

## ¿QUÉ ES EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA?\*

### WHAT IS THE PRINCIPLE OF MINIMUM INTERVENTION?

JESÚS MANUEL VILLEGAS FERNÁNDEZ

Magistrado del juzgado de instrucción núm. 2 de Vizcaya (España)

venephikus@yahoo.es

#### RESUMEN:

El Tribunal Supremo ha definido sin ambigüedad el denominado “principio de intervención mínima”. Sin embargo, la praxis forense parece haber olvidado su significado genuino. Por el contrario, surge una nueva interpretación, al margen de la jurisprudencia del alto tribunal, que supone un golpe mortal al núcleo del principio de legalidad.

#### PALABRAS CLAVE:

“Principio de intervención mínima”, okupa, “*top manta*”, “Uso alternativo del derecho”, “antijuridicidad material”

#### ABSTRACT:

Spanish Supreme Court has defined unambiguously the so called “minimum intervention principle”. However, legal praxis appear to have forgotten its actual meaning. There emerges instead a new interpretation, deviated from supreme case law guidelines, that is posing a lethal blow to the heart of the legality principle.

#### KEY WORDS:

“Minimum intervention principle”, okupa, “*top manta*”, “alternative use of law”, “harm principle”

#### SUMARIO:

¿QUÉ ES EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA? .....	1
WHAT IS THE PRINCIPLE OF MINIMUM INTERVENTION? .....	1
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. ....	2
II. UN EJEMPLO PROTOTÍPICO: EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA DE 25 DE MARZO DEL AÑO 2008.....	2
III. DEFINICIÓN Y ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA .....	3

---

\* Recibido en fecha 17/08/2008. Aceptada su publicación en fecha 25/12/2008.

<b>IV. EL ABANDONO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA .....</b>	<b>5</b>
<b>V. CONFUSIÓN DOGMÁTICA. ....</b>	<b>8</b>
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>9</b>

## **I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

De pocas cosas gusta más la doctrina española que echar mano del “principio de intervención mínima”. Pero, ¿cuántos saben de qué están realmente hablando? Se ha llegado a decir que constituye un dogma (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1998). Según el catecismo de la Iglesia Católica un dogma es una “forma que obliga al pueblo cristiano a una adhesión irrevocable de fe” (primera parte, primera sección, capítulo II, artículo 2, 88). En efecto, a la vista de cómo utilizan algunos semejante expresión, diríase que se trata de una experiencia espiritual, de un *nexum mysteriosum* que se impone por sí mismo, más allá de la técnica jurídica. Preferimos, con todo, pensar que atribuyen al vocablo el uso habitual de la teoría del derecho, que no es otro sino una “opinión jurídica racionalizada” (VIEHWEG, 1997, página 16). Significa esto que es susceptible de análisis lógico desde la ciencia del derecho. Lo malo es que a veces da la impresión de que la intervención mínima sea algo así como una creencia mística, impermeable a la crítica racional.

Ejemplos son los casos de los okupas, el *top manta*, o incluso los juicios por faltas de tráfico, donde se remite a los litigantes a la jurisdicción civil. El objetivo de este trabajo es penetrar en el significado de dicho concepto para definirlo con rigor y evitar que termine convirtiéndose en una excusa para dar al traste con el principio de legalidad.

Para ello tomaremos como guía el auto de 25 de marzo del año 2008 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, desestimatorio del recurso interpuesto por el Ministerio Público contra el archivo que acordó el juzgado de instrucción, precisamente en un delito de la propiedad intelectual del artículo 270 del Código Penal (*top manta*). No es una decisión judicial que destaque por su originalidad, pero por eso mismo nos interesa, ya que se limita a recoger los lugares comunes sobre esta materia. Su simplicidad la convierte en un ideal objeto de observación, como punto de partida desde el que ir profundizando hacia mayores honduras dogmáticas. Como enseñaba Santo Tomás, “para que comenzando por lo más fácil el aprendizaje resulte más conveniente” – *ut a facilioribus incipientes convenientior fiat disciplina* (2007, 25). Además, la limpia prosa en la que está redactada, que huye con un elegante castellano de la obscuridad expositiva, permite diseccionar sin gran esfuerzo el armazón intelectual en que se sustenta su argumentación jurídica. Lo veremos a continuación.

