

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Novo endereço:

Rua XI de Agosto, 52, 2.º andar, Centro,
CEP 01018-010 — São Paulo, SP — Tels.: (011) 605-6482, 607-6743, Fax.: 605-4607

Composição no biênio 95/96 — **Presidente:** Alberto Zacharias Toron; **1.º Vice-Presidente:** Luiz Carlos Belchior; **2.º Vice-Presidente:** Sérgio Salomão Shecaira; **1.º Secretário:** Alberto de Oliveira Andrade Neto; **2.º Secretário:** Tatiana Viggiani Bicudo; **3.º Secretário:** Roberto Podval; **Tesoureiro:** Marcos Roberto Alexander; **Tesoureiro Adjunto:** Hélio Alejandro Noguez Moyano.

Director: Carlos Vico Maia.

Conselho diretor: Adauto, Alonso Silvínio Suanes, Álvaro Bussara, Antonio Magalhães Gomes Filho, Belisário Santos Júnior, David Teixeira de Azevedo, Dyrceu Aguiar Dias Couta Jr., Fauzi Hassan Choukr, Geraldo Faria Lenhos Pinheiro, Luciana Ferreira Leite Pinto, Márcio Orlando Barnoli, Maurício Zanoite de Moraes, Maurides de Melo Ribeiro, Messias José Lourenço, Ramulfo de Melo Freire, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Maurício Genofre, Rui Sicoe, Sérgio Mazzina Martins, Sérgio Salomão Shecaira, Tatiana Viggiani Bicudo.

Secretário Geral: Messias José Lourenço.

Diretores convocados: Alberto Silva Franco, José Henrique Pierangelli, Luiz Flavio Gomes, Luiz Regis Prado, Maria Tereza de Assis Moura, Miguel Reale Júnior.

Diretoria Adjunta: Alvinio Augusto de Sá, Antonio Carlos de Castro Machado, Antonio Carlos Franco, Antonio Celso Aguilhar Cortez, Angélica de Maria Mello de Almeida, Berenice Maria Gianella, Edson Torihara, Eliana Passarelli, Hélio Narvaez, José Carlos de Oliveira Kobaldo, José Silva Júnior, Laís Helena Domingues de Castro Pachi, Luiz Nagib Eluf, Luiz Antonio Marrey, Luiz Fernando Vaggioni, Luiz Flavio Borges D'Urso, Leonidas Ribeiro Scholz, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Lucia R. C. Pizzotti Mendes, Mario de Oliveira Medici, Oswaldo Henrique Duck Marques, Pedro Ricardo Gagliardi, Roberto Bantoni, Sérgio de Oliveira Medici, Sylvia Helena Furtado, Sylvia Helena Steiner Malheiros, Sonia Rao, Tabajara Novazzi Pinho.

Colaboradores permanentes: *Nacimnia* — Ada Pellegrini Grinover, Adriano Marrey, Ana Lucia Sabatell, Antonio Carlos Barandier, Antonio Carlos Penido de Moraes, Antonio Luiz Chaves Camargo, Antonio Nabor Arcias Bulhões, Antonio Scaramé Fernandes, Arnovaldo de Campos Pires, Celso Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Damásio Evangelista de Jesus, Dante Bussara, Dirceu de Mello, Edmundo Carmesini, Edmundo de Oliveira, Ercilio Cruz Sampaio, Ester Kosovsky, Evandro Lins e Silva, Evanildo de Moraes Filho, Fernando da Costa Tourinho Filho, Francisco de Assis Toledo, Geraldo Faria Lenhos Pinheiro, Geraldo Batista de Siqueira, Gilberto Passos de Freitas, Hernes Vilchez Guerrero, Hermino Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, James Tuberschlak, João José Caldeira Bastos, João Marcello de Araújo Junior, João Mosteri, José Adriano Marrey Neto, José Carlos Dias, José Renato Nalini, Juarez Tavares, Julio Fabbrini Mirabete, Leonardo Isaac Yerochelsky, Lichino Leal Barbosa, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Lausi, Luiz Vicente Cernicchiaro, Maria Lucia Karan, Maurício Kuelhne, Nilo Batista, Nizarado Carneiro Leão, Norma Kitakos, Odone Sanguné, Paulo Costa Manso, Paulo Lucio Nogueira, René Arlet Dotli, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sebastião da Silva Pinto, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Sidnei Agostinho Beneti, Vicente Greco Filho, Volney Cortes Leite de Moraes Jr., Weber Martins Batista • *Estrangeiros* — Antonio Garcia Pablos de Molina, Benigno Rojas Va, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzalez Zorrilla, Carlos M.º Romeo Casabona, Edmundo Hentler, Elio Morselli, Esther Gimenez-Sainas I Colomer, Eugenio Kaul Zaffaroni, Fernando Santa Cecilia Garcia, Jorge de Figueiredo Dias, Jose Cerezo Mir, Juan Bustos Ramirez, Luiz Fernando Nifo, Manuel de Rivaoba Y Rivaoba, Ma. Paz Arenas Rodríguez, Milton Catroli Martinez, Norberto Spolansky, Pilar Gomez Payon, Kaul Cervini, Roberto Bergalli • *Representante na Espanha* — William Terra de Oliveira • *Representante na França* — Luiz Regis Prado • *Representante na Argentina* — Juan Felix Marteau

Entidades Colaboradoras: Instituto Manoel Pedro Pimentel.

REVISTA BRASILEIRA DE
ciências
criminais

ano 4 - n. 14 - abril-junho - 1996

14

REVISTA
DOS TRIBUNAIS

Publicação Oficial do
INSTITUTO BRASILEIRO DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS



incompletas sólo aparecía como necesaria antes de la reforma de 1983, pero no es en modo alguno una consecuencia inexorable del reconocimiento de la culpabilidad.

relevancia al error de prohibición y, mucho menos, un rasgo esencial de una regulación del error fundada en la teoría de la culpabilidad.

2 — DOCTRINA INTERNACIONAL

LA INSIGNIFICANCIA: ESPECIFICACIÓN Y REDUCCIÓN VALORATIVAS EN EL ÁMBITO DE LO INJUSTO TÍPICO

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

"Cuando se traspaasa la línea de lo justo y de lo necesario, no queda ya barrera para la arbitrariedad (...). Acostumbrar a los hombres a violar las leyes en lo que tiene poca o mínima importancia, es tanto como incitarlos a hacerse reos de lo que tiene grande o máxima trascendencia..." (Romagnosi, *Genesis del derecho penal*, 1.122).

1 — Al interior del *mare magnum* de problemas que actualmente concentran la atención de la Dogmática jurídico-penal y de la Criminología descuellan la consideración del desmedido crecimiento que ha venido experimentando el Derecho punitivo, sobre todo a partir del término de la segunda conflagración mundial, y contra el que justamente reclama la doctrina. Como es bien sabido, el tema no alcanza únicamente a aquellos segmentos más o menos nuevos de esta rama del Derecho, que se integran con bienes jurídicos de novel protección penal, o con objetos de acostumbrada o tradicional tutela en la historia contemporánea de esta rama del Derecho, pero cuyo refuerzo más intenso se ha hecho sentir vivamente, en especial por lo que concierne a modalidades y subespecies de dichos bienes. El crimen es — muy bien se ha dicho — un *producto cultural*, una creación de la cultura en su constante desenvolvimiento,¹ por lo que

nada tiene de sorprendente, por un lado — en el orden valorativo —, que las sociedades de nuestros días tiendan a criminalizar comportamientos que en el terreno de lo atípico, o que, sin llegar a tanto, merecían una desvaloración pública modesta, que ahora se estima imprescindible redoblar; ni que — esta vez en el orden empírico, pero con inmediatas consecuencias políticas y especulativas —, por otro — retrocando apenas una conocida y antigua frase —, cada sociedad exhiba la criminalidad

¹ "El delito es, ante todo, un fenómeno de cultura, creado por la cultura e inherente a ella." Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Elementos de criminología*. Edeval, Valparaiso, 1982, cfr. p. 137, así como todo el Capítulo V ("Criminología y Derecho penal"). Sobre el particular, véase,

además, el espléndido capítulo segundo ("Il reato: il suo significato in rapporto al diritto, alla religione, ai costumi e alla morale") del *Trattato di criminologia comparata*, de Hermann Mannheim. Traducción de Franco Ferracuti. Einaudi, Torino, 1975, 2 v. V. I, p. 31/91; también, Seeling, Ernesto, *Tratado de criminología*. Traducción castellana y notas de José María Rodríguez Devesa. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 251/302; Exner, Franz, *Criminología*. Vallardi, Milano, 1953, p. 90/105, y, en sentido diametralmente opuesto, Tardé, Gabriel, *Las transformaciones del Derecho*. Traducción, prólogo y notas de Adolfo Posada. Anaya, Buenos Aires, 1947, p. 23/32.

que produce y merece.² Sobre este extremo del problema lo que cabe preguntarse es si, desde el punto de vista politico-criminal, el temperamento de todo, si se justifica, pues jamás debe olvidarse que el Derecho penal cons- tituye la *extrema ratio* del ordenamiento jurídico,³ y no debe convertirse en la primera, so pena de desdibujarse su magisterio en la comunidad de sujetos de derecho — ya se sabe cómo su espada, templada en demasia, se mella con facilidad, y no cumplirá su función coactiva allí donde debe intervenir —, así como que, por muchos y muy inteligentes que fueren los esfuerzos por dotarlo de un espíritu liberal y compatible con la dignidad humana (o sea, por humanizarlo, lo que implica reducir su

esfera de acción y moderar elo posible sus consecuencias, esto es, las penas), la dolorosa disciplina, "aun circunscrita por límites y garantías, conserva siempre una brutalidad intrínseca, que hace incierta y problemática su legitimidad moral y política".⁴ Mientras algunas reformas parecen bien encaminadas en términos absolutos — piénsese en lo ocurrido en España con la omisión de socorro⁵ y otras caplan el trasfondo axiológico que modernas exigencias dictan, pero abren una espiral de complicaciones dogmáticas y, a la postre, prácticas — y, *gr.* la tutela penal de lo que en Italia corre con el nombre de *intereses difusos*; o la de la salud, física y psíquica, al anterior de agrupaciones humanas jurídicamente vinculadas, o bajo ciertas circunstancias propias, criminológicamente hablando, para desencadenar una violencia desatada; o la de la honestidad,⁶ en repetidas opor-

tunidades las inclinaciones criminaliza- doras de hoy más bien denotan un afán

titular es, bien la sociedad indiscrimina- damente considerada, bien segmentos, que igualmente adolecen de una cierta indeterminación, al interior de la misma sociedad, *cf.* la notable monografía de Juan José González Rus, *Los intereses económicos de los consumidores*. Protec- ción penal. Instituto Nacional del Consumidor, Madrid, 1986; la ambigüedad, que oscila entre lo individual y plural, del titular de estos bienes jurídicos — extremo del que se ocupa el autor en p. 79/93, nota que, a mi entender, no aleja demasiado ni subsancialmente a esas infracciones de lo que antaño en la Dogmática alemana se denominaba como delitos *vegos* (*cf.* Jiménez de Asía, *Tratado de Derecho Penal*, Publicados, siete vols. Losada, S.A., Buenos Aires, quinta edición, actualizada, tomo III (1.990), p. 92, es y no puede ser menos que sólo el punto de arranque de una serie de dificultades interpretativas. En cuanto a los efectos criminógenos a los que puede conducir una precipitada y defectuosa técnica en la redacción de tipos delictivos que se mueven en torno a los malos tratos físicos ejercidos sobre pacientes muy cercanos, *cf.* Rodríguez Devesa, *op. et. ed.*, *cit.*, p. 157/159 (a propósito de la vulgarmente llamada *violencia intrajamilar*, que en España quedó plasmada como un delito de peligro concreto). No menos preocupante es la dudosa justificación y la imperfecta técnica con que en algunos ordenamientos se ha querido, más con un sentido declamatorio que real, enfrentar penalmente la cuestión de los actos de violencia al interior de recintos donde se desarrollan eventos deportivos. Valgan como ejemplo de ello la ley chilena número 19.327 (publicada en el Diario Oficial del día 3 de agosto de 1994), en especial su artículo sexto, y la ley argentina n. 23.184 (sobre la última *cf.* Soler, Sebastián: *Derecho penal argentino*, 5 vols. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1987-1988. Tomo III, actualizado por Manuel Bayala Basombrio, p. 146); las dos recurren a esa fórmula criptográfica, tomada del robo con homicidio del Código español, para agravar la responsabilidad criminal en las

autoritario y protector de intereses de grupos política y económicamente privilegiados que auténticas demandas racionales de la colectividad, como sucede — y el ejemplo vale por muchos — con la paroxística extensión y exasperación a la que se ha llegado, en muchos países, en la tutela de la salud pública ante el tráfico de substancias estupefacientes.⁷ Pero hay, todavía, otra dimensión en eso que Carrara llamó *honorable penal* y Frank — recordado por Paliero — *hipertrofia del Derecho penal*,⁸ aunque ésta queda estrechamente emparentada con la primera. Y es que, en contra del principio de fragmentariedad del Derecho penal, perfectamente des- crito por Binding aun antes del

lesiones o daños que se cometieren con motivo u ocasión de eventos deportivos.

Por lo que se refiere a los problemas actuales de la tutela penal de la honestidad, y al margen de la cuestión fundamental de bien jurídico ofendido, considerando que hay ordenamientos que se resisten a la afirmación, sin más, de la llamada *libertad sexual* (*cf.* López Rey y Arrojo, Manuel, *Estupro*, en *Enciclopedia Jurídica Omnia*, Dniskill, S.A., Buenos Aires, tomo XI, 1987, p. 236/259, con una severa crítica a la noción y una inteligente defensa de la honestidad, más modesta y tradicional, pero también más certera), es interesante el breve trabajo *Criminalizar el accoso sexual?*, de Manuel de Rivacoba, en *Gaceta Jurídica*, Editorial Jurídica, Conosur, Santiago de Chile, número 174, diciembre de 1994, p. 20/21.

² *Cf.* Zaffaroni, Eugenio, *La legislación "anti-droga" latinoamericana: sus componentes de Derecho pena autoritario*, en el volumen colectivo *Derecho penal*. Homenaje al doctor Raúl Peña Cabrera. Ediciones Jurídicas, Lima, 1991, p. 713/728.

³ *Cf.* Carrara, *Delito y matrimonio eclesiástico*, en *Opusculos de Derecho criminal*. Temis, Bogotá, 1976, siete vols. Vol. IV, p. 106; y Paliero, Carlo Enrico, *"Minima non curat praetor"* Iperrofia del Derecho penale e decriminalizzazione dei reati bagatelari. Cedam, Padova, 1985, p. 4/5.

²¹ "Les sociétés ont les criminels qu'elles méritent"; fue la sentencia de Lacassagne en el Primer Congreso Internacional de Antropología Criminal, celebrado en Roma, en 1885. *Cf.* Radzinowicz, Leon, *Ideología e criminalita*. Uno estudio del delito nel suo contesto storico e sociale. Traducción de Franco Ferracuti. Giuffrè, Milano, 1968, p. 41 y nota (72).

²² Sobre el instrumento punitivo como *ultima ratio* del ordenamiento y su relación con el principio de intervención mínima, *cf.* Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal*, Parte general, Civitas, Madrid, 1977, tomo I (único publicado) p. 20; Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*. Temis, Bogotá, 1990, p. 39/40; Jescheck, Heinz-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*, Parte general, Traducción y adiciones de Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, 2 v. V. I, p. 5, 11 y 12; Zipf, Heinz, *Política criminal*. Traducción de Adriano Bazzoni, Giuffrè, Milano, 1989, p. 87/90, y Maurach, Reinhard, Zipf, Heinz y Gössel, Karl Heinz, *Derecho penal*, Parte general, Traducción de Enrique Aimone Gibson y Jorge Bofill Gensch, supervisada por Edgardo Donna, 2 v. Astrea, Buenos Aires, 1994, V. I, p. 104 y ss.

²³ *Cf.* Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*. Teoría del garantismo penal. Laterza, Bari, 1.989 (primera edición), pág. XV de la *Introducción*, y nuestro trabajo *Exposición y crítica de una reducción del Derecho penal*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Publicación de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, número 11, 1993, p. 209/228.

²⁴ Que desde 1951 pasa a figurar en el catálogo de los delitos (artículo 489) en sentido estricto, dejando de ser una modesta falta, como, en cambio, todavía ocurre en códigos iberoamericanos inspirados por el modelo español del siglo pasado. *Cf.* Rodríguez Devesa, José María: *Derecho penal español*. Parte especial. Decimosexta edición, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Dykinson, Madrid, 1990, p. 119/127; Cobo del Rosal y colaboradores, *Derecho penal*. Parte especial. Tirant lo blanch, Valencia, 1990 (tercera edición), p. 772/777, y Muñoz Conde, Francisco: *Derecho penal*. Parte especial. Universidad de Sevilla, 1985 (sexta edición), p. 156/162.

²⁵ Sobre una de las especies de estos intereses difusos, esto es, bienes jurídicos cuyo

descubrimiento, por Beiling, de la idea del tipo y la tipicidad,⁹ el legislador punitivo de nuestro tiempo parece impulsado por un endémico *horror wacui*,¹⁰ lo que, si bien, para otros efectos, resulta muy congruente con las exigencias axiológicas vinculadas al principio de la inexcusabilidad de los tribunales de justicia, y al hecho, hoy por hoy poco discutible, de que no existen zonas adáforas o carentes de regulación en el Derecho, ni un segmento, en el seno del obrar humano, de que quepa predicar jurídicamente la indiferencia,¹¹ en el ámbito penal suscita legítima preocupación por sus graves consecuencias, tanto en lo que concierne a lo substantivo cuanto en lo estrictamente adjetivo o procesal. Llegada la hora de declarar el Derecho para un sínfin de situaciones que se han tomado penalmente relevantes por un afán de perfeccionismo en que el *legis lator* se ha involucrado, extendiendo la órbita

⁹ Cfr. Binding, *Compendio di Diritto penale*. Parte generale. Prefazione note e traduzione sulla ottava edizione tedesca di Adelmo Boretini. Roma Athenaeum, 1927, p. 124/127 y 399.

¹⁰ Paliero, op. cit., cfr. 27.

¹¹ Sobre el fundamento valorativo del principio de inexcusabilidad, cfr. Del Vecchio, Giorgio, *Los principios generales del Derecho*. Traducción y apéndice por Juan Ossorio Morales y prólogo de Felipe Clemente de Diego. Bosch, Barcelona, 1979 (tercera edición), p. 41/42. Acerca de la inexistencia, en el ordenamiento jurídico, de una zona de conductas jurídicamente indiferente, cfr. Mezger, Edmund, *Tratado de Derecho penal*. Nueva edición, revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, 2 v. V. I, p. 338 ("No existe una zona intermedia integrada por un *actus iuridicamente indifferente*"). Jiménez de Asúa, *Tratado*, ed. cit., tomo III, p. 959/960, y Jiménez Huerta, Mariano, *La antijuridicidad*. Imprenta Universitaria, México, 1952, p. 22/24.

punitiva hasta abarcar buena parte de lo que en la terminología alemana se denomina *bagatelas*. Ya se trate de acompañar, a cuenta ley especial de contenido no punitivo se sanciona, nuevos delitos en miniatura o falsas, ya se recurra a la censurable técnica del casuismo en la configuración de los núcleos típicos, el resultado es, en definitiva, desolador, tanto para los requerimientos de certeza jurídica — que en lo penal adquieren máxima significación; no por nada Beccaria, Marat y Foronda recomendaban en el siglo XVIII que el sagrado libro de las leyes penales estuviera en manos de todos los ciudadanos, al paso que esta técnica sólo contribuye a la moderna *descodificación* del Derecho —, de seguridad — por cuanto la atención de los Tribunales se distrae y concentra en innumerables causas de poca monta, obligando, a menudo, a los jueces, a interpretaciones tortuosas para desbaratarse de ellas, o sea, a recurrir a una de las especies de la denominada *descriminalización de facto*, con desmedro de la consideración que merece la pesquisa de delitos graves —, y de economía procesal y pública. El resumen de este estado de cosas, al que ningún ordenamiento se sustrae, lo condensa Paliero — que ha calado hondamente en el tema — en los siguientes términos: "a) la dilatación del campo del Derecho penal comporta (*también* y, a menudo, *esencialmente*) la criminalización en abstracto de hechos "de mínima importancia política" (representados, en esta primera fase, por las transgresiones a disposiciones administrativas, por los ilícitos de policía, por las infimas lesiones a la persona o al patrimonio); b) el consiguiente "crecimiento de las causas penales" en concreto conduce a la parálisis de la justicia, y en todo caso produce *fallas a la economía procesal* (generalizado "retardo en la administración de la justicia punitiva" y

deficiencias de operación frente a los delitos más graves); c) el problema de economía procesal, en fin, se traduce inmediatamente en un *problema económico tout court*, por los costos elevadísimos que requiere — tanto en su fase de aplicación como en la de su elección — la pena criminal, cuya dilatación excesiva no puede, por lo mismo, dejar de desajustar las *finanzas públicas*".¹²

El tema objeto de este estudio pretende abordar uno esos conatos con que en nuestro tiempo se quiere contribuir a morigerar el estado de cosas descrito, haciendo, en todo caso, abstracción de las peculiares manifestaciones de éste en cada ordenamiento punitivo. En general, las soluciones más comunes propuestas para el problema provienen, como es noto, de la óptica político-criminal, y ésta es la vía por la que transitan las demandas en pos de la *descriminalización*, la *despenalización* y la *desjudicialización*,¹³ así como, en un esquema de ideas de radio más amplio, también las pretensiones extremosas del abolicionismo contemporáneo.¹⁴ Nuestro punto de mira es distinto. No, indudable-

¹² Op. cit., p. 23.

