resultado favorable de un periodo de prueba, la composición extra judicial entre autor y víctima, en particular por medio de la mediación). Véase JESIONEK, “Sanzioni alternative alla pena detentiva. Le esperienze del sistema di “diversion” austriaco”, en PICOTTI-SPANGHER (Coords.), *Competenza penale del giudice di pace e “nuove” pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Milano, 2003, pp. 115 y ss.

54 GERMANO MARQUEZ DA SILVA, *Direito Penal Português*, Parte Geral, III, Teoria das penas e das medidas de segurança, Verbo, Lisboa/São Paulo, 1999, p. 148; véase sobre el tema también, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do Crime*, Aequitas Editorial Notícias, Lisboa, 2005, pp. 314 y ss.

55 Además el art.74 se inserta en el Cap. IV del *Código Penal*, relativo a la 2eleccion y medida de la pena”.

subrayan que ésta, reuniendo entre sus requisitos a elementos que constituyen causas autónomas de "atenuación especial" de la pena (ej. Art. 72, una disminuida intensidad del ilícito y de la culpabilidad, y también la disminución necesaria de la pena, sobre la base de circunstancias varias, entre las cuales la norma cuenta la misma reparación del daño), representaría a su vez una nueva forma de atenuación especial, capaz evidentemente de "degradar" la pena hasta su anulación⁵⁶.

Para una última mirada de conjunto puede recordarse la situación de Francia, donde, en vigencia de la regla de *opportunité des poursuites*, los casos de escasez y tenuidad de la lesión del interés jurídico tutelado son absorbidos en la praxis por el instrumento del archivo "simple", sobre la base de las valoraciones efectuadas en concreto por el ministerio público, sin que se expliciten en un "esbozo" normativo los criterios de tal discrecionalidad⁵⁷.

6. Perspectivas de reforma

El "microsistema" creado en torno a la figura del juez de paz por el Decreto legislativo n. 274/2000, es para leerse, en las intenciones del legislador y en la opinión difusa de la doctrina, como una suerte de laboratorio de soluciones procesales y sustanciales nuevas, cuyo valor experimental requiere una reflexión acerca de su efectiva "exportabilidad" más allá de los confines de las actuales previsiones normativas⁵⁸.

Sobre la oportunidad y sobre los posibles caracteres de una cláusula de tenuidad/exigüedad del hecho, a los cuales atribuir un alcance general, se han en efecto

El tema de la calificación sistemática dentro de la teoría del delito, eventualmente en el ámbito de la categoría de la no punibilidad, o al contrario dentro de la teoría de las consecuencias jurídicas del delito, y en particular en el ámbito de la determinación de la pena, es llamado problemáticamente en estos términos por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *As consequências jurídicas do Crime*, cit., pp. 315, 322 y ss., con referencia a una numerosa serie de otras disposiciones del *Código Penal* que inciden sobre la aplicabilidad de la pena, y cuya analogía o al contrario alteridad respecto a la "dispensa de pena" aparecen particularmente controvertidos e indefinidos en la doctrina portugués; véase también supra, las referencias al análogo problema en la literatura italiana con referencia al instituto de la exigüedad del hecho.

56 GERMANO MARQUEZ DA SILVA, *Direito Penal Português*, Parte Geral, III, cit., p. 149.

57 AIMONETTO, "L'archiviazione semplice e la nuova archiviazione condizionata nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di deprocessualizzazione", en *Leg. pen.*, 2000, pp. 99 y ss.