## **II. UN EJEMPLO PROTOTÍPICO: EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA DE 25 DE MARZO DEL AÑO 2008**

He aquí el caso que nos sirve de referencia: el juzgado de instrucción número cinco de Bilbao archivó unas diligencias previas seguidas contra un súbdito extranjero que vendía en la vía pública copias en soporte digital de obras cinematográficas y musicales sin la autorización de los respectivos titulares de la propiedad intelectual. La Fiscalía

recurrió, por entender que la conducta se incardinaba dentro del artículo 270 del Código Penal, si bien la Audiencia Provincial confirmó la decisión del juzgado de instancia. Según el criterio de los magistrados del tribunal de apelación, tanto el principio de legalidad como el de intervención mínima determinaban el sobreseimiento. Repasemos sus argumentos:

El artículo 270 del Código Penal es una norma en blanco, que remite a la Ley de Propiedad Intelectual, cuyo artículo 19 no prevé la venta al por menor. Por tanto, la conducta es atípica (Principio de legalidad).

Los hechos enjuiciados carecen de gravedad suficiente para trascender el ámbito mercantil y justificar la aplicación del tipo penal, puesto que ya están protegidos por las normas administrativas sancionadoras, de tal modo que la aplicación del derecho penal sólo supondría la criminalización del más débil (Principio de intervención mínima).

Como se adelantaba, la limpieza narrativa de la resolución estudiada es ejemplar. Con todo, el primero de sus argumentos se muestra ciertamente enigmático. La Ley de Propiedad Intelectual está redactada tan ampliamente que no deja resquicio a ningún género de dudas de que abarca también la venta callejera. De esta manera, el mentado artículo 270 del texto criminal castiga la “distribución”. Una noción tal, a su vez, se define en el artículo 19 de la citada norma mercantil como: “la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o *de cualquier otra forma*”. Resulta, por consiguiente, muy arduo saber en virtud de qué atajo se arriba a una solución tan contradictoria con el tenor literal de la Ley. En realidad, los juristas que abogan por la atipicidad del *top manta* se cuidan mucho de vincular el Código Penal a la Ley de Propiedad Intelectual. Consúltese el excelente trabajo de doña María Teresa Castiñeira Palou y de don Ricardo Robles Planas, los cuales observan que “las sentencias condenatorias han acogido el concepto de distribución de la LPI” (2007, 5). Hasta tal punto es así, que estos autores propugnan la absolución liberando a la norma penal de la servidumbre mercantil, de manera que el legislador criminal forje en esta materia su particular concepto de distribución, ajeno al que se maneja entre los que cultivan la disciplina de la propiedad intelectual.

Acaso esta incongruencia sea sólo una apariencia, fruto de una visión excesivamente fragmentaria del razonamiento de los señores magistrados. Tal vez no quisieron aquellos separar el principio de legalidad del de intervención mínima, sino convertir el segundo en clave hermenéutica del primero. Esta hipótesis obliga a centrarnos en éste último, a lo que se destinará el siguiente de los epígrafes.

### III. DEFINICIÓN Y ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MINIMA

Una lectura somera de nuestra jurisprudencia más reciente revela cuán exitoso es el concepto de “intervención mínima”, pues abunda por doquier. No sólo eso, se configura como una suerte de idea-fuerza, centro de un sistema solar alrededor del que orbitan otros principios como el de “fragmentariedad”, “*ultima ratio*”, “proporcionalidad” y hasta el de “insignificancia”. Sin embargo, no es fácil adentrarse en su significado, ya que estos términos suelen manejarse con harta vaguedad y hasta solapándose los unos con los otros. Esforcémonos, pues, en poner orden.

