

**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
**Revista del Poder Judicial. Número especial II: Justicia penal**

**Bacigalupo Zapater, Enrique**

Catedrático de Derecho penal. Letrado del Tribunal Constitucional

**DESCRIMINALIZACIÓN Y PREVENCIÓN**

Ponencia

Serie: *Penal*

**VOCES:** POLITICA CRIMINAL. PREVENCIÓN DEL DELITO. DESPENALIZACIÓN. DELITOS MENOS GRAVES.

**ÍNDICE**

**TEXTO**

I

La problemática de la despenalización es una preocupación de la política criminal desde principios de este siglo. En la medida en que el Derecho penal fue percibido más como una técnica para la solución y elaboración de conflictos sociales, que como un conjunto de normas caracterizado por consecuencias jurídicas específicas, la cuestión de los límites del sistema de control social encarnado por este sector del ordenamiento jurídico se convirtió en materia de reflexión tanto para teóricos como para prácticos. En la última edición de su *Lebuch*, en 1919, Franz v. LISZT reiteró la formulación de lo que bien podría designarse como el primer programa de una política criminal de despenalización. Decía v. LISZT en este sentido que «nuestra legislación actual hace un uso exagerado de la pena como medio de lucha. Cabría reflexionar, agregaba, sobre si el antiguo principio *mínima non cura praetor* no merecería reincorporarse a nuestro Derecho penal, sea como principio procesal (quebrando el principio de legalidad), sea como regla del derecho material (no punibilidad de las pequeñas lesiones). La aplicación ampliada de la sanción pecuniaria administrativa (Busse) en el ámbito del Derecho civil (confr. BGB § 847) convertirla en superfluas muchas acusaciones penales, mientras el procedimiento expiatorio (*Sühneverfahren*) ante árbitros evitaría numerosas condenas. De especial importancia -concluía v. LISZT- es la eliminación de las contravenciones del campo de lo ilícito criminal» (*Lehrbuch des Deutesches Strafrecht*, 23.<sup>a</sup> ed., 1911, pág. 14).

Probablemente este programa era, en lo sustancial, producto de la «pequeña consideración por la pena» con que BIRKMEYER caracterizaba la actitud de v. LISZT (1). Pero lo cierto es que en la medida en que las teorías absolutas de la pena no volvieron a dominar de una manera pura el pensamiento penal, el programa de v. LISZT sigue estando en la base de las modernas discusiones en torno a la despenalización.

Una rápida comparación del programa de despenalización de v. LISZT con el *Rapport por decriminalization*, que resumen los trabajos realizados por una Comisión de Expertos del Consejo de Europa entre 1972 y 1978, permite comprobar que esta afirmación es, en líneas generales, sostenible. El *Rapport* da en su parte general una considerable significación al principio de oportunidad, a la definición de la criminalidad de bagatelas, a las alternativas a la reacción jurídico-penal y al Derecho civil como alternativa del Derecho penal, mientras que, en su parte especial, trata, como posibilidades ejemplares de la descriminalización, el hurto en tiendas con autoservicio, los pequeños delitos contra el patrimonio contenidos mediante cartas de crédito o cheques garantizados, así como delitos de apropiación y otros cometidos en el seno de una empresa por sus empleados. En estos supuestos se hacen una serie de proposiciones que recogen algunas de las sugerencias de v. LISZT. Así, por ejemplo, en el marco de la pequeña criminalidad patrimonial dentro de las empresas se propone una autoregulación que se asemeja a los «Tribunales expiatorios» de v. LISZT. En el marco de los hurtos en autoservicios y en los delitos de apropiación en las empresas, surge también la idea de un desplazamiento de la cuestión penal hacia el ámbito de lo civil.

Otras experiencias en la política criminal moderna de despenalización muestran también la supervivencia del programa de v. LISZT. La recuperación de la máxima *mínima non cura praetor* para el Derecho penal, sea por la vía procesal o por la vía del Derecho alemán al principio de oportunidad [153 y 153.a) StPO] y en el Derecho austríaco a la exclusión de la punibilidad por carencia de merecimiento de pena del § 42 StGB austríaco, este último entrado en vigor en el año 1975. Lo mismo debe señalarse con respecto al «Proyecto de Ley contra el hurto en autoservicios» (*Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiesstahl*) y el «Proyecto de Ley de regulación de la Justicia de empresa» (*Entwurf eines Gesetzes gegen Betriebsjustiz*) redactados en 1974 y 1975 por un grupo de profesores alemanes pertenecientes al círculo del llamado Proyecto Alternativo.

La permanencia en el tiempo del programa de v. LISZT en esta materia permite circunscribir la materia de este estudio a un grupo de experiencias concretas en la legislación comparada y al análisis de las mismas en relación a la realidad española actual (2).

## II

Como es claro, la cuestión de la excesiva extensión del Derecho penal puede presentarse desde muy diversos ángulos visuales. Estos no siempre tienen la misma significación ni trascendencia social.

La descriminalización puede entrar en consideración en primer lugar en determinados momentos históricos en los que se produce un choque entre la actitud social y la ley penal como consecuencia del mantenimiento de prohibiciones que afectan a comportamientos que han dejado de ser socialmente reprochables. Esta situación, que puede presentar diversas intensidades, según el grado de consenso en torno al merecimiento de pena de los comportamientos en cuestión, puede concurrir, por otra parte, con cambios socioinstitucionales de cierta profundidad, como ocurrió en España en la época de las reformas introducidas por la Ley 22/1978 en relación a los delitos de adulterio y amancebamiento, o por las Leyes 45/1978 y 46/1978 en lo relativo a anticonceptivos y a ciertos delitos sexuales. Pero, también es posible que en una etapa de estabilidad socioinstitucional se produzca una crisis del consenso en torno a la protección penal de un bien jurídico concreto, que se manifiesta, en ocasiones, al menos exteriormente, como un aparente enfrentamiento entre los órganos del control social y grupos sociales más o menos extendidos. Tal parece ser la situación que se percibe actualmente en lo referente a la amplitud con que deben contemplarse los casos de no punibilidad en el delito de aborto.

Estas perspectivas del problema tienen, sobre todo, un marcado interés sociológico, o, dicho más específicamente, criminológico. Sin embargo, el interés que orienta la presente exposición no es abstractamente criminológico. Por el contrario la cuestión de cómo redimensionar el sistema penal del control del delito se nos presenta hoy vinculado, ante todo, con el problema de la eficacia y la legitimidad del sistema. Ello es consecuencia de la superación real de las posibilidades del aparato judicial ante el creciente aumento de los hechos punibles que reclaman su intervención.

En efecto, un aparato judicial que sólo puede ratificar la vigencia de las normas penales después de un tiempo demasiado largo, no puede considerarse plenamente eficaz. Más aún comienza a despertar preocupación en torno a las posibilidades de cumplir con sus tareas específicas. Desde que BECCARIA afirmó en 1764 que: «quanto la pena sarà piú pronta e piú vicina al delitto comesso, ella sará tanto piu gusta e tanto piú utile» (3), nadie ha puesto en duda que una pena pronta es una condición esencial para la eficacia del sistema de control penal del delito, sobre todo cuando esta eficacia se mide desde el punto de vista de la prevención general.

