

¿De minimis non curat praetor?

La aplicación del principio de intervención mínima en la jurisprudencia ante supuestos de menor entidad

Sumario

-
En ocasiones, una aplicación literal del precepto penal permite el castigo de conductas leves, inmorales o socialmente reprobables, pero de dudosa relevancia penal. En teoría, el principio de intervención mínima reserva la acción penal a los ataques más graves contra los bienes jurídicos más importantes. Doctrina y jurisprudencia mayoritaria coinciden al entender que este principio se dirige prioritariamente al legislador, que debe construir la política criminal teniendo en cuenta este límite. Más dudas hay sobre si los jueces pueden también recurrir al principio de intervención mínima y con qué efectos. En este contexto, tras exponer el origen, contenido y vertientes tradicionalmente atribuidos a este principio, en este trabajo se examina el estado del debate a propósito de su destinatario. Tras constatar las escasas referencias a este principio en las reformas penales de la última década, se examina su papel en la jurisprudencia a partir del análisis de 287 sentencias del Tribunal Supremo y de Audiencias Provinciales en las que se emplea este principio, determinando que, aunque más de la mitad de las sentencias rechazan aplicarlo, un elevado porcentaje de ellas esgrime el principio para fundamentar una interpretación restrictiva que permite concluir la atipicidad de la conducta en estos supuestos de menor entidad.

Abstract

-
A literal interpretation of a criminal provision sometimes enables the punishment of minor, immoral or socially reprehensible behaviours, but of doubtful criminal relevance. In theory, the principle of minimal intervention reserves criminal action for the most serious attacks against the most important legal interests. Doctrine and jurisprudence generally understand that this principle is addressed primarily to the legislator, who must shape criminal policy taking this limit into account. However, it is unclear if judges can also resort to this principle and with what consequences. In this context, after examining the origin, content and features traditionally attributed to the principle of minimal intervention, this paper examines the state of the debate. After verifying the few references to this principle in the latest criminal reforms, its role in jurisprudence is scrutinized through the analysis of 287 judgments delivered by the Supreme Court and Provincial Courts, establishing that, although more than half of the judgements refuse to apply it, a high percentage of them resort to the principle to support a restrictive interpretation that leads to an acquittal in these lesser grave cases.

Title: *De minimis non curat praetor? The judicial application of the principle of minimal intervention in cases of lesser gravity*

-
Palabras clave: Intervención mínima, fragmentariedad, subsidiariedad, ultima ratio, interpretación

Keywords: *Minimal intervention, fragmentarity, subsidiarity, ultima ratio, interpretation*

-
DOI: 10.31009/InDret.2024.i1.09

1.2024

Recepción
25/09/2023

-

Aceptación
08/01/2024

-

1. Introducción

2. El principio de intervención mínima en el ordenamiento español

2.1. Origen y contenido del principio de intervención mínima

2.2. Vertientes del principio de intervención mínima

2.3. Fundamento y relación con otros principios

3. Destinatarios del principio de intervención mínima

3.1. Estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia

3.2. Destinario #1: el legislador. El principio de intervención mínima como criterio rector de la política criminal

3.3. Destinario #2: el juez. Vías para la aplicación del principio de intervención mínima por parte del juez

a. Manifestaciones del principio de intervención mínima en el Código Penal

b. Descartar la aplicación de la ley en el caso concreto

4. Interpretación conforme al principio de intervención mínima

4.1. Consideraciones generales

a. El principio de insignificancia

4.2. El principio de intervención mínima en la jurisprudencia

a. Metodología

b. Resultados

5. Discusión y conclusiones

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción *

La expresión latina *de minimis non curat praetor* proviene del Digesto y suele traducirse como «de los asuntos intrascendentes no se ocupa el magistrado» (Diccionario panhispánico del español jurídico). Es decir, se excluyen las causas insignificantes de la competencia de los jueces. En el ámbito penal, este límite al *ius puniendi* se plasma en el principio de intervención mínima que restringe el castigo penal a los ataques más graves contra los bienes jurídicos más importantes, reservando el Derecho Penal como *ultima ratio*.

En España, se considera mayoritariamente que el principio de intervención mínima tiene por destinatario principal al legislador, sobre quien recae el diseño de la política penal. A él corresponde la aprobación de las leyes que seleccionen los principales bienes jurídicos y configuren los tipos penales para castigar los ataques más lesivos. Más dudas concurren a la hora de determinar si también los jueces pueden hacer uso de este principio. De hecho, por lo general, los jueces suelen mostrarse reticentes a recurrir al principio de intervención mínima en supuestos donde concurren formalmente los elementos del tipo, alegando el estricto respeto al principio de legalidad para justificar la condena.

Al respecto, el Tribunal Supremo se ha posicionado expresa y reiteradamente, al establecer que:

«[r]educir la intervención del derecho penal, como última «ratio», al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio precisamente con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal»¹.

En este sentido, resulta esclarecedor reflexionar sobre el devenir del denominado principio de insignificancia, que el Tribunal Supremo considera derivado del principio de intervención mínima y aplicable a los supuestos de menor relevancia. Mientras el principio de intervención mínima está mayoritariamente reconocido como de indiscutible vigencia, el principio de insignificancia «dista mucho de gozar de un reconocimiento generalizado en la doctrina y jurisprudencia»².

En el ámbito de los delitos contra la salud pública, hasta 2003 este principio hizo posible limitar la intervención penal, excluyendo la tipicidad en casos de tráfico de drogas en cantidades inferiores a las dosis de abuso, por entender que, por la cantidad objeto de tráfico, no entrañan peligro para la salud pública. Sin embargo, a partir de ese año, este principio tomó como referencia la dosis mínima psicoactiva, es decir, la cantidad mínima que hace efecto sobre el

* Cristina Fernández-Pacheco Estrada (cristina.fpacheco@ua.es). Esta publicación se enmarca en el proyecto PID2022-136847NB-I00 financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación).

¹ Entre otras muchas, STS 7/2002, de 19 de enero, ECLI:ES:TS:2002:208, FJ sexto.

² GÓMEZ RIVERO, «Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido», *Estudios penales y criminológicos*, 37, 2017, p. 266.

organismo. Este cambio de criterio implica *de facto* la expulsión del principio de insignificancia en el ámbito de estos delitos, que en su nueva formulación se convierte, más bien, en un caso de falta de objeto material³.

No obstante, la necesidad de un mecanismo que respalde una interpretación restrictiva en casos de escasa entidad sigue vigente. Ejemplo de ello son sentencias de primera instancia estudiadas en este trabajo que muestran el tensionamiento del principio de intervención mínima en este tipo de supuestos. Por ejemplo, el caso de una mujer condenada por injurias por decir a su expareja «valiente sinvergüenza estás hecho»; o el de la mujer condenada por coacciones por cambiar la cerradura de una vivienda que solía compartir con su expareja antes de la separación, pero que le había sido atribuida en el acuerdo de separación; la condena por coacciones a quien envió tres mensajes de texto a quien no quería recibirlos; la condena por delito leve de daños a la vecina que pintó con rotulador una raya en la puerta de su vecina, procediendo posteriormente a borrarla sin que quedara ningún rastro; o las numerosas condenas por la antigua falta de incumplimiento de las obligaciones familiares por pequeños incumplimientos de los acuerdos de custodia de los hijos, como la condena por entregar en una ocasión al hijo 16 minutos más tarde de lo estipulado.

En este contexto, las Preguntas de Investigación (PI) que vertebran este trabajo son:

PI-1 ¿Recurren los jueces al principio de intervención mínima en aquellos supuestos de hecho que, aun cabiendo en la literalidad típica, no implican una afectación relevante del bien jurídico?

PI-2 ¿Qué efectos le atribuyen?

Para abordar estas preguntas examinaré, en primer lugar, la configuración del principio de intervención mínima a partir de su desarrollo dogmático y jurisprudencial. En segundo lugar, presentaré el debate existente sobre su destinatario y las correspondientes vías para la aplicación del principio. En tercer lugar, expondré los resultados de un estudio jurisprudencial de 287 sentencias que se refieren a este principio, analizando los delitos y penas a los que afecta y los efectos que se le atribuye, para terminar con algunas conclusiones.

2. El principio de intervención mínima en el ordenamiento español

2.1. Origen y contenido del principio de intervención mínima

En España, la formulación del principio de intervención mínima como tal corresponde a MUÑOZ CONDE, quien, en 1975, lo consideró «un principio político-criminal limitador del poder punitivo del Estado derivado de la propia naturaleza del Derecho penal», plasmación de un «Derecho penal

³ Con todo, el principio de insignificancia no se limita a los delitos contra la salud pública. Sobre la aplicación de este principio en el ámbito de la corrupción, véase GÓMEZ RIVERO, *Estudios penales y criminológicos*, 37, 2017; FERNÁNDEZ CABRERA, «La intervención mínima como argumento para absolver de la comisión de delitos de corrupción: crítica dogmática y político-criminal», *Indret*, 3, 2019, pp. 1-44. Sobre su impacto en el Derecho Penal económico, BUSTOS RUBIO, «Insignificancia y Derecho penal económico», *Indret*, 4, 2023, pp. 1-61.

Mínimo»⁴. Para MUÑOZ CONDE, esto resultaba menos equívoco que la simple referencia a la «subsidiariedad», que él concebía como una de las consecuencias derivadas del principio de intervención mínima, junto al carácter fragmentario del Derecho Penal⁵. En 1987, MIR PUIG declaraba: «existe acuerdo en la doctrina actual en proclamar el principio de intervención mínima del Derecho Penal»⁶.

En cuanto a su contenido, el principio de intervención mínima implica que «la sanción penal habrá de reservarse para los casos en que sea imprescindible para cumplir el fin de protección de bienes jurídicos que el Derecho penal tiene encomendado». Como consecuencia, el Derecho Penal solamente deberá intervenir en los casos en los que las sanciones previstas por otras ramas del Derecho no sean suficientes (subsidiariedad); y el Derecho Penal no deberá proteger todos los bienes jurídicos ni protegerlos frente a cualquier ataque, sino sólo en caso de ataques muy graves contra los bienes jurídicos más importantes (fragmentariedad)⁷.

Desde las primeras ediciones de su manual hasta la más reciente, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN han continuado otorgando un enorme protagonismo al principio de intervención mínima, concibiéndolo como uno de los dos ejes de la legitimación intrínseca del Derecho Penal. Así, el principio de intervención mínima se configuraría desde su punto de vista como un macroprincipio limitador del poder punitivo del Estado, que abarcaría la subsidiariedad -que a su vez comprende el principio *ne bis in ídem*-, la fragmentariedad e incluso los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas⁸.

En la actualidad, a pesar de la incuestionable diversidad en la denominación y la concreción de los distintos principios penales, a la que LASCURAÍN SÁNCHEZ se refiere muy gráficamente como el «babel de los principios»⁹, la doctrina reconoce de forma generalizada la existencia del principio de intervención mínima, en líneas similares a las expuestas por MUÑOZ CONDE¹⁰. Con todo, existen ciertos matices en cuanto a su fundamento o las consecuencias que de él se extraen.

Por ejemplo, para LUZÓN PEÑA, subsidiariedad e intervención mínima son sinónimos y derivan directamente del principio de necesidad, que se encuentra en estrecha conexión con el carácter fragmentario del Derecho Penal¹¹. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN consideraban que el principio

⁴ MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 1975, p. 71. También el Derecho Penal mínimo defendido por FERRAJOLI está detrás del enfoque de intervención mínima del Derecho Penal (*Garantismo penal*, 2006, pp. 55-68).

⁵ MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 1975, p. 60.

⁶ MIR PUIG, «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 12, 1987, p.243.

⁷ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 11ª ed., 2022, p. 67.

⁸ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 11ª ed., 2022, pp. 66-84.

⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 9

¹⁰ Entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., 2016, pp. 49-50; QUINTERO OLIVARES, *Parte general del Derecho Penal*, 5ª ed., 2015, p. 35; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 127-129; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, 2022, p. 142.

¹¹ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 2016, p. 22

de intervención mínima (o principio «de la menor injerencia posible») es un requisito del principio de prohibición del exceso o principio de proporcionalidad en sentido amplio, junto a la adecuación a fin¹². Por su parte, para QUINTERO OLIVARES, el principio de intervención mínima incluye al de exclusiva protección de bienes jurídicos y, de hecho, se estructura en torno al concepto de bien jurídico. Así, entiende que «las Leyes penales en un Estado de Derecho democrático solamente se justifican porque prestan tutela a un valor que, por ser esencial su respeto para las condiciones mínimas de convivencia, recibe protección penal»¹³.

Otros autores, que constituyen una clara minoría, rechazan la existencia del principio de intervención mínima. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA entiende que:

«el mal llamado principio de mínima intervención, no es un principio que tenga respaldo constitucional alguno. Es una idea difusa en la que no puede basarse ninguna limitación en la intervención de una norma penal».