El principio de intervención mínima, para Carlos Blanco Lozano, quiere decir que “el derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos” (2003, 122).

Hemos de preguntarnos cuál es su sentido jurídico, esto es, en qué medida cobra significación a la luz de la dogmática. Es muy ilustrativa al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de ocho de enero del año 2004, cuyo ponente fue el Excelentísimo señor don José Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, actualmente magistrado del Tribunal Supremo. Se transcribe, a continuación, uno de sus pasajes más ilustrativos:

*“El principio de intervención mínima, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:*

*a) El ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.*

*b) El ser un derecho subsidiario que, como ultima ratio, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.*

*(...) el carácter doblemente fragmentario del derecho penal, a que hemos hecho referencia, como principio inspirador del concepto material del delito, no sólo exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino también que dicha protección se dispense sólo frente a los ataques más importantes y reprochables y exclusivamente en la medida que ello sea necesario”.*

El punto de partida, pues, es el principio de proporcionalidad. Hoy día no se concibe como una ponderación abstracta entre el peso de las respectivas magnitudes de la pena y del delito. O sea, que hemos de desterrar la imagen de una balanza en cada uno de cuyos platillos se posara la infracción penal y su sanción, hasta alcanzar una especie de equilibrio ideal entre ambos. El objetivo es la búsqueda de la eficacia. La pena será proporcionada en la medida en que su contenido de violencia sea suficiente para lograr los fines a los que aspira. Todo lo que rebase ese umbral será superfluo y, por ende, desproporcionado. Por eso se habla de que son corolarios suyos los principios de “necesidad” y “utilidad”. En las palabras del magistrado don Javier Hernández García, sus límites se exceden cuando se produzca una “inadecuación clara entre el medio empleado y las finalidades obtenidas” (2005, 36).

Este planteamiento permite percibir la esencia de la intervención mínima. Ha de ser “mínima” en tanto que la represión criminal no se presenta como un fin en sí misma, sino que está subordinada al cumplimiento de unos objetivos. Y, dado que el Estado usa de la sanción más potente de la que dispone (la pena), la reserva a los supuestos extremos, sólo los más graves. Por eso ha de ser comedido. He aquí uno de los componentes del principio de intervención mínima: la fragmentariedad. Es decir, que el derecho penal no protege todos y cada uno de los bienes jurídicos, sino sólo los más preciados.

La sentencia citada también se refería al principio del principio de *ultima ratio*, igualmente como manifestación del de intervención mínima. El ponente aclara que debe recurrirse al derecho penal “exclusivamente en la medida que ello sea necesario”. En este sintagma se condensa la idea clave que lo inspira. Si la pena no vale para proteger el bien jurídico, de nada sirve imponerla. Un buen ejemplo es el principio de insignificancia. En

los supuestos de narcotráfico, cuando la pureza de la droga es tan nimia que no compromete la salud del consumidor, la conducta resulta atípica (véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre del año 2007, fundamento jurídico primero, ponente Excelentísimo señor don José Antonio Martín Pallín). Algo similar sucede con las falsedades burdas.

Notemos como estos principios no se agolpan sin más, sino que integran un sistema conceptual, de tal modo que todos ellos derivan de la idea de antijuridicidad material. Implica que la finalidad del derecho penal es la protección de bienes jurídicos. Esa es la tesis clásica, asumida por nuestra jurisprudencia. Sin embargo, no es enteramente pacífica. Sin ir más lejos, entre la doctrina alemana se está poniendo recientemente en entredicho (FEIJOO SÁNCHEZ, 2008). Hagamos oídos sordos a estos inquietantes murmullos germánicos y creamos en este dogma jurídico, que no suele suscitar polémica entre nuestra doctrina patria.

Armados con este utillaje dogmático retornaremos al examen del auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya.