A su vez, la reducción de la eficacia del sistema pone en serio peligro su legitimidad. La tentación de recuperar el tiempo mediante una reducción de las garantías procesales o mediante una observancia sólo formal y exterior de las mismas, estará siempre presente.

### III

La oportunidad de estas reflexiones está marcada, por tanto, por la situación actual de la justicia española. La próxima promulgación de la Ley de Demarcación que convertirá a los actuales juzgados de Distrito, que tienen competencia en materia de faltas, en juzgados de Primera Instancia e Instrucción (Disposición Transitoria 3.<sup>a</sup> LOPJ), puede servirnos, en este sentido, de punto de partida. De acuerdo con lo dispuesto en la LOPJ, una vez efectuada esta conversión, las nuevas apelaciones que se promuevan «se tramitarán ante la Audiencia Provincial de conformidad con lo dispuesto en esta Ley». De allí se deduce que la nueva situación producirá un aumento, probablemente significativo, de los recursos de apelación en las Audiencias Provinciales, así como un incremento de causas por faltas en los juzgados de Instrucción. No ha sido posible determinar con exactitud la incidencia cuantitativa de esta reestructuración de la Justicia Penal en los juzgados de Instrucción. Con respecto a su incidencia en las Audiencias, sin embargo, puede lograrse una cifra aproximativa que se extrae de la Memoria del CGPJ de 1985. De ella se puede deducir que cada uno de los 36 juzgados de Distrito de Madrid, que tomamos como ejemplo, tiene un promedio de 3.950 (aprox.) de juicios de faltas registrados en dicho año. Teniendo en cuenta que durante ese año se dictaron en juicios de faltas cerca de 1.200 sentencias por juzgado, no es quizá aventurado pensar que la Audiencia Provincial de Madrid se vería ante la necesidad de absorber entre 20.000 y 40.000 recursos de apelación en esta materia. Estos deberán sumarse al número no determinable de recursos de apelación contra autos de procesamiento y contra sentencias de los jueces de instrucción que ya deben resolver estos Tribunales (4).

Tales números, de todos modos, pueden no ser tan graves en otras jurisdicciones, pero lo cierto es que, en un momento en el que el número de causas que está pendiente de juzgamiento se considera muy elevado, las posibilidades de absorción de estos recursos por las Audiencias Provinciales puede agudizar, al menos en las grandes ciudades, un problema que ya ha adquirido dimensiones importantes.

De esta manera, el problema de la criminalidad de las bagatelas penales adquiere una significación práctica inmediata, pues aparece, dado su carácter reconocidamente masivo (5), como una amenaza para el funcionamiento de un sistema penal seriamente abrumado por el aumento constante de sus intervenciones. En este sentido puede ser útil recordar una vez más lo expuesto por el Fiscal General del Estado en el apartado de su Memoria de 1986 dedicado a la Audiencia Provincial de Madrid (6): «Se destaca -dice la

Memoria- el enorme retraso en el despacho de los asuntos penales en las diversas Secciones de la Audiencia, lo que se considera -agrega- incompatible con el principio constitucional del derecho a la tutela de los tribunales.»

¿Qué ofrece la Política criminal moderna para resolver estos problemas? El agotamiento de las posibilidades del sistema de la justicia penal es un problema que no sólo aqueja a España, sino también al resto de los países europeos. Por ello es recomendable hacer aquí un *tratamiento político-criminal comparativo* del tema de la despenalización de la pequeña criminalidad.

Este método tiene la ventaja de ponernos en conocimiento de experiencias concretas y proporcionarnos datos para evaluar los resultados que han podido alcanzarse con los diferentes modelos elaborados. Tales datos y modelos, muy probablemente, no podrán trasladarse sin más a la realidad española, pero tienen, de todos modos, un inmenso valor orientador para un tratamiento de las técnicas de despenalización de los ilícitos penales menores. Precisamente por esta razón, los países que han encarado el problema de redimensionar su sistema de control del delito han recurrido en forma considerable al estudio de las experiencias político-criminales extranjeras en países similares, pues de esta manera se puede acometer la tarea con una cierta base empírica que permitirá, ante todo, ahorro de tiempo y dinero. El intento del Consejo de Europa a través de su *Rapport sur decriminalisation* ha demostrado que un número significativo de científicos de reputación han considerado posible la elaboración de pautas generales de valor supranacional en esta materia.

Justificado el método que nos proponemos utilizar es posible ahora iniciar el análisis de las respuestas a nuestra pregunta, no sin antes advertir que está muy lejos de nuestras posibilidades señalar aquí algo más que algunas líneas posibles de acción en el marco de una estrategia escalonada para redimensionar el sistema del control penal del delito en España.

Comenzaremos con las denominadas *soluciones globales*, es decir, aquellas que procuran dar una solución capaz de abarcar todos los casos relevantes de la pequeña criminalidad.

a) Una primera solución podría encontrarse en el ámbito mismo del procedimiento. Si se suprimiera el recurso de apelación contra la sentencia del juicio de faltas desaparecería el problema: el Pacto Internacional de Derechos Civiles sólo garantiza el acceso a un Tribunal superior a las personas declaradas culpables de un delito (art. 14.5), y de allí podría deducirse que tal recurso no es, en principio, necesario. Sin embargo ello no parece recomendable, pues en muchos juicios de faltas se discuten -paradójicamente cuestiones civiles de no poca trascendencia para las partes y, consecuentemente, no cabría brindar menos garantías procesales a la acción civil ejercida en el proceso de faltas que en un proceso civil.

Por el contrario, una alternativa plausible puede plantearse en varias líneas procesales diferentes. En primer lugar entran aquí en consideración *modificaciones institucionales en el marco de la acción penal* utilizado por el Código Penal alemán que entró en vigor en 1975 para algunos delitos contra la propiedad. De acuerdo con esto el número de causas por faltas (y acaso por delitos leves) podrá disminuir si se modificara el sistema del ejercicio de la acción penal, sea introduciendo el *principio de oportunidad*, sea convirtiendo a las faltas en ilícitos dependientes de acción privada, es decir, dejando el juicio sobre la oportunidad a la iniciativa privada. Dado que el principio de oportunidad es objeto de una ponencia específica no he de referirme a él sino de una manera muy general y con miras -a sus resultados posibles en la disminución de actividad judicial. En este sentido, debería señalar que por principio de oportunidad no debe entenderse exclusivamente una renuncia -bajo ciertas condiciones a la acción penal por parte del Fiscal, sino, más bien, un tratamiento penal diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo. El modelo de regulación moderna del principio de oportunidad, tal como aparece en los §§ 153 y 153.a) StPO, requiere, en todo caso, la aprobación de la renuncia del Fiscal por parte del Tribunal competente para el Juzgamiento del ilícito y, en su caso, la imposición de ciertas obligaciones al culpable cuyo cumplimiento opera como condición suspensiva del ejercicio de la acción (reparación del daño, imposición de pagos o

prestaciones destinados a entidades de bien común, etc.). Una adecuada realización de este principio importaría, como es claro, un desplazamiento de un número considerable de causas, en parte, a las Fisco-lías; pero probablemente no sea de esperar, sólo por ello, una verdadera disminución de la actividad de los Tribunales competentes para el juzgamiento de aquéllas. En todo caso, el principio de oportunidad exigiría, por otra parte, una reestructuración completa del Ministerio Público, pues en un sistema en el que éste no es completamente independiente, pueden surgir objeciones institucionales de consideración (7). Por lo demás, no faltan en Alemania puntos de vista muy críticos de esta forma de tratamiento de los problemas de la pequeña criminalidad. En ellos se señala sobre todo la poca incidencia estadística que ha tenido en la práctica (8) y lo inadecuado del carácter procesal de la solución. Debe, señalarse, sin embargo, que ninguno de estos argumentos contrarios al principio de oportunidad debería tomarse aisladamente y tampoco sería correcto deducir de ellos que esta solución debe desecharse totalmente en España.

