

Insignificancia y Derecho penal económico

Sumario

-
El criterio de la insignificancia en Derecho penal tiene por finalidad limitar la punición de ciertos comportamientos de mínima lesividad o bagatela, que formalmente encajan en un tipo penal y que además afectan, si bien de forma mínima, a un bien jurídico. En el sector del Derecho penal económico es posible encontrar actualmente tipos penales cuyo alcance no ha sido correctamente delimitado por el legislador, y que permiten acoger intramuros de su tipicidad comportamientos de mínima lesividad. En este trabajo se parte de una conceptualización del criterio de la insignificancia, previa delimitación con otros conceptos próximos como el de adecuación social o el de riesgo permitido, realizándose una exégesis sobre su naturaleza y fundamento en un Derecho penal de máximos como el que actualmente impera en nuestras sociedades, y se termina por valorar la operatividad de dicho criterio en el marco de la delincuencia económica, a través de tres ejemplos seleccionados en el Código Penal.

Abstract

-
The rule of insignificance in Criminal Law can limit the criminal sanction of some acts of low injuriousness, which formally are into a criminal category and suppose a minimal affectation for a legally protected right. In Economic Criminal Law, it is currently possible to find criminal offenses whose scope has not been correctly defined by the legislator, and which allow sanctioning acts of minimal harm. In this paper we start from a conceptualization of the rule of insignificance. Next, other close concepts such as «social adequacy» or «allowed risk» are delimited. An analysis is also carried out on the nature and foundation of this clause, in a máxima ratio of Criminal Law. The research work ends by assessing the application of the rule of insignificance in the context of economic crime, through three examples in the Spanish Criminal Code.

Zusammenfassung

-
Der Grundsatz der «Bedeutungslosigkeit» im Strafrecht kann die strafrechtlichen Sanktionen auf geringfügige Schäden beschränken, die formal unter eine Straftat fallen, aber materiell geringfügige Schäden an dem geschützten Rechtsanspruch verursachen. Derzeit gibt es im Wirtschaftsstrafrecht Straftaten, deren Umfang vom Gesetzgeber nicht richtig definiert wurde und die eine Sanktionierung von Bagatelldelikten zulassen. In diesem Beitrag gehen wir von einer Konzeptualisierung der Bedeutungslosigkeitsregel aus. Auch andere Begriffe wiesoziale Angemessenheit oder erlaubtes Risiko werden abgegrenzt. Auch die Art und Grundlage dieser Klausel in einem Maximalstrafrecht wird analysiert. Die Untersuchung endet mit der Bewertung der Anwendung der Geringfügigkeitsregel im Kontext der Wirtschaftskriminalität anhand von drei Beispielen aus dem spanischen Strafgesetzbuch.

Title: *Insignificance and Economic Criminal Law*

Titel: *Bedeutungslosigkeit und Wirtschaftsstrafrecht*

-
Palabras clave: Insignificancia, interpretación restrictiva, tipicidad, antijuridicidad, delito económico.

Keywords: *Rule of insignificance, restrictive interpretation, typical penalties, unlawfulness, economic crime.*

Stichwörter: *Geringfügigkeit, Restriktive interpretation, Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Wirtschaftskriminalität.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i4.05

-

4.2023

Recepción
10/01/2023

-

Aceptación
29/03/2023

-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. Una delimitación previa: insignificancia, adecuación social y riesgo permitido**
- 3. El criterio de la insignificancia en el sistema penal**
 - 3.1. Aproximación al criterio de la insignificancia en un Derecho penal de máximos
 - 3.2. La *vexata quaestio*: naturaleza jurídica y fundamento de la insignificancia
 - 3.3. Valoración de la significación de la conducta típica: algunas notas generales
 - 3.4. Recapitulación
- 4. El criterio de la insignificancia en el Derecho penal económico**
 - 4.1. Virtualidad práctica del principio de insignificancia en el delito económico
 - 4.2. Primer prototipo: blanqueo de capitales e insignificancia
 - 4.3. Segundo prototipo: fraude de prestaciones al sistema de la Seguridad Social e insignificancia
 - 4.4. Tercer prototipo: «top manta» e insignificancia
 - 4.5. Recapitulación
- 5. Conclusiones**
- 6. Bibliografía**