#### **IV. EL ABANDONO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA**

La motivación del auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 25 de marzo del año 2008, en lo que toca al principio de intervención mínima, se contrae a la siguiente idea: el bien jurídico afectado por las conductas de venta callejera ya recibe eficaz tutela en otras ramas del ordenamiento jurídico, luego el derecho penal sobra. Esta función se reserva a otras normas, ora las relativas a la propiedad intelectual, ora a la regulación administrativa sobre orden público.

En sus propias palabras: “(...) el delito sólo lo configuran aquellas conductas infractoras de los derechos de las propiedades intelectuales e industriales que por su gravedad trasciendan del ámbito mercantil y justifiquen la aplicación del tipo penal”: Asimismo, “contra la venta callejera de estos productos, por personas que sólo buscan una manera de ganarse la vida, la lucha no pasa, a juicio de esta Sala, por la aplicación del derecho penal, sino por la de normas de orden público que impidan este tipo de ventas, debiendo entrar en juego las normas administrativas sancionadoras, a través del cumplimiento de las respectivas ordenanzas municipales que de manera general prohíben la venta ambulante o descontrolada”.

Semejante fundamentación jurídica parece *prima facie* ser respetuosa con los principios antes enunciados. Tengamos presente que la sanción criminal está sometida al principio de *ultima ratio* y, consiguientemente, sólo entra en escena cuando haya fracasado el resto de los instrumentos legales. Luego, si el tribunal comprueba que otras ramas del ordenamiento jurídico brindan suficiente protección, habrá abstenerse de imponer pena alguna. En caso contrario, se haría caso omiso de los principios de necesidad y utilidad, amen de violar las exigencias de proporcionalidad.

Traigamos a colación nuevamente la dimensión de la proporcionalidad, tal como lo enunciaba el magistrado don Javier Hernández García. La desproporción entre los medios y los fines acarrearía una “irracionalidad ética” al utilizarse “un exceso de coacción

punitiva no necesaria para la protección de los intereses en juego” (2005, 39) por “concurrir espacios de protección superpuestos” (2005, 47).

Sería, entonces, factible construir una regla en virtud de la cual cuando, para la protección de un mismo bien jurídico, coexistan acciones civiles (en su sentido más amplio) y penales, habría de conferirse preferencia a aquéllas frente a éstas. Sería sencilla solución, si no fuese porque contradice la consolidada doctrina del Tribunal Supremo.

El Alto Tribunal ha repetido que el destinatario del principio de intervención mínima, ante todo, es el legislador, no el juez (sentencia de 13 de junio del año 2.000, fundamento jurídico segundo, ponente Excelentísimo señor don Enrique Bacigalupo Zapater). Lo clarifica en el segundo de los fundamentos jurídicos con estas palabras:

*“El principio de "intervención mínima" no puede ser invocado como fundamento de la infracción de Ley en el recurso de casación, toda vez que sólo es un criterio de política criminal dirigido particularmente al legislador y sólo inmediatamente puede operar como criterio regulador de la interpretación de las normas penales, que en ningún caso puede servir para invalidar una interpretación de la ley ajustada al principio de legalidad. Su contenido no puede ir más allá, por lo tanto, del principio liberal que aconseja que en la duda se adopte la interpretación más favorable a la libertad (in dubio pro libertate)”.*

En la misma línea la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero del año 2003, fundamento jurídico decimoctavo, ponente Excelentísimo señor don Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, en estos términos (fundamento jurídico 18º):

*“El llamado por la doctrina principio de intervención mínima no está comprendido en el de legalidad ni se deduce de él. Reducir 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.”.*

Diríase que estas enseñanzas caen en saco roto, pues la doctrina académica porfía en la falsa creencia de que al juzgador le es dado comprobar por sí mismo la eficacia punitiva de la norma penal y, según vea, decidir si es aplicable o no. A tal extremo llega esta distorsión que algún autor llega a calificar de minoritaria la postura contraria (GÓMEZ IBARGUREN, 2007), cuando es precisamente la que avala la más alta institución judicial del Reino de España.