Considera, en consecuencia, que el principio de intervención mínima

«no deja de ser una idea, un programa que nos gusta que tenga el legislador en la cabeza al legislar, pero no puede ir más lejos. ¿Con qué base legal puede limitarse al legislador cuando recurre al Derecho penal? ¿Cuándo podemos decir, con una base firme y legal, que una intervención del Derecho penal supera el límite de «mínima»? ¿Qué recurso legal hay para no aplicar una norma penal que, a nuestro juicio, supera la mínima intervención?».

Ahora bien, este autor sí reconoce el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal, que se deriva del principio de lesividad y califica el principio de intervención mínima de «programa de política criminal»¹⁴.

También está en desacuerdo con el principio de intervención mínima POLAINO NAVARRETE. Aun afirmando el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal, rechaza el concepto de intervención mínima por «no [ser], en puridad, muy preciso» y por considerar que «la intervención del Derecho penal no debe ser tanto mínima cuanto necesaria». En este sentido, advierte del peligro de «descuidar la protección de ciertos bienes o valores dignos y merecedores de tutela penal» bajo el argumento de la minimización del Derecho penal, rechazando el uso de un criterio minimalista sin condición y defendiendo como criterio la necesidad de protección penal¹⁵.

DÍEZ RIPOLLÉS, al hilo de su análisis sobre las causas de la crisis del garantismo, cuestiona la importancia arrogada a este principio, al afirmar que «el garantismo se ha servido machaconamente de un principio tan poliédrico y confuso como el de intervención mínima para

¹² COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 1996, p. 78.

¹³ QUINTERO OLIVARES, *Parte general del Derecho Penal*, 5ª ed., 2015, p. 35.

¹⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., 2018, p. 168 y 169.

¹⁵ POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte general*, t.1, 6ª ed., 2004, p. 210. En términos similares en *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., 2019, p. 92.

descalificar un buen número de iniciativas de activación del derecho penal que luego, sin embargo, han mostrado una eficacia o efectividad aceptables sin que, por lo demás hayan puesto en peligro principios básicos»¹⁶. Algo distinta es la crítica de BACIGALUPO ZAPATER, quien no cuestiona la denominación, sino más bien la autonomía de este principio «para ocupar un lugar independiente entre los principios de Derecho Penal»¹⁷.

En conclusión, aún aquellos autores que rechazan la operatividad del principio de intervención mínima, admiten, por otras vías o bajo otra denominación, su contenido, es decir el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal. Por tanto, es posible afirmar que la doctrina reconoce casi unánimemente, más allá de ciertas discrepancias en su concreta designación o ubicación, esta plasmación de la intervención selectiva del Derecho Penal.

También el Tribunal Constitucional se ha referido en algunas ocasiones a este principio, en particular a su fundamento o sus efectos; por ejemplo, al hecho de que la protección penal no deba revestir carácter absoluto¹⁸ o a la existencia de medidas alternativas menos gravosas¹⁹. Asimismo, existen menciones expresas al principio de intervención mínima. Una de las más recientes corresponde a la Sentencia 26/2018, de 5 de marzo, en la que, siguiendo jurisprudencia anterior, se afirmaba que:

«En materia penal rige el denominado principio de intervención mínima, conforme al cual la intromisión del Derecho Penal debe quedar reducida al mínimo indispensable para el control social. De modo tal que la sanción punitiva, como mecanismo de satisfacción o respuesta, se presenta como *ultima ratio*, reservada para aquellos casos de mayor gravedad y siempre sometida a las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad».

2.2. Vertientes del principio de intervención mínima

A pesar de existir matices en la doctrina, en su jurisprudencia, el Tribunal Supremo alude claramente al «doble carácter del Derecho penal»:

- a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.
- b) Al ser un derecho subsidiario que como *ultima ratio*, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal»²⁰.

¹⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03, 2004, p. 22.

¹⁷ BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal: parte general*, akal/iure, 1997, p. 32.

¹⁸ STC 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985).

¹⁹ STC (Pleno) 55/1996, de 28 de marzo (BOE núm. 102, de 27 de abril de 1996).

²⁰ STS 363/2006, Sala de lo Penal, de 28 de marzo, (ECLI:ES:TS:2006:7937), FD octavo.

Por tanto, la vertiente de subsidiariedad del principio de intervención mínima es la que corresponde de forma más nítida a la concepción del Derecho Penal como *ultima ratio*²¹. Desde esta perspectiva, el Derecho Penal ha de ser el último recurso a emplear a falta de otros menos lesivos. Se trata, como sostiene MIR PUIG, de «una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social»²². Desde esta perspectiva, dentro del sistema de control social, el Derecho Penal únicamente interviene cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico²³. Se considera un mandato a los poderes públicos de un uso restringido de los medios penales, dado que dispone de otros medios eficaces con menor coste social. Esto es, «una exigencia de jerarquizar y racionalizar los medios disponibles para responder al problema criminal adecuada y eficazmente»²⁴.

Por su parte, la fragmentariedad se identifica con el hecho de que el Derecho Penal no debe proteger todos los bienes jurídicos, sino únicamente los más importantes y sólo frente a los ataques más intolerables que puedan amenazarlos. Esto es, no todos los bienes jurídicos deben ser bienes jurídico-penales ni todas las modalidades de agresión a un bien jurídico penal deben ser penalmente relevantes²⁵, en lo que CANCIO MELIÁ y PÉREZ MANZANO denominan la «doble fragmentariedad»²⁶.

Si en la concepción del principio de intervención mínima hay ciertas diferencias según autores, en la fragmentariedad las variaciones son menores²⁷. Así, en la actualidad, se concibe como «un imperativo de economía de las prohibiciones penales» y «una de las señas de identidad de un Derecho penal garantista»²⁸.

BINDING fue el primero en llamar la atención sobre esta fragmentariedad del Derecho Penal, si bien en clave crítica, en línea con su fundamentación conservadora y retribucionista del Derecho Penal²⁹. No obstante, una protección penal absoluta y generalizada sería propia de un Estado policial³⁰ y, en última instancia, provocaría la degradación de la función de la pena³¹.

²¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, v.1, 5ª ed., 2012, p. 562.

²² MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 128.

²³ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 11ª ed., 2022, p. 79.

²⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del “*ius puniendi*”», en GONZÁLEZ RUS (ed.), *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Universidad de Córdoba, 1996, p. 253.

²⁵ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, p. 451.

²⁶ CANCIO MELIÁ/PÉREZ MANZANO, «Principios del Derecho Penal (II)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., 2015, p. 97.

²⁷ AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, 1999, p. 309.

²⁸ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, pp. 450 y 451

²⁹ Sobre este asunto, véase, por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 110.

³⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, 1996, pp. 257-258.

³¹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 11ª ed., 2022, p. 80.

Por su parte, para Díez RIPOLLÉS, mejor que de fragmentariedad, sería más claro referirse a la esencialidad del sistema³². También cuestiona este autor el potencial limitador de esta vertiente del principio, que considera «expansivo y no limitador», en la medida que limita inicialmente los objetos de tutela para después ampliar los medios de intervención³³.

2.3. Fundamento y relación con otros principios

El fundamento último del principio de intervención mínima podría entenderse enunciado ya en 1764 por BECCARIA, al establecer que toda pena que sobrepase la necesidad de mantener el estado de sociedad es injusta y contraria al contrato social³⁴. En la actualidad se considera que este principio se deriva del pacto social³⁵ y de la propia naturaleza social de nuestro Estado³⁶. Para GARCÍA-PABLOS, a este fundamento político se añadiría un fundamento criminológico, por cuanto la pena, según numerosas investigaciones empíricas, posee una limitada eficacia preventiva y, además, no resocializa, sino que estigmatiza al infractor³⁷. De hecho, suele mencionarse el artículo 1.1 CE, ya que la intervención mínima se deriva del propio Estado de Derecho, aunque también como consecuencia del respeto a la dignidad humana (artículo 10.1 CE).

Uno de los motivos por los que existe una gran diversidad en la concreción de los principios en la doctrina es el hecho de que los principios no se encuentren recogidos en la Constitución.³⁸ El principio de intervención mínima no está previsto expresamente, aunque tanto para la doctrina³⁹, como para la jurisprudencia se fundamenta en el principio de proporcionalidad⁴⁰. En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado reiteradamente que «el llamado por la doctrina principio de intervención mínima no está comprendido en el de legalidad ni se deduce de él»⁴¹, sino que se deriva o «forma parte» del principio de proporcionalidad⁴².

³² Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, p. 243.

³³ Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, p. 142.

³⁴ MIR PUIG, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 12, 1987, p. 243.

³⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, 1996, p. 249.

³⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 128.

³⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, 1996, p. 252.

³⁸ Es relevante, en este sentido, la distinción entre principios explícitos e implícitos. ATIENZA y RUIZ MANERO entienden que los primeros son los formulados expresamente en el ordenamiento jurídico, y los segundos son «extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico» (*Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 1996).

³⁹ Por todos, CANCIO MELIÁ/PÉREZ MANZANO, en *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., 2015, pp. 89-121, p. 97.

⁴⁰ También es así para la doctrina en otros países de nuestro entorno jurídico como Alemania (WENDT, «The principle of “ultima ratio” and/or the principle of proportionality», *Oñati socio-legal series*, 3(1), 2013, p. 85).

⁴¹ STS, Sala de lo Penal, 7/2002, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2002:208), FD sexto o STS 81/2008, Sala de lo Penal, de 13 de febrero (ECLI:ES:TS:2008:1028), FD decimotercero.

⁴² STS 363/2006, Sala de lo Penal, de 28 de marzo (ECLI:ES:TS:2006:7937), FD octavo.

Dado que tampoco el principio de proporcionalidad está expresamente previsto en la Constitución española, parece más adecuada la postura del Tribunal Constitucional cuando, en el Auto 324/2003, de 20 de octubre, señala que «de esta segunda forma, tácita, ha de considerarse invocado el quebrantamiento del principio de legalidad penal en su concreta vertiente del principio de proporcionalidad, que en el recurso de apelación fue invocado como principio penal de intervención mínima»⁴³. Con todo, la sentencia 185/2013, de 15 de marzo establecía que «es un principio informador de la dogmática penal aunque no alcanza a tener un carácter esencial en el derecho penal, en la medida en que no tiene respaldo constitucional alguno».

Tal y como evidencian las distintas concepciones de la intervención mínima en la doctrina, este principio se encuentra íntimamente relacionado con otros. No cabe duda de que, en ocasiones, resulta difícil y quizás contraproducente realizar una distinción nítida. Son especialmente intensos los lazos que unen al principio de intervención mínima con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos⁴⁴ y, sobre todo, el principio de necesidad. De hecho, para algunos autores, el principio de necesidad estaría conformado por los principios de intervención mínima y el de exclusiva protección de bienes jurídicos⁴⁵. No obstante, para el Tribunal Constitucional, el principio de necesidad de pena forma parte del principio, más amplio, de intervención mínima⁴⁶.

3. Destinatarios del principio de intervención mínima

3.1. Estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia

La doctrina es unánime al considerar que el mandato se dirige fundamentalmente al legislador, para quien esta limitación al *ius puniendi* del Estado es una verdadera «exigencia ética»⁴⁷. En concreto, en el caso del principio de fragmentariedad, se considera que opera tanto cuando el legislador selecciona los bienes jurídicos a proteger, como al determinar las conductas concretas que impliquen una grave amenaza para los mismos⁴⁸.

En el ámbito de la conminación penal abstracta, son manifestaciones de este rasgo: tipificar exclusivamente ciertas modalidades de ataque (por ejemplo, dolosas), introducir elementos subjetivos del injusto (como podría ser el ánimo de lucro), evitar términos ambiguos y

⁴³ ATC 324/2003, de 20 de octubre, FD tercero.

⁴⁴ QUINTERO OLIVARES, *Parte general del Derecho Penal*, 5ª ed., 2015, p. 35; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general*, 2010, p. 236. En cierto modo, también SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 1992, p. 267.

⁴⁵ AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, 1999, p. 224. CÓRDOBA RODA, «Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima», *La Ley*, 3, 1996, p. 1333. Para LASCURAÍN SÁNCHEZ serían sinónimos el principio de intervención mínima y el de necesidad, todos ellos ubicados bajo el paraguas del principio de proporcionalidad (LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 83).

⁴⁶ STC 12/1991, de 28 de enero (BOE núm. 48, de 25 de febrero de 1991), FD 2.

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 1975, p. 20.

⁴⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, 1996, p. 258

enumeraciones abiertas, el sistema de *numerus clausus* establecido para el castigo de la imprudencia o de los actos preparatorios, la configuración de los delitos como especiales, la exigencia de determinados medios comisivos, distinguir entre los grados de afección al bien jurídico (lesión, peligro concreto o abstracto), introducir condiciones objetivas de punibilidad⁴⁹, o, simplemente, prescindiendo de criminalizar determinados comportamientos meramente inmorales⁵⁰.