¹³ Cfr. Cervini Sánchez Rauti, *Los procesos de descriminalización*. Segunda edición, actualizada y ampliada. Editorial Universitaria, Montevideo, 1993, especialmente p. 61/66, y Ramos Mejía, Enrique, *Desinstitucionalización, despenalización, desjudicialización*, en el libro colectivo *El poder penal del Estado*. Homenaje a Hilde Kaufmann. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 205/217.

¹⁴ Cfr. Hulsman, Louk, y Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Ariel, Barcelona, 1984, y Christie, Nils, *Los límites del dolor*. Traducción de Mariluz Caso. Fondo de Cultura Económica, México, 1988. Para una crítica decisiva del abolicionismo, pero no ciega a cuanto puede resultar aprovechable en él, cfr. Ferrajoli, op. cit. ed. cit., p. 235/239.

mente, porque entendamos volver la espalda a las exigencias contemporáneas de reforma de las instituciones vigentes. Aquí se trata simplemente de destacar las posibilidades dogmáticas del discutido *principio de insignificancia*, con vencidos, como estamos, de que, sin perjuicio de las tareas de *lege ferenda*, al dogmático corresponde sobre todo indagar las posibilidades que sugiere la reconstrucción científica de los respectivos ordenamientos, con especial énfasis en aquellos principios generales, aplicables a todos los delitos y a todas las penas, que, como la antijuridicidad — en cuyo corazón, entendemos, esta enclavada la idea de la insignificancia —, todavía dan pábulo a discusiones y aún exhiben terrenos que recorrer teóricamente, por escasos que éstos furen. Pero en esta tarea no se puede prescindir de consideraciones justifícas, que, en lo punitivo, fijando el sentido de Derecho penal a partir de su fundamento y naturaleza, así como la finalidad de sus consecuencias, contribuyen a dar mejor sustento a la construcción dogmática, despejando a menudo cuestiones que un huro tecnicismo jurídico no sabe ni puede dilucidar. Con otras palabras: el carro de la moderna reducción del Derecho penal corre principalmente sobre el riel de la Política criminal, por cierto; pero, en la espera de su desenvolvimiento y concreción reales, hay que indagar todavía en las posibilidades que ofrece la reconstrucción dogmática de los ordenamientos, y en su trasfondo político y justifilosófico. No hay que exponerse innecesariamente al riesgo de que las demandas politicocriminales se frustren y queden en lo que el corrosivo verbo de Binding llamó "esa bella música del futuro",¹⁵ sin adoptar alguna

¹⁵ A la que el criminalista no debe, según Binding, prestar atención alguna. Cfr. *Compendio*, cit., p. XXXI/XXXVII, y

elemental precaución. En este sentido, convendrá, para ocuparnos convenientemente de lo último, parangonar, bien que con la mayor concisión, los intentos que hoy se elucubran en pro de la humanización del ámbito de lo punitivo, con los delicados equilibrios que estuvieron tras la primera gran reducción del Derecho penal, que sobreviene a fines del siglo XVIII, o sea, con la reforma penal ilustrada y revolucionaria, animada, como estuvo, ante todo por exigencias de valor, lo que no siempre, o por lo menos no siempre de modo consciente, exhibe las tendencias reductoras de nuestra época.

2. Quienes han estudiado a fondo las bases espirituales de la reforma penal dieciochesca, que fue, casi sin solución de continuidad, ilustrada primero, y revolucionaria después, la vinculan con el iusnaturalismo clásico característico de esa escuela que, a partir de Grocio, domina especulativamente el panorama de la Filosofía jurídica y política durante el siglo XVII y la primera mitad del XVIII, y destacan su importancia, no tanto para lo inmediato — la abstracción de sus elaboraciones, jamás circunscritas a un Derecho positivo determinado, no podía consentirlo —, sino para lo futuro, puesto que el racionalismo insistió en sus doctrinas sembraría, en verdad, “el germen de las elaboraciones críticas y renovadoras que, cuando bajo su estímulo se vuelquen las mentes a reflexionar sobre el Derecho criminal, aflorarán en el siglo XVIII y, junto con servir de piqueta que demuela los ordenamientos penales del antiguo régimen, plantearán los que han de sucederles y plantearán su necesidad ineludible y su urgencia perentoria.”¹⁶

Rodríguez Mourullo, op. cit. vol. cis., p. 1.

¹⁶ Rivacoba, *Los iusnaturalistas clásicos y el pensamiento penal*, en *Anuario de Filosofía*

Es más, para un historiador de lo que fue el Derecho privado durante la Edad Moderna, la menada escuela, que tuvo una enorme significación para el conjunto de la cultura jurídica europea, señaladamente la desplegó en el ámbito de lo penal, añadiendo que “el Derecho racionalista y la Ilustración europea de los siglos XVII y XVIII tienen en parte un origen común, por proceder el sistema del Derecho racionalista intermedio del pensamiento de la Ilustración incipiente, especialmente del Cartesiano; y efectos comunes, por basar aún la Ilustración sus exigencias humanitarias de una cultura jurídica avanzada, tal como, por ejemplo, la abolición de los delitos de magia y del tormento, en argumentos de Derecho racionalista”, y si bien, en su concepto, no hay ni puede hablarse de total identidad entre los iusnaturalistas clásicos y los ilustrados, la secularización del pensamiento, alentada por los primeros, estimuló los ingredientes morales de una visión racional del mundo y de la vida, de suerte que “este racionalismo moral es el elemento que vincula la Ilustración y el Derecho racionalista.”¹⁷ Es posible caracterizar este influjo de la escuela moderna del Derecho natural sobre el pensamiento ilustrado y su reforma penal en un

fiat jurídica y social, cit., n. 2, 1984, p. (229/258) 230/231. Cfr., además, desde una perspectiva más amplia, Windelband, Wilhelm, *Historia de la filosofía moderna*. En su relación con la cultura general y las ciencias particulares. Traducción de Elsa Tabernig, 2. v., Editorial Nova, Buenos Aires, 1951. Tomo I, p. 31/36, y Hazard, Paul, *La crisis de la conciencia europea* (1680-1715). Traducción de Julián Marías. Pegaso, Madrid, 1975 (tercera edición), p. 243/260.

¹⁷ Cfr. Wieacker, Franz, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*. Traducción de Francisco Fernández Jardon. Aguilar, Madrid, 1957, cit. p. 207/208 y 219.

cuádruple sentido. En lo substancial — por cuanto constituyó la más importante delimitación del ámbito de lo punitivo realizada por el último —, la secularización del pensamiento jurídico, que si fuera todavía incipiente en el mundo de ideas en el que se movía Hugo Grocio, ya aparece desplegando su fruto en la batalla ideológica que Pufendorf y Thomasius libraron para excluir del catálogo de figuras delictivas del *ancien régime* delitos que, como la magia, la hechicería o el comercio carnal con el diablo, se castigaban con atroz fruición desde el medioevo, y la discusión a la que el primero de filósofos indicados sometió a otros, como el incesto y el adulterio.¹⁸ Todos ellos vinculados a concepciones religiosas cuyo origen es imperintente recordar aquí; además, este esfuerzo por delimitar lo jurídico de lo religioso se complementa, en Thomasius, con su conocida distinción de las esferas del Derecho y de la moral, dato que — como es noto — si en un principio tuvo el objetivo precipuo de salvar la libertad de pensamiento en el campo

¹⁸ Cfr. Welzel, Hans, *Diritto naturale e giustizia materiale*. A cura di Giuseppe De Stefano e Presentazione di Enrico Parese. Giuffrè, Milano, 1965, p. 195/216; del mismo, *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf*. Un contributo alla storia delle idee dei secoli XVII e XVIII. A cura di Vanda Fiorillo. Giappichelli, Torino, 1993; Cavanna, Adriano, *Storia del Diritto moderno in Europa*. Le fonti e il pensiero giuridico. I. Giuffrè, Milano, 1982, p. 338/343; Blasco y Fernández de Moreda, Magia, Hechicería, brujería y nigromancia (Crimen de), en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, cit., v. XVIII, 1991, p. 902/924; del mismo, *Relaciones y nupcias incestuosas*, en la misma *Enciclopedia*, tomo XXIV, 1987, p. 572/578, y Radbruch, Gustavo, y Gwinner, Enrique, *Historia de la criminalidad* (Ensayo de una criminología histórica). Traducción del alemán Bosch, Barcelona, 1955, p. 120/128 y 177/191.

religioso y moral ante los inevitables y conocidos desbordamientos del Estado y, a la sazón, también de la Iglesia,¹⁹ en manos de la ideología de ilustrados y revolucionarios resultará decisivo para la configuración del nuevo Derecho penal, en el que sólo admitirán la consideración de delitos aquellos actos que supongan un genuino daño público, según la conocida frase de Beccaria.²⁰ En seguida, y siempre en el terreno contentuístico, el haber avizorado los iusnaturalistas, como aparece paladinamente en Pufendorf, la idea de la dignidad humana, será, asimismo, importantísimo elemento para el pensamiento revolucionario. Welzel, uno de los mejores conocedores del pensamiento del iusnaturalista de Heidelberg, ha destacado cómo Pufendorf, antes que Kant, “fue el primero en subrayar con palabras energéticas la idea de la dignidad del hombre, como ser moral-libre, haciendo de ella el fulcro de su sistema de Derecho natural, y de ella se derivaron aquellas ideas de los derechos del hombre y de la libertad, que fueron determinantes para el siglo sucesivo.”²¹ en el sentido de que la dignidad humana ya no es vista desde entonces y en adelante como el exclusivo patrimonio

¹⁹ Cfr. Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del Derecho*. Traducción de Luis Legaz y Lacambra. Bosch, Barcelona, 1974 (novena edición), p. 72/75 y 332; López de Oñate, Flavio, *Filosofía del Derecho*. Traducción de Alberto Bianchi. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, 2. v., Tomo I, p. 240/241, y Opoehert, Enrico: *Lezioni di Filosofia del Diritto*. Cedam, Padova, 1993 (segunda edición), p. 127/132.

²⁰ *Dei delitti e delle pene*. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento. A cura di Franco Venturi, Einaudi, Torino, 1973 (tercera edición), p. 22/23.

²¹ Welzel, *Diritto naturale e giustizia materiale*, cit., cit. p. 211.

del sujeto virtuoso, como pensó Santo Tomás, ni será tampoco idea necesitada de ulteriores precisiones, como ocurre con la concepción, característica del Renacimiento, de Pico della Mirandola, sino una firme noción que subraya la calidad, que todo hombre posee, de ser un fin en sí, y que se menosprecia esta nota valorativa específica y distintiva de lo humano cuando un hombre — y, con él, todos — es tratado como objeto; y por esto Beccaria, genuino revolucionario, anticipándose incluso a Kant, podrá escribir que "non vi è libertà ogni qual a volta de leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa".²¹ En tercer lugar, la idea de la prevención general negativa, fundamental en la obra de Beccaria, así como entre los primeros clásicos — basta pensar en Romagnosi, Bentham y Feuerbach,²² había sido adelantada por el pensamiento iusnaturalista del siglo XVII, pues sus miembros, "radicando los orígenes de la sociedad en el contrato, y los de éste, por más distintas y hasta contrapuestas que sean las maneras de entenderlo, en la necesidad de procurar la seguridad de los individuos", tenían que reconocer en, y asignar a, la pena que se asocia

⁽²¹⁾ Op. et ed. cit., cf. p. 50.
⁽²²⁾ Romagnosi, Giandomenico, *Genesis del Derecho penal*. Traducción de Carmelo González Cuesta y Jorge Guerrero. Temis, Bogotá, 1956, especialmente p. 125/126 (§§ 333 a 337, ambos inclusos); Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hegemeier. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 60/62 (§§ 13 a 16); sobre Bentham, a quien se debe la distinción entre prevención general y prevención particular, cf. Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 25/26, y Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal*. Parte general. Ediar, Buenos Aires, 1987-1988, 5 v., tomo II, p. 193/199.

a la comisión de los delitos "un propósito utilitario y preventivo, de evitar la perpetración de otros nuevos, sea mejorando al criminal o, con mayor eficacia, impresionando a los demás para que se abstengan, en lo futuro, de delinquir".²³ Por fin, la construcción de un sistema de conocimientos jurídicos, lógicamente ordenado y coherente, a partir de ciertas premisas — las normas — de las que en lo sucesivo se obtiene, por deducción, conclusiones cada vez más particulares, hasta llegar al detalle, o sea, el análisis y la síntesis, lo que Cavanna denomina "la geometría y la arquitectura del Derecho",²⁴ que propiciaron Leibniz y la escuela de Wolff en Alemania, deviene la clave para entender cómo, alimentados por el mismo espíritu racionalista de los ilustrados, la escuela clásica del siglo XIX podrá construir la Parte general de nuestra disciplina, sometiendo al más riguroso y menudo análisis el contenido de la infracción criminal, en el entendimiento de que el estudio analítico del delito está al servicio de la libertad individual y contribuye efectivamente a morigerar, privándolos de todo respaldo teórico, los excesos del arbitrio judicial, y levantar sobre el todo un sistema completo, por lo regular cerrado, en que cada parte encuentra su congreso en clave y se adecua perfectamente con las demás. Es ésta la aportación fundamental de los clásicos, que se empeñarán en llevar hasta sus últimas consecuencias los principios del individualismo abstracto de la centuria precedente y en barrer con las últimas rémoras que se oponen desde un pasado todavía reciente a la conformación de un Derecho penal liberal; pero el análisis y el sistema entroncan, con la Ilustración,

⁽²³⁾ Rivacoba, *Los iusnaturalistas clásicos y el pensamiento penal*, cit., cf. p. 257. La base de la nos pertenece.
⁽²⁴⁾ Op. cit., cf. p. 343/355.

primero, y más atrás con el iusnaturalismo moderno, y sin estos antecedentes no se comprenden.

De los elementos que integran lo que podría llamarse el arco toral de la reforma punitiva del Siglo de las Luces, la que se acelera bajo el aliento de las mentalidades más avanzadas y al calor de la realidad de la revolución, Rivacoba²⁵ destaca tres grandes principios que la desartrojan y realizan, y todos ellos contribuyen decisivamente a la reducción del ámbito de lo punitivo. En primer lugar, la consagración del principio de legalidad. En verdad, sería una injusticia negar que muchos y muy graves son los solapados atentados que contra el axioma de la legalidad de los delitos y las penas encierra su inteleción puramente formal, y de allí su complemento contemporáneo con la exigencia que los italianos llaman *determinatezza della fattispecie* y nosotros, derechamente, tipicidad; pero hay que situarse en la realidad del Derecho intermedio, y sobre todo en la del siglo XVIII, en el que, según el fiel y elocuente retrato de un clásico tardío, parecía que cada siglo había ido sumando y multiplicando, como nefasta herencia, la brutalidad de los anteriores,²⁶ para comprender la

⁽²⁵⁾ *La reforma penal de la Ilustración*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, cit., n. 5, 1987, p. (183/209) 197/199.

⁽²⁶⁾ "En la primera mitad del siglo XVIII, la justicia penal presentaba en Europa el más triste espectáculo: incertidumbre y confusión en las leyes y en su interpretación, excesivo rigor y atrocidad en la penalidad, exagerada incriminación, conculación de todo derecho de la personalidad humana en los juicios penales. Los abusos habían llegado a su más alto grado, porque cada siglo había ido amontonando el funesto patrimonio que había heredado de los anteriores." Pessina, Enrico, *Elementos de Derecho penal*. Traducción del italiano por Hilarión González del Castillo. Prologo y adicionado con arreglo al Derecho penal de entonces por Félix

significación que incluso una legalidad formalmente entendida hubo de representar para lo punitivo, en un sentido, amén de garantista, reductor de su esfera, no sólo por lo que concierne a las penas — basta pensar en las penas arbitrarias, que desde su remoto origen en la época de la *cognitio extraordinaria* del Derecho penal romano, la humanidad hubo de soportar hasta su intensificación muy común en el siglo que nos ocupa —, sino, asimismo, en punto a los delitos, con el atajo que de esta guisa se opuso al arbitrio desmedido de que se servían los jueces, señaladamente mediante el recurso a la analogía.²⁷ En segunda — y esto es lo que más no interesa — otra línea esencial de la reforma consiste en la supresión o atenuación de los delitos que ya no concuerdan con las valoraciones de la época, o sea, lo que hoy denominamos descriminalización o despenalización; y así es cómo desaparece por primera vez en la *Riforma toscana* de lesa majestad, con las excrecencias absurdas y terribles que habían ido ampliándolo heterogénea e inaceptablemente en un proceso de milenios. Desparecen asimismo los delitos de magia, hechicería y otros análogos, con la consiguiente racionalización y laicización del Derecho criminal; y se somete a demolidora crítica, hasta reducirlos a sus justas dimensiones, delitos que venían y continuaban siendo

Aranburu y Zuloaga. Cuarta edición, anotada conforme a la legislación vigente y adicionada con las doctrinas científicas modernas por Eugenio Cuello Calón. Reus, Madrid, 1976, p. 124/125. No extrañará, pues, que un genuino testigo de la época, Voltaire, afirmara que el Derecho penal de la Francia del siglo XVIII parecía "plañificado para arruinar a los ciudadanos". Cfr. Radziwicz, op. cit., p. 3.
⁽²⁷⁾ Cfr. Blasso y Fernández de Morcda, *Interpretación de la ley penal*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, cit., Tomo XVI, 1978, p. (483/494) 483/486.

gravísimos, como la sodomía, el infanticidio, el contrabando y la caza,"²⁹ a los que cabe agregar el incesto.³⁰ La tercera gran tarea de la reforma penal se orientó hacia la humanización de las punitivos, mitigándolas y haciéndolas acordes con la sensibilidad de la hora. "Comienza lo que luego se convertirá en campaña continuada y secular contra la pena de muerte, que queda ya abolida, lo mismo que la mutilación, la confiscación y la marca, así como la infamia, que importaban algunas de ellas en el código leopoldino. Se consagra el principio de la personalidad de los punitivos, y se proporcionan éstas a la diversa gravedad de los respectivos delitos,"³¹ reparándose, con Blackstone — en cuyo pensamiento penal fueron

decisivos Montesquieu y Beccaria —, que las penas desproporcionadas no previenen delitos futuros; por el contrario, favorecen la impunidad y — lo que es peor — acosumbran al pueblo a un temor de vida feroz: en dos palabras, que las leyes sanguinarias y desproporcionadas son un claro y funesto síntoma de la debilidad o mala constitución del Estado, pues cuando el pueblo no ve una graduación o proporción en las penas, aquel lo induce a creer que no la hay tampoco en los delitos.³² Como cualquiera puede fácilmente advertir, este proceso de humanización — reducción — del Derecho penal estuvo fundamentalmente animado por exigencias de valor, asociadas principalmente a la mutación de la estructura y sentido de la sociedad política, con la consiguiente redefinición del puesto que en su interior ocupa el individuo. Esto tenía que repercutir inmediata e intensamente en lo punitivo. Por lo demás, el siglo XVIII no dejó de entenderlo así incluso teóricamente. Ese efecto de lo político sobre lo penal es descrito, y — diríamos — casi preanunciado en su próxima concreción, por Montesquieu en su *De l'Esprit des Lois*,³³ toda vez que, en

²⁹ Blackstone, William, fragmento del primer capítulo de sus *Commentaries on the laws of England*, en el apéndice de la edición citada en nota (20) del célebre libro de Beccaria, p. 550/560.