El recurso a la transformación de las faltas en ilícitos sólo perseguibles a instancia privada puede cumplir una solución quizá menos conflictiva. Pero tiene también algunos aspectos negativos. Una privatización total del conflicto quizá no sería recomendable en el ámbito de las faltas contra las personas, dado que ello puede generar desprotección y abusos en favor de los más necesitados. No cabe duda que los responsables de fuertes indemnizaciones tendrían en sus manos un importante elemento de coacción sobre las víctimas, en la medida en que éstas debieran elegir entre una indemnización disminuida o una verdadera reparación después de un juicio de duración y resultados no siempre previsibles.

Una intervención de los Tribunales no sería, por tanto, totalmente de excluir de la misma manera que ocurre con el principio de oportunidad. En consecuencia nuevamente estaríamos ante el mismo problema: difícilmente podamos lograr por esta vía una significativa disminución de la actividad judicial, dado que las faltas contra las personas son presumiblemente las más importantes en la estadística de los ilícitos menores. Si una privatización de su sistema de perseguibilidad puede ofrecer reparos respecto de ellas, resulta evidente, entonces, que la eficacia de la acción privada es reducida, toda vez que sólo sería aplicable plenamente en las faltas contra la propiedad; puesto que aquellas que afecten al orden público, a los intereses generales y al régimen de poblaciones, en la medida en que se refieran a bienes supraindividuales, no resultarían apropiadas para una persecución privada. A estos argumentos puede sumarse la comprobación de que precisamente en este ámbito es dudoso que la privatización de la acción reduzca efectivamente el número de intervenciones judiciales, dado que gran parte de éstos son cometidos en supermercados o contra particulares que, por regla, parecen inclinados a formular la correspondiente denuncia (9).

Pero la promoción de una reducción de la persecución penal que cabría esperar de la pequeña criminalidad contra la propiedad no deja de ser preocupante. Como advertencia frente a una solución simplificada de la cuestión puede recordarse aquí lo ya dicho por HULSMAN a este respecto: «Los comportamientos, que se definen como criminalidad de bagatela, no son necesariamente menos dañosos e inquietantes para el afectado directamente por ellos, especialmente cuando tiene una frecuencia importante» (10).

b) Como alternativa a las soluciones procesales del problema de la pequeña criminalidad se ofrece, en primer lugar, una solución drástica en el derecho penal material: la *derogación del Libro III del Código Penal*. También sobre este tema se ha presentado una comunicación especial y ello permite no tratarlo *in extenso*. De cualquier forma, debe señalarse que una derogación global de las faltas podría crear más problemas que los que resuelve. En la tradición despenalizadora, para decirlo resumidamente, la propuesta se ha orientado más a un traslado de las faltas fuera del Derecho penal, que a una abolición general de la intervención estatal en los pequeños conflictos que ellas representan. El fragmento de v. LISZT citado al principio es tal vez la primera prueba de esta afirmación. En el derecho comparado, la Ley Alemana de Infracciones Contra el Orden (*Ordnungswidrigkeiten*) constituye un modelo a tener en cuenta en lo referente a una exclusión de los ilícitos menores del Derecho penal y de los tribunales penales, para remitirlos a una instancia policial-administrativa (11).

Sin embargo, la cuestión de los niveles mínimos de gravedad penal no parece resolverse de una manera tan lineal. En la política criminal moderna se encuentran opiniones que ponen en duda que sólo con esta categoría de ilícitos administrativos de orden pueda cubrirse íntegramente el espacio de los ilícitos menores, que requieren alguna solución sancionadora.

aa) En este sentido, resulta de sumo interés el punto de vista de HIRSCH, surgido de una crítica a la solución procesal instrumentada en los §§ 153 y 153.a) StPO alemana (12). El punto de partida de HIRSCH es la comprobación de un amplio ámbito, situado entre los casos que por su pequeña significación no requieren una intervención penal y los criminales relevantes; esta zona se integraría con supuestos que reclaman una sanción o reacción penal y que deben tratarse mediante multa administrativa, junto a la cual debe preverse un amplio arsenal sancionatorio sin consecuencias jurídicas criminalizadoras. Estas infracciones, que vendrían a reiterar la tripartición de los ilícitos penales según su gravedad, deberían juzgarse, según la propuesta de HIRSCH, por tribunales de paz mediante un procedimiento que satisfaga los principios del Estado de Derecho. En el caso en que el legislador no quisiera modificar su posición respecto de la clasificación bipartita de ilícitos penales, que en Alemania se introdujo en 1975, afirma HIRSCH que, por lo menos, debería tomar en cuenta «un concepto jurídico-material y procesal como solución mínima». En la legislación comparada esta propuesta había tenido acogida en el Código Penal de la República Democrática Alemana de 1975 (*GBI.*, I, 1975, núm. 3, pág. 149) cuyo § 4 establece: «1) Faltas (*Verfehlungen*) son las lesiones de intereses jurídicamente protegidos de la sociedad o de los ciudadanos, en las que los efectos del hecho y la culpabilidad son insignificantes y que están caracterizadas como tales en el Código Penal y en otras leyes. 2) En la determinación de la responsabilidad por las faltas tienen aplicación las prescripciones de la parte general. Las medidas de responsabilidad para las faltas se regulan en una ley especial». La Ley especial (de 19 de diciembre de 1974) prevé medidas disciplinarias y multas policiales de hasta 300 marcos (§§ 4 y 7).

El modelo propuesto por HIRSCH tiene, además, las siguientes particularidades. En lo procesal se propone que el juez encargado del juzgamiento de estos hechos sea profesional, así como que el proceso simplificado pueda no ser público, a no ser que el inculpado exija lo contrario. Como esquema de procedimiento abreviado señala HIRSCH la posibilidad del proceso sumario que se prevé en la StPO con el nombre de *Mandamientos Penales (Strafbefehlen, §§ 407-412)*. Este procedimiento abreviado elimina el juicio oral, permite únicamente aplicar sanciones que no importen privación de libertad (§ 407.2 StPO) y no requiere necesariamente la audiencia previa del inculpado (§ 407.3 StPO). El mandamiento penal adquiere la fuerza de una sentencia basada en autoridad de cosa juzgada si el imputado en el término de una semana no manifiesta su disconformidad (§§ 409.1.7 y 410 StPO). Sí, por el contrario, el inculpado se muestra disconforme se celebrará el juicio oral (§ 411 StPO). Un procedimiento similar existe en Suecia introducido por la Ley Procesal de 1942, que pone el procedimiento íntegramente en manos del Fiscal (13).