Con todo, algunos autores consideran que *también* se dirige al juez, vinculado al principio de necesidad, con el fin de procurar una interpretación restrictiva de los tipos penales que excluya la punición de conductas que sólo lesionan de modo insignificante el bien objeto de protección⁵¹. Destaca en este sentido SILVA SÁNCHEZ, que no sólo defiende que los jueces son también destinatarios de los principios penales, sino que señala ejemplos concretos de sentencias del Tribunal Supremo donde se emplea, a pesar de que «se ha realizado gramaticalmente el tenor del tipo, se excluye la tipicidad material, apelando al carácter de “ultima ratio”»⁵². Hay, sin embargo, importantes matices sobre los límites en su actuación, como se verá en el apartado dedicado a las vías para la aplicación del principio por parte de los jueces (*infra* sección 2).

Como señalé, el Tribunal Supremo ha establecido reiteradamente que el destinatario principal del principio de intervención mínima es el legislador. Así, en su jurisprudencia subraya que «[r]educir la intervención del derecho penal, como última «ratio», al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio precisamente con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal»⁵³.

⁴⁹ STS 620/2004, Sala de lo Penal, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:2004:3869).

⁵⁰ Por todos, AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, 1999, p. 250-ss.

⁵¹ Por ejemplo, LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, p. 451; CUERDA ARNAU, «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, v. 1, Universidad de Valencia, 1998, p. 473. El debate es similar en otros países, como muestra los trabajos publicados en la Oñati Legal Series en 2013 a propósito del principio de *ultima ratio* (sobre Noruega, FRØBERG, «The role of the ultima ratio principle in the jurisprudence of the Norwegian Supreme Court», *Oñati socio-legal series*, 3(1), 2013, pp. 125-134; sobre Alemania, WENDT, «The principle of “ultima ratio” and/or the principle of proportionality», *Oñati socio-legal series*, 3(1), 2013, pp. 81-94).

⁵² SILVA SÁNCHEZ, «Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo», en ROMEO CASABONA (ed.), *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, Universidad de Tenerife, 1997, p. 317.

⁵³ Entre otras muchas, STS 7/2002, Penal, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2002:208), FJ sexto. En términos similares, en su Sentencia 1104/1998, de 3 de octubre establecía que «la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos» (ECLI:ES:TS:1998:5578), FD tercero.

3.2. Destinatario #1: el legislador. El principio de intervención mínima como criterio rector de la política criminal

Ya que, según el Tribunal Supremo «[e]l principio de intervención mínima sólo constituye un criterio regulador de la política criminal»⁵⁴, el recurso a este principio debería plasmarse explícita o implícitamente en las reformas penales acometidas. Sin embargo, de las últimas 36 reformas penales, sólo en 7 de ellas se menciona expresamente el principio de intervención mínima en cualquiera de sus acepciones (mínima intervención, intervención mínima, subsidiariedad, fragmentariedad o *ultima ratio*, necesidad e incluso proporcionalidad en su acepción más próxima a la fragmentariedad).

La primera mención corresponde a la propia L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobó el actual Código Penal, donde el legislador se refería a que «se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser».

En cuanto a las posteriores reformas del Código Penal, en primer lugar, la L.O. 2/1998, de 15 de junio, señalaba, en su Exposición de Motivos, que «[e]l propósito del legislador es, en efecto, limitar la sanción penal, de conformidad con los principios de fragmentariedad y última “ratio” propios de este ordenamiento, a las conductas más graves». A pesar de lo elocuente que esto pudiera resultar, lo cierto es que se emplea en el contexto de la justificación de la introducción de un nuevo delito, consistente en la convocatoria y la celebración de reuniones o manifestaciones previamente suspendidas o prohibidas del artículo 514.5 CP.

Lo mismo ocurre con la L.O. 14/2022, de 22 de diciembre, que se refería al recurso al Derecho Penal como *ultima ratio* en el contexto de la criminalización de la imposición de condiciones ilegales a las personas trabajadoras mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o su mantenimiento en contra de requerimiento o sanción administrativa (artículo 311.2º CP).

Las demás menciones al principio de intervención mínima, al carácter fragmentario del Derecho Penal o a su función como *ultima ratio* se producen en reformas efectivamente dirigidas, al menos en teoría, a despenalizar o restringir tipos delictivos o a mitigar las penas. En primer lugar, la L.O. 7/1998, de 5 de octubre, que tenía por objeto eliminar las penas de prisión y multa de los delitos contra los deberes de cumplimiento de la prestación social sustitutoria y de prestación del servicio militar. En segundo lugar, se refería el legislador en la L.O. 2/2005, de 22 de junio al principio de intervención mínima al eliminar los delitos de referéndums ilegales (antiguos artículos 506 bis, 521 bis y 576 bis) por considerar que estos delitos «se refieren a conductas que no tienen la suficiente entidad como para merecer el reproche penal, y menos aún si la pena que se contempla es la prisión».

⁵⁴ STS 4055/2004, Penal, de 11 de junio (ECLI: ES:TS:2004:4055), FD segundo.

En tercer lugar, existen tres menciones al principio en la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que eliminó las faltas en el CP e introdujo el principio de oportunidad en la LECrim. En su Exposición de Motivos, afirmaba el legislador que «[l]a reducción del número de faltas –delitos leves en la nueva regulación que se introduce– viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles». Posteriormente, volvía a incidir en la misma idea, estableciendo que la reforma «se orienta a suprimir aquellas otras infracciones que, por su escasa gravedad, no merece reproche penal», reservando el Derecho Penal «para la solución de conflictos de especial gravedad»⁵⁵.

A pesar de la aparente vinculación del principio de intervención mínima con el objeto de la reforma, la doctrina es unánime al denunciar que sus efectos, en lo que respecta a la eliminación de las faltas, han sido precisamente los inversos. En realidad, sólo aproximadamente un tercio de las faltas ha desaparecido realmente; el resto se han convertido en delitos leves y menos graves⁵⁶. Los efectos procesales y sustantivos de este cambio son de calado, en materias como la prescripción, los antecedentes penales o el castigo de la tentativa y de los actos preparatorios punibles⁵⁷. En conclusión, como señala MANZANARES SAMANIEGO, «ninguna relación guarda, si no es a la inversa, con el principio de intervención mínima»⁵⁸.

Finalmente, el último caso es el de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. En su Preámbulo, se afirmaba que «la norma es respetuosa con el principio de intervención mínima del Derecho penal y al mismo tiempo facilita el acceso de las víctimas de violencias sexuales a los derechos garantizados, de lo que resulta ilustrativa, en particular, la regulación de las formas de acreditar la existencia de violencias sexuales».

Por lo demás, no resulta sorprendente que en el resto de las reformas operadas desde 1998 no exista mención al principio. Al fin y al cabo, han sido, en su mayoría, reformas destinadas a endurecer la respuesta penal. Sí es llamativo que tampoco haya referencia alguna al principio en reformas claramente dirigidas a atenuar las consecuencias penales. Así ocurre en la reforma que eliminó los delitos de insumisión. Tampoco se menciona en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que constituye una de las reformas con mayor impacto en la política criminal española, ya que incluyó la introducción de un supuesto atenuado de tráfico de drogas para casos de escasa

⁵⁵ En este sentido, también establece que «no toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposa a la vía civil» (Exposición de Motivos, L.O. 1/2015, de 30 de marzo, apartado XXXI).

⁵⁶ Por todos, FARALDO CABANA, «La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa», *InDret*, 3, 2014, p. 4. La propia Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la L.O. 1/2015 reconoce expresamente que el número de faltas que efectivamente desaparecen es exiguo, mientras el resto subsisten bajo la forma de delito leve.

⁵⁷ FARALDO CABANA, «Consecuencias inesperadas de la conversión de las faltas en delitos leves», en LANDA GOROSTIZA (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Dykinson, 2016, p. 225.

⁵⁸ MANZANARES SAMANIEGO, «La supresión de las faltas penales», *Diario La Ley*, nº 8171, 2015, p. 6.

entidad, que permitió la reducción de las penas y a la que incluso se atribuye, en parte, la reducción de la población penitenciaria en España⁵⁹. Con todo, en esta última reforma, el legislador se refería, en el caso de los denominados manteros, a «cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad» evidenciada en los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial «en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de copias fraudulentas de obras amparadas por tales derechos, máxime cuando frecuentemente los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia».

Aunque no han sido incluidas en las cifras anteriores, sí hay referencias al principio de intervención mínima en materia de responsabilidad penal del menor. Así, en la Exposición de Motivos de la LORPM se expone que se hará «un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución».

Por último, sí es más frecuente la referencia al principio de intervención mínima en el proceso legislativo, ya sea en los debates del Pleno o de comisiones como la de Justicia. En este contexto se trata de llamadas a la contención penal, generalmente provenientes de la oposición⁶⁰.

3.3. Destinatario #2: el juez. Vías para la aplicación del principio de intervención mínima por parte del juez

Aunque el juez no sea el destinatario principal del principio de intervención mínima, en mayor o menor medida, también lo aplica a través de distintas vías. En primer lugar, a través de manifestaciones de este principio en el Código Penal. En segundo lugar, a través de mecanismos extraordinarios que permiten, en cierto modo, descartar la aplicación de la ley y entre los que encontramos el sobreseimiento por principio de oportunidad, la cuestión de constitucionalidad o el indulto. Finalmente, la vía más contestada es la de interpretar la ley conforme al principio de intervención mínima, reflejado en parte, aunque no solo, en el principio de insignificancia.

⁵⁹ CID, «El futuro de la prisión en España», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 18 (1), 2020, p. 24.

⁶⁰ Ejemplos de este tipo de referencias, es la intervención del diputado Moya Matas (del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea): «Lo que no se puede hacer es buscar siempre en el Código Penal la solución a estos dramas, a estas situaciones, no solo porque es contrario a la racionalidad político-criminal, no solo porque es contrario al principio de intervención mínima del derecho penal, no solo porque está acreditado que no es una estrategia eficaz para controlar la delincuencia y reducir la incidencia de los delitos, no solo porque es contrario al sentido común y a la realidad que vive España —recordemos que es el país que tiene menos delitos que la media europea, pero muchas más personas encarceladas que la media europea—; no solo por eso, sino sencillamente porque esta reforma del Código Penal no evitará más muertes» (Proposición de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente, número de expediente 122/000114, Diario de Sesiones nº 168 22 de noviembre de 2018 p. 27).

a. Manifestaciones del principio de intervención mínima en el Código Penal

Suele entenderse que existen mecanismos en el Código Penal que permiten dar cabida al principio de intervención mínima en el plano aplicativo. Para COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, este imperativo se traduce en una serie de facultades discrecionales concedidas por la Ley para individualizar la pena. Si estos mecanismos sustitutivos no existieran, consideran estos autores que el Código Penal sería «inadecuado a la Constitución»⁶¹.

A esta función se vinculan, en primer lugar, la suspensión y sustitución de la pena⁶², entendiendo que la exigencia de utilidad o necesidad de la intervención penal se deriva del carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal⁶³. En segundo lugar, suelen incluirse también las excusas absolutorias y las causas de extinción o de exclusión de la pena⁶⁴. Así, el Tribunal Supremo se ha mostrado claro al señalar esta vinculación con el principio de intervención mínima en el caso de la excusa absolutoria de parentesco en delitos patrimoniales del artículo 268 CP⁶⁵ y el desistimiento en la tentativa del artículo 16.2 CP⁶⁶. Estos mecanismos no son sólo manifestación del principio de intervención mínima (o de fragmentariedad), pero sí son también o fundamentalmente muestras de la plasmación de este principio.

b. Descartar la aplicación de la ley en el caso concreto

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra muy clara al considerar que el juez ordinario no puede descartar la aplicación de la ley en el caso concreto⁶⁷. Así debe entenderse la doctrina del Tribunal Supremo, que establece que el principio de intervención mínima «se desvanece ante el principio de legalidad» una vez se confirma la tipicidad⁶⁸. Sin embargo, el ordenamiento habilita algunas vías extraordinarias para este tipo de supuestos: el sobreseimiento para delitos leves, la cuestión de inconstitucionalidad y el indulto.

i. Sobreseimiento en el caso de delitos leves

La Ley de Enjuiciamiento Criminal incluyó, en 2015, la posibilidad de sobreseimiento en supuestos de escasa entidad en lo que se considera una manifestación del principio de oportunidad reglada. El objetivo de la reforma era abordar los casos de «conductas que resultan

⁶¹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 1996, pp. 73 y 79.

⁶² COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 1996, pp. 79.