³⁰ *Del espíritu de las leyes*. Introducción de Enrique Tierno Galván y traducción de Mercedes Blasquez y Pedro de Vega. Tecnos, Madrid, 1985. "Siempre que tengo a mi favor a los romanos me afirmo más en mis máximas, y cuando veo cómo este gran pueblo cambiaba las leyes civiles según iba cambiando las leyes políticas, me afirmo en la creencia de que la penas se relacionan con la naturaleza del Gobierno" (Libro VI, capítulo XV. "De las leyes romanas con relación a las penas". La bastarda, nuestra). En este sentido, Montesquieu se anticipa y con mucho a la asimismo genial intuición de Marat

verdad, la transformación de las concepciones acerca del puesto del hombre dentro de una sociedad jurídica y políticamente organizada, esta vez en un sentido ya no absolutista, sino liberal, irradia *ipso iure* sus consecuencias en orden a delimitar aquellas esferas en las que de otra manera el Estado entraría con prepotencia, con evidente desmedro de los derechos individuales. Y dicho cambio político fue el resorte inmediato de dos exigencias de valor: libertad y seguridad individuales, que constituyeron la estrella polar de lo que Hobsbawm llamó — refiriéndose a la francesa — *revolución burguesa*,³⁴ y sentaron las bases espirituales para que durante la centuria siguiente se pudiera construir un Derecho penal más humano, lo que quiere decir un Derecho penal liberal.

3. El siglo XIX, heredero de la reforma penal ilustrada y revolucionaria, estaba destinado a ser, empero, también en el terreno punitivo, por sus antitesis, "el siglo de las contradicciones."³⁵ No se trata ciertamente de

acercar de la dependencia íntima de lo penal respecto de lo político, señalada por Rivacoba en su trabajo *Relaciones del Derecho penal con el Derecho político*, en la revista *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, año 3, n. 11, julio-septiembre de 1989, p. 595 y ss.

³⁴ Cfr. *Le rivoluzioni borghesi* (1789-1848). II Saggiatore, Milano, 1971. De idéntica expresión se sirve el célebre historiador francés Albert Soboul, en *La rivoluzione francese*. Newton Compton, Roma, 1974, especialmente p. 101 y ss.

³⁵ Cfr. Carrara, *Un nuovo delitto*, en *Opuscoli de Derecho criminal*, cit., v. IV, p. (399/406) 402. Estas contradicciones, que para Bertrand Russell se resumían en el conflicto entre la técnica proporcionada por la segunda revolución industrial y la teoría política, que no anduvo *pari passu* con la primera, llevaron al siglo en cuestión a su término desastroso con la primera conflagración mundial. Cfr. *Storia delle*

²⁹ Cfr. Blasco, *Relaciones y nupcias incestuosas*, cit., p. 574/575.

³⁰ Rivacoba, *La reforma penal de la Ilustración*, cit., p. 198.

traer aquí a colación los debates ideológicos entre escuelas de pensamiento tan distantes como el clasicismo, el correccionalismo y el positivismo penales. Por muy cierto que resulte afirmar que esos debates, que en buena medida hacieron con sus recurrentes tópicos de fondo — siempre cuestiones de fundamentación y finalidad de nuestra disciplina, y jamás extremos contingentes o superficiales —, sobre todo en el ambiente italiano y español, y, por ende, iberoamericano, la actitud dogmática, inhibiendo por varias décadas el progreso que en la ciencia de los delitos y las penas no hubo de detenerse en los países del área germánica, singularmente Alemania, fueron el crisol especulativo de un siglo rico y creador en lo penal, aunque asimismo agitado como se desvela y retuerce una mente en procura de una más profunda conciencia de las bases de su pensamiento, aquí interesa destacar otro fenómeno, igualmente contradictorio, pero ocurrido en el seno del Derecho positivo. Es que, frente a un afán teóricamente racionalizador de lo penal, evidenciado *in primis* por la consolidación del proceso codificador que se iniciara en la centuria precedente, el Derecho penal del nuevo mundo liberal experimenta un inopinado y desmedido crecimiento en su catálogo de infracciones. Es suficiente, para percibirnos del fenómeno, traer a colación el juicio de algunos contemporáneos. Escribe justamente Paliero que el proceso de inflación de la pena, que hoy vuelve a despertar el interés de la doctrina y a ocupar a más de un legislador en la búsqueda de "remedios", es, en realidad, un fenómeno para nada reciente: basta pensar que, para permanecer en el ámbito de la doctrina alemana, ya al inicio del siglo XIX Carl Joseph Anton Mittermaier

idee del secolo XIX. Mondadori, Milano, 1970, especialmente p. 654/660.

indicaba entre los "errores fundamentales del tratamiento reservado al Derecho criminal en los códigos penales" la esencial extensión del mismo sector criminal y la convicción, común entre la mayor parte de los legisladores, de que "sólo a través de la coacción penal se podía combatir toda fuerza hostil que se colocara en contradicción con el ordenamiento jurídico",³⁶ reconociendo, el mismo jurista tudesco, en la proliferación de leyes penales de que era testigo su siglo, un sintoma de decadencia del ordenamiento globalmente considerado, puesto que "la misma historia demuestra que la legislación penal ha sido tanto más simple y circunscrita a un menor número de figuras criminales, cuanto más desarrollada y perfecta resultaba la correspondiente legislación civil".³⁷ Si bien, por nuestra cuenta, no podemos sin alguna reserva suscribir el último de los asertos de Mittermaier — piénsese sólo en las excelencias del Derecho civil romano y, en cambio, en la cantera inagotable y farragosa de figuras que en lo criminal suministraban la *iniuria*, el *furtum* y el *crimen vis*, sólo por dar ejemplos muy conocidos de un ordenamiento que desconoció el principio de legalidad —, tampoco se puede negar que las décadas que suceden a la codificación ilustrada y revolucionaria, o sea, a ese proceso que condujo a un corte y reducción netos de lo punitivo, iban a emborcar un *iter inverso*, por factores de variada índole aunque en substancial medida ligados a los mismos fundamentos liberales del nuevo Derecho y proceso penales. El individuo, que había sido erigido en piedra de toque y razón de ser del Estado y del ordenamiento jurídico, tenía que quedar rodeado de toda suerte de garantías, especialmente la jurisdiccional y sobre todo en el

terreno punitivo, aunque ello fuera al precio de introducir en éste una variada gama de conductas que bajo el antiguo régimen apenas rebasaban lo meramente contravencional-administrativo o insignificante. En efecto, con la instauración del Estado de Derecho en Europa, "las exigencias garantistas que demandaban la reserva de jurisdicción para todo sector acompañado por instrumentos sancionatorios, habían, en cambio, producido la disolución de todas las instancias inferiores y la correspondiente ampliación de las competencias en lo criminal. Sin embargo, los efectos fueron perversos, porque la tutela jurisdiccional se obtuvo a cambio de una asperación del castigo".³⁸ Este singular corolario — en abierta pugna con ese máximo de garantías y ese mínimo de tipos penales en los que ha insistido en los últimos años Ferrajoli,³⁹ indudablemente no querido por el pensamiento, penal liberal, aparece ya en ciernes en la siguiente advertencia de Feuerbach, que Mattes recuerda, a propósito de la resistencia, en la Alemania de la centuria pasada, a la configuración independiente del así denominado Derecho penal administrativo: "Que es lo que queda, en cuanto a libertad civil y garantía de los derechos en un Estado, donde no los tribunales, sino funcionarios de policía pueden condenar a los ciudadanos a penas de multa de hasta quinientos florines, a la pérdida de su industria... a prisión (arresto de policía)... la respuesta yace ya en la pregunta (...) Quién puede, sin burlarse, afirmar: El patrimonio, el honor, la libertad de los ciudadanos están asegurados por la protección de tribunales independientes, allí donde un subdido ciertamente no puede ser con-

³⁶ Op. cit., cfr. p. 5.
³⁷ *Ibidem*, p. 5/6 (nota 5).

³⁸ *Ibidem*, p. 14/15.
³⁹ Cfr. op. cit. ed. cit., así como *Il Diritto penale minimo*, en la revista *Del delitto e delle pene*, año III, n. 3, septiembre-diciembre de 1985, p. 493 y ss.

denado, si no es por una sentencia judicial a *prisión penal* de algunos días — pero *sin* intervención judicial puede serle impuesto un *año de arresto*...".⁴⁰ No se trata, por cierto, de perder de vista el alcance y sentido garantistas de las preventiones del jurista bávaro, ni el hecho de que, por los motivos que apuntó, las fallas quedarán a largo andar inseridas en el primer Código unitario alemán. Es que acaso sus preguntas debieron abrazar otra dimensión del problema, a saber, la conveniencia y aun la justificación de pensar, incluso a título de modesta falta, entidades modestas o nimias, como, en cambio, a propósito de lo que denominó *los escríptulos de la conciencia política* hubo de notar Romagnosi en 1791. Efectivamente, para el autor de la cita que encabeza estas líneas "así como en el régimen de salud no se recurre al médico o al cirujano ante malestares muy leves, así también en el régimen civil no conviene hacer que intervengan siempre jueces, corchetes y alguaciles". Es más: "en todas las cosas de este mundo hay un *mínimo* que se debe pasar por alto, ya porque toda posible ordenación humana no se puede establecer sino por una burda *aproximación*, ya porque el tiempo y los dispendios consumidos en estas minucias impiden adelantar cosas más importantes, o exigen pagar gravosos estipendios".⁴¹ Y estas palabras estaban pensadas precisamente para la esfera de la llamada justicia administrativa, cuyas puertas, según Romagnosi, debían estar siempre abiertas a todo aquel que tenga

derecho a implorar su protección, pero que tampoco tenía que ponerse en movimiento ante una infinidad de pequeñas colisiones de intereses, que los mismos particulares podían combatir: "Sobre todo para Carrara, cuyo pensamiento en orden al fundamento del Derecho punitivo y la finalidad de la pena, esto es, la tutela jurídica, tanto difería del de Romagnosi, su tiempo parecía atacado por el morbo de la monomanía o nomorra, puniéndose, merced a lo que calificaba como un "progreso de antipatía por el cual se castigaban como delitos graves ciertos hechos que en tiempos antiguos se miraban como dignos de risa y de mofa",⁴² conductas que la más elemental prudencia política aconseja dejar penalmente impunes, a fin de que ni el Estado difumine inútilmente su energía, ni el Derecho penal autoaniquile de hecho su magisterio por el purrito de querer gobernar demasiado a costa de los casos verdaderamente importantes, que si requirieran que se interese su majestad".⁴³ Mientras, durante las décadas sucesivas, la doctrina persistía en la errante e improductiva *lucha de las escuelas*, el legislador hacia lo suyo, y el Derecho punitivo extendía sus confines antes que, por sobre la nota influencia del pensamiento clásico sobre la codificación europea e iberoamericana, que se intensifica mano a mano que avanza la centuria, el liberalismo penal acabara de enterarse totalmente de lo que estaba aconteciendo. Nada

⁴⁰ Mattes, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo*. Historia y Derecho comparado. Vol. I (único vendido al castellano). Traducción y notas por José María Rodríguez Devosa. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979, cfr. p. 149.
⁴¹ Op. cit., cfr. p. 404 (§ 1.139).

⁴² *Ibidem*, p. 404/405 (§§ 1.140/1.141)
⁴³ *Programa de Derecho criminal*. Traducción de José Ortega Torres y Jorge Guerrero. 10 v. Temis, Bogotá, 1987 (reimpresión de la cuarta edición). Parte especial, V, IV, p. 419, § 2.314, nota (1).
⁴⁴ *Un nuevo delito*, en op. cit. vol. cit., p. 402/403, y *El delito y el matrimonio eclesiástico*, cit., p. 106.

tiene de sorprendente, pues, que el primer y consciente llamado a la idea de la insignificancia, como un medio eficaz para conjurar, por lo menos en parte, ese estado de cosas, proviniese del más importante de los miembros de una de las vertientes del llamado positivismo crítico.⁴⁵ Franz Von Liszt, sobre la base de ese más acusado conocimiento empírico — y, desde luego, estadístico — del delito al que los clásicos fueron en general refractarios y que la Joven Escuela Alemana supo combinar con el estudio jurídico de la infracción criminal, para alumbrar, con el jurista vienés, una nueva dirección en la política criminal entendida como lucha consciente contra el delito, pero obrando de un modo individualizado sobre su agente mediante una *pena fin*.⁴⁶ Nada hay de insólito, pues, en que el campeón del combate contra las penas cortas de privación de libertad escribiera en su *Tratado* que "nuestra legislación actual hace de la pena, como medio de lucha, un empleo superabundante. Debía pensarse si no merecería ser restaurado el antiguo principio "*minima non curat praetor*", bien como precepto jurídico del procedimiento (quebrantamiento del principio legal), bien como regla de derecho material (impunidad por

(45) Mote común en el que encajaron todas las direcciones de pensamiento que surgen como *tertium* en la llamada *lucha de las escuelas*. Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado*, ed. cit., v. II, p. 84/87.

(46) Se alude evidentemente a su famoso discurso *La idea de fin en el Derecho penal*. Traducción directa del alemán por Henricque Aimone Gibson. Revisión técnica y prólogo por Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Edeval, Valparaíso, 1984. El pensamiento de Von Liszt ha sido recogido con exactitud y limpieza, sobre todo en lo criminológico, por Mezger, en *Criminología*. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 237/240.

insignificancia de la agresión).⁴⁷ Esta "profecía" del penalista tedesco⁴⁸ alude de modo inmediato, como se ve, al mismo problema que se arrastraba desde la pasada centuria y que, hoy por hoy, en casi todos los países, se presenta con renovada y perturbadora actualidad. Y lleva toda la razón Paliero cuando sostiene que lo más interesante de la observación de Von Liszt, y aquello que de alguna manera anticipa el nuevo e incontrolado crecimiento de lo punitivo durante el siglo presente, es su genial intuición de las dos posibles soluciones que para aporiar la doctrina contemporánea ha venido construyendo, unas de corte procesal (ligadas a la introducción o al más elástico empleo del principio de oportunidad), y otras de tipo substancial, especialmente en el seno de la Teoría general del delito. Pero de esto, a su momento.

La progresión intensificada del fenómeno que nos ocupa en el marco de la presente centuria es cosa de todos conocida, por lo que aquí resultará impertinente insistir en ella. El crecimiento del Derecho punitivo, que en la perspectiva europea y occidental en sentido lato se vincula constantemente, por quienes han estudiado la cuestión, a factores en rigor extravagantes a nuestra rama del Derecho, en el sentido de que han tenido su origen en los respectivos ordenamientos constitutivos, parece incontestable, sobre todo en el llamado Derecho penal especial, esto es, el no codificado. Piénsese apenas en lo ocurrido con el Derecho administrativo en el período convulsionado de

(47) *Tratado de Derecho penal*. Traducción de la 20.ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña. 3 vols. Reus, Madrid, 1916. V. II, cfr. p. 16/17.

(48) Así la denomina Paliero, op. cit. p. 3, al punto de comenzar con esta referencia su monumental investigación.

entreguerras, y en la consiguiente expansión de la ingerencia pública en áreas que en otro tiempo quedaban reservadas a la autonomía de la voluntad de los particulares,⁴⁹ en las transformaciones experimentadas en el Derecho político y constitucional, con el tránsito, no siempre uniforme, desde las formas clásicas del Estado liberal típico del siglo pasado a aquellas, así denominadas, sociales, del nuestro,⁵⁰ lo que se ha traducido en una cada vez más intenso interés de la Administración en orden a impulsar la satisfacción de necesidades que las valoraciones contemporáneas reputan esenciales para los sujetos y la comunidad; en las nuevas formas que la técnica contemporánea ha abierto para atentar contra tradicionales bienes jurídicos de titularidad individual, como ocurre, *verbi gratia*, con los que giran e torno a los derechos de la personalidad que provienen de la esfera del Derecho civil, etc.⁵¹ Sin embargo, todo ello, a menudo sin solución de continuidad, se ha reflejado en un inmediato impacto en

(49) Cfr. Paliero, op. cit., p. 23/82.

(50) Sobre el particular, cfr. Diaz, *Elias, Estado de Derecho y sociedad democrática*. Taurus, Madrid, 1991, y Bettiol, *Giuseppe, Diritto penale e tipi di Stato di Diritto*, en sus *Scritti giuridici* (1966-1980). Cedam, Padova, 1980, p. 87/96.

(51) Un aspecto peculiar de este fenómeno se refiere a la tutela jurídicopenal del ámbito de intimidad individual, que, por lo regular muy insuficiente en los códigos liberales de la pasada centuria, ha recibido interesante disciplina en recientes reformas legislativas, particularmente en la ley italiana número 98, del 8 de abril de 1974, que modificó varios artículos del Código de Rocco en lo relativo a la libertad de morada y de correspondencia e introdujo un artículo 615 bis, sobre "interferencias ilícitas en la vida privada". Cfr. Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto penale*. Parte speciale. 2 v., Giuffrè, Milano, 1986 (nueva edición, integrada y actualizada por Luigi Conti). V. I, p. (182/212) 191/193.

el penal, y sus causas de son asimismo notias: la incoercible tendencia a la precipitación y a la improvisación, tan característica del legislador contemporáneo, incluso en países que han conseguido estructurar una genuina Política criminal, cuyas exigencias racionales, empero, han tenido que ceder a menudo ante leyes que "*corren prisa*" (y no dignos nada de los Estados que carecen totalmente de ella); el prescindir de adecuadas y profundas evaluaciones de la realidad desde la óptica criminológica, y la lamentable y recurrente confusión y desorientación en punto al peso valorativo de las correspondientes infracciones y de los bienes objeto de la tutela.⁵² A todo lo anterior hay que sumar la falta de lo que en el siglo XVIII se llamó, con alguna impropiedad pero con exacta consciencia de su importancia para las promotoras e ineludibles tareas jurídicas de la hora, *ciencia de la legislación*, carencia que, técnicamente hablando, repercute — se ha dicho ya — en la maldestrada configuración de los nuevos tipos penales, de guisa que fustesos casuísticos y no menos deletzables tipos abiertos o *de caучho* reducen cada vez más el ámbito de la libertad individual. ¿Y será preciso insistir en la adopción, sin más — a veces simple transcripción —, en América, de ciertos ejemplos legislativos europeos, sin conciencia de su oportunidad o conveniencia, y sin aquilatarse sus defectos e imperfecciones, sólo para que un Estado imitador pueda decir a los ciudadanos: estoy a tono con las exigencias del progreso civil?