58 Con referencia en particular al instituto de la particular tenuidad del hecho véase, entre otros, DI CHIARA, "Esiguità penale", cit., p. 313, según el cual "el instrumento entreabre bajo el perfil metodológico, horizontes nuevos sobre el plano de la política criminal y de la técnica del proceso, cultivables, en los tiempos por venir, en una escala mayor" MARZADURI, "Le disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace", en Conso-Grevi (Coord.), *Compendio di procedura penale, App.*, Padova, 2000; prudente por el contrario respecto a las posibles perspectivas de generalización del mecanismo de la particular tenuidad del hecho PISA, "Un diritto penale mite", en *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2000, p. 18.

concentrado diversas tentativas de elaboración legislativa, desde las labores de reforma iniciados en 1996, en el ámbito de reflexiones que a veces tenían que ver con el área de los delitos atribuibles a las nuevas competencias del juez de paz -en curso de delineación- y a veces con la revisión procesal en materia de juez único de primer grado. En particular, se planteó la introducción en el código de procedimiento penal de una cláusula de "exclusión de la procedibilidad por irrelevancia penal del hecho"⁵⁹, posteriormente transformada en causa de no punibilidad⁶⁰, con validez en el procedimiento ante el tribunal de composición monocrática. Los requisitos indicados por este proyecto de ley ampliaban notablemente el catálogo previsto por el art. 27 del Decreto del Presidente de la República n. 448, introduciendo una más detallada línea de referencia para la valoración del hecho⁶¹. El abandono de la propuesta en el curso de sucesivo *iter* parlamentario -que dejó espacio a la previsión aplicativa más limitada,

59 Así el registro del art. 346-bis, que según el d.d.l. n. 4625/1998 habría debido comparecer en el Libro V del código de Procedimiento Penal, en un "Titolo III-bis" dedicado a la "irrelevancia penal del hecho". Art. 346 bis.- (exclusión de la procedibilidad por la irrelevancia penal del hecho):

1. *Para los delitos a los cuales la ley establece una pena de detención no superior en el máximo a tres años o una pena pecuniaria sola o conjunta a dicha pena, la procedibilidad es excluida cuando resulta la irrelevancia penal del hecho. Para la determinación de la pena se observan las disposiciones del artículo 4.*
2. *El Hecho es penalmente irrelevante cuando, respecto al interés tutelado, la exigüidad del daño o del peligro que viene derivado, también las modalidades de la conducta, su ocasionalidad, valorada también en relación a la capacidad de delinquir del reo, y el grado de la culpabilidad no justifican el ejercicio de la acción penal.*
3. *La irrelevancia penal del hecho puede ser declarada solo si ha sido la solicitud del ministerio público o del imputado. Si ha sido ejercida la acción penal, la irrelevancia del hecho puede ser declarada si el imputado no se opone.*

60 Véase el texto unificado, proyecto de ley n. 411 y agregados, presentado por el senador Carotti a la sesión del 12 de mayo de 1998 en el sitio <http://www.camera.it> (percorso: ricerche - progetti di legge - 13° legislatura, 4625).

El art. 65 del documento reproduce el texto del art. 346-bis, como fue propuesto en la versión originaria del proyecto, modificando solamente el registro ("exclusión de la punibilidad por la irrelevancia penal del hecho") y las referencias a la procedibilidad en el primero y segundo inciso (inciso 1(...) "la punibilidad está excluida (...)"; inciso 2- "El imputado no es punible cuando (...)").

61 Se señala en particular la indicación, entre los parámetros valorativos de las modalidades de la conducta, que explicita en el dato normativo una línea interpretativa ya difundida en la doctrina y la jurisprudencia también con referencia al derecho penal de menores; véase para estas observaciones Di CHIARA, "Esiguità penale", cit., pp. 44 y ss., que subraya la importancia de tal extremo por el relieve que debe revestir también al disvalor de acción en la reconstrucción de la exigüidad del hecho; diversa la posición expresada en GROSSO-PALAZZO-SICILIANO, *Inoffensività e irrilevanza del fatto*, cit., p. 112 en la cual las modalidades de la conducta son tenidos como un "indicador prácticamente privado de capacidad expresiva", pudiendo esto "constituir la base de un juicio concerniente a la ofensividad (...) realmente como culpabilidad, la exigibilidad, la antijuridicidad del hecho". Interesante además el envío a la "capacidad de delinquir del reo" por la interpretación de la ocasionalidad de la conducta, que reconduce la estructura del ilícito bagatela a los criterios de los que trata el art. 133 código penal en tema de determinación de la pena.

de conformidad con el art.34- no significó por otra parte una supresión del problema, que al contrario sigue estando presente en el debate y en el trabajo de investigación sobre la reforma de los códigos.