⁶³ ALASTUEY DOBÓN, «La suspensión de la ejecución de la pena de prisión con imposición de “prestaciones o medidas”», *Estudios penales y criminológicos*, v. XLI, 2021, p. 1244.

⁶⁴ CUERDA ARNAU, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, v. 1, 1998, p. 473.

⁶⁵ STS 91/2006, Penal, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2006:709).

⁶⁶ STS 111/2011, Penal, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2011:1501).

⁶⁷ También desde la doctrina, FERRERES COMELLA, «El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, 2012, p. 111; CARBONELL MATEU, *Derecho penal, concepto y principios constitucionales*, 1999, p. 209.

⁶⁸ STS 683/2016, Penal, de 26 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3889).

típicas pero que no tienen una gravedad que justifique la apertura de un proceso y la imposición de una sanción de naturaleza penal, y en cuya sanción penal tampoco existe un verdadero interés público» (L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Preámbulo).

El artículo 963.1 LECrim establece que:

Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones:

1.^a Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias:

- a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y
- b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

Para el legislador, con esta incorporación «se consigue una realización efectiva del principio de intervención mínima, que orienta la reforma del Código Penal en este punto; y, al tiempo, se consigue descargar a los tribunales de la tramitación de asuntos menores carentes de verdadera relevancia que congestionan su actividad y reducen los recursos disponibles para el esclarecimiento, persecución y sanción de las conductas realmente graves»⁶⁹.

Esta reforma, que fue incluida de forma sorpresiva, sin previo debate y en una ley de modificación del Código Penal, supone, también desde la perspectiva procesal, una reforma de calado al constituir una excepción al principio de legalidad⁷⁰. Aunque no es la única manifestación del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento⁷¹, sí se considera especialmente controvertida por los riesgos que, en general, conlleva. Entre otros, suelen mencionarse el riesgo de arbitrariedad o su oposición al fin de prevención general de la pena⁷².

En cuanto a la concreta formulación del principio incorporada en el artículo 963.1 LECrim, presenta ciertas dudas, en parte, generadas por su indefinición. Como señala la Circular de la Fiscalía 1/2015, «la técnica legislativa no resulta, sin embargo, adecuada a la trascendencia de la reforma, pues la potestad del Fiscal aparece meramente aludida al regular los actos del Juez de

⁶⁹ Preámbulo de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.

⁷⁰ MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, 2021, p. 522.

⁷¹ Por ejemplo, para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA también son manifestaciones de este principio: la denuncia previa, el perdón del ofendido, las excusas absolutorias, la prescripción, las condiciones objetivas de punibilidad, la conformidad, las condiciones de perseguibilidad, entre otras (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA 2020, pp. 68-ss).

⁷² LÓPEZ YAGÜE, «Principio de oportunidad y enjuiciamiento de los delitos leves», en MUNIELO COBO/ CALAZA (dirs.), *Postmodernidad y Proceso Europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, 2020, p. 317.

Instrucción subsiguientes al acuerdo de incoación del procedimiento en el trámite de enjuiciamiento inmediato»⁷³.

Entre las preguntas que suscita la propia configuración del sobreseimiento para delitos leves, se encuentra primero, la atribución al Ministerio Fiscal de la solicitud del sobreseimiento, discutiéndose si esta petición es vinculante para el órgano judicial o si es libre de acordarlo u ordenar la continuación del juicio. Segundo, no existe trámite de audiencia al ofendido o perjudicado. Tercero, el sobreseimiento no queda sujeto a condición alguna⁷⁴.

Por otra, en cuanto a su aplicación práctica, en primer lugar, resulta problemática la identificación de los delitos leves. La Circular de la Fiscalía 1/2015 apunta que «los delitos leves se dispersan y entreveran a lo largo del Libro II, integrando en ocasiones subtipos atenuados de delitos menos graves de semejante factura típica, lo que exige a la postre un esfuerzo suplementario de deslinde que pasa por un análisis metódico y cuidadoso de la pena o penas nominalmente asignadas a cada figura penal». Es especialmente difícil dada la degradación sobrevenida de ciertos delitos menos graves, que, como consecuencia de la reforma del artículo 33 CP, pasan (probablemente de forma inadvertida para el legislador⁷⁵) a considerarse ahora leves. También presentan particularidades los delitos leves semipúblicos y públicos.

En segundo lugar, resulta complejo concretar los criterios para la solicitud de sobreseimiento. El artículo 963.1 LECrim se refiere sucintamente a dos: la muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor; y la inexistencia de un interés público relevante en la persecución del hecho.

En cuanto al primero, la Circular considera que el modelo adoptado por la reforma «se ciñe claramente a los denominados “delitos bagatela”, en los que el interés público se valora en función del coste en recursos materiales y personales que representa su persecución». Para la Circular, esto implicaría ponderar la antijuridicidad material de la conducta, en sus vertientes de acción y resultado, «que habrá de ser valorada caso por caso en atención a las circunstancias del autor o partícipe del hecho»⁷⁶.

La Circular 1/2015 plantea como criterio para identificar las infracciones susceptibles de archivo tomar el bien jurídico protegido como referencia y determinar la necesidad de tutela según las circunstancias concurrentes en el caso, empleando, en concreto, dos parámetros: de un lado, el

⁷³ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015, de 19 de junio, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la L.O. 1/2015, p. 7.

⁷⁴ LÓPEZ YAGÜE, en *Postmodernidad y Proceso Europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, 2020, p. 332.

⁷⁵ Así lo entiende la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015, de 19 de junio, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la L.O. 1/2015: «hay razones para sospechar que la voluntad del legislador no era degradar estos delitos menos graves, pues nada se dice al respecto en el Preámbulo y las penas nominalmente asignadas a cada tipo no sufren mutación con el cambio legislativo» (p. 4).

⁷⁶ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015, de 19 de junio, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la L.O. 1/2015, p. 11.

valor relativo del bien jurídico tutelado por la norma, y de otro, la intensidad del daño o riesgo efectivamente ocasionados. Así, la Circular anima a los Fiscales a ser menos proclives a solicitar el archivo de la causa cuando el delito cometido afecte a bienes jurídicos de naturaleza personal, como son la integridad física y moral, la dignidad o la libertad. Pero también a tomar como criterio que «la necesidad de protección es más intensa cuando se lesiona de forma efectiva el bien jurídico protegido en la norma, por haberse alcanzado la culminación del *iter criminis*, especialmente si del hecho punible se ha derivado un daño o perjuicio indemnizable que no ha sido debidamente compensado». También deberán ser valoradas circunstancias personales del autor como su edad juvenil –por estar comprendido entre los 18 y 21 años–, carencia de antecedentes penales por hechos de semejante naturaleza, ocasionalidad de su conducta infractora, arrepentimiento activo, disposición a reparar el mal causado, etc.

El segundo criterio empleado por la Circular es la ausencia de interés público en la persecución del hecho que, en parte, se solapa parcialmente con el anterior, por estar relacionado con la antijuricidad material de la conducta. Según la Circular existen factores externos al hecho cometido que deben ser considerados al valorar la necesidad de la pena: «la finalidad de afirmar y consolidar el ordenamiento jurídico conculcado, por ejemplo, que es más exigente cuando la comunidad sufre con frecuencia hechos de la misma naturaleza –hurtos flagrantes en determinados espacios públicos de la ciudad, p.e.–, o, desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito, la necesidad de brindar a la víctima una protección efectiva de sus intereses y un respeto a su voluntad manifestada».

También se exponen en la Circular una serie de criterios específicos por categorías de delitos, que afectan a los casos de violencia de menor intensidad en el núcleo de convivencia familiar, los delitos leves de naturaleza patrimonial, los delitos leves que afectan al orden público o a los intereses generales y los delitos leves que tenían la consideración de menos graves antes de la reforma de 2015⁷⁷.

A pesar de que es una vía interesante para este tipo de casos, tal y como apunta la Circular 1/2015:

«la Ley resulta sumamente restrictiva, pues los delitos leves constituyen por su propia naturaleza la porción de infracciones penales menos relevantes de las comprendidas en la Parte Especial del Código, por lo que exigir del Fiscal que discrimine dentro de la categoría las conductas de menos trascendencia reduce el juego del principio de oportunidad a mínimos. El tenor literal de la norma no puede ser más expresivo cuando exige que se trate de delitos “de muy escasa gravedad”, intensificando con el superlativo el carácter excepcional que nuestro ordenamiento concede a la renuncia del *ius puniendi*».

En este sentido, el preámbulo de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo se refiere a la «escasísima gravedad» de las conductas afectadas por este mecanismo.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal contiene un capítulo dedicado a regular el recurso al principio de oportunidad para el archivo (para los delitos castigados con

⁷⁷ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015, de 19 de junio, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la L.O. 1/2015, pp. 13-15.

penas de prisión de hasta dos años, con multa cualquiera que sea su extensión, o con privación de derechos que no exceda de diez años), la suspensión del procedimiento (supuestos de delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza) y en la fase intermedia. En él se prevé que el procedimiento penal pueda concluir por razones de oportunidad «cuando la imposición de la pena resulte innecesaria o contraproducente a los fines de prevención que constituyen su fundamento» (art. 174 Anteproyecto LECRIM). El protagonismo del Ministerio Fiscal se acentúa al establecer que «corresponde al Ministerio Fiscal la apreciación discrecional de las causas que permiten concluir el procedimiento por razones de oportunidad» y a «la autoridad judicial (...) el control del cumplimiento de los elementos reglados» que permiten su aplicación (art. 174 Anteproyecto LECrim). Como novedad será posible imponer una serie de obligaciones o reglas de conducta en caso de suspensión o sobreseimiento (art. 176 y 177 Anteproyecto LECRIM).

ii. La cuestión de inconstitucionalidad

Si un juez se enfrenta a una ley que considera inconstitucional en atención al principio de intervención mínima, deberá, de acuerdo con el artículo 163 de la Constitución, plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión de constitucionalidad. Este es el órgano competente para acordar la nulidad del precepto y, según parte de la doctrina, para llevar a cabo una reconstrucción de la ley acorde con la Constitución⁷⁸. Así ha ocurrido en las últimas décadas en las escasas sentencias recaídas en este sentido, como la referida al delito de negación del genocidio (artículo 607.2 CP, STC 235/2007, de 7 de noviembre), del antiguo delito de caza y pesca (art. 335 CP, STC 101/2012, de 8 de mayo), de la distinción por razón de sexo en el ámbito de la violencia de género (art. 153.1 CP, STC 59/2008, de 14 de mayo) o la naturaleza de la pena de alejamiento (art. 57.2 CP, STC 60/2010, de 7 de octubre).

Para FERRERES COMELLA varios factores obstaculizan el recurso a la cuestión de constitucionalidad por parte de los jueces ordinarios. Por una parte, la «enorme deferencia» que el Tribunal Constitucional ha mostrado hasta ahora hacia el legislador penal, que le ha llevado a rechazar de forma sistemática objeciones a las leyes penales; y, por otra, la extrema lentitud que ha mostrado el Tribunal Constitucional para resolver cuestiones de inconstitucionalidad⁷⁹. Además, en algunos supuestos de afección leve al bien jurídico, podría estimarse que el problema no es necesariamente la inconstitucionalidad del precepto, sino que se genera en la aplicación de la disposición al caso concreto.

iii. El indulto

El artículo 4.3 del Código Penal habilita al juez para «[acudir] al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no

⁷⁸ FERRERES COMELLA, en *Constitución y sistema penal*, 2012, p. 111 o CARBONELL MATEU, *Derecho penal, concepto y principios constitucionales*, 1999, pp. 112-113.

⁷⁹ 6 años en el caso de la STC 6/2010; 7 años en el caso de la STC 235/2007; y 11 años en el caso de la STC 101/2012.

debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo».

Este «remedio in extremis»⁸⁰ permite por tanto eliminar total o parcialmente la pena cuando esta resulte desproporcionada, siendo posible también la suspensión de la misma durante su tramitación.

Para COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN no puede exigirse al legislador «la tarea imposible de prever la totalidad de los censos en que la pena puede resultar innecesaria». Por ello, para estos autores, «si una pena que en términos generales resulta adaptada al principio de necesidad, se manifiesta innecesaria en un caso concreto, el Juez o Tribunal habrá de proceder en la forma que determina el art. 4, apartado tercero del Código Penal, proponiendo el indulto que estime procedente»⁸¹.