Se ha dicho que el principio de insignificancia constituye una de las

(52) En este sentido, críticamente, López Rey y Arrojo, Manuel, *Compendio de criminología y política criminal*. Tecnos, Madrid, 1978, cfr. especialmente p. 163/165.

tantas proposiciones que la doctrina de nuestro tiempo ha venido articulando como solución posible al estado de cosas anterior, pero no en su dimensión global, sino en una de sus facetas, aunque ciertamente no sea ésta la de menor importancia. Se trata del, cuantitativamente hablando, dilatadísimo terreno de los delitos de bagatela, comprensivo de dos órdenes de infracciones: la pequeña criminalidad y la llamada "criminalidad de masa", cuestiones, éstas, que, como oportunamente recuerda Zipf⁵³ — y el dato, por lo que se desarrolló más arriba, no deja de resultar sugestivo —, aunque despierten una atención muy especial en la Dogmática y Política criminal de las últimas décadas, no quedaron ajenas al pensamiento reformador de fines del siglo XVIII. Sin perjuicio de lo que más adelante se subrayará a propósito de su clasificación y de la consiguiente esfera de aplicación del principio que nos ocupa, excedería con mucho a nuestro propósito examinar aquí, aun de pasada, los diferentes criterios de definición — criminológicos, estadísticos, jurídicos y sistemáticos — de estas subcategorías de la criminalidad.⁵⁴ En cambio, si resulta pertinente, a objeto de acotarlo, circunscribir el tema de lo insignificante dentro del horizonte más amplio que ofrecen las "numerosas y variadísimas propuestas de solución"⁵⁵ para los delitos de tenue y nimia entidad. Tantas, que hasta se ha sentido la necesidad de clasificarlas, como se verá de inmediato. Pero es preciso que se advierta, para

⁵³ Op. cit., cfr. p. 187/188.

⁵⁴ Sobre el tema, extensamente, cfr. Paliero, op. cit., p. 627/652. Desde la perspectiva criminológico-descriptiva, véase, además, Kaiser, Günter, *Introducción a la criminología*. Traducción de José Arturo Rodríguez Núñez. 7.ª edición, reelaborada y completada, Dykinson, Madrid, 1988, p. 80/87.

⁵⁵ Zipf, op. cit., cfr. p. 188.

evitar cualquier riesgo de equivoco, que a pesar de lo que indudablemente sugiere su formulación en Von Liszt, el principio de insignificancia, hablando figurativamente, no pertenece ni ha sido contemporáneamente propuesto para emplearse en un sentido político criminal exclusivo, como, en cambio, parecen entender en América Frago y, sobre todo, Cervini:⁵⁶ cualesquiera fueren los innumerables servicios que la idea de lo insignificante pueda prestar a los movimientos de reforma de las instituciones punitivas en trance de *lege ferenda*, su sede natural — dictada incluso por el remoto origen de la máxima *minima non curat praetor* — es dogmática, esto es, interpretativa, lo que significa que hasta para aquella concepción que entiende la Dogmática en un sentido dinámico, como comprensiva de la Política criminal, en conjunto de ideas que encierra el mentado principio debiera corresponder y obtenerse de la reconstrucción científica de ordenamientos punitivos dados, siquiera erigiéndose a partir del substrato de principios generales que en cualquier caso deben informar al respectivo *ius positum*, pero siempre antes de pasar a su consideración crítica. Ahora bien, siguiendo a Paliero — que, a su turno, se inspira en la cita de Von Liszt a la que se hizo ya referencia —,⁵⁷ para enfrentar ese "aluvión de los ilícitos menores", cuyo origen es, antes que nada, normativo, al cerrarse cada

⁵⁶ Cervini, op. cit. ed. cit., cfr. p. 97/98 y 103/104, donde escribe que la exclusión del sistema penal de la criminalidad de bagatela constituye lo que denomina *indicación extra-dogmática*, por oposición a las pautas operativas de contracción de lo punitivo *intra-dogmáticas*, esto es, aquellas que "deberían manejarse dentro de las interpretaciones y aplicaciones del dogma penal (Derecho penal integrado) (*ibidem*)".

⁵⁷ "Minima non curat praetor", etc., cit., cfr. p. 408/519.

vez más las redes de los tipos penales sobre la vida de los ciudadanos, con el consiguiente efecto empírico, a menudo criminógeno, representado, en las estadísticas e incluso en la proyección aproximada de su cifra negra, por su recurrente perpetración, las "técnicas de despenalización" elaboradas por la doctrina y por algunos ordenamientos son las siguientes. En primer lugar están las que Paliero llama soluciones de carácter *penal*, en el sentido de que se orientan a resolver el problema de las bagatelas al interior y sin exceder los límites del Derecho punitivo, tomando éste en un sentido amplio, esto es, comprensivo tanto del Derecho penal material cuanto del Derecho procesal penal. A su turno, estas soluciones se desdoblán en dos grupos: el primero, que el autor que venimos siguiendo llama *soluciones de Derecho material*, abarca las técnicas de tipo dogmático y aquellas que se han convertido en Derecho vigente al haber sido adoptadas por algunas legislaciones entre sus normas (por ejemplo, el parágrafo 42 del actual texto del Código penal austríaco); y el segundo se corresponde con la

respuestas de tipo procesal, todas las cuales giran de modo más o menos acusado en torno a la introducción del principio de oportunidad o a una reformulación del principio de legalidad en el proceso penal. Luego se tiene, en cambio, las soluciones *extrapenales*, lo que debe entenderse en el sentido de que ellas postulan lisa y llanamente extraer del ámbito de punitivo los tipos de bagatela, y eventualmente repensarlos conforme a técnicas propias de otras ramas del ordenamiento (la llamada despenalización propiamente dicha, o conversión de ciertos delitos en ilícitos administrativos, y los recursos civilísticos de tipo conciliatorio, arbitral y, más ampliamente, de "privatización de los conflictos"). Al margen del puesto y del alcance que le corresponden en el

conjunto de conocimientos de esta rama del Derecho — cuestiones muy debatidas, como veremos —, el principio de insignificancia se inscribe como una construcción de corte substancial, esto es, dogmático, y aun de Parte general,⁵⁸ como principio regulador de todo el sistema del Derecho penal. Y a él nos abocamos a continuación.

4. Hace ya bastantes años que Erik Wolf en su interesantísima monografía sobre el nacimiento de la ontología jurídica en el pensamiento griego, destacó, con hermosas palabras, la esencial historicidad del Derecho,⁵⁹ lo que, dicho de otra manera y al hilo de las ideas del filósofo alemán, se traduce en que del mismo modo como nada comprende y se extraería sin remedio quien se introduce en el estudio del Derecho sin estar provisto de un cierto bagaje de conocimientos filosóficos, así también deviene tarea improductiva — o, por lo menos, incompleta y desorientada — la reconstrucción de normas, instituciones y principios jurídicos sin consideración alguna de su origen histórico y de las peculiaridades

⁵⁸ Conforme, Paliero, op. cit., cfr. p. 409, 529/530 y 556/563.

⁵⁹ "Toda vuela a la "historia" es una huida del "presente" sólo para el hombre que no comprende que todo lo presente sólo puede ser entendido únicamente como "histórico" y que todo lo histórico sólo puede ser entendido "presentemente". "Historicidad es la esencia del espíritu "existe" históricamente, como un ente espiritual y solo puede ser concebido espiritualmente como una parte de la "historia", su esencia es, precisamente, su "historicidad". Cfr. *El origen de la ontología jurídica en el pensamiento griego*. 2.ª v., en versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Dirección General de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba (Argentina), 1965. V. I., p. 14/15.

que ofrece su ulterior evolución en el mundo de las ideas y en el terreno positivo. El empleo del método histórico, uno de los ingredientes de toda interpretación teleológica en el Derecho penal,⁶⁰ es recurso imprescindible en la misma medida en que lo interpretado, esto es, el Derecho positivo, recorra uno de los aspectos en que la cultura se va haciendo objetiva en la vida individual y comunitaria, y esta objetivización sólo se da en la historia.⁶¹ Además, sólo con este recaudo deviene hacedero que la Historia del Derecho, especialmente la del punitivo, se inscriba armónicamente en la más amplia Historia de la cultura, como quiera que ésta — y aquí estriba su mayor dificultad — consiste en una gran continuidad espiritual que, empero, se divide en numerosas categorías singulares, a menudo aparentemente arbitrarias,⁶² para una de las cuales — el Derecho — es el jurista el primer llamado a dar su contribución a fin de que su objeto cognoscitivo y sus transformaciones puedan inscribirse en aquel panorama global.

Este orden de consideraciones es indispensable para comprender cabalmente el denominado *princípio de insignificancia*. En efecto, su formulación contemporánea y aun de nuestros años, no ha de ocultarnos su antiguo — bien que asimismo obscuro — origen,

encapsulado en el brocardo romanístico *minima non curat praetor, o de minimis non curat praetor* o, todavía, *de minimis praetor non curat*, según aparece mencionado en numerosos autores que desde el siglo pasado lo invocan y piden su restauración: así, ya Carrara,⁶³ el ya mencionado Von Liszt,⁶⁴ Quintiliano

(60) A propósito de una, a la sazón, reciente ley francesa, que castigaba la lipica estafa de gorrinería que consiste en consumir, en un establecimiento destinado a ello, alimentos o bebidas que después no son pagados por el agente, quien, sin embargo, aparentaba solvencia, Carrara anotó, criticando su introducción en el Derecho positivo francés y anticipándose a su posible adopción por el italiano de entonces: "Limitadome a esta hipótesis, convergo en que existe una *legimita*, mas no convergo en que sea necesaria una ley especial, pues recuerdo un sabio axioma de la prudencia romana, que durante dieciocho siglos le evitó a la sociedad civil esa multitud de empleados que devoraron las finanzas el Estado y amenazaron con una quiebra general: me refiero al que dice *De minimis non curat praetor* (el pretor no se preocupa por asuntos mínimos). El cáncer de este siglo es precisamente haberse olvidado de ese axioma y desperdiciar tiempo y dinero para correr tras las más leves transgresiones, en perjuicio de los cuidados exigidos por los delitos más graves". Cfr. *Un nuevo delito*, en op. cit. vol. cit., p. 402. Esta ley francesa, fechada el 26 de julio de 1873, que castigó lo que en ese país se llama *flouterie d'aliments*, fue seguida por otras, en 1926, 1937 y 1956, que modificaron el tipo añadido al *Code pénal* siempre en sentido agravatorio. A pesar del escaso favor de que gozó en la doctrina y de las mordaces críticas de Carrara, en Italia el parecer incriminatorio a largo andar prevaleció, como lo confirma el tipo de *insolvenza fraudolenta* del artículo 641 del Código de 1931. Véase Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, cit., tomo II, p. 733/735.

(61) Cfr. supra, texto y nota (47).

Saldana,⁶⁵ Roxin,⁶⁶ Baumann,⁶⁷ Blasco y Ferrández de Moreda,⁶⁸ Soler⁶⁹ y Zaffaroni,⁷⁰ entre — presumiblemente muchos otros. Pero ninguno, que sepamos, ni siquiera Paliero en su exhaustiva investigación — lo que no deja de sorprender, tomando en cuenta las dimensiones de su trabajo y el dato de que lo intituló precisamente con la máxima latina —, ha abordado su origen histórico, tarea, en verdad, nada fácil, como veremos a continuación. La primera dificultad que presenta esta pesquisa va insita en el ropaje latino de la regla, dato que, en una primera aproximación, conduce a suponer una hipotética raigambre romana. Pero las cosas no están así. De acuerdo a nuestras informaciones⁷¹ y estudios, del *minima*

(62) Cfr. Von Liszt, *Tratado*, op. vol. et ed. cit., p. 83/85, donde Quintiliano Saldana expone su programa de un curso de Política criminal, que explicó en la Universidad de Madrid el año académico 1912-1913. Allí incluye bajo el título "lo que pide la Política criminal", como forma negativa, el punto "contra la pena, como único medio de lucha contra el delito (*minima non curat praetor*)".

(63) Cfr. *Verwechtfelijkheid und Stienwüchigkeit als unrechtsbergrende Merkmale im Strafrecht*, en su obra miscelánea *Strafrechtliche Grundlagprobleme*. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1973, p. (184-208), 193.

(64) Cfr. *Minima non curat praetor*, en *Einheit un Verfall des Strafrechts*. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag. Tübingen, 1974, p. 4 y ss.

(65) Cfr. la voz *Lesiones*, en la *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, tomo XVIII, 1991, p. (235/272) 241.

(66) Cfr. *Su Derecho penal argentino*, cit., v. III, p. 125, y v. V (1988), p. 431.

(67) *Tratado de Derecho penal*, cit., v. III, p. 553/557.

(68) Debemos dejar aquí constancia de nuestro agradecimiento al eminente romanista e historiador del Derecho, profesor Alejandro Guzmán Brito, de la Universidad Católica

non curat praetor, en esta forma o en otra cualquiera semejante, no da cuenta el *Corpus iuris civilis*, así como tampoco puede hallarse en otras fuentes romanas más antiguas, sobre todo las que vieron la luz modernamente bajo los auspicios de la jurisprudencia erudita de los siglos XV-XVI. Con lo que — adviértase — no se quiere decir que en esa "imperfecta e inorgánica obra de mosaico, plena de redundancias, de repeticiones, de contradicciones,⁷² que fue la compilación Justiniana, faltera del todo material para que juristas de un tiempo muy posterior, mediantes procedimientos generalizadores, pudieran llegar a la construcción del adagio. Es muy llamativo que no figure entre los notos principios que se contienen en Dig., I, III, así como tampoco en Dig., I, VIII (*De diversis regulis iuris antiqui*) ni en Cód. VI, XXXVIII (*De verborum et rerum significatione*). En términos generales, el *corpus iuris* sólo nos permite concluir que los romanos tuvieron más bien conciencia de cierta inteleción o aspecto de la insignificancia que, empero, no es la que interesa aquí. Lo que conocieron los juristas de Roma fue lo cualitativo de lo nimio, y afirmaron su consiguiente irrelevancia para el Derecho, pero en un sentido general, esto es, referido al tema de las fuentes del Derecho — no ya al simples *officium del pretor* —, especialmente la ley. Esto respaldábase sin parangón en el célebre pasaje de Pomponio, que sigue las ideas de Teofrasto, el escolarca que sucedió

de Valparaiso, quien privadamente nos ha suministrado buena parte de los datos que se exponen en lo que sigue, respecto del Derecho romano y de la obra de los glosadores, así como lo medular de la conjetura que se fundamenta en punto a los juristas del *mos gallicus*.

(72) Calasso, Francesco, *Medio Evo del Derecho*. Le fonti. Giuffrè, Milano, 1954. Cfr. p. 531.

a Aristóteles en el Liceo: "Iura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his, quae (ut plurimum) accidunt, non quae (ex inopinatis)" (Dig., I, III, 3). Aquí puede apreciarse cómo el *corpus iuris* incluye lo insignificante en el principio más amplio de que lo raro, lo insólito, aquello que acontece pocas veces, no requiere ni debe ser objeto de prescripción jurídica, singularmente la legal. "Nani ad ea potius debet aptari ius, quae et frequentier et facile, quam quae raro eveniunt" (Dig., I, III, 5). Y esta idea, que posee, en rigor, un indiscutible fondo aristotélico,⁷³ se repite, a veces aplicada a problemas singulares, en otros pasajes del Digesto.⁷⁴ No será

⁽⁷³⁾ Aristóteles, *Moral, a Nicómaco*. Editorial Universo, Lima, 1967. Cfr. Libro V, capítulo X, donde, a propósito de la diferencia y, al mismo tiempo, la relación entre lo que llama lo justo y lo equitativo, el Estagirita escribe: "La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja." Véase, asimismo, sobre el particular, Squella Narducci, Agustín, *La concepción de la equidad en Aristóteles*, en el opusculo *Dos concepciones de la equidad*, por Agustín Squella y Abel González. Edeval, Valparaiso, 1981, p. 111/54) 29/30.

⁽⁷⁴⁾ V. gr.: Dig. I, III, 6 (Paulo), (quod enim semel, aut bis existit) ut ait Theophrastus (praetererunt legistores); en tema de interpretación, Dig. I, XVII, 114 (Paulo), *In obscuris inspicere soletur, quod verisimilitus est, aut quod plerumque fieri solet*: sin embargo, es interesante Dig. I, XVII, 64 (Juliano), *Ea quae raro accidunt, non temere in agentis negotiis computantur*: aplicado a la cuestión del número de partes de la herencia que hay que reservar cuando el marido fallecido

aventurado afirmar, en cambio, que en su faz cuantitativa, es decir, en cuanto a que la ley — o el magistrado — se cuida de dar tutela jurídica a lo mínimo o mínimo, por muy frecuente que resulte su acontecer, la insignificancia es — sin perjuicio de lo que más adelante se dirá — virtualmente desconocida en el *corpus iuris*. En éste último sentido de ella no se encontrará prácticamente rastro en Inst., IV, I a V (delitos privados) y XVIII (juicios públicos); tampoco en Dig., III, VI (*De calumniatoribus*); Dig., IX, II (*Lex Aquilia*); Dig., XLII, XVI (*De vi et de vi armata*); Dig., XLVII y XLVIII (los "libros terribles"), ni en Cód., VI, II (*De furtis et servo corrupto*), y Cód., IX (en su integridad), esto es, en el conjunto de pasajes que permitieron, durante el pasado siglo, reconstruir el *Derecho penal romano*.⁷⁵ Vistas así las cosas, no sorprenderá que en esa gran compilación aúlica, uno de los principales monumentos normativos en que plasmó, durante el bajo medioevo, la recepción del Derecho romano, que fueron Las Partidas, del Rey Alfonso X, el Sabio, la máxima esté ausente, incluso en el Título XXXIII de la Partida Séptima que, como se recordará, a imitación del Digesto, contiene una serie de *regulae iuris* y reduce a treinta y siete las doscientas onde del último e incluye, suplementariamente, otras tomas de diversos textos romanos y de

dejó a su cónyuge encinta, de modo de esperarse hijos póstumos, aunque sin conocerse cuántos, Dig., V, IV, 3, además, Dig. V, I, 28, y otros.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. Mommsen, Teodoro, *Derecho penal romano*. Traducción del alemán por Pedro Dorado Montero. Temis, Bogotá, 1976; Ferrini, Conrado, *Esposizione storica e dottrinale del Diritto penale romano*, en *Enciclopedia del Diritto penale italiano*. Raccolta di monografie a cura di Enrico Pessina. Società Editrice Libraria, Milano, v. I, 1905, p. 1478.

la glosa. Por otra parte, a pesar de que *minima non curat praetor* presenta el aspecto característico de lo que desde Odofredo se denominó *brocarda* o *generella*, procedimiento de trabajo característico de los glosadores y que hunde sus raíces en los mismos inicios de la Escuela de Bolonia,⁷⁶ hay varios motivos para suponer que no fue obra de los glosadores ni de los comentaristas. Desde luego, es muy aleccionador que uno de los juristas que más brillara en la técnica de elaboración de estos *dogmata*, Azo (+1.230), no lo incluya en su colección de *Brocarda*, que suele acompañar como apéndice a su *Summa codicis*. Tampoco figura en la *Glossa magna* de Acursio (+1.263, aproximadamente). Eis, en verdad, harto significativo que dos de las figuras que representan la concentración del trabajo científico de los glosadores, resumiendo los resultados de las generaciones de juristas que los precedieron para consignarlo a las sucesivas, no lo mencionen. En la material imposibilidad de poseer referencias de otros juristas bajomedievales, los restantes fundamentos de esta elucubración descansan en consideraciones más abstractas. Por cierto, debe considerarse la típica y bien conocida falta de sentido histórico de los glosadores, unida a una carencia de mentalidad crítica — y la observación vale también respecto de los comentaristas — para captar la integral realidad del pasado, de suerte que ésta, "no percibida con el sentido de la historia, se transfiguraba en realidad contemporánea, se enmascaraba con las apariencias del presente"⁷⁷ sin solución de continuidad ni conciencia de la original *mens legis*, tratando de adecuar en un *esfuerzo desesperado* — la expresión es de Calasso — las viejas normas de la compilación de Justiniano a una

⁽⁷⁶⁾ Calasso, op. cit., cfr. p. 533.
⁽⁷⁷⁾ Cavanna, op. cit., cfr. p. 118/119.