-

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

1. Introducción*

Cuando se habla de *insignificancia* se alude a un hecho que formalmente encaja en la descripción normativa del delito y también materialmente genera alguna ofensa a un bien jurídico protegido, si bien esa afectación lo es de carácter mínimo, nimio o de bagatela. En el ámbito del Derecho penal económico es posible identificar algunos tipos penales descritos de manera muy amplia por parte del legislador, o incorrectamente delimitados por aquél (desde una perspectiva cualitativa o cuantitativa) que producen en la práctica que ciertas conductas insignificantes terminen encajando formal y materialmente en el injusto típico; delitos en los que se hace aconsejable, más allá de un exhorto para su reforma, una interpretación teleológicamente orientada a la correcta protección del bien jurídico, de carácter reduccionista y acotador de los límites de la tipicidad, momento en el que puede desplegar todo su interés el *principio de insignificancia*.

En el presente trabajo se abordarán dos cuestiones diferenciadas pero interdependientes: por un lado, se realiza una exégesis del mencionado principio de insignificancia delimitando su significado, contenido, fundamento y naturaleza jurídica, así como las capacidades que le restan en un sistema penal que, siendo ya de *máximos*, se sigue sosteniendo en el férreo principio de legalidad. Por otro lado, se descenderá al ámbito del Derecho penal económico para explicar qué papel puede tener el criterio de la insignificancia en un sector como este, repleto de particularidades y matices respecto del *Derecho penal tradicional* (del que, no obstante, forma parte y en cuyos mismos límites y principios debe asentarse), terminando por exponer tres ejemplos de delitos económicos en los que hoy, *lex lata*, puede tener operatividad el principio de insignificancia.

2. Una delimitación previa: insignificancia, adecuación social y riesgo permitido

Con carácter previo a la exégesis que protagonizará este trabajo, creemos necesario realizar una delimitación anticipada. Y ello porque en numerosas ocasiones (y así se ha comprobado a través del manejo de la bibliografía utilizada en esta investigación) la doctrina tiende a agrupar y a analizar de forma conjunta los institutos de la «insignificancia» y la «adecuación social» de forma unitaria. Algo similar se ha detectado en algunos estudios doctrinales respecto de los términos «insignificancia» y «riesgo permitido», por lo que también debemos pronunciarnos, siquiera sea brevemente, sobre su delimitación.

Fue WELZEL quien acuñó y moldeó en origen el concepto de *adecuación social* en su *Studien zum System des Strafrechts*: «en la función de los tipos de presentar el “modelo” de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, están referidos a la vida social, pero, por otra parte, son precisamente inadecuadas en una vida social ordenada [...] esto repercute en la comprensión e

* Autor de contacto: Dr. Miguel BUSTOS RUBIO, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Internacional de La Rioja (miguel.bustos@unir.net). Este trabajo es resultado de la actividad investigadora del autor en dos proyectos de investigación: (1) «Derecho penal de clase: propuestas *de lege lata* y *de lege ferenda*» (ref: PID2022-142211NB-C22), dentro del proyecto coordinado: «Análisis crítico del Derecho penal de la plutofilia», y (2) «Ganancias ilícitas y sistema de justicia penal: una perspectiva global» (ref: PID2022-138796NA-I00), ambos financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Convocatoria de ayudas a «Proyectos de generación de conocimiento»).

interpretación de los tipos»¹. En este sentido, el criterio de la adecuación social en WELZEL sería entendido como un *antídoto* contra toda desvitalización del instituto del bien jurídico: «serviría para probar cómo, ante la apariencia de un resultado injusto, si la conducta se enclavaba en un marco aprobado socialmente, el hecho no debía declararse típico»². Con todo, hay que señalar que el pensamiento de WELZEL sobre la naturaleza del comportamiento adecuado y su concreta ubicación en la teoría del delito fue cambiante, pasando de concebir, en una primera fase, su correspondencia al plano del tipo, a hacerlo en sede de antijuridicidad como *causa de justificación consuetudinaria*, y finalmente a una última etapa en la que volvería a situar la adecuación social de nuevo en el ámbito del tipo (si bien ya no dotándolo del estatus de «valor ético-social» sino de «principio general interpretativo»)³.