En un trabajo publicado en 2019 examiné 305 sentencias dictadas entre 2000 y 2017, en las que se proponía el indulto para la pena impuesta. El motivo más recurrente que amparaba la propuesta de indulto era la falta de equidad o desproporción de la pena debido a la gravedad de los hechos o el mal causado por el delito cometido, esgrimido en un 49,83% de las sentencias, bien en solitario o combinado con otros criterios (como, por ejemplo, las circunstancias personales del condenado). En esta categoría se tenían en cuenta aquellos aspectos que permiten entender que, a pesar de la tipicidad de los hechos, la pena correspondiente se considera excesiva. Ello ocurre cuando la violencia requerida por el delito ha sido leve, cuando el valor de lo sustraído es escaso, cuando los daños producidos a la víctima son de menor entidad, ante la ausencia de ánimo de lucro (en delitos que no lo contemplan como elemento típico), cuando no se constata una lesión del bien jurídico protegido o cuando la conducta corresponde a una modalidad menos grave dentro de la categoría delictiva).

Si bien en numerosos casos tras la propuesta de indulto subyacía una demanda de reforma del precepto (por ejemplo, en el caso de actos de tráfico de drogas típicos, pero de escasa entidad), en otros supuestos no necesariamente se requería la derogación o modificación del precepto. Simplemente, se ponía de manifiesto que, en ese caso concreto, la pena resultaba excesiva⁸².

El conflicto suscitado en estos supuestos fue expresado muy claramente por la SAP Huelva 179/2010, de 2 de junio, al establecer que:

«Antes de confesar la impotencia de resolver el conflicto entre legalidad y equidad, y acudir, para solucionarlo, a la vía del indulto (lo que significa deferir al Poder Ejecutivo lo que debería ser función del Judicial), habrá que agotar las posibilidades de una interpretación imaginativa de la norma que, sin merma del respeto de las exigencias de legalidad, permita acomodar su aplicación a los principios

⁸⁰ STS 1997/2000, Penal, de 28 de diciembre (ECLI:ES:TS:2000:9717).

⁸¹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 1996, p. 79, n. 18.

⁸² FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, «El indulto a instancia judicial como válvula de escape en casos de conflicto entre legalidad y equidad», *InDret*, 2, 2019, p. 27.

de intervención mínima y proporcionalidad que han de inspirar cualquier sistema normativo penal que aspire a merecer la calificación de democrático»⁸³.

4. Interpretación conforme al principio de intervención mínima

4.1. Consideraciones generales

Como señalé, el Tribunal Supremo considera la intervención mínima como «un principio que, como premisa de política criminal, corresponde valorar al legislador, al que es ajeno el juzgador»⁸⁴. En el caso del juez, ha señalado reiteradamente que el principio de intervención mínima «tropieza» o «se desvanece» ante el principio de legalidad⁸⁵.

Con todo, en varias sentencias el Tribunal Supremo se ha referido a que la interpretación de la ley «debe fijarse también desde la perspectiva del principio de intervención mínima del derecho penal que hay que deducir que el Legislador ha tenido en cuenta cuando ha criminalizado conductas como la descrita»⁸⁶.

Esta posibilidad de aplicar el principio de intervención mínima en la labor interpretativa se limita, según la Sentencia 585/2017, de 20 de julio, a «sólo cuando los términos del legislador no fueron claros, asume el principio [de intervención mínima] como criterio de evaluación interpretativa, sabiendo el juez que la opción normativa del legislador hubo de ser la de menor expansividad de la norma penal»⁸⁷.

En términos similares se manifiesta el Tribunal Constitucional. Es particularmente elocuente su Sentencia 25/2022, de 23 de febrero, en la que se establece que

«[e]l principio de intervención mínima, en el momento de la aplicación del Derecho penal, se transforma en la exigencia de respetar la taxatividad de los tipos penales y de hacer una interpretación restrictiva de estos. De esta manera, la aplicación judicial del principio de intervención mínima se expresa en la imposibilidad de ampliar el tipo penal de forma analógica o extensiva, es decir, a conductas no expresamente previstas en la norma»⁸⁸.

Hasta aquí nada nuevo: es evidente que una interpretación acorde con los principios obliga a interpretar restrictivamente y se traduce en una aplicación estricta de la ley, sin extensión analógica⁸⁹. Desde este punto de vista, para el Tribunal Supremo, en lo que atañe a jueces y tribunales, parece haber pocas diferencias entre los efectos del principio de intervención mínima

⁸³ SAP Huelva 179/2010, de 2 de junio (ECLI:ES:APH:2010:349), FD primero.

⁸⁴ STS 350/2021, Penal, de 28 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1697), FD sexto.

⁸⁵ STS 683/2016, Penal, de 26 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3889), FD segundo.

⁸⁶ STS 654/2002, Penal, de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2002:2724), FD primero.

⁸⁷ STS 585/2017, Penal, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2017:2969), FD cuarto.

⁸⁸ STC (Pleno) 25/2022, de 23 de febrero, FD 7.4.3. (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2022).

⁸⁹ Entre otras, STS 448/2013, Penal, de 27 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:2703), FD tercero.

y el de legalidad en su vertiente de *lex stricta*. De hecho, son varias las sentencias que subrayan que «si el principio de intervención mínima orienta al legislador a la hora de ordenar los instrumentos de protección de los distintos bienes jurídicos, es el principio de legalidad el que rige la actuación de jueces y tribunales»⁹⁰.

La verdadera pregunta es si el principio de intervención mínima avala una interpretación restrictiva, que permita considerar atípicos aquellos supuestos de hecho formalmente típicos, donde el bien jurídico no se ve suficientemente afectado.

Por una parte, la STS 497/2012, de 4 de junio establecía que «en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuricidad material, aplicando, en su caso, los criterios de proporcionalidad, insignificancia e intervención mínima cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado»⁹¹. No obstante, por otra parte, son también reiteradas las referencias al hecho de que «el derecho penal vigente no contiene la posibilidad de excluir por razones de oportunidad los hechos de poca significación»⁹². Incluso, en otras sentencias como la 654/2019, de 8 de enero se advierte de que «esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado “principio”»⁹³.

En consecuencia, en casos de aparente conflicto entre intervención mínima y legalidad, «si el hecho enjuiciado es típico (...) la condena de quienes lo realizaron no sería infracción sino riguroso cumplimiento del principio de legalidad»⁹⁴, de modo que «en ningún caso puede servir para invalidar una interpretación de la ley»⁹⁵.

También el Tribunal Constitucional se ha posicionado en este sentido al afirmar que «el respeto a la decisión del Poder Legislativo exige la aplicación estricta de los tipos penales, aunque sean de menor gravedad, salvo que así lo prevea expresamente la propia norma penal»⁹⁶. Con todo, la STC 24/2004, de 24 de febrero, referida a la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 563 del Código Penal, señalaba que «el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas» y que tal reducción del tipo se alcanza acudiendo a los principios generales limitadores del ejercicio del *ius puniendi*, «en virtud del carácter de *ultima ratio* que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, debiendo acudir en los demás

⁹⁰ STS 670/2006, Penal, de 21 de junio (ECLI:ES:TS:2006:6162); y STS 313/2006 de 17 de marzo, (ECLI:ES:TS:2006:1646), STS 691/2019, de 11 de marzo, (ECLI:ES:TS:2020:923), FD tercero.

⁹¹ STS 497/2012, Penal, de 4 de junio, (ECLI:ES:TS:2012:4187), FD segundo 1.

⁹² STS 1484/2005, Penal, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2005:1227), FD primero; STS 2703/2013, Penal, de 27 de junio, FD tercero; STS 654/2019, Penal, de 8 de enero (ECLI:ES:TS:2020:14), FD sexto; o STS 335/2021, Penal, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1645), FD único.

⁹³ STS 654/2019, Penal, de 8 de enero (ECLI:ES:TS:2020:14), FD sexto.

⁹⁴ STS 7/2002, Penal, de 19 de enero, (ECLI:ES:TS:2002:208), FD sexto.

⁹⁵ STS 1033/2000, Penal, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2000:4857).

⁹⁶ STC (Pleno) 25/2022, de 23 de febrero (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2022), FD 7.4.3.

supuestos al Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado»⁹⁷.

a. El principio de insignificancia

El principio de insignificancia (o de bagatela) fue desarrollado por primera vez por ROXIN en 1964. Según el Diccionario Panhispánico del español jurídico de la RAE, este principio es «aplicable a supuestos de injusto “bagatela”, conforme al cual no pueden ser penalmente típicas acciones en las que, aunque encajen formalmente en una descripción típica y no sean plenamente lícitas, sin embargo, en el caso concreto, su grado de injusto sea mínimo, insignificante». Es decir, se basa en la escasa lesividad en términos cuantitativos, considerándose una expresión del principio de intervención mínima.

Generalmente se concibe como una causa excluyente de la tipicidad penal, ya que, en última instancia, implica «una interpretación restrictiva que excluye la conducta del tipo pese a caber literalmente en ella»⁹⁸. Aunque no es un asunto pacífico, MIR PUIG lo considera «ampliamente admitido como criterio interpretativo limitador de los tipos penales y que a su vez se basa en principios más generales como el de proporcionalidad de la intervención penal y el Estado democrático»⁹⁹.

Entre 1993 y 2003 gozó de cierto predicamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en particular en materia de delitos de tráfico de drogas¹⁰⁰. Así, en algunas sentencias dictadas en ese marco temporal se determinaba la inaplicación del delito de tráfico de drogas (art. 368 CP) en razón de la mínima cantidad de droga, atendida su pureza, por considerar que el comportamiento no entrañaba un riesgo efectivo de futura lesión para la salud pública, lo que eliminaba la antijuridicidad material¹⁰¹.

Una segunda corriente jurisprudencial en el Tribunal Supremo consideraba esta interpretación inadmisibles, entendiéndose que «en el caso de los delitos graves, como son los de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni siquiera de *lege ferenda*, un “principio de insignificancia” que podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente ha sido constatada». Desde este punto de vista, entendía esta jurisprudencia que la antijuridicidad material no exige que la lesión del bien jurídico sea importante y, en todo caso, el conflicto entre antijuridicidad material y formal se resuelve a favor de la última¹⁰².

⁹⁷ STC (Pleno) 24/2004, de 24 de febrero (BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2004), FD 7.

⁹⁸ Por todos, LUZÓN PEÑA, «Causas de atipicidad en sentido estricto y en sentido amplio», en LUZÓN PEÑA/ MIR PUIG, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, 1995, p. 25.

⁹⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 431.

¹⁰⁰ Aunque, como señalé, su posible aplicación no se limita sólo a los delitos contra la salud pública, véase *supra* nota 3.

¹⁰¹ Por todas, STS 358/2003, Penal, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2003:4162).

¹⁰² STS 901/2003, Penal, de 21 de junio (ECLI:ES:TS:2003:4335).

El Tribunal Supremo trató de zanjar la cuestión, a partir de una serie de reuniones del Pleno, fijando como relevante no ya la dosis de abuso habitual ni la dosis de consumo medio, sino la dosis mínima psicoactiva, es decir, la cantidad de sustancia que tiene efecto en el organismo. Por ejemplo, en el caso de la cocaína la dosis de abuso se encuentra en la actualidad entre 100 y 250 mg y la dosis mínima psicoactiva son 50 mg (Instituto Nacional de Toxicología). Para la doctrina, los supuestos de tráfico de drogas en cantidad inferior a la dosis mínima psicoactiva son, simplemente, supuestos de falta de objeto material o de inexistencia de peligro para el bien jurídico¹⁰³.

Sus detractores consideran que el principio de insignificancia «fundamenta espacios de impunidad allí donde la ley, formalmente, no los reconoce» y constituye «la supuesta infracción del principio de legalidad en tanto que el intérprete carece de la potestad para definir los comportamientos que sean o no punibles»¹⁰⁴, trae consigo inseguridad jurídica y «justicia del caso concreto a ultranza»¹⁰⁵.

4.2. El principio de intervención mínima en la jurisprudencia

a. Metodología

Partiendo de las preguntas de investigación y del análisis realizado, en esta sección del trabajo se exponen los principales resultados alcanzados en un estudio cuantitativo y cualitativo jurisprudencial de sentencias dictadas en el ámbito penal por el Tribunal Supremo o por Audiencias Provinciales en las que hay una referencia expresa al principio de intervención mínima. Las hipótesis fundamentales, que se derivan de la sección anterior y que se trata de comprobar, son:

H1 Los jueces y tribunales no se consideran legitimados para recurrir al principio de intervención mínima, al entender que este principio va destinado al legislador y que el principio de legalidad limita cualquier aplicación en este sentido.

H2 El principio de intervención mínima no tiene efecto en la interpretación de la ley penal.

El período relevante para la población total se fija en el intervalo entre el 23 de diciembre de 2010 y el 23 de mayo de 2023, fecha de cierre de este trabajo. La fecha de inicio se justifica por marcar la entrada en vigor de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, que modificó el Código Penal, rebajando sustancialmente las penas atribuidas a los delitos de tráfico de drogas. Con ello, se pretenden descartar la mayoría de los casos de aplicación del principio de insignificancia en los delitos de tráfico de drogas, que ya han sido sobradamente estudiados por la doctrina y cuyo origen fue en

¹⁰³ Por todos, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «Tipicidad “mínima” en el delito del artículo 368 CP: cantidad de droga y atenuación: crónica de una reforma anunciada», *Diario La Ley*, 6617, 2006, p. 2.