realidad muy diferente. Es difícil pensar, sin embargo, que un glosador, y menos un comentarista — considerando la actividad práctica de los últimos como consejeros; lo que Calasso llamó *giurisprudenza consulente*,⁷⁸ haya acuñado una máxima que habla del *praetor*, figura que había desaparecido de la administración de justicia y no existía en tiempos de aquellos: la conmovida veneración de un glosador a las normas antiguas, a las que, en caso de discordancia, debía, en concepto de éste, plegarse la realidad de la vida de su tiempo, no podía impulsarse hasta el extremo de entender como existente un órgano y una función periclitados; menos cabe suponerlo de los comentaristas, que bajo el influjo de la dialéctica escolástica formalizaron, en estadios obligados, el estudio de las fuentes romanas, alejándose psicológicamente del texto legislativo. Aludir a una figura del mundo clásico genuinamente muerta en el medioeval difícilmente pudo ocurrirse a quienes no contemplaban espiritualmente aquél como modelo digno de inspiración integral: para ello era indispensable otra *forma mentis*, un pensamiento para el cual el pasado grecorromano fuese algo más que una norma que adaptar simplemente a las nuevas realidades. En fin, tengamos presente que al modesto ambiente cultural de los siglos XII-XIII en que estos hombres se movían y al miserable bagaje de cogniciones históricas y filológicas⁷⁹ a disposición de los juristas que labraron la Recepción en Italia, hay que agregar otro dato espiritual, a saber, que "la actitud mental que caracterizó

⁽⁷⁸⁾ Op. cit., cfr. p. 588/593.
⁽⁷⁹⁾ Idem, cfr. p. 525. "Graecum est: legi non potest", era la inevitable y resignada constatación que los glosadores hacían para saltar todos los pasajes de la compilación justinianea escritos en griego (ibidem, p. 524).

a la obra de los glosadores (y también la de los comentaristas), fue la de una absoluta subordinación a la autoridad, autoritarios. El vínculo a la autoridad, el proceder bajo el dominio y en el respeto de un principio 'teológicamente' autoritario fue, por otra parte, típico de todo el pensamiento medioeval y escolástico, que pudo desarrollarse sólo en la medida en que partió de dogmas estimados absolutamente invulnerables.⁸⁰ Y estos dogmas — lo subrayan los modernos historiadores del Derecho — eran los del Derecho justinianeo, con los que poco podía condecir un principio que, en su significado puro, más pudo ser fruto del espíritu liberal del Derecho romano de la época republicana, que del *élan* autoritario de la imperial, con su decadente jurisprudencia judicial, su subordinación de las fuentes de creación jurídica a la *voluntas* del príncipe, y la omnipresencia de ésta en todos los ámbitos de la vida. Basta — para corroborar lo anterior — con que pensemos, en lo que al Derecho penal concierne, en las diferente situación de la libertad individual que resulta de parangonar el período de las "quæstiones", con su rigidez característica, y el amplísimo arbitrio judicial que signa el de la *cognitio extraordinaria*. Para que el pretor, esto es, el magistrado, no se cuido de lo nimio, ha de estar de algún modo autorizado a ello por una voluntad legiferante dotada de una cierta largueza de miras y de una comprensión muy especial, diríamos casi magnánima; pero no nos referimos — es claro — a esa magnanimidad caprichosa propia de los volubles y paternalistas designios del autócrata. Este, en cambio, más propicio estará a castigar lo nimio en cualquier hipótesis, por cuanto el raso con que se calbra y reconoce el espíritu autoritario en el Derecho — haciendo abstracción de sus concreciones en la

historia — es la perpetua tendencia del gobernante a defenderse, de lo grande y de lo pequeño (que puede anunciar o esconder lo primero), y aun de lo último con dureza y sin guardar proporción alguna entre la infracción y el castigo. Que el juez se despreocupe de lo cuantitativamente insignificante responde más bien al sentido y razonado juicio de quien sabe — o intuye — que el instrumento de la coacción jurídica no puede estar para el servicio de cualquier asunto, sino sólo para los de alguna monta, aquellos que posean un significado jurídicamente relevante. Y esto, me parece, cuadra mejor con un pensamiento liberal que con uno autoritario. Los glosadores y comentaristas bebiéron, en las fuentes justinianas, especialmente el Digesto, con la mentalidad que les caracterizaba, éste, no aquél.⁸¹

Las condiciones culturales e ideológicas que se presentaban, en cambio, a los juristas del Renacimiento, eran *todo coelo* diferentes, de modo que los continuadores de la obra de forjamiento

(81) "Es verdad que en la inmensa compilación justiniana no todos los textos favorecían la creación de un poder político de tipo absolutista; también es cierto que glosadores y comentaristas interpretaron los preceptos antes citados y otros semejantes sacándolos a veces de su contexto y dándoles un sentido más autoritario que el que tuvieron en su tiempo. Pero lo cierto es, y de eso se trataba, que tales preceptos y la interpretación dominante de los juristas convenían a los emperadores del bajo medioevo, que se veían así, gracias al Derecho romano y a los glosadores y comentaristas, dotados de unas facultades casi omnimodas (...). En este contexto se comprende fácilmente la alianza paciente y duradera entre los emperadores y los juristas del Derecho común..." Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1981 (tercera edición), cfr. p. 196.

del Derecho común en Europa durante el siglo XVI, aunque no abandonen integralmente el surco metodológico trazado por sus predecesores, se abren a nuevas sollicitaciones espirituales con una actitud renovada — *renovatio* fue, en efecto, el motivo central del humanismo — ante las fuentes clásicas. Es la hora, como se sabe, del *humanismo jurídico*, esto es, de aquella jurisprudencia elegante o culta de cuyo seno germinará, en oposición a los bartolistas, el *mos gallicus*.⁸² Bien ha descrito Koshaker el alma de la nueva tendencia: "El humanismo, al situar el ideal formativo del hombre, en el estudio de la antigüedad pagana, lo secularizó, independizándolo de la Iglesia, a y librándolo de todas las ataduras medioevales que lo constreñían. Creó y elaboró la idea de la moderna personalidad, esto es, de una personalidad, que al menos en lo que atañe a las cosas del espíritu, no se somete a autoridades extrañas, sino que halla en sí misma la medida y el canon ejemplares".⁸³ Y este redescubrimiento del hombre y del mundo — según la célebre caracterización de Burckhardt y Michelllet para el distinguir espiritualismo este período — "influyó, como no podía menos de ocurrir, en la valoración del *corpus iuri*, y fue penetrando en época relativamente tardía en el círculo de los humanistas".⁸⁴ No es cosa de recordar aquí todos los aspectos que distinguieron

a la jurisprudencia humanista del trabajo de los cipignos del *mos italicus*, sino sólo en lo indispensable para razonar una nueva concepción. Pareceros, en efecto, que el adagio *minima non curat praeior* tiene que haber surgido con mucha mayor probabilidad entre los humanistas que lo que es lícito suponer a propósito de los juristas de la Recepción. Adviértase, en primer lugar, que si bien del aforismo se inspira en giros usuales desde el bajo medioevo — la locución *praeior curat* no falta en las fuentes romanas, aunque con referencia a aquello que el pretor debe o no debe hacer, o sea, a su *officium* —, tiene, indudablemente una presentación formal culta, elegante, que cuadra muy bien con las preocupaciones filológicas y eruditas de estos juristas, y no con las deficiencias estilísticas de aquellos que el humanista Hotmann llamaba, con desprecio e iracundia, "impuri, sordidi, barbari, sycophantae, villigatores".⁸⁵

(82) Cavanna, op. cit., cfr. p. 180.

(83) El profesor Guzmán Brito me ha sugerido como ejemplo de una posible generalización a partir de un determinado pasaje del *corpus iuris*, sobre el que — acaso — pudo llegarse a la regla en estudio, el siguiente: El fragmento se encuentra en Dig. XXV, 1, 12, donde se discute sobre las impensas a que el marido tiene derecho cuando, demandado con la *actio rei uxoriae*, debe restituir la dote. Paulo, autor del fragmento, dice que el árbitro (*arbiter*) no debe tomar en cuenta las impensas módicas, porque de lo contrario se trataría más de una gestión de negocios que de dote; y lo afirma con esta expresión: *modicas impensas non debet arbiter curare*. Si se generaliza *modicas impensas* en el sentido ya no circunscrito a las impensas, sino respecto de "asuntos", lamamente hablando, y llegamos a *minimas*, y si luego se substituye *arbiter* por *praeior*, se está a dos pasos de concluir que *de minimis non curat praeior*.

(84) Debo, asimismo, a la gentileza del jurista brasileño, profesor Luiz Luisi, una referencia del Digesto que acaso se apo-

(80) Op. cit., cfr. p. 167.

(81) Ibidem.

(80) Cavanna, op. cit., cfr. p. 118.

Pero esto no es todo. Especialmente en nuestro siglo se ha podido penetrar más en lo substancial del humanismo juri-

xime con mayor claridad a las bases para la reconstrucción de la máxima. Cuando, en el Título primero del Libro cuarto, se discute sobre las restituciones por entero (*de in integrum restitutionibus*), luego de recordarse que ellas deben ser concedidas por el pretor con conocimiento de causa (fragmento tercero, Modestino), añádesse: "Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si maior rei vel summae praecedatur, audiat is, qui in integrum restituit postulat" (Calistrato). Si se combina la idea de que lo cuantitativamente mínimo no puede perjudicar cosa mayor, y que, por consiguiente, en semejante hipótesis el pretor no debe oír al que pide ser íntegramente restituido, con una regla que atañe, en el fondo, a las condiciones de la tutela jurídica, es facilísimo generalizar: no se cuide, pues, el magistrado, de lo mínimo.

Volviendo a la culta presentación de la máxima, no deja de presentar interés, por otra parte, el hecho de que ella está lejos de haber sido manejada, cual patrimonio exclusivo, sólo por los juristas. Al contrario, puede hallarse con frecuencia citada, para reforzar con sustento clásico alguna aseveración, en la literatura, e incluso en otras disciplinas científicas y aun en la Filosofía. Así, por ejemplo, la recuerda Arthur Schopenhauer en uno de los eruditos apéndices a su obra *Parerga y Paralipomena*, si bien no con la línea textual conocida, al referirse a "aquellos perjuicios que el Estado pune levemente o, según el principio de *minimis lex non curat*, no castiga en absoluto en cuanto son insignificantes o simples chanzas" (Cfr. *Aforismi sulla saggezza del vivere*. Versión italiana de Ermio Pocar. Mondadori, Milano, 1991, p. 93). Igualmente, se la encuentra mencionada en la obra e investigaciones de Sigmund Freud, otro gran conocedor de la literatura grecorromana y de la del renacimiento italiano. Cfr. *La histeria*. El mecanicismo psíquico de los fenómenos histericos, en sus *Obras completas*. Traducción de Luis López-Ballesteros y de Torres. 3 v., Biblioteca Nueva, Madrid, 1948. V. I, p. (25 y ss)

dico, denunciándose y debelándose los perjuicios que, respecto del pasado, caracterizaron la perspectiva de Savigny y su Escuela Histórica, llamada también, como se sabe, la del segundo humanismo. Así es como se ha puesto a la luz cómo los humanistas ya no miraron el *Corpus iuris* con la reverencia obsesiva y sumisa del medioevo, ni están tan interesados en servirse de él con inmediatos fines prácticos, esto es, de aplicación de sus normas. El Digesto representaba para ellos un tesoro de la antigüedad clásica, un fragmento de cierta cultura pasada, es cierto, pero también digna, por sus méritos, de ser imitada y aun superada. Ya no fue posible continuar con la absoluta desprecupación histórica de los glosadores y comentaristas, porque de lo que entonces había que preocuparse era de insertir el Derecho romano en su mundo histórico y en su ambiente de cultura y valoraciones, para comprenderlo "y recuperarlo fielmente en su aspecto original de documento de la *humanitas* antigua, y de instrumento de conocimientos del Derecho romano como Derecho histórico."⁶⁶ Cuando se piensa que esta nueva disposición espiritual requiere de un gran poder teórico y de una correspondiente capacidad de abstracción, entonces no parece imposible que, en congruencia con esa actitud mental, una figura del admirado pasado, el pretor, pudiese ser incorporada en la construcción del brocardo, esta vez con

exacta conciencia de se la empleaba sólo con fines eruditos y especulativos. No por nada se ha dicho que con el humanismo jurídico, en los albores de la Edad Moderna, se columbraba ya el barrunto de una auténtica Dogmática jurídica, que sublimando el método casístico y analítico de la jurisprudencia del *mos italicus*, se aventurará, con fines puramente cognoscitivos, en una actividad sistemática, que prelude a aquella que nace, siglo y medio más tarde, con la escuela de Leibniz y Wolff en Alemania; ni que — como apunta Koschaker — con la jurisprudencia elegante apareció un Derecho profesoral, que estudiando y descubriendo las interpolaciones de las fuentes y criticando la obra de Triboniano y su señor, Justiniano, contribuyó a socavar poderosamente la autoridad del *Corpus iuris*.⁶⁷ Lo último ons lleva sopesar una última reflexión. "La penetración de las direcciones histórico-filológicas del humanismo literario en el mundo del Derecho, generada por el nuevo culto a la antigüedad, es acompañada por una natural atracción, no tanto y no solamente por el Derecho Justiniano, sino más bien por aquel Derecho romano clásico que Justiniano había, según la acusación de no pocos humanistas, manipulado arbitrariamente y sustraído a la posteridad. Y si esto implicaba un interés particular por el proceso histórico-formativo de la compilación Justiniana, tal desprejuiciada actitud crítica frente al *corpus iuris* (...) no podía dejar de subvertir peligrosamente, por primera vez, su monolítica, su unitaria autoridad de Derecho positivo y de depósito de una justicia eterna y universal. Así, en términos siempre más limpiados, se perfiló la cuestión de la validez del Derecho Justiniano como normativa vigente y actual"⁶⁸ Es, en el fondo, la *spiritus vitalis*

de todo humanismo: racionalizar el objeto de conocimiento, someterlo a reglas conocidas y verificables, alzar primer la valoración crítica de cualquier elemento que se presente con visos de autoridad indiscutible. Y en esto se encierra *in nuce* — permitiásemos la licencia — el espíritu liberal; de otro modo no podríamos entender *substantivamente* el por qué de esa preferencia material por el redescubrimiento del Derecho romano clásico, expurgado de elementos autoritarios. De esta suerte, que los humanistas construyeran el apotegma *minima non curat praetor*, que, conforme quedó explicado, tiene un sentido eminentemente liberal y refractario a cualquier imposición autoritaria, no parece — dentro, por supuesto, de las posibilidades de una conjetura — hipotéticamente infundado. Ahora bien, ya se sabe que el humanismo, de sus orígenes de crítica literaria y filológica, arribó al campo de la elaboración jurídica, aunque en esta inflamara principalmente el espíritu de los cultivadores del Derecho romano privado, y no tanto el de los juristas que construyeran incipientemente una ciencia del Derecho penal, de forma de susstraerlo a su tradicional yugo en la otra riber del Derecho. Federico Schaffstein ha ilustrado este particular, destacando cómo el retorno humanista a las fuentes no surtió, en verdad, idéntico efecto ni penetró en la misma medida en el ambiente jurídico previo a la consolidación del Derecho común, esto es, el del siglo XVI. Mientras la ciencia del Derecho privado experimentaba un segundo rejuvenecimiento por obra de los esfuerzos elegantes del historicismo, de aquella acentuación de la consideración histórica del Derecho romano la ciencia penal del Renacimiento no hubo de obtener el mismo fruto. Y la razón de ello es muy comprensible, vistas las relaciones que lo punitivo guarda con lo político, harto más intensas que el

42, donde el creador del Psicoanálisis dice a una paciente, "paratrasando el antiguo principio de *minima non curat praetor*, que entre lo bueno y lo malo existe todo un amplio grupo de cosas pequeñas e indiferentes", de las que nadie debe hacerse un reproche". Acerca de esta última cita ha llamado mi atención el magistrado don Oscar Claverta Guzmán, Juez Titular del Cuarto Juzgado de Letras de la ciudad de Antofagasta.

⁶⁶ Cavanna, op. cit., p. 175.

⁶⁷ Op. cit., p. 180.

⁶⁸ Cavanna, op. cit., p. 177.

influjos de los factores históricos sobre esta rama del Derecho. Los inmediatos problemas del presente que el Derecho penal debe resolver están más ligados por el áncora del *hic et nunc*, con sus condicionamientos políticos inmediatos y sus valoraciones sociales, que a la evolución histórica de normas e instituciones. Fueron, en cambio, otras manifestaciones — que Schaffstein llama secundarias — del humanismo jurídico el vehículo con que la jurisprudencia culta penetró en la ciencia europea del Derecho penal de la época en cuestión, especialmente por lo que se refiere al diferente *entourage* filosófico del renacimiento, tan diferente del que gobernó al mundo medioeval.⁸⁸ Tomando en cuenta, en fin, que, hablando con propiedad, no hubo penalistas del humanismo, sino más bien, ciencia del Derecho penal en la época de este movimiento intelectual — de hecho, el ropaje, apenas formal, de humanismo de los autores que Schaffstein estudia, lo revela —, período que, al contrario, estuvo dominado por los prácticos — y ya se sabe que éstos estaban enfundados en el *mos italicus* (ejemplo típico, Farinaccio),⁸⁹ creo que esta conjetura se puede cerrar suponiendo un origen más bien civil que penal del aforismo *minima non curat praeior*.⁹¹

⁸⁸ La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo. Traducción castellana de José María Rodríguez Devesa. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, especialmente p. 19/27.

⁸⁹ Cfr. Calisse, *Svolgimento storico del Diritto penale italiano dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, en *Enciclopedia del Diritto penale italiano*, cit., v. II, p. (5/538).