En lo referente al *aspecto jurídico-material* se requiere una ponderación de cuáles deben ser los hechos que deberían formar esta categoría última de los ilícitos penales. La cuestión tiene relevancia sobre todo si no se adopta una solución abolicionista lineal en relación a las actuales faltas del Libro III del Código Penal. Una propuesta diversificada deberá renunciar seguramente, a excluir del Código Penal algunos supuestos de faltas contra las personas y contra la propiedad, cuya sanción como delito, probablemente, pudiera resultar desproporcionada. Según la propuesta de HIRSCH en tales casos debería renunciarse a la pena privativa de la libertad, pero mantenerse la pena de multa acompañada de una amplia gama de sanciones que debería renunciarse a la pena privativa de la libertad, pero mantenerse la pena de multa acompañada de una amplia gama de sanciones que debería comenzar con la represión judicial y extenderse a la prestación de servicios de utilidad pública, a la reparación coactiva del daño, obligación de contribuir al mantenimiento financiero de instituciones de bien público, etc., que están contenidos ahora en el § 153.a) StPO y 45 JGG.

El modelo propone también criterios para determinar qué hechos deben ser incluidos en esta categoría. Fundamentalmente se señala en este sentido el pequeño disvalor de resultado, aunque sin dejar de tomar en cuenta que debe estar acompañado de un también pequeño disvalor de acción, de tal manera que la reacción sancionatoria prevista resulte proporcionada.

La transposición de este programa en un proyecto de ley concreto para España requiere una ponderación concreta de sus diversos aspectos materiales y procesales. Lo que desde nuestro punto de vista ofrecerá mayores dificultades será la determinación de qué supuestos deben formar parte de estos ilícitos penales de la tercera categoría, que HIRSCH propone denominar *Verfehlungen* y que en España podrían mantener la denominación de «faltas». El criterio del pequeño disvalor de acción y de resultado, que se propone, no está, de todos modos, totalmente fuera de cuestión (14).

El modelo propuesto por HIRSCH ha sido recibido con reservas en lo que se refiere a la categoría de las faltas (*Verfehlungen*) que propicia y a la consecuencia jurídica que prevé para ellas. En este sentido opina KAISER (15) que dicha solución no sería sino un retroceso en la historia de las contravenciones, pues se dará lugar a una figura que mantendría las bagatelas penales «según el tipo, en el Derecho penal, pero, en lo referente a la reacción penal conectadas con una multa no criminal (*Geldbusse*)».

Sin embargo, no toda la propuesta de HIRSCH debería juzgarse de una manera global. En sus aspectos procesales puede considerársela como un modelo positivo a tomar en consideración. En sus aspectos materiales puede ser orientador para una profunda revisión en el Derecho positivo español de los niveles más leves de las ilicitudes punibles.

bb) Otro modelo ofrecido por la política criminal moderna para la solución de los problemas de la pequeña criminalidad es el adoptado por el § 42 StGB austríaco. El Código, entrado en vigor en 1975, prevé la posibilidad de eliminar del Derecho penal los *hechos carentes de merecimiento de pena*. El texto del § 42 establece:

«Parágrafo 42.1. Si el hecho es perseguible de oficio y sólo está amenazado con pena de multa, pena privativa de la libertad no superior a un año o una pena privativa de libertad de esta magnitud y multa, no será punible si concurren las siguientes condiciones:

- 1) la culpabilidad del autor es pequeña;
- 2) el hecho no ha tenido consecuencias o éstas sólo son insignificantes y, además,
- 3) la sanción no es necesaria para que el autor se abstenga de otras acciones punibles o para disuadir a otros de la comisión de acciones punibles.

2. La decisión sobre la concurrencia de los presupuestos establecidos en el párrafo 1 está reservada al Tribunal; si éstos se cumplen el proceso debe sobrepasar independientemente de la situación en la que se encuentre.»

El sistema puede completarse con el § 34.2 StPO austríaca que en el caso de una pluralidad de hechos (casos de concurso real) permite renunciar a la persecución de los hechos individuales «que no tendrían una influencia esencial en la consecuencia jurídica que es de esperar».

El § 42 StGB austríaco encuentra como paralelo en el Derecho penal comparado el artículo 26.1 del Código Penal polaco que establece mediante una definición legal que «un hecho cuya peligrosidad social es pequeña no constituye un hecho punible» (16) y en el § 3 del Código Penal de la República Democrática Alemana que no considera existente un hecho punible (es decir, que no constituye ni crimen ni delito), «si la acción se corresponde con el texto de un tipo legal, pero los efectos del hecho sobre los intereses de los ciudadanos o de la sociedad y la culpabilidad del autor son insignificantes».

La solución propuesta por el Código Penal austríaco de 1975 deja a salvo, en el ámbito procesal, el principio de legalidad. El desarrollo de la legislación que regula la función del Ministerio Público en Austria

ha seguido, en este sentido, una línea diferente de la de Alemania. Las leyes austríacas han mantenido prácticamente inalterado el principio de legalidad y ello explica en gran parte el tipo de solución que se propone para la pequeña criminalidad (17). «En la génesis histórica --dice NOWAKWSKI, loc. cit.- ha tenido una relevancia especial la vinculación de la Fiscalía a las órdenes que se le den. Sobre todo en círculos de la oposición, se teme que el Ministerio pueda abusar de su derecho para cubrir a políticos o a determinadas acciones ordenando el sobreseimiento según el § 42, a pesar de que no fuera dudosa la posibilidad de probar la culpabilidad y de obtener una condena.»

En la práctica se considera insatisfactorio que los delitos de acción privada queden excluidos del § 42 ó StGB. Desde puntos de vista de economía procesal, se considera que esta disposición debería extenderse también a los delitos perseguibles privadamente, sobre todo porque -como dice ZIPF (18)- «en estos casos estaría sugerida la carencia de merecimiento de pena, precisamente porque el otorgamiento de una acción privada por regla, se funda en que los intereses públicos no resultan afectados por el hecho» (19) .