¹⁰⁴ GÓMEZ RIVERO, «Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido», *Estudios penales y criminológicos*, 37, 2017, p. 266.

¹⁰⁵ SEQUEIROS SAZATORNIL, «El principio de insignificancia y su irrelevancia en el tráfico ilegal de drogas: análisis del “injusto de bagatela”», *La Ley*, 1, 2004, pp. 1566.

cierto modo atajado por la reforma, al introducir un tipo atenuado «en atención a la escasa entidad del hecho».

La muestra corresponde al total de sentencias registradas en la base de jurisprudencia Aranzadi Westlaw¹⁰⁶. Los criterios de búsqueda se restringieron a sentencias¹⁰⁷ del orden penal dictadas entre las fechas señaladas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o por las Audiencias Provinciales, a partir de la voz «principio de intervención mínima»¹⁰⁸. Aquellas que no mencionaban expresamente el principio de intervención mínima fueron descartadas, quedando un total de 287 sentencias que integran la muestra. De ellas, 20 sentencias corresponden al Tribunal Supremo y 267 a 44 Audiencias Provinciales.

Podrían existir problemas de representatividad de la muestra. Por una parte, porque hay sentencias en las que se lleva a cabo una interpretación restrictiva que permite declarar la atipicidad en casos de menor entidad, pero no mencionan expresamente al principio de intervención mínima¹⁰⁹. Por otra, hay sentencias que recurren a otros principios para justificar la misma interpretación. En particular, el principio de necesidad, que fue descartado por entender que goza de un menor reconocimiento en la doctrina y jurisprudencia como principio autónomo. También podría plantearse esta situación respecto al principio de proporcionalidad, intensamente vinculado al principio de intervención mínima en la medida en que se deriva de aquel. Sin embargo, la búsqueda a partir de este principio arroja también otros grupos de casos muy diversos, que nada tienen que ver con la escasa relevancia de la conducta.

¹⁰⁶ Dado el elevado número de resoluciones y la limitación de medios y recursos, de la población total de sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o de las Audiencias Provinciales que hacen referencia al principio de intervención mínima, esta base ha sido elegida en detrimento de la correspondiente al Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ) por contar con un sistema de búsqueda más sofisticado. Así, en el CENDOJ la búsqueda de sentencias en el periodo seleccionado que se refieren al principio de intervención mínima arroja un total de 20.704 resultados, entre los cuales muchas de las sentencias son irrelevantes a efectos de este estudio y hubieran debido ser descartadas. Por el contrario, en la base Aranzadi, las sentencias han sido previamente seleccionadas de forma más exhaustiva, por lo que sólo 16 fueron descartadas.

¹⁰⁷ Los autos no han sido incluidos en la muestra porque son accesibles en menor medida (sólo 39 autos en el periodo seleccionado) por lo que los resultados alcanzados difícilmente podrían ser extrapolables y a fin de poner el énfasis en las absoluciones y no en los sobreseimientos.

¹⁰⁸ Las comprobaciones realizadas confirman que esta búsqueda engloba también aquellas operadas a partir de la subsidiariedad, fragmentariedad o última ratio.

¹⁰⁹ Entre otras, por ejemplo, la SAP Huelva 107/2014, de 10 de abril (ECLI:ES:APH:2014:257) que concierne a un padre que no recoge a sus hijos el día acordado y es condenado en primera instancia por incumplimiento de las obligaciones familiares, absuelto en segunda por la escasa entidad de la conducta, aunque sin mencionar el principio de intervención mínima. También ocurre en la SAP Madrid 325/2010, de 27 de octubre (ECLI:ES:APM:2010:16621) donde en primera instancia un padre es condenado por coacciones por decir a su hijo que si no le acompañaba «iba a meter a su madre en un problema».

Tabla I. Características de la muestra (n=287)

	n	%
AP de Madrid	72	1,7
AP de Barcelona	20	2,1
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal	20	0,3
AP de Málaga	15	0,7
AP de Toledo	14	0,7
AP de Las Palmas	11	3,1
AP de Sevilla	11	1,4
AP de Valencia	11	0,3
AP de Badajoz	9	3,8
AP de Murcia	9	1,0
AP de Vizcaya	7	0,3
AP de Burgos	6	3,8
AP de Lleida	6	0,7
AP de Zaragoza	6	0,3
AP de Santa Cruz de Tenerife	5	0,7
AP de Granada	5	3,8
AP de Alicante	4	25,1
AP de A Coruña	3	7,0
AP Asturias	3	1,0
AP de Almería	3	7,0
AP de Cádiz	3	0,3
AP de Córdoba	3	1,0
AP de Jaén	3	0,7
AP de Lugo	3	2,1
AP de Islas Baleares	3	0,7
AP de Pontevedra	3	1,0
AP de Tarragona	3	1,0
AP de Albacete	2	0,7
AP de Ciudad Real	2	5,2
AP de Ávila	2	0,7
AP de León	2	0,3
AP de Huelva	2	3,1
AP de Navarra	2	0,3
AP de Soria	2	0,3
AP de Valladolid	2	0,3
AP de Cáceres	1	0,7
AP de Cantabria	1	4,9
AP de Girona	1	0,3
AP de Guadalajara	1	1,0
AP de la Rioja	1	2,1
AP de Palencia	1	1,7

	AP de Teruel	1	1,0
	AP de Zamora	1	2,4
	AP Guipúzcoa	1	1,0
	AP Segovia	1	0,3
Año	2010	7	2,4
	2011	18	6,3
	2012	19	6,6
	2013	27	9,4
	2014	35	12,2
	2015	12	4,2
	2016	20	7,0
	2017	19	6,6
	2018	20	7,0
	2019	43	15,0
	2020	22	7,7
	2021	23	8,0
	2022	18	6,3
	2023	4	1,4

Las variables examinadas corresponden a:

- i. Órgano que dicta la sentencia
- ii. Año en que se dicta la sentencia
- iii. Delito al que concierne la referencia al principio de intervención mínima
- iv. Vertiente del principio de intervención mínima a la que se refiere
Intervención mínima en general, específicamente subsidiariedad y específicamente fragmentariedad.
- v. Instancia que plantea el principio de intervención mínima
Si es la defensa quien esgrime el principio de intervención mínima en su recurso o si es el propio tribunal quien lo hace *proprio motu*.
- vi. Pena impuesta en primera instancia atendiendo a su naturaleza
Prisión, multa, inhabilitación especial o absoluta, TBC o localización permanente. En este caso, se presta especial atención a la extensión de la pena de prisión, que pudiera posibilitar su posterior suspensión.
- vii. Efecto del principio de intervención mínima. Para la recogida de esta variable, se plantean las siguientes posibilidades:
 - Se emplea el principio para defender una interpretación restrictiva de los elementos del tipo, que trae consigo la atipicidad de la conducta;
 - Se esgrime para justificar la falta de antijuridicidad de la conducta y se absuelve;
 - Se invoca el principio de intervención mínima, pero sin efectos concretos;
 - Se rechaza su aplicación al caso concreto;
 - Se rechaza que el juez pueda aplicarlo;

- Se rechaza por considerar que no procede en el caso concreto y también se rechaza que el juez pueda aplicarlo;
- Se mantiene una interpretación restrictiva en virtud del principio de intervención mínima pero la conducta del caso es típica;

La información recopilada fue tratada mediante el programa informático SPSS, versión 28. A partir de las variables extraídas se ha procedido a realizar un análisis descriptivo de las mismas.

Los resultados se estructuran partiendo de los objetivos derivados de las Preguntas de Investigación:

- O1. Determinar en qué delitos se plantea más frecuentemente la aplicación del principio de intervención mínima y con qué efectos.
- O2. Determinar a qué penas suele ir referida la aplicación del principio de intervención mínima, especialmente cuando su resultado es entender que la conducta es atípica o no es materialmente antijurídica.
- O3. Determinar si existen diferencias de aplicación en las diversas vertientes del principio de intervención mínima.
- O4. Determinar qué instancia plantea con más frecuencia la aplicación del principio de intervención mínima, especialmente cuando conduce a entender que la conducta es atípica o no es antijurídica.
- O5. Establecer qué efectos se vinculan al principio de intervención mínima.

b. Resultados

i. Delito al que concierne la referencia al principio de intervención mínima

Los casos suscitados afectan a 44 categorías de delitos¹¹⁰. Las más representadas (n= 5 o más) aparecen en la tabla II. Es importante subrayar en este punto que los datos corresponden a aquellas sentencias que se refieren al principio de intervención mínima, independientemente de los efectos atribuidos a este. Es decir, en muchos casos se rechaza su relevancia y es la defensa quien lo plantea en su recurso.

¹¹⁰ Son: descubrimiento y revelación de secretos, tráfico de drogas, estafa, prevaricación, apropiación indebida, delitos contra la ordenación del territorio, delito electoral, maltrato en el ámbito familiar, delitos contra el Medio Ambiente, delitos contra la propiedad industrial e intelectual, enaltecimiento del terrorismo, alzamiento de bienes, deslealtad profesional, usurpación de bienes inmuebles, usurpación de funciones públicas, aborto, delitos relativos al mercado y consumidores, abandono de familia por impago de pensiones, delitos contra los derechos de los trabajadores, desobediencia por funcionario público, acoso laboral, lesiones por imprudencia leve, incumplimiento de obligaciones familiares, desobediencia, falsedades, daños, delitos contra el patrimonio histórico, amenazas, incendio, coacciones leves, insolvencias punibles, injurias, acoso, vejaciones injustas, falta contra el orden público, conducción sin carnet, quebrantamiento de condena, hurto, falta contra los intereses personales, maltrato de obra, delito contra los derechos cívicos, tenencia ilícita de armas, deslucimiento de bienes inmuebles.

Tabla II. Delitos a los que concierne la referencia al principio de intervención mínima

	Frecuencia	Porcentaje
Usurpación de bienes inmuebles	91	31,7%
Incumplimiento de obligaciones familiares	24	8,4%
Ordenación del territorio	22	7,7%
Lesiones por imprudencia leve	16	5,6%
Delitos contra la propiedad industrial e intelectual	15	5,2%
Estafa	11	3,8%
Conducción sin carnet	11	3,8%
Coacciones leves	11	3,8%
Vejaciones injustas leves	10	3,5%
Apropiación indebida	7	2,4%
Abandono de familia por impago de pensiones	7	2,4%
Prevaricación	6	2,1%
Amenazas	6	2,1%
Delitos contra el Medio Ambiente	5	1,7%

ii. Vertiente del principio a la que se refiere

La mayor parte de las sentencias (76,6%, n=220) se refieren de forma global al principio de intervención mínima, sin distinguir entre sus dos vertientes de fragmentariedad y subsidiariedad o bien haciendo referencia a ambas. Son menos los casos donde la sentencia se refiere sólo al principio de intervención mínima en su vertiente de fragmentariedad (8,4%, n=24) o subsidiariedad (15%, n= 43).

iii. Instancia que plantea el principio de intervención mínima

Es importante resaltar que en el 58,2% de las sentencias estudiadas (n= 167), es la defensa quien plantea la aplicación del principio de intervención mínima para tratar de lograr la absolución. En algunos grupos de delitos, como la usurpación de bienes inmuebles (en 73 de las sentencias estudiadas) o los delitos contra la ordenación del territorio (en 18 de las sentencias estudiadas) esto parece corresponder a una práctica generalizada de defensa.

Sólo en un 0,6% fue la Fiscalía o la acusación particular quien lo planteó (n= 2). En el resto de supuestos, son los tribunales en primera instancia (1%, n=3), pero, sobre todo, el Tribunal Supremo (3%, n=9) y la Audiencias Provinciales (36,9%, n=106), quienes lo hacen *proprio motu*.

iv. Pena impuesta en primera instancia atendiendo a su naturaleza

En más de la mitad de los casos, la pena principal impuesta en primera instancia fue la multa (53%, n=152), seguida de una pena de prisión no superior a dos años (23,7%, n=68), es decir, en principio, susceptible de suspensión. En un 10,8% de los casos se absolvió en primera instancia. Más excepcionales son los casos de penas menos graves (3,8% en el caso de penas de prisión

superiores a 2 años e inferiores a 4, n=11). Sólo una sentencia atañe a una pena de más de 6 años de prisión (0,3%)¹¹¹.