⁹¹ El "sábio axioma" no parece tener la antigüedad de dieciocho siglos que promediando el pasado le asignó Carrara en el pasaje citado en nota (63). Quizá el maestro de Pisa tenía en mente, al escribir su diatriba contra la mencionada ley franca, Dig. IX, II, 30 (Paulo), donde leamos:

5. Sin embargo, cual se ha visto, el pensamiento penal viene insistiendo en su recuperación por lo menos desde la centuria decimonónica. Y en los últimos treinta años, su restablecimiento se solicita con urgencia, bajo el nombre de *principio de insignificancia*, del que hablé por primera vez Claus Roxin en un artículo aparecido en 1964, en una época de acentuada preocupación policriminal en Alemania y que conclurta, diez años después, con la completa sustitución del centenario Código penal de ese país. El punto de partida de Roxin es muy interesante por cuanto pone sobre la pista de los ulteriores desenvolvimientos de la noción en manos de otros autores, además de resultar indicativo de la clase o tipo de delitos en que — como tendremos ocasión de comprobar — la insignificancia adquiere sentido y puede ser dogmáticamente invocada. En la especie, el material de trabajo del jurista alemán fue el delito de coacción, contenido en el párrafo 240 del antiguo Código de su país, conforme al cual — según el profesor de Munich — la protección penal "de la libertad de decidir volunta-

"Si quis alienum vinum vel frumentum consumserit, non videtur damnum iniuria dare: ideoque utilis danda est actio," una de las desacomodadas concesiones del Derecho penal romano a la faceta cuantativa de la insignificancia, en que se adopta una clarísima preferencia por la acción civil (tengase presente que el fragmento forma parte del título dedicado a la responsabilidad regulada por la Ley Aquilia). Otro de estos insólitos pasajes puede encontrarse en Dig. XLVIII, XIX, 11: "*Furta domestica, si viliora sunt, publice vindicanda non sunt*". La rareza de esta última excepción en el Derecho penal romano imperial es subrayada por Mommsen: "Únicamente en casos de hurtos domésticos de escasa importancia es cuando no se debía incomodar a los tribunales" (cfr. op. cit., p. 470).

riamente y la de participar"⁹² en la vida social ofrécese concebida, merced al empleo de una cláusula general, con una extensión que parece desconocer, por un lado, la realidad de la vida, que desde la rutina cotidiana muestra cómo raras veces se puede tener una decisión totalmente libre acerca de lo que se quiere hacer — de modo que la libertad de participar voluntariamente en la vida comunitaria se presenta siempre, a nivel individual, como un *quid* condicionado, esto es, limitado y temporal —⁹³ y, por otro, que la violencia, entendida "en un sentido social es, más allá de la relación de regla y excepción, un elemento básico en la vida humana en sociedad".⁹⁴ La dificultad estriba, según el autor, en que en tipos delictivos como la *Nötigung* alemana, la ley no puede aislar descriptivamente un ámbito de conductas con precisión, de modo que el núcleo del tipo permite, en principio, abarcar "un área de aplicación que atraviesa todas las referencias sociales". Dicho sea de otra manera: en tipos delictivos como el de la coacción, el substrato del juzgamiento es, en consecuencia, "múltiple", al no estar determinados de un modo preciso y agotador todos los elementos que componen la acción delictiva. Ahora bien: el problema de la delimitación de la órbita del tipo no se puede conseguir mediante una simples interpretación construida sobre los elementos descriptivos de la acción; bien miradas las cosas — explica Roxin — lo último implicaría volver al origen de la aporía.⁹⁵ Es indispensable, en cambio, concretar — en el sentido de darle un sentido — el principio de la antijuridicidad material que aparece en la *vis* característica de la coacción, más allá

de la mera descripción del acto prohibido, determinación que, evidentemente, no puede ni debe quedar entregada al arbitrio del juez — pues de lo contrario se comprometería el principio de legalidad. Según este autor, la respuesta se encuentra en el propio ordenamiento jurídico, globalmente considerado, en el que está contenido un conjunto de principios cuya reciproca imbricación sirve para esclarecer el ámbito de lo prohibido en el tipo de la coacción.⁹⁶ Uno de estos principios, el tercero de los seis que enumera y desarrolla escuetamente, es el que llama *Geringfügigkeitsprinzip*, y lo explica en estos términos: "La antigua máxima '*minima non curat praeior*' tiene especial validez en la coacción. Las influencias coercitivas sin un tiempo determinado de duración y las consecuencias no dignas de mencionarse, no son socialmente dañinas en sentido material. Por ejemplo, quien, para jugarle una mala pasada a otro, le mantiene cerrada la puerta en sus narices durante un instante, actúa de manera formalmente inadmisible. Pero aquí el perjuicio no es relevante; se debe negar una perturbación en la vida en común ordenada, y con ello se excluye una coacción punible. Esto adquiere un papel muy significativo en las fugaces ingerencias del tráfico callejero. En el caso de la amenaza, el principio ya está contenido en la característica legalmente exigida de la 'sensibilidad del mal'.⁹⁷ Sin abandonar esta fundamental línea de pensamiento, especialmente en lo que concierne al método de interpretación del sentido de los tipos delictivos, en trabajos posteriores Roxin ha vuelto sobre el problema e insistido en la necesidad del principio, aunque procurando, esta vez, encuadrarlo en el marco de su bien conocida concepción general de la

⁹² Cfr. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., p. 185/186.

⁹³ *Ibidem*, p. 186.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 188/191 y 192/193.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 192/193.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 193.

ciencia del Derecho penal, en la que, como es sabido, las exigencias político-criminales vienen en causa no en un trance crítico, como un *posterius* lógico a la reconstrucción del ordenamiento, sino antes y derechamente en el terreno de la interpretación de las normas.⁹⁸ Así, sobre todo, la tipicidad debe ser, según Roxin, considerada, desarrollada y sistematizada desde la óptica de su concreta función policocriminal, la cual finca en las exigencias de determinación de los tipos conforme lo demanda el respeto del principio *nullum crimen sine lege*.⁹⁹ En este sentido, el decisivo "criterio de distinción válido (de los tipos de delito), desde el perfil sistemático, debe consistir en la verificación del modo en que las exigencias del principio de legalidad hayan sido realizadas por el legislador".¹⁰⁰ Una concreta consecuencia metodológica de este planteamiento, consiste en que la interpretación de los diferentes tipos delictivos no tiene que asentarse exclusivamente en los elementos de los mismos, como, en cambio, frecuentemente se piensa; ni basta, asimismo, la consideración del bien jurídico respectivo para esclarecer siempre y en todo caso el ámbito de incriminación que corresponde a cada figura de delito conforme a su concreta determinación

(98) Así, en *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, que manejamos en la edición italiana cuidada por Sergio Moccia (*Política criminal e sistema del Derecho penal*, Guida, Napoli, 1986, especialmente p. 42/50), y en *Recht und Soziale Wirklichkeit im Strafverfahren*, en la obra colectiva *Kriminologie und Strafverfahren*, dirigida por los criminólogos Göppinger y Kaiser, Stuttgart, 1976, p. 16 y ss.

(99) Cfr. *Política criminal e sistema del Derecho penal*, cit., p. 40.

(100) Idem, cfr. p. 42. Cfr., además, críticamente, Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, I. Teoría de la pena y de la culpabilidad, Astrea, Buenos Aires, 1992, especialmente p. 175/177.

del principio de legalidad. Explica Roxin que precisamente la otra manera de abordar la interpretación puede traer consigo consecuencias peligrosas, como ha ocurrido con la jurisprudencia alemana, que al socaire de la necesidad de brindar una amplia y completa tutela a los respectivos bienes jurídicos, ha llegado a interpretaciones extensivas de los tipos, lo que a su juicio ha contribuido en no escasa medida al aumento de la criminalidad. En cambio, y en congruencia con lo ya anticipado, "para hacer activo el principio del *nullum crimen*, debe justamente recurrirse al procedimiento opuesto, esto es, a una interpretación restrictiva que actualice la función de *magna charta* del Derecho penal y su 'naturaliza fragmentaria', y que conceptualmente se extienda sólo a aquel ámbito de punibilidad irrenunciable para la tutela del bien jurídico. Para esto son necesarios principios regulativos,

como el de la adecuación social introducido por Welzel: éste no es un elemento constitutivo del *Tatbestand*, sino un irrenunciable medio de interpretación para restringir el alcance de expresiones literales, que también comprenden tipos de comportamiento socialmente tolerables. Y a esto pertenece, asimismo, el, así denominado, principio de insignificancia (...) que permite, en la mayor parte de los tipos, excluir *a priori* infracciones de poca monta...".¹⁰¹ Esto hizo pensar a Paliero

(101) *Ibidem*, p. 50. Y prosigue: así "es maltrato no cualquier daño a la integridad física, sino sólo un daño relevante; del mismo modo, sólo es obsceno, en el sentido del Código penal, sólo un comportamiento sexual de un cierto relieve; injurioso, para el Derecho penal, es sólo un grave perjuicio a la prelación del respeto social. Por 'violencia' no debería entenderse una imitación cualquiera de escaso significado, sino únicamente un impedimento relevante, así como también una amenaza debe ser 'sensibile' para superar el umbral de la criminalidad. Si, partiendo

que en la concepción de Roxin la insignificancia se presentaría — siguiendo una terminología asociada a la obra de Pietro Nuvolone — como una suerte de límite tácito de la norma penal, en términos de suficiencia cualitativo-cuantitativa.¹⁰² En efecto, emparentado — en el pensamiento de Roxin — con la teoría de la adecuación social, o de la acción socialmente adecuada, de Welzel, el principio de insignificancia encontraría, a primera vista, su terreno en la esfera de la tipicidad; pero no en cualquier tipo, sino únicamente en aquellos que, por no tener descrita en acción delictiva de un modo objetivamente exhaustivo, o sea, agotador, disuelven la función indicaria de la antijuridicidad que el tipo cumple regularmente y obligan a una comprobación *positiva* de la antijuridicidad por parte del juzgador.¹⁰³ Más acertada es,

de este planteamiento, se reordenara coherentemente el instrumental utilizado para interpretar el tipo, no sólo la interpretación resultaría favorecida, sino que se haría una significativa contribución para la reducción de la criminalidad en nuestro país" (p. 50/51), fundamentalmente, la criminalidad que este autor en otra obra (cfr. *Recht und Soziale Wirklichkeit im Strafverfahren*, en loc. cit.) denominó *Kleinere Massenverbrechen* (*delitos de menor masa*). Cfr. sobre lo último Paliero, op. cit., p. 186/189.

(102) Cfr. Paliero, op. cit., p. 659.

(103) El propio Roxin ha examinado críticamente la denominada *teoría de los tipos abiertos*, de Welzel y Kaufmann, en su libro *Teoría del tipo penal*. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Versión castellana del prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Depalma, Buenos Aires, 1979. No deseja de ser interesante recordar que la coacción fue, para Welzel, uno de los ejemplos más característicos de estos tipos o estructuras abiertas. Véase, en la obra citada, p. 6/7, y Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, Parte general. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de

con todo, la apreciación de Zaffaroni — de quien nos ocupamos en seguida — sobre las ideas del penalista alemán, por cuanto, de heco, el principio de insignificancia "puede ser entendido como una apelación a la antijuridicidad material y, en realidad, ha surgido vinculado en cierta forma a la misma".¹⁰⁴ Ya se ve entonces que, en el fondo, la insignificancia, desde el punto de vista dogmático, supone la resolución previa de una cuestión técnica y sistemática de mayor envergadura, a saber, las relaciones entre la tipicidad y la antijuridicidad. En este tema, naturalmente, no podemos entrar aquí. Pero, aun a riesgo de adelantar conclusiones que se sentarán más adelante, parece difícil refutar toda vez que se formule la pregunta: ¿cuándo la lesión de un determinado bien jurídico puede estimarse como insignificante?, la respuesta sólo se encontrará en la teoría de la antijuridicidad, a menos que se violente la índole descriptiva del tipo y se lo recargue, innecesariamente, con condicionamientos valorativos.

Lo último es lo que — a nuestro entender — ocurre en la originalísima concepción de una *tipicidad conglobante*, de que es autor Zaffaroni. En la elaboración del ilustre jurista argentino, el principio de insignificancia aparece como una especificación correctiva de la tipicidad legal, esto es, como una de las cuatro hipótesis en que la adecuación formal de un episodio de la vida real a un tipo — tipicidad legal — impide la aserción del segundo de los elementos del delito (lo que llama tipicidad penal), por cuanto si el tipo legal —

Chile, Santiago, 1976, especialmente p. 40/41 y 119-121.

(104) *Tratado*, cit., v. III, p. 553. "Así como la teoría de la adecuación social de Welzel es una apelación a la antijuridicidad material, de la misma manera ha apelado a ella Roxin al anunciar su llamado 'principio de insignificancia'" (*ibidem*).

“adecuación de la conducta a la individualización predominantemente descriptiva hecha en el precepto legal aislado, con su aspecto objetivo y su aspecto subjetivo” —¹⁰⁵ no puede incluir ni soportar el examen de la afectación de los bienes jurídicos — reduciéndose, por consiguiente, a una descarnada descripción de conductas tras la cual las exigencias de coherencia, esto es, de exención de contradicciones internas del ordenamiento, pueden quedar comprometidas —, ya que las normas no pertenecen a él y, en rigor, quedan, a su respecto, antepuestas, el tipo *conglobante*, que también pertenece al tipo penal al requerirse para determinar la tipicidad penal de un acto,¹⁰⁶ corrige las posibles e indebidas extensiones de la descripción. El tipo conglobante “requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado mediante la comprobación de la antinormatividad por la contradicción de la conducta con la norma, conglobada con las restantes del orden normativo que integra”¹⁰⁷ y su función es “operar como correctivo de la tipicidad legal, reduciendo a la verdadera dimensión lo que la norma prohíbe, dejando fuera de la tipicidad penal aquellas conductas que sólo son alcanzadas por la tipicidad legal, pero que el orden normativo no prohíbe, precisamente porque las ordena o fomenta o no las puede alcanzar, por exceder del poder represivo del Estado o por ser insignificante su lesividad”¹⁰⁸. Por eso, una afectación insignificante del bien jurídico producirá el efecto de excluir derechamente la tipicidad, toda vez que ésta “sólo se puede establecer a través de la consideración conglobada de la norma: todo el orden normativo persigue una

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. *Tratado*, cit., tomo III, p. 236.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibidem*, p. 235.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibidem*, p. 236.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibidem*.

finalidad, tiene un sentido, que es el aseguramiento jurídico para posibilitar una co-existencia que evite la guerra civil (la guerra de todos contra todos). La insignificancia sólo puede surgir a la luz de la función general que da sentido al orden normativo y, por consecuencia, a la norma en particular, y que nos indica que esos supuestos están excluidos de su ámbito de prohibición, lo que es imposible de establecer a la simple luz de su consideración aislada”¹⁰⁹. Y esta conclusión, a la que hasta la fecha se ha llegado en el ámbito de la aplicación práctica del Derecho por una vía más bien intuitiva, ya que “la experiencia judicial nos enseña que cualquier juez medianamente razonable al que se le denuncie el hurto de una cerilla o la privación de libertad cometida mediante el transporte de los pasajeros un paracaídas adelante, pensará con método ‘tópico’, es decir, partiendo de la premisa de que eso no puede ser penado como delito, tratará de hallar la forma de instrumentar la solución”¹¹⁰ representa, en el fondo — si bien Zaffaroni no lo dice expresamente — una contribución racionalizadora de la Dogmática jurídica respecto de su objeto, el ordenamiento, contribuyendo, de paso, a la salvaguarda de la *seguridad*.¹¹¹ Como en

⁽¹⁰⁹⁾ *Ibidem*, p. 555.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibidem*, p. 555/556.

⁽¹¹¹⁾ O, como tiene escrito en otra parte, con la búsqueda de la voluntad objetiva de la ley “la ciencia jurídica busca determinar el alcance de lo prohibido y desvalorado en forma lógica (no contradictoria), brindando al juez un sistema de proposiciones que, aplicado por éste, hace previsibles sus resoluciones y, por consiguiente, reduce el margen de arbitrariedad, proporcionando seguridad jurídica, aunque, por cierto, la seguridad jurídica no sólo dependa de la previsibilidad de las resoluciones judiciales. En este sentido es correcto afirmar que la ciencia jurídica “proyecta

otros extremos de la teoría del delito, el escritor argentino toma, en efecto, el buen recaudo de no desconectar el problema de su general y más amplia valoración, por cuanto — en contra de lo que piensa uno de sus críticos en la Argentina,¹¹² el principio de insignif-

jurisprudencia”. Cfr. *Manual de Derecho penal*, Parte general, Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1988 (segunda edición), p. 131.

⁽¹¹²⁾ Cfr. Spink, Roberto, *El principio de insignificancia o de bagatela*. ¿Una solución de base legal o de justicia abstracta? Lerner, Córdoba, 1986. El contenido de este libro, en el fondo, se desarrolla como una larga diatriba a la concepción de Zaffaroni sobre el principio, que viene rechazado por el autor por atendibles consideraciones de seguridad jurídica, dictadas, empero, por un ya no tan plausible positivismo legalista, que no se sostiene hoy en ninguna rama del Derecho. Tampoco en el Derecho penal, en el que la máxima *nullum crimen sine lege* está al servicio — como lo revela su fundamentación filosófica y su origen histórico — de la libertad y seguridad individuales ante los inevitables desbordamientos del poder del Estado, y no para comprometerlas. Véase, además, el comentario crítico de este opúsculo en la revista *Doctrina Penal*, cit., año 10, n. 37, engero-marzo de 1987, p. 179/181. Allí se destaca esa “exacerbada vocación positivista del autor, que lo lleva a negar por vía de consecuencia y con regular grado de sistematicidad la naturaleza ontológica del Derecho penal”.

No es el caso de exponer aquí las razones que nos impiden aceptar la teoría de la tipicidad conglobante de Zaffaroni, que — parecemos — conduce a una confusión entre la adecuación típica y la antijuricidad sobre la base de una acaso muy sutil línea que separaría la *antinormatividad* de lo antijurídico, y de una opción gnoseológica fundamental acerca del principio de interrelación entre el objeto y el método de conocimiento. Para Zaffaroni “la valoración no crea el objeto, sino que, por el contrario, la “naturalaleza” del objeto condiciona el método de conocimiento y

cancia, así entendido, no atenta contra la seguridad jurídica. Al contrario: “no puede llamarse ‘seguridad jurídica’ a una aplicación mecánica y exegética de la ley penal, que en vez de ser republicana (esto es, racional), se convierte en irracional, renunciando a preguntarse por el ‘para qué’ (el sentido) de la norma y del orden normativo, minimizando la función del bien jurídico y aproximándose peligrosamente al concepto de delito como pura lesión al deber...”¹¹³

Una importantísima contribución al esclarecimiento de la categoría de los *delitos de bagatela*, así como una utilización muy inteligente del principio de insignificancia, han sido conducidas a puerto por Palero, aprovechando,

su valoración” (*Tratado*, cit., v. III, p. 219). La — a nuestro entender — confusión entre tipicidad y antijuricidad en la que remata la teoría del penalista argentino reposaría mejor sobre postulados metodológicos diametralmente opuestos, esto es, si el método de conocimiento — función cognoscitiva del tipo — determina su objeto — lo antijurídico —. En Chile, la compleja construcción de Zaffaroni ha sido en parte aceptada por Cousiño Mac Iver (cfr. su *Curso de Derecho penal chileno*, Parte general, Publicados, 3 vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975-1992. Tomo II, p. 114/116), y vivamente discutida por Novoa Montreal, en su libro *Causalismo y finalismo en Derecho penal*. Temis, Bogotá, 1982, especialmente p. 106/109.