La experiencia de la judicatura austríaca con el § 42 ó StGB no parece totalmente positiva. Por un lado se constata que la posibilidad que abre el § 42 no es utilizada en medida suficiente. Al parecer, el ámbito de mayor aprovechamiento corresponde a los juzgados de Distrito. Por el contrario, ante los Tribunales que juzgan acciones punibles sancionadas con pena privativa de la libertad entre seis meses y un año, su utilización es muy baja (20) . Por otra parte, se sostiene que en la medida en que se requiere un pronunciamiento de los Tribunales para excluir del Derecho penal los ilícitos de poca trascendencia, los jueces no sufren alivio alguno en la recargada actividad que lo aqueja (21). Ello es consecuencia del punto de partida del legislador austríaco que, en realidad, no parece haber tomado en consideración la economía procesal, sino el aspecto sancionatorio y preventivo. Precisamente por ello, el § 42 aparece en el Capítulo IV de la Parte General, dedicado especialmente a la individualización de la pena. En este sentido, los objetivos de la ley alemana y de la austríaca son claramente diversos: sólo el modelo alemán se dirige principalmente a reducir la presión masiva de la pequeña criminalidad sobre los Tribunales. Desde esta perspectiva, el modelo del § 42 del Código Penal austríaco tiene menos interés, en relación con la situación española, que el modelo de los §§ 153 y 153.a) StPO alemana. Sin embargo, inclusive en Alemania, se considera que es preferible el modelo austríaco en la medida en que sitúa el problema en un plano teóricamente más adecuado que la ley alemana (22) aunque, es claro que su carácter de cláusula general impide un grado satisfactorio de concreción, pues -como señala HIRSCH (23) - «si aquel precepto debe abarcar todo el ámbito de los ilícitos menores que no requieren pena, resulta que, en contraposición con los §§ 153 y 153.a) StGB, se descuidará la distinción entre los casos que no requieren ninguna clase de sanción penal y aquellos que no requieren una pena criminal».

Un balance de las denominadas soluciones globales permite, a mi modo de ver, sostener que ninguna de ellas es totalmente satisfactoria. De todos modos, de la experiencia relativa a este enfoque del problema pueden deducirse algunos puntos de partida para la elaboración de una estrategia inicial referente a la situación española:

1.º La descriminalización de las faltas debería comenzar por la exclusión del Derecho criminal a todos los tipos de faltas en los que la ley señala su levedad o falta de consecuencias como elemento de la infracción.

2.º Una despenalización total del Libro III no resulta aconsejable, principalmente en las faltas contra las personas y contra la propiedad. Consecuentemente no debería establecer -como veremos de inmediato- un límite mínimo de gravedad ni en los delitos contra las personas (especialmente lesiones) ni en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, pues hay razones de prevención general que impiden una abstención total del Derecho penal en este ámbito.

3.º Ello no obstante, se requieren mecanismos legales que permitan excluir del ámbito de la punibilidad



ciertos ilícitos menores contra las personas y contra la propiedad y el patrimonio. Mejor que con fórmulas generales esto puede lograrse quizá con las llamadas *soluciones sectoriales*, de las que nos ocuparemos enseguida.

En el aspecto procesal, sin embargo, es donde, a mi juicio, las sugerencias analizadas dejan un saldo más positivo. El procedimiento del *Mandamiento penal* utilizado en Alemania Federal y Suecia constituye un modelo que debe tenerse presente y del que cabe esperar en España resultados probablemente no menos alentadores que los obtenidos en aquellos países. Volveremos sobre ello más adelante.

#### IV

Las llamadas soluciones sectoriales adquieren especial relevancia con referencia a los problemas que una descriminalización de las faltas generaría como consecuencia de ciertos desplazamientos inevitables, por razones preventivas, hacia el campo de los delitos.

En la política criminal comparada de la despenalización tienen una significación importante, desde esta perspectiva, los modelos referentes al hurto en almacenes de autoservicio y a la llamada *justicia de empresa* que afecta a un grupo de delitos como lesiones, daños, etc., cometidos en el ámbito de trabajo en una empresa. En el marco de las preocupaciones actuales de la justicia social española no es claro si estos hechos tienen una trascendencia estadística muy significativa. Con respecto a algunas jurisdicciones como, por ejemplo, Barcelona, se subraya en la Memoria del Fiscal General del Estado, «el incremento sensible de los delitos de robo, hurto y tráfico de drogas» (pág. 117). En Valencia, por el contrario, se detecta un descenso en los delitos contra la propiedad sin fuerza y en los de lesiones. Con respecto a Madrid no se proporcionan datos en este sentido, Pero los hurtos -siempre según el cuadro presentado en la Memoria del Fiscal General del Estado - tienen una trascendencia estadística notoria en la Comunidad Castilla-La Mancha, en la que ocupan el tercer lugar en frecuencia (ver pág. 149); es imposible, de todos modos, establecer cuántos de estos hechos tienen el carácter de ilícitos penales de mínima significación.

La reconstrucción de la realidad criminológica a través de estas Memorias, sin embargo, no está pensada para encarar una política de descriminalización sectorial con miras a redimensionar el sistema de control penal del delito. El objetivo que ellas siguen no es el de servir de base a una política criminal de estas características, sino brindar una visión de la actividad funcional del Ministerio Público y de la Justicia. El primer paso, en consecuencia, para proyectar medidas de descriminalización, sería la confección de un cuadro estadístico que permita un relevamiento de la incidencia de los delitos de mínima significación en la actividad judicial. Probablemente una primera aproximación debería comenzar por los grandes núcleos urbanos y por aquellas jurisdicciones que presenten mayores problemas desde el punto de vista de la congestión de la actividad por el alto número de intervenciones. Esto permitiría, en primer lugar, lograr los datos en menor tiempo y, en segundo lugar, con un menor costo.

La confección de tales estadísticas requiere de todos modos una serie de hipótesis político-criminales. De las estadísticas a secas no pueden surgir las proposiciones político-criminales como lo creyó FERRI, sino que, a la inversa, son aquellas hipótesis y finalidades las que deben orientar a la estadística.

Desde esta óptica hemos de encarar el tratamiento de los restantes modelos de despenalización que ofrece la política criminal comparada.

Lo interesante de estos modelos legislativos reside, a mi modo de ver, en su carácter puntual; no buscan soluciones generales, para todos los ilícitos menores, sino limitadas a ciertas constelaciones de hechos, en los que, si bien no se requiere una sanción del Derecho penal criminal, existe, de todos modos, un conflicto social que requiere una intervención estatal, en muchos casos sancionatoria.

a) El Proyecto de Ley contra el Hurto en Supermercados (República Federal de Alemania (EDLG). El Código Penal alemán, en la versión que entró en vigor en 1975, estableció en el § 248.a) que

«el hurto y la apropiación indebida de cosas de pequeño valor en el caso de los §§ 242 y 246 sólo serán perseguibles a instancia de parte, salvo que las autoridades dispongan de oficio lo contrario en razón del interés público especial en la persecución».

Esta solución se extiende al favorecimiento de los que han cometido un hecho antijurídico (§ 257, 4 StGB), la receptación (§ 259, 11), la estafa (§ 263, IV) y la defraudación de servicios [§ 265.a), III]. Estas disposiciones son la consecuencia de la derogación del título del Código Penal correspondiente a las contravenciones. La sustracción cometida por un necesitado y el hurto de artículos de alimentación para su consumo inmediato, que antes se contemplaban como contravenciones, al ser eliminadas como tales resultaban adecuadas al tipo penal del hurto, la estafa, etc., y el legislador quiso reducir estos efectos mediante una persecución dependiente de instancia privada. Todas estas disposiciones se consideran, por tanto, complementarias del principio de oportunidad introducido en los §§ 153 y 153.a) StPO.