Tabla III. Penas determinadas en primera instancia

	n	Porcentaje
Multa	152	53%
No superior a dos años de prisión	68	23,7%
Absolución en primera instancia	31	10,8%
Entre 2 y un día y 4 años de prisión	11	3,8%
Localización permanente	11	3,8%
TBC	5	1,7%
Multa e inhabilitación especial	4	1,4%
Inhabilitación especial	2	0,7%
No consta	2	0,7%
Más de 6 años de prisión	1	0,3%

v. Efectos atribuidos al principio de intervención mínima

En cuanto a los efectos que se atribuyen al principio, en un 58,2% de los casos (n=170) se rechaza su aplicación, bien por considerar que el juez no es el destinatario del principio (n=74), bien porque se rechaza su aplicación al caso concreto (n=48), o por los dos motivos conjuntamente (n=48). En 3 casos (1%) el principio se invoca, pero sin efectos concretos.

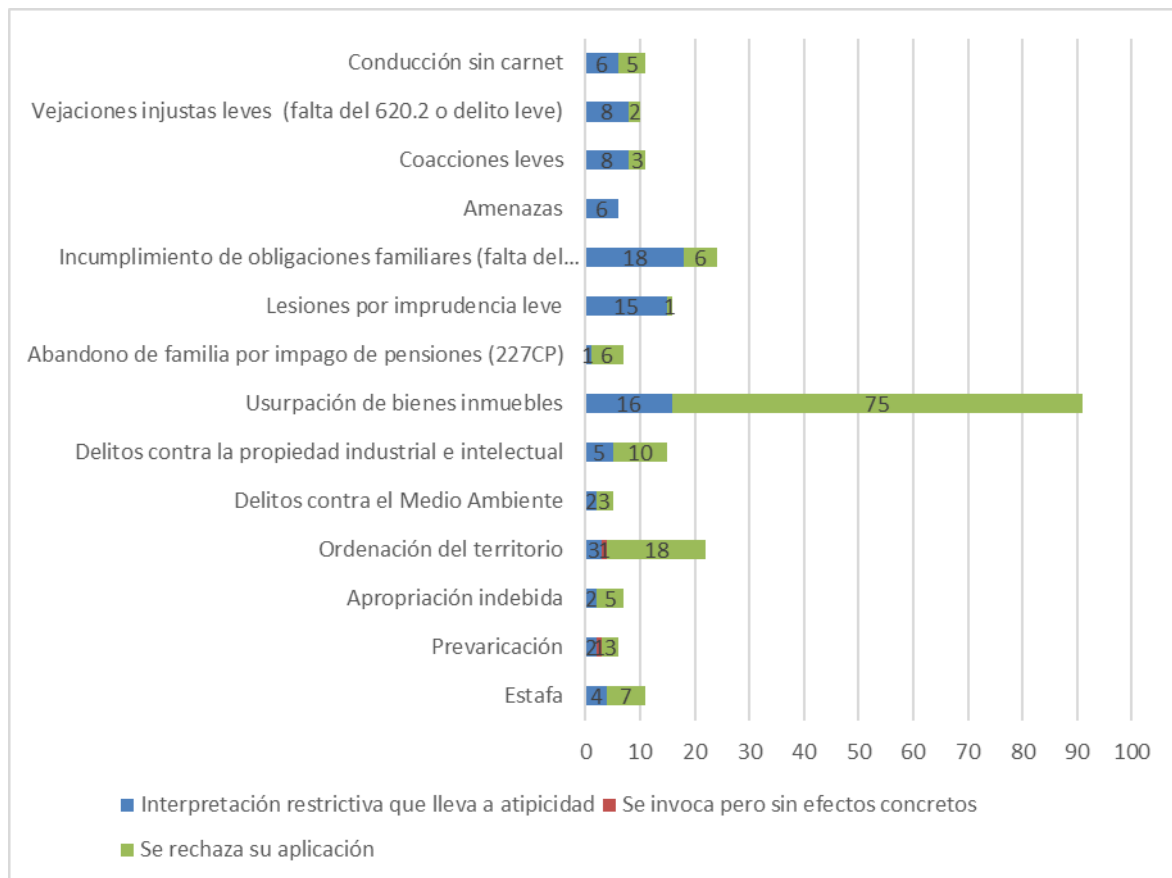
Con todo, en el 39,7% de los supuestos (n=114), se lleva a cabo una interpretación restrictiva a partir del principio de intervención mínima que permite considerar la conducta atípica (o, muy residualmente, que carece de antijuridicidad material) y, en consecuencia, se absuelve.

Como se observa en la figura I se rechaza la aplicación del principio con mayor frecuencia en los delitos de usurpación de bienes inmuebles, en los delitos contra la propiedad industrial e intelectual y en los delitos contra la ordenación del territorio. Como se verá, ello puede estar relacionado con la instancia que lo plantea, es decir, con su uso como estrategia de defensa.

Resulta relevante examinar con más detenimiento el grupo de casos en los que la aplicación del principio deriva en una absolución a partir de distintas variables. Del total de casos, el 14,9% corresponde a la Audiencia Provincial de Madrid, 8,7% a la de Málaga, 7,8 la de Toledo o 7% la de Badajoz. Aquellas dictadas por el Tribunal Supremo sólo representan el 1,7%.

¹¹¹ Se trata de un caso de prevaricación sustanciado ante el Tribunal Supremo en el que se invoca el principio de intervención mínima en su vertiente de *ultima ratio*, pero considera el Tribunal que los hechos son típicos en todo caso [STS 482/2020, Penal, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:3893)].

Figura I. Efectos del principio de intervención mínima por grupos de delitos más representados



En lo que respecta a los delitos, como puede observarse en la tabla IV, los casos donde con mayor frecuencia se absuelve a partir de una interpretación acorde al principio de intervención mínima, corresponden a la antigua falta por incumplimiento de obligaciones familiares del artículo 618 CP (15,7% de los casos donde se absuelve, n=18), el delito de usurpación de bienes inmuebles (14%, n=16) o las lesiones por imprudencia leve (13,1%, n=15).

Dentro de estos delitos, los casos suelen referirse a conductas formalmente típicas pero de muy poca entidad. Así, en el caso de la antigua falta por incumplimiento de las obligaciones familiares corresponden todos a incumplimientos muy puntuales y leves del régimen de custodia acordado para los hijos comunes (generalmente, una entrega o una recogida del menor con cierto retraso). Las usurpaciones suelen hacer referencia a viviendas abandonadas, en muy mal estado o propiedad de empresas o de la SAREB o donde no han existido intentos previos de recuperación. La antigua falta de lesiones por imprudencia leve concierne a colisiones por alcance con vehículos a motor.

Tabla IV. Interpretación restrictiva por delito

Delito	n	%
Incumplimiento de obligaciones familiares	18	15,8
Usurpación de bienes inmuebles	16	14
Lesiones por imprudencia leve	15	13,2
Coacciones leves	8	7
Vejeciones injustas	8	7
Amenazas	6	5,2
Conducción sin carnet	6	5,2
Delitos contra la propiedad industrial e intelectual	5	4,4
Estafa	4	3,51
Ordenación del territorio	3	2,63
Injurias	3	2,63
Prevaricación	2	1,75
Apropiación indebida	2	1,75
Delitos contra el Medio Ambiente	2	1,75
Delitos contra los derechos de los trabajadores	2	1,75
Daños	2	1,75
Falta contra el orden público	2	1,75
Descubrimiento y revelación de secretos	1	0,8
Delito electoral	1	0,8
Abandono de familia por impago de pensiones	1	0,8
Desobediencia por funcionario	1	0,8
Acoso laboral	1	0,8
Desobediencia	1	0,8
Falta contra los intereses personales	1	0,8
Delito contra los derechos cívicos	1	0,8
Tenencia ilícita de armas	1	0,8
Deslucimiento de bienes inmuebles	1	0,8

Con todo, también encontramos casos de delitos *a priori* más graves como las coacciones leves (7%), las vejaciones injustas (7%) o las amenazas (5,2%). Por ejemplo, en la SAP de Badajoz 47/2022, de 22 de junio se aprecia el recurso de un sujeto, condenado en primera instancia por delito leve de vejaciones injustas, que, en el curso de una discusión con su madre profiere las siguientes expresiones: «mala madre, analfabeta, no sabes hablar, estas mal de la cabeza, estas jodida, mala que eres mala». La Audiencia da cuenta de los insultos proferidos por la madre al hijo y la situación de conflicto existente, considerando que «es preciso atender a la apreciación de la gravedad y antijuridicidad de la conducta, considerando el conjunto de circunstancias concurrentes, en aplicación del mencionado principio de intervención mínima»¹¹².

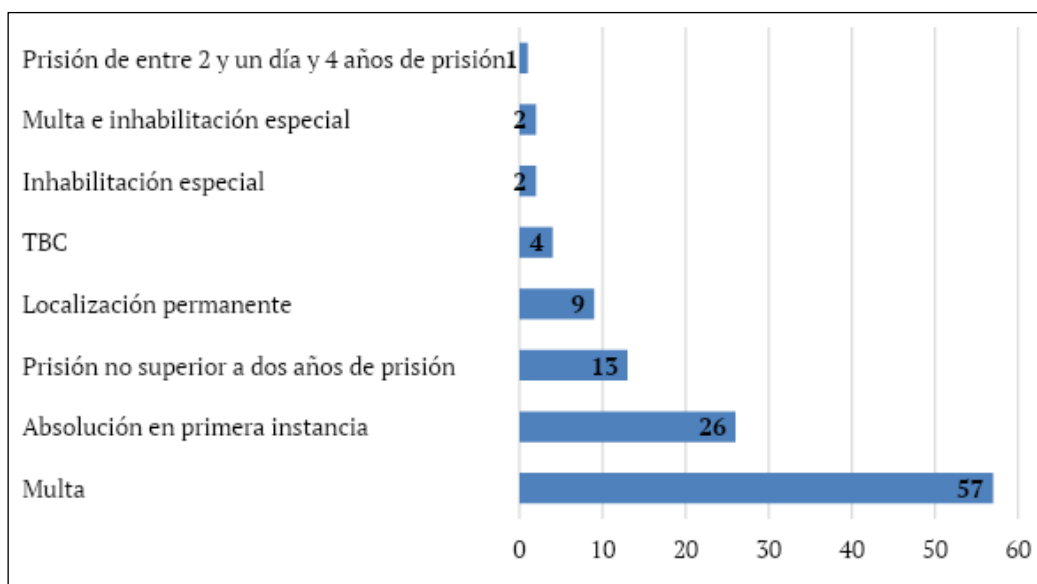
¹¹² SAP Badajoz 47/2022, de 22 de junio (ECLI:ES:APBA:2022:818), FD segundo.

La SAP de Cádiz 66/2022, de 19 de febrero, también concierne a una condena en primera instancia por delito leve de vejaciones injustas, donde una mujer escribe por whatsapp a su expareja y padre de un hijo común «que poco hombre eres y padre, paso de ti» y, al menos tres ocasiones, que le había comentado al hijo de ambos que el padre les había abandonado y que no le quería, como también había hecho con su anterior mujer e hijo. La Audiencia considera en este caso que «los hechos que motivan la condena de la recurrente han de ser apreciados en el contexto del conflicto familiar (...) y que la conducta enjuiciada, aunque merezca un reproche moral, no reviste la suficiente entidad como para integrar los caracteres propios del tipo de vejaciones injustas y que ha de quedar, por ello, al margen del derecho penal»¹¹³.

En cuanto a la instancia que planteó la interpretación acorde con el principio de intervención mínima, en la inmensa mayoría de los casos (80,7%, n=92) donde su aplicación condujo a la absolución fue la propia Audiencia Provincial o el Tribunal Supremo quien lo hizo *motu proprio*, sin que fuera previamente esgrimido por ninguna de las partes en su recurso.

Sólo en un 18% de las sentencias en las que se absuelve a partir de una interpretación restrictiva basada en el principio de intervención mínima fue la defensa quien esgrimió el principio (n=21). Esto explica el elevado nivel de rechazo en determinados delitos, donde el recurso al principio de intervención mínima se convierte en una estrategia de defensa habitual (por ejemplo, en casos claros de delitos contra la ordenación del territorio o en la usurpación de bienes inmuebles).

Figura II. Penas a partir de los efectos reconocidos al principio de intervención mínima



Las penas a las que afectaron estas absoluciones basadas en interpretaciones restrictivas guiadas por el principio de intervención mínima fueron multas en la mitad de los casos (50%) y en un 22,8% habían sido absueltos en primera instancia. En un 11,4% de las sentencias se trataba de

¹¹³ SAP Cádiz 66/2022, de 19 de febrero (ECLI:ES:APCA:2021:469), FD segundo.

una pena de prisión, si bien de duración no superior a 2 años. Las restantes afectaban a inhabilitaciones especiales (1,7%), trabajos en beneficio de la comunidad (3,5%) y localización permanente (7,8%). Esto es, se trata de penas menos graves o leves. Sólo un caso afecta a una pena de prisión de entre 2 y 4 años de prisión¹¹⁴.