⁽¹¹³⁾ “Punto de vista — añade Zaffaroni — desde el cual la ‘seguridad jurídica’ desaparece como objetivo del derecho penal, siendo reemplazada por la voluntad omnimoda de un Estado napoleónico. Es así que el rechazo del principio de insignificancia o de bagatela en nombre de la ‘seguridad jurídica’ es una falacia, porque, llamándola por su verdadera denominación, el rechazo se operaría en nombre de la realización incondicional de una voluntad irracional del Estado, que sería el único bien jurídico que ese derecho penal tutelaría” (*Ibidem*, p. 557).

fundamentalmente, los logros alcanzados en el tema por la ciencia penal y la criminología alemanas, y con un norte más bien político-criminal que interpretativo. La identificación de las notas de lo exiguo, como quintescencia de la categoría del delito de bagatela, debiera *de lege ferenda* permitir — según este autor — un empleo sistemático de lo insignificante para dar debido sustento a la política de descriminalización, "según un modelo, o una serie de modelos *jurídico-formales* que nos pongan al abrigo de arbitrariedades, de la irracionalidad y, en la medida de lo posible, de incertidumbres en la aplicación" de las normas positivas.¹¹⁴ Este modelo de Paliero, que tiene un valor indicativo o de orientación para futuros movimientos político-criminales de descriminalización, descansa en lo que los juristas italianos denominan *concezione gradualistica del reato*, esto es, en la conocida idea de que el delito, todo delito, se compone de ciertos elementos que por su carácter eminentemente valorativo — pues no se comprenden sin su referencia a valores, y participan de una de las características de éstos, a saber, su polaridad —, son susceptibles de graduación: la antijuridicidad y la culpabilidad. Sólo que si tradicionalmente dicha graduación se ha hecho converger efectivamente en el *quintum* de la punición, de modo de individualizarla y conseguir así la vieja aspiración de que la pena resulte, por fin, la *aestimatio delicti*,¹¹⁵ en el

pensamiento de este discípulo de Bettiol debe utilizarse, además, en el ámbito de la responsabilidad criminal y, eventualmente, influir sobre el *an* de la punibilidad,¹¹⁶ con la consecuencia de excluir aquélla del todo. Para esto es menester — indica Paliero — manejar dos parámetros. En primer término, la culpabilidad, dato a cuyo propósito la doctrina — desde el noto trabajo de Frank¹¹⁷ — comenzó por primera vez a fijar su atención en las posibilidades de graduación de la responsabilidad criminal que brota de cada delito concreto. A continuación, la antijuridicidad, frente a la cual ya no es posible seguir en una concepción rígida, de *aut-aut*, pues al interior de la relación de contradicción objetiva de un acto típico con el Derecho, hay una infinidad de matices, cuya variación depende de múltiples condicionamientos — la especie de bien jurídico de que se trate; la forma, lesiva o de peligro que adopte el resultado; el modo de su afección, etc. —, pero que admiten y exigen una graduación. Los casos excepcionales — aquellos bienes jurídicos en que el resultado del

delito correspondiente se traduce en su total destrucción, como la muerte de un hombre en el homicidio —, son raros, y en todo caso confirman la regla. Así — explica Paliero, siguiendo los estudios de Zimmerl, Krümpelmann y Kerr —, una "graduación hacia abajo de la ilicitud penal" debe tomar en cuenta la voluntad del titular del bien jurídico ofendido — pues en aquellos delitos en que este dato puede ser tomado en consideración, resultará evidente la mayor antijuridicidad de quien procede contra la expresa voluntad de aquél, respecto de aquellas situaciones en que se actúe sólo sin esa voluntad —; además, el valor del objeto material agredido, el tipo de conducta agresiva, la peculiaridad de la situación y la conducta del ofendido, e incluso — lo que ya resulta francamente inaceptable en un Derecho penal de acto — cuestiones que atañen al *post factum*, en especial el comportamiento del agente después de la comisión del delito.¹¹⁸ Paliero sabe muy bien que, *de iure condendo*, el problema de la esencia del delito de bagatela, o insignificante, no reside tanto en el análisis de la exiguidad como un *quid* en sí, cuanto en determinar sus componentes. De otra manera se viene a caer en brazos de esas fórmulas generales, hueras en verdad de contenido jurídico, que algunos códigos contemporáneos anteponen o incluyen en su Parte general, como auténticas declaraciones de los principios de ofensividad o culpabilidad, al paso que, en rigor, si se quiere prestar un genuino servicio a las exigencias garantistas del Derecho penal liberal, dichos principios tienen que materializarse a través de una inteligente construcción técnica, valorativa y estilística de la Parte especial de los cuerpos punitivos. Por eso, Paliero observa que desde el punto de vista de la estructura del delito de bagatela que

personalmente construye tiene que existir una jerarquía entre sus componentes, según su significación relativa. Para el autor "al orden jerárquico debe asignar la *supremacía* al desvalor de resultado, seguido, en orden de importancia, por las *modalidades objetivas* de la conducta y, en fin, por la *culpabilidad* del acto, la que, empero, es sólo un criterio de 'confirmación', más que de 'fundación' del tipo de bagatela. La exequitud del desvalor de resultado — incluso en el procedimiento lógico de la prueba — tiene que constituir el primer revelador, la *ratio cognoscendi* del delito improprio de bagatela. La verificación de los restantes componentes — también desvalor de la óptica procesal —, en cambio, tiene que servir para *confirmar* este primer y fundamental indicio de la exiguidad..."¹¹⁹

6. Bien que el principio de insignificancia "constituye, efectivamente, desde hace tiempo una presencia constante en la dogmática de lengua alemana",¹²⁰ el plexo de ideas que se amadriga en su seno no es del todo conocido, tampoco está suficientemente precisado su fundamento valorativo (no por nada, cual se ha visto, la máxima *minima non curat praetor* ha renacido contemporáneamente bajo el signo de exigencias a veces estrictamente interpretativas, y otras por dictados de corte político-criminal) y hasta por cuantos lo admiten desde el prisma dogmático falta un acuerdo esencial acerca de su sitio en el sistema de la Teoría general del delito. Así las cosas, no mueve a extrañeza el disfavor con que es visto en buena parte de la doctrina, incluida, por supuesto, la germanica, que es donde más se ha trabajado. Mayor consenso, en cambio, se da entre sus fautores en punto a la

¹¹⁴ Op. cit., cfr. p. 692.

¹¹⁵ Papiamano, en Dig. XLVIII, XIX, 41. Aunque hoy tradicional, fue conquista contemporánea, y aun de nuestro siglo el servirse de la antijuridicidad y la culpabilidad como criterios mensuradores de la pena en el terreno — también descrito contemporáneamente — de la individualización judicial de ésta. La biografía sobre el particular hoy se ha hecho francamente inabarcable. Véase,

con todo, Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*, Parte general, 2.ª v. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981. V. II, p. 1.207/1.210; Mezger, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, cit., v. II, p. 422/429; Maurach, Göessell y Zippi, *Derecho penal*, op. cit., v. II, p. 721/749; Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*, cit., especialmente p. 85/87, y del mismo, *Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*, en *Doctrina Penal*, cit., año 11, n. 41/44, 1988, p. 473/495.

¹¹⁶ Paliero, cfr. p. 695.

¹¹⁷ Cfr. *La estructura del concepto de culpabilidad*. Versión castellana de Sebastián Soler. Publicaciones del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Chile, Santiago, 1966.

¹¹⁸ Paliero, op. cit., cfr. 790/811.

¹¹⁹ Idem, cfr. p. 744.

¹²⁰ Ibidem, cfr. p. 656.

clase de delitos — las llamadas *bagatelas improprias* — en que su admisibilidad resultaría pertinente, y el mismo acuerdo generalizado existe acerca de excluir terminantemente de su férula todos los demás. A nuestro juicio, y para desbrozar este terreno polémico, es imprescindible advertir que en todos aquellos ordenamientos que no lo han consagrado expresamente — los que, como es sabido, constituyen la inmensa mayoría — ni en su Parte general ni en la configuración de algunos delitos concretos de la especial, el problema que plantean aquellos actos típicos que ofenden de modo francamente irrelevante el bien jurídico en cada caso tutelado, debe resolverse de la misma manera como la doctrina en general hoy enfrenta aquellos casos en que el acto típico resulta del todo inofensivo, esto es, acudiendo a la interpretación teleológica puesta en contacto con el plano de la ofensa.¹²¹ Para decirlo con la autorizada voz de Maurach, "asi como tradicionalmente se han (*sic*) protegido muchos bienes jurídicos sólo contra ciertas formas de ataque, debería ser natural que respecto a bienes jurídicos que son básicamente merecedores de protección, la actuación del Derecho penal comenzara sólo a partir de una determinada intensidad del daño a ese bien (...). Dentro de la actividad de aplicación debería recurrirse a la interpretación restrictiva, en mucho mayor medida que hasta ahora, con el propósito de lograr una restricción desde el punto de vista de la eliminación de infracciones de poca monta; esta es una legítima parte integrante de la interpretación teleológica."¹²² Esto significa que la cuestión lógica y no puede satisfacerse sin recurrir a la determinación del campo de lo injusto típico en cada caso particular,

(121) Padovani, Tullio, *Diritto penale*. Giuffrè, Milano, 1990, cfr. p. 171.
(122) Op. cit., v. I, p. 218.

pero — y aquí se encierra el *quid* del tema — según las exigencias de un principio hoy generalmente admitido, el principio de *ofensividad* (*nullum crimen sine iniuria*), del cual, bien miradas las cosas, el de insignificancia representa, *en parte*, un lógico complemento o, si se quiere, una especificación obtenida por empleo del método deductivo. Por lo demás, vincular el fundamento del último en un principio que se ha venido consolidando en la Dogmática de nuestro tiempo, al punto de resistir satisfactoriamente cualquier objeción,¹²³ convierte las cuestiones relativas a su puesto sistemático y su contenido en problemas no digamos menores, pero sí de más sencilla resolución, por cuanto del fundamento de las instituciones — bien que, evidentemente, no se trate aquí de una institución — depende, como se sabe, su naturaleza jurídica y su congrua inserción en el sistema. Es un error considerarlo en la teoría del tipo y la tipicidad. Con todo, esto es lo que ha ocurrido, y prueba suficiente de ello la ofrecen las dos primeras elaboraciones que hemos examinado en el acápite anterior de este trabajo. Somos de la opinión, en efecto, de que en buena medida el principio de insignificancia se ha convertido en una cámara de eco de las críticas que hace tiempo hicieron blanco en la *teoría de la adecuación social*, a la que inapropiadamente mas con insistencia se le ha querido vincular — el caso de Roxin es paradigmático —; solo que, de esta guisa, su fundamento deviene vidrioso y se complica sin necesidad la cuestión del elemento del delito al que el principio atañe, cosa, ésta última, que, identificado corre-

(123) Sobre el principio de ofensividad, cfr. Mantovani, Ferrando, *Diritto penale*. Parte generale. Cedam, Padova, 1988 (segunda edición), p. 198 y ss., y Frías Caballero, Jorge, *Teoría del delito*. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 50/59.

tamente su fundamento, y por ende su naturaleza, debería simplificarse. De hecho, no es insólito leer afirmaciones de este jaez: "visto que el principio de insignificancia coincide parcialmente con el concepto de adecuación social, resulta más oportuno proseguir con la circunscripción de éste",¹²⁴ o bien que la insignificancia se mueve "en un plano no muy distinto" del que correspondería a aquél.¹²⁵ La confusión, en rigor, se remonta al propio Welzel, para quien, "por ser socialmente adecuadas" hay que excluir de la esfera de lo típico ofensas irrelevantes a determinados bienes jurídicos.¹²⁶ No parece necesario recordar aquí cuantos razonamientos, vertidos desde luego en su país de origen,¹²⁷ han debelado, y con razón, los riesgos que se esconden en una fórmula tan borrosa e insegura como aquella de lo socialmente adecuado, criterio que guarda relación con, y depende de, una noción — la de "socialidad" — cuyos contornos no sólo son imprecisos, sino además absolutamente impertinentes para decidir la más honda y circunscripta cuestión de la relación de contradicción de un acto con el Derecho. Como bien tiene escrito Rodríguez Mourullo al hacerse cargo de la mencionada teoría weizeliana "lo que importa decidir en esta sede (...) es la adecuación al Derecho, ya que de lo

(124) Zipf, *Política criminal*, cit., cfr. p. 204.

(125) Creus, Carlos, *Derecho penal*. Parte general. Astrea, Buenos Aires, 1988, cfr. págs. 166. Parecen identificatorios, asimismo, Bajo Fernández, Miguel, y Díaz-Maroto, Julio, cfr. *Manual de Derecho penal* (Parte especial). Publicados, 3 v. Editorial Centro de Estudios Ramón Arceles, S.A., Madrid, 1992-1993 (segunda edición), V, III, p. 123.

(126) *Derecho penal alemán*, cit., cfr. p. 84.
(127) Baumann, Jürgen, *Derecho penal*. Conceptos fundamentales y sistema. Traducción por Conrado A. Firzi. Depalma, Buenos Aires, 1981, cfr. p. 186/190.

que se trata es de establecer la relevancia o irrelevancia jurídico-penal de ciertos hechos".¹²⁸ Si es verdad que lo antisocial puede resultar del todo indiferente para el Derecho,¹²⁹ no lo es menos que entre el binomio "socialmente adecuado-socialmente inadecuado" y la inquietante interrogación acerca de cuándo un acto debe considerarse antijurídico, media un abismo, por la sencilla razón de que lo social y lo jurídico — así como lo antisocial y lo antijurídico — no son

(128) *Derecho penal*. Parte general. Tomo I (único publicado). Civitas, Madrid, 1977, cfr. p. 265. Del generalizado rechazo de la teoría de la adecuación social en España da cuenta Sáinz Cantero, José, en *Lecciones de Derecho penal*. Parte general. 3 v. Bosch, Barcelona, 1982-1985 (primera edición), cfr. vol. II, p. 302/305. Frente a una más bien limitada admisión de la teoría en otros ambientes científicos europeos — en Italia la acogió la autorizada pluma de Bettioli (cfr. su *Diritto penale*. Parte generale. Dodicesima edizione riveduta e integrata, al cuidado de Luciano Petticello Mantovani. Cedam, Padova, p. 358/362), así como Fiore y Gregori, los últimos en estudios monográficos —, en Iberoamérica le es singularmente adverso Zaffaroni. Cfr. *Tratado*, cit., v. III, p. 490/501, donde, tras destacar la vinculación de la teoría con el concepto material de la antijuridicidad ("del que no es más que una de sus consecuencias") y su "amplitud peligrosa", consigna estas ciertas frases: "La 'relevancia social' o el 'desvalor social' de una conducta es independiente de la tipicidad (...). La conducta típica es para la ley 'socialmente inadecuada', pero para la sociedad es muchas veces difícil decirlo y, en modo alguno, ello depende de la ley".

(129) Hace muchísimos años Jiménez de Asúa, examinando críticamente la concepción de Von Liszt acerca de la antijuridicidad material, escribió: "Lo antisocial puede ser de importancia para el Derecho. Carácter de importancia para el Derecho. *La ley y el delito*. Principios de Derecho penal. Editorial, Sud Americana, Buenos Aires, 1973 (sexta edición), p. 275.

circulos de idéntico radio que quepa yuxtaponer libremente. Por otra parte, tampoco se divisa la conveniencia de establecer un marriage entre la insignificancia y una idea que incluso en el pensamiento de su creador fue oscilando y transmitiendo alternativamente entre la tipicidad y la antijuridicidad. Estos devaneos e inseguridades han resultado funestos para el *minima non curat praetor*: piénsese que en la misma Alemania, al socaire de estas incertidumbres, hasta se ha llegado a hablar de una colocación *ubiqua* de la insignificancia en el sistema de los elementos del delito! Ahora bien, todos sabemos que "en la historia y en la lógica del Derecho penal el principio de *ofensividad* del delito se contraponen al principio del delito como mera *violación de deber*"; que, por imposición del primero "el delito debe substanciar en la ofensa de un bien jurídico, pues no se puede concebir un delito sin ofensa: *nullum crimen sine iniuria*".¹³⁰ Sólo desde una perspectiva de descarnado formalismo, que reduzca la ofensa a una pura condición objetiva de punibilidad que se repetiría de modo constante en cada infracción — exceso al que, con todo, cierto contemporáneo conceptualismo ha llegado —, o bien, desde otra netamente substancialista, que reduzca la antijuridicidad a la expresión de una pura desobediencia y convierta a la culpabilidad en el único eje del delito, el bien jurídico deviene una *quantité négligeable*, un elemento contingente y adventicio, del que cabría prescindir sin riesgo del sistema. Pero hoy por hoy se ha asentado firmemente, en la reconstrucción de los ordenamientos y en el diseño de sus reformas futuras, la idea de que "para que una conducta sea delictiva no solamente es indispensable que constituya un compor-

(130) Cf. Mantovani, *Diritto penale*, cit., p. 197/198.

tamiento externo (trascendiendo al mundo exterior) circunstancialmente descrito en una ley formal previa, sino que además debe dañar u ofender en cada caso, de manera indefectible, el bien específicamente protegido por la norma".¹³¹ Repárese, empero, en que también una ofensa insignificante al bien jurídico en cada caso tutelado, esto es, una afección nimia del objeto de la protección, resulta, para los requerimientos del principio de *ofensividad*, satisfactoria. El principio de *ofensividad* sólo impone que se descaete de plano — por cuanto no pueden dar pábulo para establecer ulteriormente una responsabilidad criminal — aquellos actos típicos en que sea imposible columbrar alguna afección del bien jurídico de cada categoría delictiva; pero, bien miradas las cosas, no se le hace violencia con el llamado Derecho penal de bagatelas. Con esta consideración, parece que se precluye toda posibilidad de admitir el principio de insignificancia con el sustento del *ofensividad*. Entonces estarían en lo cierto todos los escritores que piensan que — privado así de su lógico asidero que — en la teoría de la antijuridicidad — la identificación del criterio de lo *minimo* sería siempre e inevitablemente arbitraria. Sin embargo, creemos que no es así. No debe olvidarse que la esencia de lo antijurídico y, en definitiva, el contenido del juicio de antijuridicidad, lejos de agotarse en la ofensa de bienes jurídicos y en el criterio de regla-excepción que ministran las solitas causas de exclusión de lo injusto que es costumbre incluir expresamente en los códigos, demanda algo más. Si es verdad que la tipicidad constituye — según la dominante teoría de la *ratio cognoscendi* — un indicio de que el acto en cuestión con un alto grado de probabilidad será antijurídico,

(131) Cf. Frías Caballero, *Teoría del delito*, cit., p. 53.

y si no es menos cierto que el juicio de desvalor con que se comprueba objetivamente la antijuridicidad de un acto típico requiere verificar la contradicción de ese acto con el Derecho, tampoco puede desconocerse que la *materia*, o sea, el contenido del juicio de antijuridicidad, va algo más allá y exige un *plus* que se añada a la mera lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. La vida cotidiana, e incluso las mismas causas de justificación tradicionalmente admitidas en los códigos, así lo corroboran, como hace bastantes años lo demostró Jiménez Huerta. Este, en efecto, razonó convincentemente cómo el concepto de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico — noción que, en todo caso, denota una evidente relación de valor, culturalmente condicionada, pues en el mundo de la naturaleza no existen ofensas ni daños —, para que pueda contribuir a forjar la cuspidé de lo injusto, debe ser considerado apenas como su antesala, antesala que hay que completar con otro ingrediente, y sólo entonces se podrá formular ese juicio negativo de valor en que consiste la antijuridicidad. Sólo vinculando dicha lesión con la referencia más amplia de lo que aquel discípulo de Jiménez de Asúa denominó "las aspiraciones valorativas de la comunidad estatal"¹³² y que nosotros, conforme a una vieja línea de pensamiento en la que asimismo descansa el de Jiménez Huerta, hallamos en las normas de cultura esencialmente reconocidas,¹³³ se reconstruye y constata la substancia de lo antijurídico.

(132) Jiménez Huerta, Mariano, *La antijuridicidad*, cit., especialmente p. 92/113.

(133) Véase mi trabajo *Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la teoría de Max Herrns Mayer*, en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, de Madrid, n. 3, 1993, p. 227/240.

En esta imagen más completa acerca del contenido material del juicio de antijuridicidad que se predica de un bien típico, las ofensas irrelevantes a un bien jurídico — entendiendo por irrelevante aquel menoscabo que, por su entidad, puede parangonarse no cuantitativa, sino cualitativamente a la ausencia de toda lesión, según el juicio que semejante situación merece ante los ojos del Derecho y sus exigencias de valor, en el sentido de que el prisma de la norma de cultura ostenta, empero, idéntico valor, o sea, ninguno, que la ausencia de toda lesión — encuentran la explicación de la irremediable exclusión de su antijuridicidad. Si Mezger dijo cosa cierta cuando afirmó que no hay una antijuridicidad en sí, sino sólo una antijuridicidad referida a un caso concreto,¹³⁴ son precisamente las normas de cultura reconocidas por el Estado las que nos suministrarán los criterios fundamentales para resolver de proficuo modo esta *vexata*, pero asimismo concreta cuestión de las bagatelas, las que, en la medida en que no entran en contradicción con las normas de cultura, no son ni puede considerárselas antijurídicas. Por esto se apuntó más arriba que sólo *en parte* la insignificancia se deduce del principio de *ofensividad*. Como fruto restrictivo de una interpretación teleológica del ámbito de lo prohibido en los tipos y allí donde resulte admisible, el principio de insignificancia se obtiene, en verdad, de la misma esencia de la relación de contradicción del acto típico con el Derecho, o sea, del contenido del juicio objetivo y valorativo que reconoce en dicho acto su carácter antijurídico, aunque no empleando la lógica formal característica del conceptualismo, sino con esa *lógica contentuista* de la que

(134) Mezger, *Tratado*, ed. cit., v. I, p. 410.

habló Bettioli¹³⁵ y a la que es menester recurrir inequívocamente, si es verdad que el Derecho decide la calificación de las conductas que regula según su adecuación o incongruencia con fines valorados.