Se recuerda particularmente el art. 74 del Proyecto de reforma al código penal, elaborado por la Comisión ministerial precedida por el profesor Grosso⁶²: dentro del capítulo III, de *Aplicación de las penas*, se prevé una *causa de no punibilidad* por la particular tenuidad del hecho, cuando sea posible confrontar la "mínima entidad del daño o del peligro" y la "mínima culpabilidad del agente", la ocasionalidad del comportamiento, y también la insubsistencia de "supuestos resarcitorios" y de exigencias de prevención general o especial que requieran de cualquier medida frente al autor del delito. Los requisitos se aproximan a los previstos por el art. 34 del Decreto legislativo n. 274/2000, con una mayor claridad en excluir la aplicabilidad del instituto cuando subsistan exigencias preventivas, especiales y generales⁶³, determinándose así el necesario nexo funcional y sustancial entre la exigüidad del hecho y la justificación de la pena⁶⁴. Sin embargo, la alusión *ad hoc* a la ausencia de supuestos resarcitorios parece excesivo al vincular y limitar la operatividad de la norma, que sería así reconducida a una dimensión cercana a la privatista, en la cual la voluntad de la parte ofendida resultaría condicionante. Es preferible la solución que al respecto parece poderse leer en la normativa sobre el juez de paz, que, al dar relevancia al "interés de la persona ofendida en la persecución del resarcimiento", describe tal elemento cual objeto de valoración por parte del juez, al cual corresponde de todos modos la última palabra (solo si no *resulta...*)⁶⁵.

62 Art. 74 No punibilidad por particular tenuidad del hecho

1. *El hecho no es punible cuando recurran conjuntamente las siguientes condiciones:*

- a) *El hecho es de particular tenuidad, por la mínima entidad del daño o del peligro, y también por la mínima culpabilidad del agente;*
- b) *El comportamiento ha sido ocasional;*
- c) *No subsisten pretensiones resarcitorias;*
- d) *No subsisten exigencias de prevención general o especial que requieran de cualquier medida frente al autor del delito;*

2. *El presente artículo se aplica a los delitos castigados con pena de detención no superior en el máximo a dos años.*

Confróntese la última versión del proyecto de "Articolato, del 26 maggio 2001", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 661 y ss., y también en DE MAGLIE-SEMINARA (coords.), *La riforma del codice penale. La parte generale, Quaderni di Cassazione Penale*, Milano, 2002 (con las indicaciones de las modificaciones respecto a la precedente redacción del proyecto, del 12 de septiembre del 2000)

63 Sobre la referencia a las exigencias de prevención general confróntese, nuevamente, *supra*, nota 22.

64 Véase, para cualquier observación sobre el punto, también QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto*, cit., pp. 158 y ss.

65 En verdad, si esta puede ser la interpretación también literal del inciso 2 del art. 34 del decreto legislativo n 274/2000, referido a la fase de las investigaciones preliminares, análoga solución no puede encontrarse asimismo de la lectura del sucesivo inciso 3, con base en el cual, una vez instaurado el

Por otra parte, ciertamente sería deseable una puntual coordinación (si no una completa identidad) entre las dos normas (el art. 34 citado y la eventual cláusula de parte general para preverse en el código penal reformado), destinadas a operar en dos ámbitos distintos de competencias, pero con referencias a hipótesis de delito realmente no diferentes desde un punto sustancial, y al contrario equivalentes en el caso concreto, precisamente en fuerza del reconocido carácter de *exigüidad* del que se está tratando.