Un aspecto crucial que podría explicar la absolució vinculada a este principio en estos casos es el hecho de que en la mayor parte (82%) existen medidas aplicables en otro orden, ya sea en el ámbito civil (59%), administrativo (18%), civil y administrativo simultáneamente (3%) o laboral y civil simultáneamente (2%). Así ocurre en el incumplimiento de las obligaciones familiares, en la usurpación de bienes inmuebles, en las lesiones por imprudencia leve en el contexto de un accidente de tráfico, en los delitos contra la propiedad industrial e intelectual o en los delitos contra la ordenación del territorio. En muchas de estas sentencias, de hecho, se reenvía de forma expresa a alguno de estos órdenes, con fórmulas como «es un conflicto que tiene su mejor forma de resolución en el proceso civil correspondientes» o se absuelve «reservando al perjudicado su derecho a acudir a la jurisdicción civil».

De hecho, en numerosas sentencias, el recurso al principio de intervención mínima está tras esfuerzos interpretativos para diferenciar infracciones de otro orden y delitos que claramente se solapan. Así ocurre en los casos de usurpación de bienes inmuebles, pero también en las sentencias relativas a la conducción sin carnet, donde se intenta fundamentar la atipicidad en la ausencia de riesgo para la seguridad vial en el caso concreto.

5. Discusión y conclusiones

1. En materia de principios penales, llama la atención la diversidad en número y denominación de los principios empleados en la doctrina. No obstante, como afirma LASCURAÍN SÁNCHEZ, este disenso «es accesorio porque las diferencias son predominantemente formales y no afectan esencialmente al conjunto de directrices de normación e interpretación subyacentes al conjunto principal»¹¹⁵. Así ocurre también con el principio de intervención mínima. A pesar de los matices, la idea de intervención mínima es clara y también es intuitiva para la sociedad. Ahora bien, aunque el contenido del principio está razonablemente claro, su alcance no lo está. Como señala FERRERES COMELLA, «los penalistas suelen dar la bienvenida a la Constitución, pues ven en ella el reflejo de valores que el Derecho penal de inspiración liberal ya incorpora»; no obstante, continúa este autor, «[s]i la Constitución suscita interrogantes para el Derecho penal, es porque no está claro cuál es su radio de acción»¹¹⁶. Este parece un ejemplo de dichas dudas sobre su efectividad.

2. El destinatario principal del principio de intervención mínima es el legislador, que es quien puede articular la relación del Derecho Penal con otras ramas del ordenamiento y reservar el

¹¹⁴ Se trata de la sentencia de la AP Navarra 221/2020, de 29 de diciembre (ECLI:ES:APNA:2020:1453), referida a un delito de descubrimiento y revelación de secretos, que concierne a una enfermera que no accede al historial médico, sino únicamente a los datos administrativos.

¹¹⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 16.

¹¹⁶ FERRERES COMELLA, en *Constitución y sistema penal*, 2012, p. 110.

castigo penal para los ataques más graves contra los bienes jurídicos fundamentales. Con todo, a la vista del número y calado de las reformas penales en las últimas décadas, el papel de este principio en la actividad legislativa puede, como mínimo, ponerse en entredicho.

3. No hay nada que impida que el principio de intervención mínima se considere también dirigido al juez. Las vías que pueden considerarse manifestación de este principio en el ordenamiento penal no son del todo satisfactorias. La suspensión -que no constituye sólo una manifestación de intervención mínima- sólo evita la ejecución de la pena, no la condena. El sobreseimiento para delitos leves, que también es controvertido por considerarlo un riesgo para la seguridad jurídica, es muy restrictivo en su formulación actual, ya que se limita a delitos leves en casos de «muy escasa gravedad» (la Circular de la FGE dice «hechos típicos materialmente intrascendentes»). El indulto es, también, una institución enormemente polémica y tampoco evita la condena inicial; además, presenta una clara falta de transparencia que genera una gran incertidumbre (sobre la suspensión de la pena durante su tramitación, sobre su concesión o sobre los plazos).

4. Las mayores reticencias a la utilización del principio de intervención mínima en el ámbito aplicativo vienen de la mano de la interpretación. Con todo, incluso en las posturas más reacias del Tribunal Supremo, se reconoce que, ya que el legislador debe legislar a partir de este principio, la interpretación de los preceptos penales también habrá de tenerlo en cuenta. Es incuestionable que dicha interpretación impide la analogía *in malam partem* y, cuando menos, pone en duda la interpretación extensiva, lo cual se entiende derivado no tanto del principio de intervención mínima, sino, sobre todo, del principio de legalidad. Las dudas se sitúan, más bien, en aquellas interpretaciones restrictivas que permiten dejar fuera supuestos formalmente típicos al entender que el daño o peligro para el bien jurídico es intrascendente. Este tipo de interpretaciones, a partir del denominado principio de insignificancia, se han considerado en ocasiones fuente de impunidad e inseguridad jurídica, denunciando que el juez se arroga una función (corregir la ley) que sólo corresponde al legislador. Tal y como señalara Díez RIPOLLÉS, los jueces se encuentran «atrapados en el principio de legalidad»¹¹⁷. Sin embargo, podría argumentarse que no hay tal corrección, sino una adaptación razonada de la ley al caso concreto.

5. En cuanto al estudio jurisprudencial, se planteaban dos preguntas de investigación referidas al recurso por parte de los jueces al principio de intervención mínima en la interpretación y aplicación de los tipos penales y a los efectos atribuidos a este. Aunque en más de la mitad de las sentencias examinadas donde se plantea el recurso al principio de intervención mínima se rechaza esta posibilidad, ya sea por entender que no corresponde al juez o por considerar que no concurre en el caso concreto, hay un importante grupo de sentencias (39,7%) donde sí se emplea para fundamentar una interpretación restrictiva que trae consigo la absolució por atipicidad. Se trata de casos de menor entidad, en los que resulta razonable la limitación penal y es adecuado que esta se lleve a cabo a partir del principio de intervención mínima. Es llamativo que, en la mayoría de estos supuestos de relevancia del principio de intervención mínima (82%), entra en juego el principio de subsidiariedad, es decir, existen otras ramas del ordenamiento aplicable a

¹¹⁷ Díez RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03, 2004, p. 22

la conducta juzgada. La subsidiariedad parece actuar, en estos casos, como una especie de red de seguridad que posibilita que el juez declare la irrelevancia penal, al entender que hay otras vías de resolución de conflicto. En conclusión, las dos hipótesis de partida basadas en la doctrina del Tribunal Supremo (que los jueces y tribunales no se consideran legitimados para recurrir al principio de intervención mínima, al entender que este principio va destinado al legislador y que el principio de legalidad limita cualquier efecto en este sentido y que el principio de intervención mínima no tiene efecto en la interpretación de la ley penal) no se han visto enteramente confirmadas.

6. Es unánime la denuncia por parte de la doctrina a la deficiente actividad legislativa en el ámbito penal en las últimas décadas. Las críticas afectan al procedimiento legislativo, a la calidad técnica y al propio contenido de las reformas. Como resultado, encontramos en el Código Penal disposiciones que tensionan los principios (de proporcionalidad, taxatividad o de intervención mínima). Quizás, precisamente por el clima de degradación y expansión penal actual, cobre aún más sentido la defensa de una interpretación no formalista basada en principios como las recogidas en las sentencias examinadas en este trabajo.

6. Bibliografía

AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edersa, 1999.

ALASTUEY DOBÓN, Carmen, «La suspensión de la ejecución de la pena de prisión con imposición de “prestaciones o medidas”», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XLI, 2021, pp. 1225-1309.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal: parte general*, akal/iure, 1997.

BENGOETXEA, Joxerramón, «Ultima ratio and the judicial application of law», *Oñati socio-legal series*, 3(1), 2013, pp. 107-124.

BENGOETXEA, Joxerramón/JUNG, Heike/NUOTIO, Kimmo, «Ultima ration, is the principle at risk? Editor's introduction», *Oñati socio-legal series*, 3(1), 2013, pp. 1-5.

BUSTOS RUBIO, Miguel, «Insignificancia y Derecho penal económico», *InDret*, 4, 2023, pp. 1-61.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal, concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, 1999.

CANCIO MELIÁ, Manuel/PÉREZ MANZANO, Mercedes, «Principios del Derecho Penal (II)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., 2015, pp. 89-121.

CID, José, «El futuro de la prisión en España», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 18 (1), 2020, pp. 1-32.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, 1996.

CÓRDOBA RODA, Juan, «Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima», *La Ley*, 3, 1996, pp. 1332-1334.

CUERDA ARNAU, María Luisa, «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, v. 1, Universidad de Valencia, 1998, pp. 447-491.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., Trotta, 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03, 2004, pp. 1-34.

FARALDO CABANA, Patricia, «Consecuencias inesperadas de la conversión de las faltas en delitos leves», en LANDA GOROSTIZA, JON (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Dykinson, 2016, pp. 225-246.

FARALDO CABANA, Patricia, «La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa», *InDret*, n. 3, 2014, pp. 1-32.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Sobre la “administrativización” del Derecho Penal en la sociedad del riesgo. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, JULIO (coord.), *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI*, 2006, pp. 136-176.

FERNÁNDEZ CABRERA, Marta, «La intervención mínima como argumento para absolver de la comisión de delitos de corrupción: crítica dogmática y político-criminal», *InDret*, 3, 2019, pp. 1-44.

FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, «El indulto a instancia judicial como válvula de escape en casos de conflicto entre legalidad y equidad», *InDret*, 2, 2019, pp. 1-51.

FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo penal*, UNAM, 2006.

FERRERES COMELLA, Víctor, «El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios», en MIR PUIG, SANTIAGO/CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Madrid, 2012, pp. 109-122.

FRØBERG, Thomas, «The role of the ultima ratio principle in the jurisprudence of the Norwegian Supreme Court», *Oñati socio-legal series*, 3(1), 2013, pp. 125-134.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, 2016.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, v.1, 5ªed., Ramón Areces, 2012.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del “ius puniendi”», en GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ, *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Universidad de Córdoba, 1996, pp. 249-260.

GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino, «Crisis del principio penal de ultima ratio. ¿Debemos retomar la orientación constitucional del Derecho Penal?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2021, pp. 131-154.

GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido», *Estudios penales y criminológicos*, 37, 2017, pp. 249-306.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Principios penales democráticos*, Tirant lo Blanch, 2021.

LÓPEZ YAGÜE, Verónica, «Principio de oportunidad y enjuiciamiento de los delitos leves», en MUNIELLO COBO, JOSÉ CARLOS/CALAZA, SONIA (dirs.), *Postmodernidad y Proceso Europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, 2020, pp. 315 a 339.

LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Constitucionales, 2006.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, «El principio de oportunidad: cuestiones generales», en MUNIELLO COBO, JOSÉ CARLOS/CALAZA, SONIA (dirs.), *Postmodernidad y Proceso Europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, 2020, pp. 63-71.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., Civitas, 2018.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, 2016.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, «Causas de atipicidad en sentido estricto y en sentido amplio», en LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL/MIR PUIG, SANTIAGO, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, 1995, pp. 21-43.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, «Tipicidad “mínima” en el delito del artículo 368 CP: cantidad de droga y atenuación: crónica de una reforma anunciada», *Diario La Ley*, 6617, 2006, pp. 1-5.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «La supresión de las faltas penales», *Diario La Ley*, nº 8171, 2015.

MIR PUIG, Santiago, «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 12, 1987, pp. 243-249.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, 10ª ed., 2015.

MORENO CATENA, Victor, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 2021.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Bosch, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, 11ª ed., 2022.

ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, 2022.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte general*, Bosch, 5ª ed., 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., 2019.

PRIETO DEL PINO, Ana María, «Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad», en NIETO MARTÍN, ADÁN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, MARTA/BECERRA MUÑOZ, JOSÉ (coord.), *Hacia una evolución racional de las leyes penales: práctica y teoría*, Marcial Pons, 2013, pp. 273-305.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte general del Derecho Penal*, 5ª ed., Aranzadi, 2015.

RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, «Los procesos por delitos leves. manifestaciones del principio de oportunidad. actividad instructora y principio acusatorio», *Revista General de Derecho Procesal*, 38, 2016.

SEQUEIROS SAZATORNIL, Fernando, «El principio de insignificancia y su irrelevancia en el tráfico ilegal de drogas: análisis del “injusto de bagatela”», *La Ley*, 1, 2004, pp. 1561-1574.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo», en ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA (ed.), *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, 1997, Universidad de Tenerife, pp. 309-324.

TUORI, Kaarlo, «Ultima ratio as a constitutional principle», *Oñati socio-legal series*, 3(1), 2013, pp. 6-20.

WENDT, Rudolf, «The principle of “ultima ratio” and/or the principle of proportionality», *Oñati socio-legal series*, 3(1), 2013, pp. 81-94.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, 2010.