Ahora bien, si se admite este fundamento valorativo y se reconoce, asimismo, dicha índole objetiva en el principio, el que, por lo demás, se asentará en un acto cuya adecuación típica no se discute, queda por examinar su contenido. Va de suyo que, a su propósito, evidentemente, consideraciones ajenas a un resultado ya cumplido (el denominado *post factum*) no pueden ser llamadas en causa, por lo menos si no se quiere escapar del Derecho penal de acto so capuz de las formas soterradas — valga especialmente como ejemplo la llamada culpabilidad por la conducción de la vida — con que en alguna doctrina se pretende introducir el Derecho penal de autor. Pero tampoco es pertinente echar mano a cuestiones relativas a la culpabilidad del agente revelada en el acto. Por lo último, tenemos que discrepar de Paliero cuando, al interior de la estructura jerárquica de los elementos que componen el contenido de la insignificancia, alude a la culpabilidad — bien que disimulada bajo la locución “desvalor de acto”, tan cara al pensamiento finalista —, siquiera como criterio de confirmación de una ofensa cuya irrelevancia con efectos desincentivantes ya se ha — curiosamente — establecido. Considérese que de la misma manera como no se admite que de una antijuridicidad poco grave a la que se sume, empero, una acusada culpabilidad plasmada en el acto, tenga que seguirse una responsabilidad criminal mayor — o, conforme tiene escrito Rivacoba a propósito de otro extremo,

(135) Cfr. *El problema penal*, en *seus Scritti giuridici*, 2 v. Cedam, Padova, 1966, v. II, p. (620/707) 676.

“una culpabilidad muy elevada, en un delito de reducido injusto, que lesiona un bien jurídico de reducido valor, nunca podrá obtener una pena comparable a la de un delito de menguada culpabilidad, pero que recae sobre un bien muy importante”,¹³⁶ menos se aceptará, por ejemplo, que la sola adición de un dolo intensísimo a una ofensa nimia quiebre en pedruzcos una insignificancia “no confirmada” por el intérprete y oblige, eventualmente, a una condena. El contenido del principio de insignificancia debe ser examinado sólo desde el punto de vista que dicte la naturaleza del elemento del delito del que se obtiene; de lo contrario, se confunde sin remedio la exclusión de lo injusto con la inculpabilidad y, lo que es peor, se acaba violentando una de las notas características del Derecho como ordenamiento regulador de la conducta exteriorizada de los hombres, o sease, su predominante objetividad. Convenimos, en cambio, en la idea de Paliero de que el principio de insignificancia, atendido el *téllos* de las respectivas infracciones, halla su riguroso enclavamiento único entre las que Helmuth Mayer denominó *bagatelias improprias*, es decir, microviolaciones que, con todo, por la descripción típica, el bien jurídico tutelado y, muy especialmente, el amplio margen que cubre la amenaza penal, se adecuan en tipos que en abstracto describen delitos graves y en los que la punición de aquellas parecería dictada sólo por el propósito de reforzar la represión penal del delito grave en sí.¹³⁷ No ocurre lo propio con las *bagatelias propias*, esto es, todos aquellos

(136) *El principio de culpabilidad en el código penal chileno*, en el volumen *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho penal en celebración del centenario del Código penal chileno*. Edeval, Valparaíso, 1975, cfr. p. (49/126) 56.

(137) Paliero, op. cit., cfr. p. 646/652 y 693/695.

tipos que ya en abstracto, ante los ojos del legislador, tienen la índole de microviolaciones, y como tales son igualmente castigadas, a pesar de su escasa gravedad — categoría que históricamente ha estado vinculada a las contravenciones, y en buena medida, pero no siempre, coincide con éstas —. En punto a las últimas, la doctrina afirma, y con razón, que el problema de su desdeterminación está exclusivamente en manos de su fuente de producción, con tal que ésta se inspire en el principio de intervención mínima. “La exigencia ‘originaria’ de los delitos *proprios* de bagatela y los eventuales criterios para su verificación, o para desmentirlos, concierne (...) a otro orden de problemas, que en todo caso competen sólo al legislador”,¹³⁸ punto de vista que admitemos, asimismo, Zipf y Maurach, entre muchos otros,¹³⁹ y es

(138) *Ibidem*, p. 694.

(139) “En materia de los delitos propios de bagatela, la decisión de sancionar las conductas en cuestión, debe, por lo mismo, darse sólo en el nivel del legislador”, escribe Zipf, quien — por el contrario — sobre las bagatelias improprias añade: “Si bien la necesidad de tutelar penalmente un determinado bien jurídico está fuera de discusión y, por lo tanto, el tipo penal correspondiente sea legítimo (...), ello no implica que toda conducta escasamente lesiva requiera, en el caso singular, ser perseguida penalmente (...) El problema de la criminalidad de las bagatelias improprias consiste, pues, en moderar una dilatación excesiva de las normas penales (...)” Cfr. *Política criminal*, cit., p. 193. Para Maurach, a su turno, “en la tarea de superación del problema de la criminalidad de poca monta deben distinguirse las formas de conducta que sólo tienen un típico carácter de ilícito de ese carácter (delitos de poca monta *per se* o propiamente tales, en la nomenclatura de Dreher (...)); no caben dentro del concepto material de delito y no son, por ello, objeto de punición admisible (...) No obstante, en los casos de delitos de poca monta (o delitos de poca monta improprios

por de contado, ineludible. Pero esto no implica que deba seguirse forzadamente a quienes piensan que el principio de insignificancia queda precluido por la mera descripción de faltas en los respectivos Códigos,¹⁴⁰ a menos — es claro — que la presencia de un *delito venial* revele inequívocamente una *voluntas legis* en punto a castigar incluso hipótesis de bajísima entidad objetiva contra el respectivo bien jurídico. Pero esto no es siempre así, por cuanto — sobre todo en los ordenamientos inspirados por la codificación española decimonónica — mientras hay delitos que suelen ir acompañados, entre las faltas, de la correspondiente *bagatela propia* (piénsese en las lesiones, en el hurto, en las defraudaciones, en los daños, en la injuria, en los delitos contra la salud y la seguridad públicas), hay otros en que ello no acontece. Por otra parte, cumple advertir, por cierto, que el bien jurídico tutelado en los delitos a los que las

según Dreher (...) puede hallarse una solución tanto en el derecho material cuanto en el formal...”; la preferencia de Maurach por una solución de Derecho penal material ya la conocemos. Cfr. Maurach, Goessel y Zipf, *Derecho penal*, cit., v. I, p. 218.

(140) Tras anotar que el principio de insignificancia está en pugna con la seguridad jurídica, pues “la delimitación de los casos de bagatela quedaría confiada a la doctrina y la jurisprudencia, siendo el límite siempre discutible”, Cerezo Mir (en su *Curso de Derecho penal español*. Parte general. Publicados, 2 v. Tercera edición, actualizada y considerablemente ampliada. Tecnos, Madrid, 1993, cfr. v. I, p. 321) añade que “este principio es, además, incompatible con la configuración de las faltas en el Libro III del Código Penal español donde se regulan expresamente infinidad de casos de bagatela”. Sin embargo, los casos que Cerezo cita (lesiones, hurtos, estafas, apropiaciones indebidas, daños, coacciones e injurias, todos ellos ligeros), confirman cuanto se dice a continuación en el texto.

bagatelas improprias se refieren, tiene que resultar susceptible de compresión, sin que la última fase de su respectivo *iter criminis* suponga, por necesidad, la destrucción total de aquél. Así como en la genuina individualización judicial es decisivo, a la hora de calibrar la gravedad objetiva — esto es, la antifiridicidad — de la ofensa, que el bien jurídico no tenga que resultar necesariamente destruido con la consumación del delito, sino que sólo se le menoscabe, impidiéndose o restringiéndose su ejercicio — en cualquier caso, lesionándose —, también para la insignificancia cuenta de modo determinante dicha posibilidad de menoscabo o disminución. Este es, por ejemplo, el caso de los delitos contra la libertad, entre cuyos diferentes manifestaciones penalmente tuteladas, hay que tener especialmente en cuenta el secuestro, la substracción de menores y — para cuantos reconocen en ella a la libertad como bien tutelado — la coacción; pero es, asimismo, entre los delitos contra la honestidad, la situación de los abusos deshonestos. Lo anterior, naturalmente, en la misma medida en que a los dichos bienes jurídicos el resultado típico no se combine con una lesión ulterior, llegándose a situaciones que la ley describa como un delito complejo y pluriofensivo. Esto, por lo que se refiere a delitos cuyo resultado consista en la lesión del objeto de la tutela. Pero no se debe descartar el recurso al principio de insignificancia en las bagatelas improprias que se oculten entre algunos delitos de peligro, sobre todo entre los de peligro abstracto, en los que — como anota Palero — la exiguidad puede derivar de la escasa idoneidad objetiva del medio empleado. Y en este sentido se orienta la no muy numerosa jurisprudencia sobre el tema.¹⁴¹

⁽¹⁴¹⁾ Palero, op. cit., p. 747. Un ejemplo do suministra la jurisprudencia argentina,

7. Una observación sumamente recurrente en contra de los diferentes métodos con que en nuestro tiempo se ha querido resolver la cuestión de la criminalidad de poca monta, sobre todo aquellas propuestas que no suponen una directa descriminalización — ya se sabe que la despenalización en sentido estricto, como mera conversión de ciertos delitos en ilícitos administrativos despierta una desconfianza cada vez mayor en la Política criminal de hoy, por el riesgo de recargar, en beneficio de la penal, la justicia administrativa¹⁴² — de los correspondientes ilícitos, es que pueden comprometer los requerimientos de la *seguridad jurídica*. Esto es lo que sucede principalmente con aquellos ordenamientos — caso paradigmático, el alemán — que han optado por una incipiente reformulación del principio de legalidad procesal, mediante la introducción del *principio de oportunidad*¹⁴³ en el proceso penal. Pero para quien no pierda de vista que el Derecho procesal penal carece de todo

a propósito de un delito contra la salud pública. Véase Virgolini, Julio, *El artículo 31 de la ley de vinos y un caso de aplicación del principio de insignificancia en la afectación del bien jurídico*, en "Doctrina Penal", cit., año 7, abril-junio de 1984, n. 26, p. 334/351; del mismo — pero esta vez a propósito de un delito de lesión — *Las lesiones levisimas: un caso de atipicidad por insignificancia*, en la revista apenas citada, año 8, enero-marzo de 1986, n. 29, p. 119/120. Otro reconocimiento del principio de insignificancia — según la formulación de Roxin — lo ha dado la jurisprudencia alemana a propósito de la substracción de bienes pignoraes. Cfr. Palero, op. cit., p. 530 (nota 35).

⁽¹⁴²⁾ Cfr. Maurach, Göessel y Zipf, *Derecho penal*, cit., v. I, p. 218/219.

⁽¹⁴³⁾ Sobre el principio de oportunidad, en castellano, véase Maier, Julio, *Derecho procesal penal argentino*, Publicados, 2 v. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, v. I, p. 189/192.

sentido sin los contenidos que debe suministrarle el Derecho penal material, es claro que ninguna solución proficua para los delitos de bagatela puede esperarse de las normas procesales, por lo menos en tanto se las considere aisladamente. Bien dice Zaffaroni que una respuesta de corte procesal "estará siempre necesitada de un criterio material, por lo que en definitiva también reconducirá a los mismos interrogantes, sólo que considerados como problema de punibilidad"¹⁴⁴ con el consecuente y efectivo riesgo de la certeza y seguridad del Derecho. Hasta para cuantos se muestran partidarios de combinar las soluciones de Derecho penal material con las del procesal penal, las primeras ofrecen la ventaja de precisar de antemano los criterios sustantivos de selección que producirán el archivo de la causa.¹⁴⁵ Esta materia exige, en verdad, mucha cautela, para no permutar, en pro de exigencias de pura utilidad — que convertirían lo insignificante en una pseudoexcusa absoluta o en una condición de procesabilidad —, más profundos condicionamientos de valor. Por otro lado, es siempre digno de recordarse que de la seguridad jurídica — requerimiento valorativo que estuvo igualmente tras el gran proceso de reducción del Derecho penal de fines del siglo XVIII, sobre todo bajo los auspicios teóricos de Bentham y Montesquieu —, depende la seguridad individual (como lo vio el último, para quien la libertad política, en relación con el ciudadano, consistía francamente en su seguridad o en la opinión que cada uno tiene de su seguridad,¹⁴⁶ y que

⁽¹⁴⁴⁾ *Tratado*, cit., v. III, cfr. p. 554.

⁽¹⁴⁵⁾ Zipf, *Política criminal*, cit., cfr. p. 200, y Maurach, Göessel y Zipf, *Derecho penal*, cit., v. I, p. 218.

⁽¹⁴⁶⁾ *De spiritali de las leyes*, ed. cit., Libro XII, capítulo I.

la consolidación, junto al Estado de Derecho, de la primera, se obtuvo durante la centuria sucesiva justamente con la introducción, sin excepciones, del principio de legalidad dentro del proceso penal y la generalidad obligatoria de la acción para el Ministerio Público. Es, empero, dudoso que el principio de insignificancia contradiga la seguridad que todo Derecho positivo debe procurar, no, por lo menos, si se lo encuadra en el ámbito al que pertenece, que no es el de la tipicidad, sino el del contenido del juicio de antifiridicidad. Por lo demás, debe recordarse que si bien hace tiempo se dejó en claro que no existe una antifiridicidad "formal"¹⁴⁷ la oposición del positivismo legalista — "todo el Derecho en la ley" — en contra del contenido material de la antifiridicidad se manifestó, con argumentos de seguridad jurídica, desde los mismos inicios de la elaboración del último, cuando todavía, en oposición a la "formal", se hablaba de una antifiridicidad material y se había empezado a poner en tela de juicio el criterio de regla-excepción de las justificantes, para ir en pos del alcance más amplio que envuelve la relación de contradicción con el Derecho. Esto lo hizo ver hace muchísimo tiempo Ernesto Heinitz, para quien las razones de seguridad del Derecho no podían ofrecerse como convincente argumento por cuenta de los partidarios del positivismo legalista, en contra de una construcción del juicio de antifiridicidad a partir de los dictados del objetivismo cultural de M.E. Mayer y las normas de cultura.¹⁴⁸ Y el motivo de contraste lo veía en que sólo cuando

⁽¹⁴⁷⁾ Bettiol, *Diritto penale*, cit., cfr. p. 343.

⁽¹⁴⁸⁾ *El problema de la antifiridicidad material*. Traducido directamente del alemán por los Dres. Roberto Goldschmidt y Ricardo C. Núñez Depajna, Buenos Aires, 1947, cfr. p. 138.

pesudoprincípios se introduzem bajo pretextos espectosos en la teoría de la justificación, la seguridad queda irremediavelmente comprometida. Las mismas razones de seguridad se esgrimieron, como es noto, en contra de una idea de la que hoy, lamentablemente, se habla tan poco, la justificación supratlegal, bajo la equivocada representación de que en el terreno de lo injusto la seguridad jurídica se plantea del mismo modo cómo, en cambio, viene impuesta por el *nullum crimen sine lege* (lo tipo, esto es, como "seguridad legal" (lo que — dicho sea de paso — viene a ser un nuevo argumento para abandonar de una vez por todas la inclinación a referir la insignificancia al último). "Por supuesto que la exigencia en el Derecho penal de tipos determinados y exactamente circunscritos, tiene un núcleo enteramente legítimo, que encuentra su expresión especialmente en el precepto *nulla poena sine lege*,¹⁴⁹ en este sentido es como el principio de legalidad se erige en *Palladium* de la libertad y de la seguridad. Nadie, en verdad, negará que la seguridad jurídica, tomando en cuenta que conforme a aquél sólo la ley se erige como fuente inmediata creadora de delitos y penas, se diluye en toda condena por actos no descriptos expresamente y exhaustivamente como delictivos por la misma ley. Pero si se observa, por el contrario, que, servidas las exigencias de la legalidad y de su precipitado técnico, la tipicidad, todavía queda por reconocer que el carácter antijurídico de un acto típico lo fija su oposición, no con la ley, sino con el Derecho, entonces se reparará en que se ha penetrado — ahora sí — de modo decisivo en los dominios de la seguridad jurídica. Esta quedaría francamente lastimada si nos empecinamos en reconocer como antijurídico un acto típico que,

por su nimiedad, no puede quebrantar las exigencias de valor que están tras las pautas culturales estatualmente reconocidas y fijan la esencia de lo injusto. Siempre se puede retrucar — es cierto — que así se abre una espiral para el arbitrio de los tribunales; que la — por lo demás, indiscutible — dificultad para reconocer las normas de cultura haría incierta la aplicación del Derecho y, todavía, que en poder de mano caprichosa, su espada podría cortar aquí y no allá. Mas, y al margen de lo que más arriba se intento fijar en punto al contenido y ámbito de aplicación de la insignificancia, estos son los riesgos insitos en toda operación de valor, y no se advierte la razón por la cual un fenómeno tan típicamente cultural como el Derecho, así como lo que lo afirma o contradice, pueda substraerse a ellos, lo que es tan cierto como que, ontológicamente y metodicamente hablando, la determinación con arreglo a fines valorados no estará jamás en condiciones de brindarnos la confianza absoluta de la causalidad natural. Considérese, finalmente, que del rechazo de la indiferencia cultural de lo insignificante se sigue esta fatal consecuencia: condenarlo siempre, en circunstancias que las sociedades y los individuos no entenderán una condena vista como algo inextricable. Siendo éste el caso, habrá que aceptar con resignación incomboda la sabia admonición de Freudenthal. "Cuando no se comprende el lenguaje de las crónicas policíales y se comprende, aunque sólo sentimentalmente, que se castiga a personas que en el propio lenguaje se llaman inocentes, entonces se genera o ahonda el abismo tantas veces lamentado entre el pueblo y el Derecho".¹⁵⁰ Y el más inseguro de todo Derecho concebible es, por cierto, el Derecho desconocido.

⁽¹⁴⁹⁾ Idem.

⁽¹⁵⁰⁾ Citado por Heinitz, en op. cit., cfr. p. 139.

2 — DOCTRINA INTERNACIONAL

COMPENSAÇÃO, RESTITUIÇÃO, SANÇÃO PECUNIÁRIA E OUTRAS VIAS E MEIOS DE REPARAR O DANO ÀS VÍTIMAS DO CRIME ATRAVÉS DOS TRIBUNAIS

KURT MADLENER

2.ª Parte!

Sumário: 3. Aspectos histórico-comparativos — 4. A reparação como um meio de obter a extinção da punibilidade — uma chance de descriminalização; 4.1 Reparação em lugar de punição numa sociedade culturalmente distinta: a África Negra tradicional; 4.2 Modelos ocidentais — 5. A integração da reparação no sistema de sanções penais: a Escola Positiva na América Latina — 6. O juízo da reparação no Processo Penal: o assim chamado Processo Adesivo; 6.1 A lei de letra morta: o caso da Alemanha; 6.2 Título judicial de tipo platónico: a tradição mediterrânea — 7. Uma ideia do Século XVIII volta à tona: os fundos de compensação — 8. Conclusão.

3. Aspectos histórico-comparativos

O problema da compensação à vítima do delito tem evoluído de maneira muito diferente em diversos países. Isso faz com que se torne interessante estudar a sua evolução baseando-se em análises comparativas.

No início a vingança foi a reação do lesado. Então a reparação e a restituição vieram a substituir a vingança. O ponto de partida é o que poderíamos chamar de princípio da restituição: depois de uma lesão ter sido cometida, a vítima ou os seus familiares obtinham a reparação pelo dano sofrido. Neste sistema, que no Direito histórico germânico se chama de *Kompositionensystem*, o pagamento de uma determinada quantia ou

a entrega de bens (por exemplo, bois) à vítima ou a sua família era a consequência legal do dano punível, e liquidava o assunto, restabelecendo desse modo a paz na comunidade.

O princípio da restituição era suplementado pelo princípio da retribuição, na medida em que a organização do Estado foi obtendo mais força e proveu-se de sanções penais. Já nos tempos de Merovingos e dos Reis Francos o crime e a pena foram mais e mais considerados como noções de direito público, um ponto de vista hoje geralmente aceito como resultado de uma evolução que durou muitos séculos.²

O fato de que a noção de direito público do crime e da punição ter prevalecido, nos faz algumas vezes

⁽¹⁾ A primeira parte deste artigo foi publicada no número 10 (abril-junho 1995) p. 52/57.

⁽²⁾ Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2.ª ed., Göttingen 1951, p. 23 e ss. (39).