Mientras el proyecto Nordio no propone las tentativas desarrolladas en la legislatura precedente, determinando la “particular tenuidad del hecho” como una circunstancia atenuante, basada en la mera exigüidad del daño o del peligro para el interés protegido (art. 88, lit. a)⁶⁶, se encuentran nuevos estímulos en los trabajos de la Comisión para la reforma del código de procedimiento penal presidida por el profesor Giuseppe Riccio⁶⁷. Al afrontar el tema del principio de obligatoriedad de la acción penal y de la “práctica imposibilidad” de darle realización, a causa del “desequilibrio existente entre el número de las noticias de delitos que llegan a las oficinas de la fiscalía y los recursos humanos y materiales de los que tales oficinas disponen”, la *ponencia* del proyecto⁶⁸ identifica entre las soluciones posibles, acerca de la definición

proceso, la eventual sentencia que impide proceder por particular tenuidad del hecho, puede ser emitida “solo si el imputado o la persona ofendida no se oponen”: parece acoger la previsión evidente de un verdadero e propio poder de veto de los sujetos indicados, respecto a la decisión de interrumpir el juicio, y en tal sentido se ha pronunciado parte de la doctrina: véase por ejemplo, Di CHIARA, “Esiguità penale”, cit., p. 362, nota 12, según la cual pertenecería al ofendido por el delito un verdadero y propio derecho de veto, siendo factor impeditivo su mera oposición, inmotivada o incluso irrazonable; el autor anota además como residual siempre “la válvula del resultado extintivo por el arrepentimiento activo, del art. 35 del decreto legislativo 274/2000, franqueado (...) por cualquier consentimiento de la víctima”. Razones de coherencia sistemática respecto al inciso precedente (y respecto a la sucesiva solución adoptada en el art. 35, cuyo fundamento reparativo podría con mayor razón justificar el vínculo a la satisfacción de la víctima), el *argomentum* basado sobre la *ratio* deflacionista del instituto, además la perplejidad en orden a la oportunidad de condicionar el éxito de una valoración particular de tenuidad del hecho a la mera voluntad de la víctima podría, por otra parte, hacer propender por la tesis opuesta, aunque ciertamente menos sostenible desde el punto de vista de la interpretación literal, de la no vinculación de las declaraciones del ofendido incluso después del ejercicio de la acción penal.

66 La particular tenuidad del hecho viene reducida a la mera exigüidad del daño y del peligro (según el art. 88, literal a), “a efectos de la ley penal el hecho se considera de particular tenuidad cuando el daño o el peligro para los intereses protegidos son seguramente exigüos”, no tomándose la peculiaridad y autonomía de la figura, que viceversa viene en tal modo situada en una línea de ideal continuidad con la ofensividad del hecho, cuyo articulado ofrece expreso reconocimiento, cual canon de aplicabilidad de la norma incriminadora (art. 7 – Ofensividad del delito: La norma que prevé un hecho como delito se aplica solo en casos en los que se ha verificado un daño o un peligro para los intereses por ésta específicamente protegidos).

67 Comisión de estudio para la reforma del código de procedimiento penal, instituida por Decreto del Ministro de Justicia el 27 de julio de 2006.

68 Comisión de estudio para la reforma del código de procedimiento penal, Relación de acompañamiento a la *Bozza di delega legislativa al governo della repubblica per l’emanazione del nuovo codice*

de "criterios de prioridad" para la selección legítima de las *notitiae criminis* por parte de las oficinas del ministerio público⁶⁹, aquella de la "ampliación normativa de los presupuestos de operatividad del archivamiento", a extenderse a las hipótesis en las que "el delito supuesto no supera en concreto un umbral mínimo de ofensividad"⁷⁰. La Comisión se proclama así "unánimemente favorable a extender al proceso ordinario el instituto de la tenue ofensividad, hasta ahora confinado, a título experimental, en el subsistema de menores y en aquel de paz", especificando, no obstante, que se piensa "inoportuno configurar la tenuidad del hecho como causa de improcedibilidad" porque tal cualificación es más coherente con la "valoración de intereses externos al hecho y a su autor", y porque "la disciplina procesal de la improcedibilidad (...) logra con dificultad conciliarse con los contenidos de la declaratoria de tenuidad, que no puede prescindir del análisis del mérito de la causa y que debería intervenir, al menos en sede de discusión, exclusivamente después de la comprobación de los otros elementos constitutivos del delito"⁷¹.