Sea como fuere, es muy importante hacer hincapié en que esta tesis no es fruto de un capricho de los magistrados del Supremo, sino que representa la única que goza de respaldo positivo. Los artículos tres a siete de la Ley de Enjuiciamiento Criminal resolvieron tiempo ha las dudas en esta materia. Recordemos que el artículo tres estipula que: “Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extienda a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación”. Es más, “si la cuestión civil prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real, el Tribunal de lo criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión”.(artículo seis) Y, en todo caso, “si la cuestión prejudicial fuese

determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda (...) – artículo cuatro”. Ante reglas tan claras, lo verdaderamente sorprendente es que se sostenga que la convergencia de espacios de protección acarree la destipificación de conductas que encajan dentro de la descripción del articulado del Código Penal.

Es verdad que los tribunales está facultados para tomar en consideración el principio de intervención mínima, mas sólo como un criterio exegético auxiliar que, a la postre, se reduce llanamente al reconocimiento del principio *in dubio pro libertate* (como puntualiza la citada jurisprudencia). O sea, un recordatorio del principio *in dubio pro reo*, de la presunción de inocencia y, en definitiva, de todo el repertorio interpretativo a favor del sujeto pasivo de la acción penal que ha regido tradicionalmente en los juzgados patrios. Insistimos, lo que llama muchísimo la atención es que, invocando tan vaporoso principio, se llegue nada más y nada menos que a inaplicar la legislación criminal.

En el fondo subsiste una tendencia, hoy arcaica, que defendían jurisconsultos como Crispigni o Maurach y, según la cual: “Al derecho penal no le correspondería una función valorativa, sino meramente sancionadora. Las normas (mandatos y prohibiciones) del derecho penal podrían ser deducidos en su totalidad de otros sectores del ordenamiento jurídico” (CEREZO MIR, 2004, 68-69). Partiendo de esta concepción, la represión criminal sería como una especie de techo superior del edificio jurídico, al que sólo se llegaría después de haber ascendido fatigosamente a lo largo de los peldaños de las otras disciplinas legales. Como el propio Cerezo Mir reconoce, esta posición doctrinal no ha encontrado acogida entre la dogmática moderna.

En conclusión, es el legislador el que ha de plegarse al principio de intervención mínima. A los tribunales sólo afecta en tanto que han de interpretar las normas de la forma en que resulte más favorable al reo. No obstante, este canon hermenéutico no precisa para su formulación del referido principio, sino que radica en la médula del sistema de justicia criminal nacido tras la Revolución Francesa. Por eso, si un juzgador estima que cualquier norma penal vulnera el principio de proporcionalidad, lo que tiene que hacer es plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Jamás, empero, inaplicarla, pues entonces estaría usurpando el papel del legislador y quebrando la división de poderes.

Quizás este nítido esquema se enturbie un tanto ante la presencia del principio de insignificancia, que conduce a sentencias absolutorias cuando no se alcanza a dañar el bien jurídico que el precepto penal tutela. Ahora bien, a poco que se medite con algo de detenimiento, es evidente que hace acto de aparición el principio de legalidad, ya que, a fin de cuentas, opera una exclusión tácita dentro la descripción típica. El Código Penal prohíbe traficar con drogas. Lo que sucede es que no merece la consideración de tal un producto que ha sido tan adulterado que ha perdido su potencial psicoactivo. Lo mismo con una falsedad tan tosca que resulte objetivamente inhábil para engañar a nadie. Compárese ahora, y véase cuán distinta es esta postura de la que mantiene que el derecho penal ha de ceder siempre que otras ramas del ordenamiento jurídico otorguen protección igualmente eficaz. Es perfectamente plausible que el legislador confeccione un ramillete de acciones (civiles y penales) para defender por varios flancos un mismo bien jurídico. Y el juez carece de potestad para cerrar la puerta de los tribunales penales porque, según su criterio, considere que la protección es redundante.