Si en España se derogara el Libro III del Código Penal, esta situación no se repetiría en idénticos términos, dado que el tipo de los delitos de hurto y de estafa ya contiene un límite mínimo fijado por el legislador en 30.000 pesetas. La cuestión, de todos modos, aparecería en relación a la apropiación indebida y a la receptación que carecen de tal límite en la definición del delito. Para el caso de la apropiación indebida la derogación de las faltas determinaría también la eliminación de límite de 30.000 pesetas que establece el artículo 587.3 CP.

Pero la falta de identidad de los problemas no significa, en modo alguno, que éstos no se presenten con otras características. La derogación del Libro III del Código Penal determinaría una laguna de punibilidad en los niveles de gravedad más bajos de los delitos patrimoniales y, probablemente, en algunos ilícitos contra las personas que, como tal, no resulta deseable. El orden jurídico no podría carecer de alguna clase de solución para esta especie de conflictos sociales, que desde el punto de vista de las convicciones sociales siguen siendo reprobables, aunque puede existir también un cierto consenso referente a la mínima utilidad que tiene un tratamiento criminal de tales casos.

La privatización de la persecución del hurto, la apropiación indebida, la estafa, etc., dispuesta por el legislador alemán fue muy criticada (24). Como ya lo hemos visto, muchos objetan que se trata de un «procedimiento libre de venta con rasgos jurídico-penales» (25) que obliga al acusado bajo la presión del proceso penal a elegir entre éste, con un resultado incierto o las obligaciones y prestaciones que puede imponerle el Fiscal. Las críticas se refieren, incluso, a la posible ineficacia de las declaraciones del acusado desde el punto de vista procesal penal y la dudosa compatibilidad de esta solución con el principio de la presunción de inocencia (26).

El efecto despenalizador se ha visto neutralizado en la práctica porque en lo referente a hurtos cometidos en supermercados, que constituyen el mayor número de casos, las asociaciones de comerciantes se han puesto de acuerdo en no renunciar a la persecución de tales hechos.

Frente a esta solución un grupo de profesores de Derecho penal del círculo del conocido «Proyecto Alternativo» (*Alternativ-Entwurf*) propusieron un tratamiento sectorial del hurto cometido en grandes almacenes que, en verdad, no se refiere sólo al hurto, sino también a la estafa, a la falsificación y a los daños. Los autores piensan que esta propuesta puede quitar significación a las críticas que levantó la «solución global» dispuesta en la reforma del Código Penal, «porque -sostienen en la Exposición de Motivos (27)- este proyecto regula un ámbito parcial diferenciado. La tipicidad del delito simplifica un tratamiento sectorial». Y agregan: «Los hurtos en supermercados se han convertido en fenómenos masivos porque el autoservicio constituye un estímulo especial para ello». El proyecto tiene en cuenta que, en gran medida el titular del negocio neutraliza el daño trasladándolo a los costos que, en definitiva, pagan los clientes. Ello

determina que una intensificación de los controles pueda ser en realidad antieconómica y explicaría también cierta renuncia a la autoprotección.

El Proyecto prevé su aplicación, como se dijo, a los delitos de hurto por un lado, y, por otro, los de estafa, falsificación de documentos y daños, «cuando éstos permitan o faciliten la sustracción de cosas de la tienda sin concluir contrato o mediante engaño sobre el precio» (§ 1 AE-GLD). Descubierto un hecho de estas características el titular del negocio «puede exigir (del autor mayor de catorce años y capaz) el precio de venta de la mercadería obtenida o el valor de lo obtenido antijurídicamente junto con una sanción de 50 DM» (aproximadamente 3.500 ptas.). Esta sanción se une a las demás obligaciones del autor, especialmente la restitución de lo obtenido y la reparación del daño en dinero. La acción referente a la sanción puede ejercerse hasta dos meses después del hecho.

En lo referente a la detención, secuestro de las cosas e *identificación de la persona*, sobre todo mediante huellas digitales rige la ley procesal (§ 4).

Si el autor satisface la suma correspondiente a la sanción, el lesionado queda obligado a solicitar del Juzgado de Primera Instancia una «Orden de inscripción» en la que se hará constar que el autor deberá contar con la persecución penal en el caso de producirse dos inscripciones en el plazo de dos años (§ 5. I).

Por el contrario, si el autor no satisface la sanción resultarán aplicables las disposiciones de la Ordenanza Procesal Civil (ZPO) referentes al procedimiento ejecutivo (*Mahnverfahren*). La «Orden de inscripción» tiene el carácter de título ejecutivo. En los casos en que el autor no reconoce la sanción ni la paga sólo cabe el procedimiento ejecutivo civil.

El proyecto establece asimismo un registro de sanciones impuestas por estos hechos.

En Alemania, algunos autores han sostenido que, en realidad, el Derecho penal debería crear un tipo penal especial que *sancionara el* abuso del autoservicio como forma de compra. Este punto de vista parte de consideraciones muy diferentes a las contenidas en el Proyecto de Ley. Mientras éste abriga dudas sobre el carácter delictivo del hurto en supermercados, los que reclaman una sanción criminal para estos hechos piensan que se lo debería considerar un hurto agravado, pues en él se da no sólo la sustracción de la cosa, sino además el quebrantamiento de la confianza del titular del negocio<sup>(28)</sup>. Esta crítica, sin embargo, es manifiestamente falsa, dado que en todo hurto ya está implícita la lesión de una confianza genérica y que, en el caso del autoservicio, es claro que la víctima no tiene una mayor cercanía personal con el autor como para pensar que su «especial confianza» merecerla una protección penal adicional.

Visto desde la perspectiva española cabe, de todos modos, dudar de la utilidad inmediata de este modelo. Los desplazamientos de los conflictos que hoy ocupan a la Justicia penal hacia la justicia civil no constituyen, en verdad, una solución plausible en un momento en el que las posibilidades de una respuesta eficaz por parte de esta última son prácticamente nulas. Cabría pensar, sin embargo, en una reforma del procedimiento penal que, orientada, por este modelo, dejara en manos del Juez de instrucción el procedimiento ejecutivo simplificado de la sanción pecuniaria.

*b) Proyecto de Ley de Regulación de la justicia de Empresa (República Federal de Alemania, 1975).* En el prólogo de proyecto, que también ha sido propuesto por el grupo de profesores del Proyecto Alternativo se afirma que «para dominar a la pequeña criminalidad se requiere la búsqueda de nuevas soluciones». En esa orientación se ha procurado partir de la constatación de un hecho real: en el ámbito de las empresas ya existe un sistema sancionatorio para infracciones del orden, que opera dentro del ámbito del trabajo, con independencia del carácter criminal o no criminal de la perturbación ocurrida. En estos casos el Estado tendría mejores perspectivas de eficacia estableciendo un sistema de justicia arbitral privada con control estatal.