Alguna última consideración amerita el más reciente "Progetto Pisapia" de reforma al código penal; en la *Consideración I*, sobre el *esquema del proyecto de ley sobre delegación legislativa al Gobierno de la República para la emanación de la parte general de un nuevo código penal*, aparece entre los *principios generales* la directiva relativa al "principio de ofensividad" y a la "irrelevancia del hecho" (art. 2), que distingue tres hipótesis diferentes, la una ligada al perfil de la necesaria ofensividad *en abstracto* (que nadie sea castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos

di procedura penale (19 julio 2007), en www.giustizia.it/newsonline/data, (y en www.camerepenali.it/Infopage), numeral 18, pp. 75 y ss., y en particular pp. 83 y ss.

69 Con una referencia explícita al modelo ofrecido por el art. 227 del decreto legislativo número 51 de 1998: así la *Relazione Riccio*, cit., pp. 76 y ss.

70 *Relazione Riccio*, cit., p. 76. La indicación está específicamente contenida en la directiva 65 (véase la *Bozza*, cit.), relativa a los presupuestos del archivamiento por ser desconocidos los autores del delito o por insostenibilidad de la acusación en juicio, *también por la particular tenuidad del hecho*.

71 *Relazione Riccio*, cit., 84. La comisión no se pronuncia, ni en la *Relazione*, ni en la *Bozza*, sobre los requisitos sustanciales de la particular tenuidad del hecho, que parece volver a poner las reflexiones desarrolladas en sede de reforma al código penal. Interesantes, por el contrario, las consideraciones sobre la ubicación procesal de la cláusula, solo después del ejercicio de la acción penal, o por el contrario también en el curso de las investigaciones, como hipótesis particular de archivamiento; esta última solución viene considerada preferible, temiéndose en la primera hipótesis el riesgo que, por escaparse de las inconveniencias gravosas de averiguaciones discutibles sobre hechos de escasa entidad lesiva, "el análisis de tenuidad del hecho termina por retroceder a sedes procedimentales no solamente sin garantías, sino sustraídas hasta del control jurisdiccional", con la posible "explícita archivación de las noticias del delito", a través del "*commodus discessus* del abandono de la noticia del delito sobre la estantería de los asuntos no prioritarios "sin preocuparse (...) por las expectativas de justicia del denunciado y del ofendido, pero también del respeto del principio de obligatoriedad" (*Relazione Riccio*, cit., 85).

de relevancia constitucional), la otra a la necesaria ofensividad *en concreto* (que nadie sea castigado por un hecho que en concreto no ofenda los bienes jurídicos tutelados por la norma incriminadora), y la última constituida por la no punibilidad por “tenuidad de la ofensa” y “ocasionalidad del comportamiento”. La ubicación de esta previsión es útil para conferir a este instituto un valor de principio, identificando más bien el canon de la “exigüedad” como una exteriorización específica de la necesaria ofensividad del hecho⁷². No se precisan los requisitos sustanciales de la “tenuidad”, aunque la alusión a la “ofensa” y la sucesiva y adicional referencia a la “ocasionalidad del comportamiento” puede hacer pensar en la acepción más restringida de esta expresión, como escasa entidad del daño o del peligro ocasionado al bien jurídico⁷³.