En llegando a este punto estaríamos en condiciones de dar por finiquitada nuestra reflexión jurídica. Es menester, empero, un comentario adicional.

## V. CONFUSIÓN DOGMÁTICA.

La enseñanza que se extrae de todo lo hasta ahora expuesto se condensa en una idea elemental, a saber: el principio de intervención mínima se configuraría a guisa de excusa absolutoria extralegal. Esto es, cuando el juez advirtiese que un determinado tipo penal no satisface las exigencias de política criminal que movieron al legislador a darle vida, entonces sería inaplicable. Y la decisión de privarlo de fuerza coercitiva no vendría de la mano de los representantes de la soberanía popular, sino del propio órgano jurisdiccional.

Esta forma de ver las cosas evoca la corriente doctrinal denominada “Uso Alternativo del Derecho” o, al menos, a algunas derivaciones suyas. Las raíces más remotas se remontan a los años 30 del siglo XX, en los Estados Unidos, si bien su versión más conocida es la elaborada en Italia y Francia a finales de dicha centuria (TAMAYO, 2006, 368). El autor citado da cuenta del influjo que esta escuela ejerce en Iberoamérica, en cuya órbita se sitúa la “Teoría del Nuevo Derecho”. Sus artífices defienden una concepción antiformalista del ordenamiento jurídico en cuya virtud la norma positiva cede ante la promoción de los derechos de los débiles y de los desposeídos, en aras al cambio social y a la justicia distributiva, en el contexto de la lucha por la redistribución de la riqueza (TAMAYO, 2006, 386, 390 y 391). Tanto es así que el juez aparece como garante de las minorías incluso contra la voluntad del Parlamento (2006, 380).

Para algunos, posturas semejantes encontrarían apoyo en la propia Constitución. Un ensayo muy interesante al respecto es el escrito, precisamente en plena transición española, por José María Laso Prieto (consúltese bibliografía). Sería el artículo nueve de la Carta Magna el que prestaría respaldo una interpretación tal, con inspiración en los antecedentes portugueses e italianos. Se pretende desvestir a la judicatura de su supuesto apoliticismo, y colocar a los magistrados al frente de la “transformación revolucionaria de la sociedad”.

*In illo tempore* se hablaba de proletarios frente a capitalistas. Hoy sería el Tercer Mundo que clama justicia frente al abismo que se abre entre los opulentos ciudadanos occidentales y sus empobrecidos vecinos magrebíes, subsaharianos, o de cualesquiera otros pueblos oprimidos. Por eso, si unos emigrantes se buscan su sustento a costa de las multinacionales, no va a ser el juez quién los castigue. Antes bien, se ha alinear con ellos y contra los poderosos. ¿Estamos llegando demasiado lejos?

Ciertamente. Es seguro que la jurisprudencia española es ajena a planteamientos de tal ralea pues, de así ser, prevaricaría. Si el juez pierde su imparcialidad, deja de ser juez. Pese a ello, algunos pasajes de la resolución comentada dan pábulo a la confusión. Volvamos a reproducirlos:

*“Contra la venta callejera de estos productos, por personas que sólo buscan una manera de ganarse la vida, la lucha no pasa, a juicio de esta sala, por la aplicación del derecho penal (...)” – párrafo séptimo. Además, en el párrafo octavo: “La existencia de estos procedimientos como adecuados para el resarcimiento del derecho afectado es la más idónea y no la persecución penal del último eslabón de la cadena de infracción, es decir, la criminalización del más débil” (sic).*