El ámbito de aplicación de este proyecto de justicia de empresa alcanza al personal de la empresa y se refiere a hechos cometidos contra otros trabajadores o contra la empresa misma durante la jornada de trabajo o relacionados con el servicio prestado en ella, siempre y cuando no resulten consecuencias graves

o por la forma de comisión o por su frecuente repetición su gravedad sea mayor. En este sentido, pueden entrar en consideración:

1. Lesiones (no agravadas y culposas).
2. Incumplimiento de las disposiciones, penales o no, que tengan por fin la protección de la salud en los lugares de trabajo.
3. Injurias.
4. Allanamiento de morada.
5. Coacciones y amenazas.
6. Delitos contra la propiedad y el patrimonio (hasta 500 DM).
7. Falsificaciones documentales.
8. Violación de secretos.
9. Violación de prohibiciones referentes a la competencia.
10. Otras contravenciones de orden.
11. Abuso de bebidas alcohólicas [§ 323.a) StGB].

El Proyecto prevé además un catálogo de sanciones y procedimiento arbitral.  
El catálogo de sanciones contiene cuatro especies diferentes:

1. Represión.
2. Obligación de reparación del daño.
3. Multa de hasta una mensualidad de retribución (o hasta 1.000 DM).
4. Traslado y despido, con el acuerdo de la dirección de la empresa y dentro de los casos de admisibilidad del despido.

En cuanto al *procedimiento arbitral* se establece un tribunal arbitral de tres miembros, presidido por un árbitro de designación estatal, e integrado además por dos árbitros elegidos uno por la asamblea de empresa y otro por la dirección (*Geschäftsleitung*) de la misma. El Tribunal arbitral no debe tener una competencia superior a las 1.000 personas. En los casos de pequeñas empresas se prevé un tribunal arbitral que abarque varias empresas (§ 4).

Contra la decisión del Tribunal arbitral tanto el acusador como el inculpado pueden solicitar juzgamiento judicial ante el juez de primera instancia (*Amtsrichter*) dentro de una semana. La sentencia del Juez de primera instancia es recurrible ante el Tribunal Superior del Estado Federado. El procedimiento judicial es el previsto en la Ley de Contravenciones de Orden (OWiG).

Como se ve, se piensa que una instancia arbitral previa a la justicia penal podría contribuir a una disminución de la afluencia masiva de estas causas a los tribunales (29) aunque se reserva un control judicial final.

Desde el punto de vista de la situación de nuestra justicia penal este proyecto puede ser un interesante punto de partida para la discusión de soluciones en el ámbito de aplicación que lo caracteriza. Esa discusión requiere, como ya se dijo, de datos empíricos que nos orienten sobre la existencia en nuestras empresas de alguna base que permita implantar un sistema de justicia de empresas.

Los proyectos analizados constituyen buenos modelos no sólo desde el punto de vista de la línea que debe seguir la reforma, sino también en lo que se refiere a la imaginación que debe utilizar el legislador en la búsqueda de soluciones que alivien el peso de la pequeña criminalidad sobre la justicia penal.

V

Las consideraciones anteriores, como se dijo, parten de un determinado interés: la adecuación de las dimensiones del sistema penal al aparato disponible de la Justicia. En este sentido, se han analizado las líneas más o menos clásicas de tratamiento del problema en Europa desde el punto de vista de la reducción de los alcances del Derecho penal y del desplazamiento de los conflictos a otras jurisdicciones.

Pero esta visión es, al menos en la situación española actual, sólo parcial. Por ello es preciso completarla con la consideración de otros aspectos. De esta manera a la estrategia de redimensionar el Derecho penal material debería agregarse otra tendente a *optimizar el rendimiento del aparato judicial existente*. Ello no será posible sin una ley urgente de reformas del proceso penal cuyo principal objetivo sea llevar a sus últimos extremos el principio de la economía procesal. Aquí no es posible sino formular algunas pocas sugerencias realistas sobre una reforma urgente que tienda, por una parte, a la eliminación de lo procesalmente inútil e institucionalmente innecesario y, por otra, a la eliminación de fuentes de conflictos técnico-procesales.

En este sentido cabe pensar, probablemente sin perjuicio de otras, en las siguientes cuestiones:

1.º Extremar las exigencias procesales de la selección judicial *in limine* de las querellas y denuncias. Es frecuente que se instruyan muchos sumarios o diligencias para aclarar hechos respecto de los que ya inicialmente puede comprobarse que no constituyen delito alguno. La selección Judicial debería ser en este sentido mucho más rigurosa que en la actualidad.

2.º *Eliminación de recursos innecesarios*. El recurso de súplica (art. 236 LECrim.) (con excepción del previsto en la Ley de Extradición Pasiva, L. 4/85, de 21 de marzo, art. 15) es actualmente innecesario, pues no hay ninguna exigencia constitucional que imponga una doble discusión de la materia

de los autos ante el mismo órgano que los dicta. Las mismas razones aconsejan la eliminación del recurso de reforma (art. 217 LECrim.).

3.º *Limitación del recurso de apelación* durante el sumario exclusivamente a las decisiones referentes a medidas que afecten la libertad o la propiedad de una persona, como consecuencia de medidas precautorias que afecten tales bienes, determine el archivo o sobreseimiento. Esta medida debería completarse con la eliminación del auto de procesamiento, que carece en la actualidad de función procesal alguna y que no sólo exige la actividad de dictarlo, sino que, como tal, genera o puede generar los correspondientes recursos de reforma y de apelación.

4.º *Limitación y redefinición del recurso de queja*. Este recurso debe limitarse exclusivamente al segundo puesto de la redacción actual del artículo 218 LECrim., es decir, a la impugnación de resoluciones que denegaren la admisión de un recurso de apelación.

5.º El recurso de *apelación contra sentencias* del juez de instrucción (arts. 792 LECrim. y 11 LO 10/80) debería igualmente redefinirse. La apelación sólo podrá afectar a la cuestión de hecho si se ha producido prueba en segunda instancia. De lo contrario deberá limitarse a la cuestión de derecho, por lo que se asemejará considerablemente a un recurso de casación.

6.º *Modificación del procedimiento del recurso de casación*. La poca trascendencia de la vista oral del recurso de casación aconseja su supresión a pesar de que en el derecho comparado este procedimiento se mantiene tanto en Italia (arts. 536 CPP) como en Alemania (§ 351 StPO). Eventualmente sólo cabría que ésta se celebrara sí el Tribunal Supremo estimara que ello es necesario para que la Defensa o el Fiscal aleguen sobre cuestiones concretas que el Tribunal les someta a consideración.

7.º Aclarar el significado en el proceso penal de las garantías constitucionales de la presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva. En este ámbito, una vez sancionada la Constitución se ha produ-

cido una importante modificación de las tradiciones de la práctica judicial española que ha afectado, sobre todo, al recurso de casación. Los problemas que genera la nueva situación no serán resueltos adecuadamente mediante una política restrictiva en la fase de la admisión del recurso, pues ello, fuera de la desnaturalización de las garantías que lleva implícita, difícilmente contribuirá a una disminución de la excesiva tarea de los tribunales. La experiencia enseña que el aumento del rigor en la fase de la admisión de la casación no produce necesariamente una disminución de los recursos y, además, lo que es peor, dificulta la resolución de las cuestiones de fondo, es decir, impide alcanzar la paz jurídica. Por el contrario, de lo que se trata es de una cuidadosa revisión de aspectos vinculados con la prueba, con el juicio oral y con la materia del recuso de casación, que, desde mi punto de vista, es cada vez más urgente.