Además, es interesante la previsión de una “renuncia a la pena” por “tenuidad del hecho”, después de la condena, en el ámbito de las directivas inherentes a la “capacidad reducida”, del art. 23, inmediatamente después de la norma relativa a la imputabilidad (art. 22)⁷⁴. Este instituto, circunscrito a un ámbito de aplicación restrictivo y peculiar, prevé un mecanismo de “degradación” de la respuesta sancionatoria, hasta la renuncia a la misma, similar a la ya citada *dispensa de pena* del Derecho penal portugués⁷⁵.

Llegando ahora a las conclusiones de estas breves reflexiones, es necesario subrayar la importancia de una generalización de la exigüedad como canon aplicativo referible a todo el Derecho penal de adultos⁷⁶. La presencia de una atención al

72 Véase no obstante *supra*, a propósito de la necesaria distinción también cualitativa entre inofensividad y exigüedad; esta última resultaría diversa también de la “escasa ofensividad”, que por el contrario aquí parecer tenerse por equivalente: confróntese numeral 1, nota 2 y ss.

73 Diferenciándose con ellos de la solución adoptada por el decreto sobre las competencias penales de paz, que articula la “tenuidad” sobre los tres factores del daño o peligro, ocasionalidad y culpabilidad; véase *supra* numeral 4.

74 El art. 23 (*capacidad reducida. Finalidad del tratamiento y régimen sancionatorio*) prevé en el literal f) que “el juez pueda condenar con renuncia a la pena, por la tenuidad del hecho y por el venir a menos de las condiciones de reducida capacidad que lo han determinado, salvo que permanezcan exigencias de prevención” (tampoco aquí aparecen indicaciones sobre los requisitos sustanciales de la “tenuidad”, referido en este caso al “hecho” y no a la “ofensa”).

75 *Supra*, numeral 5.

76 El auspicio a una previsión de la exigüedad como cláusula de parte general, expreso por más partes en la doctrina (véase DONINI, “Le tecniche di degradazione”, cit., p. 401;) encuentra también pareceres negativos (así por ejemplo FIORE, “Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale”, cit., pp. 276-277, según el cual “en un sistema verdaderamente orientado a la realización de objetivos de extrema ratio, subsidiariedad, etc.” La selección de los hechos penalmente relevantes “es una tarea confiada en primer lugar y *de manera tendencialmente exhaustiva* a una correcta identificación de los bienes jurídicos a tutelar”, por lo que el espacio para la cláusula de irrelevancia debería ser “solamente residual”); es interesante la posición de PALIERO, que en la tentativa de concretizar lo más posible la hipótesis de generalización del canon de la exigüedad cree más oportuna “una solución del problema en

problema también por parte del legislador, testimoniada por la tematización en el ámbito de numerosas sesiones de trabajo, parlamentario o no (desde los diseños de leyes a los proyectos de reforma de los códigos), insta a la doctrina a examinar con más cuidado las vueltas teóricas y sustanciales implicadas, que se han tratado de reseñar en el presente trabajo, de la cualificación sistemática del instituto a la definición de los factores sustanciales que inciden sobre el juicio de exigüidad. Tanto la alusión necesaria a las funciones de la pena y a la dimensión teleológico-funcional del instituto, así como a la individualización de la exigüidad como criterio interpretativo-aplicativo ligado a caracteres internos al hecho, e incluso casi como "modalidad" de exteriorización concreta del tipo penal, respecto a la norma incriminadora abstracta, pretenden constituir en esta sede unas ideas orientadoras para las necesarias profundizaciones posteriores, y para las posibles, ya actuales, aplicaciones jurisprudenciales del principio, aunque se circunscriban a los dos únicos sectores "experimentales" examinados.

la parte especial" es decir, a través de "la construcción de diversos modelos de *Tatbestand* bagatelar, por identificarse – con mayor determinación y riqueza de criterios- al interior de los particulares bienes" (op. cit., p. 742); el autor cree además al mismo tiempo que "una cláusula de parte general que funja de clausura del sistema, impidiendo la punibilidad de los hechos típicos exigüamente lesivos que resultan no merecedores de pena, es verosíblemente indispensable.