Estas expresiones, como se adelantaba, no son producto de la originalidad de la resolución comentada, sino que constituyen un lugar común, repetido merced lo que tiene las trazas de ser un generoso uso del “corta y pega”. Mas, a la luz de la pura técnica jurídica, afirmaciones tales carecen por sí solas de cualquier valor. El fiscal Lafont, en un excelente y definitivo estudio sobre la materia, recuerda que “en el tráfico de drogas, el pequeño trapicheo no obstante la escasa incidencia de su protección sobre el bien jurídico y poder considerarse también como la criminalización del más débil, no determina la exclusión de la norma penal” (2007, 10). Acto seguido sugiere, como cauces para una eventual absolución, el estado de necesidad o incluso el indulto (2007, 11). Cabría añadir el error invencible, el miedo insuperable o cualesquiera otras figuras jurídicas que vengan al caso concreto. Pero invocar la condición marginal de los delincuentes, en cuanto tal, haciendo abstracción de la estricta observancia de la Ley, es poco más que un ejercicio retórico. A no ser, claro está, que queramos resucitar ideologías inaceptables para un estado de derecho.

Afortunadamente, las menciones a la tutela de los marginados no se han vertido privadas de sustento dogmático, sino que se conectan con la idea de la intervención mínima, que opera como fundamento de la motivación jurídica estudiada. Funcionaría algo así como un corolario suyo. Pues bien, esa es la clave, que dicho principio nada tiene que ver con la cuestión que nos atañe. Es curioso en qué medida suele ignorarse en la práctica su verdadero contenido, no obstante la frecuencia con la que se lo oye mentar en el foro. Diríase que opera como una suerte de letanía, una fórmula mágica que se repite sin que se haya terminado de entender del todo. A veces, más que un dogma, se parece a un conjuro. Semejante deformación dogmática, amén de pugnar contra el derecho positivo, hace caso omiso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esperemos que este trabajo, modestamente, contribuya a la difusión de la doctrina genuina de nuestro más alto órgano judicial.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AQUINO, SANTO TOMÁS (2007), *Acerca del ente y de la esencia*. Editorial Edibesa.
- BLANCO LOZANO, CARLOS (2003), *Derecho Penal, Parte General*. Editorial La Ley.
- CASTIÑEIRA PALOU –MARÍA TERESA- y ROBLES PLANAS – RICARDO - (2007), *¿Cómo absolver a los “tops manta”? (Panorama jurisprudencial)*. Indret, Revista para el análisis del derecho. [http://www.indret.com/pdf/422\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/422_es.pdf) (consultado el 16 de agosto del año 2008).
- CEREZO MIR, JOSÉ (2004). *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Introducción*. Sexta Edición. Editorial Tecnos.
- FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ (2008). *Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico*. Revista para el análisis del derecho <http://www.indret.com/pdf/526.pdf>. (consultado el 16 de agosto del año 2008).

- GÓMEZ IBARGUREN, PEDRO (2007), *El fenómeno okupa desde la perspectiva del derecho penal*. Noticias jurídicas. <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200711-548751452755744774444544.html> (consultado el 16 de agosto del año 2008).
- HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER (2005), *La protección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos okupa y mobbing inmobiliario*. Cuadernos de derecho judicial. Volumen 10/05. Consejo General del Poder Judicial.
- IGLESIA CATÓLICA, *Catecismo*, [http://www.vatican.va/archive/catechism\\_sp/p1s1c2a2\\_sp.html](http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p1s1c2a2_sp.html) (consultado el 16 de agosto del año 2008).
- LAFONT NIECUESA, LUIS (2007), *Cuestiones de actualidad sobre la venta de productos sujetos a propiedad intelectual e industrial*. Revista Actualidad Jurídica Aranzadi, Año XVII, número 738, ocho de noviembre 2007.
- LASO PRIETO, JOSÉ MARÍA (1978). *Constitución y uso alternativo del derecho*. Revista “Argumentos” (páginas 66-64), noviembre 1978, Madrid.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER (2006), *El Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho*. Revista Facultad de derecho y ciencias políticas. Vol. 36. No. 105 p. 361-397. Medellín – Colombia. Julio-Diciembre de 2006. ISSN 0120-3886.
- VIEHWEG, TEODOR (1997), *Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica*. Editorial GEDISA.