Junto a estas medidas parece recomendable una modificación de las ideas orientadoras de las reformas procesales. Hasta ahora se trata, por lo general, de buscar la economía procesal mediante la abreviación de algunos aspectos parciales del procedimiento que recuerdan a la instrucción sumaria que prevé el Código de Procedimientos Penales italiano (art. 389 y slgs.). Frecuentemente esta línea de acción implica también una reducción de las garantías del imputado hasta límites de dudosa constitucionalidad, sobre todo cuando van acompañadas de la acumulación de funciones instructoras y propiamente judiciales.

La alternativa debería verse en la introducción de procedimientos que se orientaran según el modelo del *mandamiento penal* sueco y alemán, que no importan un acortamiento del procedimiento por unificación de funciones o disminución de garantías del proceso ordinario, sino un modelo diferente. Naturalmente que la introducción en el Derecho procesal penal de un procedimiento de este tipo tiene que ir acompañada de una reforma del Derecho penal material en la que se modifique sustancialmente el sistema de reacciones penales. Nuestro sistema adolece de un exceso de pena privativa de la libertad y ello no sólo es inconveniente político-criminalmente, sino también desde el punto de vista procesal. La reforma penal debería tender, desde una perspectiva integral, también al establecimiento de penas que permitan una reducción de la privatización de la libertad y además la instauración de procedimientos más expeditivos.

## VI

El análisis realizado permite formular algunas conclusiones, que pueden resumirse de la siguiente manera:

1.º La política criminal de los ilícitos menores requiere contemplar el problema desde la doble perspectiva del Derecho penal material y del Derecho procesal penal: la política criminal también se hace mediante el Derecho procesal.

2.º Un programa político criminal orientado a redimensionar el sistema penal debe fijar algunas hipótesis iniciales que orienten la obtención de los datos empíricos necesarios para la formulación de propuestas concretas.

3.º Los objetivos del programa a corto plazo deberían dirigirse a optimizar el sistema procesal vigente mediante una liberación de los tribunales de cargas procesales innecesarias y de fuentes de conflictos técnico-procesales que son producto de situaciones legales poco claras.

4.º En el marco de la pequeña criminalidad cabe pensar en la introducción de un procedimiento abreviado que se oriente al modelo del «Mandamiento penal» del procedimiento alemán y sueco, que reemplazaría, en lo que fuera posible, al actual procedimiento para el juicio sobre faltas.

5.º La descriminalización de ciertos ilícitos menores debería encararse mediante un método pluralista, que procurara una síntesis adecuada de las Ramadas soluciones globales y soluciones sectoriales.

6.º Es muy probable que ninguna de estas propuestas resuelvan íntegramente el problema de la saturación de los órganos judiciales, si no va acompañada de un aumento razonablemente adecuado de jueces y magistrados en todas las instancias.

7.º En una reforma de esta naturaleza no debería excluirse, quizá, una revisión de la organización del Ministerio Fiscal.

#### NOTAS:

- (1) Cfr. Karl BIRKMEYER: *Was lässt von Liszt von Strafrecht übrig?*, 1907, págs. 5 y sigs.
- (2) Cfr. también Carlo Eurico PAGLIERO: *Mínima non cura praetor* (Ipertrófia del diritto penale e descriminalizzazione dei reati bagatellari), 1985.
- (3) *Dei delitti e delle pene*, XIX, citado según la edición de Gian Domenico Pisapia, Milán, 1973.
- (4) Cfr. pág. 245.
- (5) Cfr. KAISER: «Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität», en ZStW, núm. 90, 1978, páginas 877 y sigs.
- (6) Pág. 256.
- (7) Cfr. NOWAKOWSKI: «Die Behandlung der Bagatellkriminalität in Oesterreich», en ZStW, núm. 92, 1980, págs. 255 y sigs. y 275.
- (8) Cfr. HIRSCH: «Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland», en ZStW, núm. 92, 1980, págs. 218 y sigs.
- (9) Cfr. KAISER: loc. cit.
- (10) «Die Behandlung der Bagatellkriminalität in den Niederlanden», en ZStW, núm. 92, 1982, págs. 568 y sigs. y 583.
- (11) Cfr. sobre la solución alemana de las *Ordnungswidrigkeiten*, JESCHECK: *Lebruch des Strafrechts*, 3.ª ed., 1978, págs. 44 y sigs.; las críticas político-criminales pueden verse en KAISER: «Möglichkeit der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland», en ZStW, núm. 90, 1978, págs. 879 y sigs. y 893 y sigs.
- (12) Cfr. HIRSCH: loc. cit.
- (13) En 1977 se realizaron en Suecia 150.000 procedimientos por la vía del mandamiento penal, mientras sólo 47.000 fueron objeto de procedimiento judicial que acabó con la imposición de pena de multa; confr. Carl-Johan COSMO: «Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Schweden», en ZStW, núm. 92, 1980, págs. 561 y sigs. y 562 y sigs.
- (14) Cfr. KRÜPELMANN: *Die Bagatelldelikte*, 1966, págs. 11 y sigs.; PALIERO: *Mínima non cura praetor*, 1985, págs. 627 y sigs., y KAISER: loc. cit., pág. 897.
- (15) Loc. cit., pág. 897.
- (16) Cfr. Ewa VIEIGEND y Andrzej ZOLL: «Die Bekämpfung der Bagatellkriminalität in Polen», en ZStW, núm. 95, 1983, págs. 749 y sigs. y 766.
- (17) Cfr. H. ZIPF: *Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*, 1975, págs. 14 y sigs, y NOWAKOWSKI: «Die Behandlung der Bagatellkriminalität in Oesterreich», en ZStW, núm. 92, 1980, págs. 256 y sigs. y 275.
- (18) Loc. cit., pág. 17.
- (19) Cfr. en el mismo sentido NOWAKOWSKI: loc. cit.
- (20) Cfr. NOWAKOWSKI: loc. cit., pág. 270.
- (21) Cfr. BERTEL *Strafprozessgrundriss*, 1975, pág. 14.
- (22) Cfr. VOGLER: «Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung», en ZstW, núm. 90, 1978, págs. 132 y sigs. y 163 y sigs., y HIRSC: loc. cit., págs. 236 y sigs.
- (23) Loc. cit., pág. 238.
- (24) Cfr. SAMSON: en SK, StGB, § 248.a), núm. 7, y sigs.; ESER: en SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, 22

ed., 1985, § 248,a), con indicaciones bibliográficas; DENCKER, en JZ, núm. 73, pág. 144, y NAUCKE: *Dic-tamen para el 51 DJT*, 1976.

(25) SCHMIDHÄUSER: en JZ, núm. 73, pág. 529.

(26) Cfr. SAMSON: loc. cit.

(27) AE-GLD, 1974, pág. 9.

(28) Cfr. VOGLER: loc. cit., pág. 159 y sigs., y LANGE: «Privilegierung des Laden dibes?», en JR, 1976, págs. 182 (183).

(29) Cfr. VOGLER: loc. cit., y KAISER: loc. cit.