Es cierto que determinadas acciones típicas pueden carecer de toda relevancia al ser consideradas corrientes o comúnmente aceptadas en el plano social. Como expresan MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN «la entrega de regalos de poca monta a un funcionario, o el invitarle a una copa, literalmente hablando puede constituir un tipo de cohecho; la ponderación excesiva de las cualidades en una mercancía en la propaganda comercial, un tipo de publicidad engañosa o estafa; los golpes en el boxeo, un tipo de lesiones; etc. No obstante, se estima que, por ser considerados comportamientos adecuados socialmente, no deben considerarse típicos y mucho menos antijurídicos»⁴. En esta dirección se ha detectado por un sector de la doctrina más actual que en ocasiones el sentido literal del tipo penal puede ir más lejos de lo que el código social o institucional desea o necesita, por lo que se haría todavía necesario, en palabras de ROLDÁN BARBERO, «exponer la sincronía o diacronía entre exégesis legal y conformación social»⁵. Cuestión distinta es cómo andar ese camino, o si conceder a la *adecuación social* naturaleza de causa de atipicidad, o de justificación, o bien amarrarla como un criterio más de interpretación restrictiva de los tipos penales por razones ligadas a la sociología⁶.

A nuestro juicio, la principal diferencia entre el criterio de la *adecuación social* y el de la *insignificancia* (en el que profundizaremos de inmediato) radica en el hecho de que aquél primero exige siempre una valoración social del comportamiento objeto de estudio para comprobar su efectiva adecuación en el seno de la sociedad que se trate y, posteriormente, su encuadre en un tipo penal (que efectivamente podrá resultar más o menos cuestionable), mientras que este último no exige tal comprobación, ni por ello su fundamento reposará en consideraciones de índole social, siendo la trascendencia valorativa eminentemente jurídica: son conductas de carácter mínimo que encajan formalmente en una descripción típica y que materialmente suponen algún tipo de ofensa a un bien jurídico. En la adecuación social, por tanto, el problema es qué debe entenderse por *socialmente adecuado*, y de ahí que su crítica en la actualidad sea

¹ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 1976, p. 83.

² ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, 1992, p. 31.

³ Ampliamente *vid.* CANCIO MELIÁ, «La teoría de la adecuación social en Welzel», *ADPCP*, (46-2), 1993, pp. 701 s.

⁴ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 11ª ed., 2022, p. 234. Con todo, los autores reconocen al criterio de la adecuación social operatividad en el marco de la interpretación restrictiva de la norma que en algunos casos puede conducir, efectivamente, a la no punición del hecho (p. 235).

⁵ ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, 1992, p. 18.

⁶ Dado que adentrarnos en la discusión sobre los problemas de asentamiento del criterio de la «adecuación social» en la teoría jurídica del delito nos obligaría a exceder con creces del objetivo concreto de este estudio, nos remitimos para su contraste a la amplia investigación de ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, 1992, pp. 41 ss.

contundente: «no es unívoco su contenido caracterizado por un grado de subjetivismo e inconcreción elevado» por lo que para un sector de la doctrina este elemento podría incluso ser sustituido por criterios interpretativos más precisos en el marco de la moderna teoría del delito⁷ (se aduce que muchos de los problemas que tradicionalmente quedaron encuadrados en los límites de la adecuación social hoy serían reconducibles y solucionados en sede de falta de imputación objetiva, por falta de riesgo prohibido o bien por existencia de un riesgo permitido; falta de dominio del hecho; autolesiones; autopuestas en peligro; inadecuación en tipos de peligro abstracto; etc., por lo que la actual discusión sobre esta categoría habría ido decayendo últimamente, hasta el punto de ser abandonada por la doctrina⁸).

El debate en el caso de la insignificancia no es si tal o cual comportamiento resulta admisible en el plano de lo social (esto es, si resulta socialmente adecuado) o hasta qué punto y bajo qué circunstancias por tal razón no deberían ser hechos prohibidos penalmente. Se trata, por el contrario, de un análisis sobre la escasa afectación que un comportamiento típico puede conllevar contra un bien jurídico tutelado por la norma. Por supuesto pueden existir puntos de conexión entre comportamientos *socialmente adecuados* y comportamientos *mínimos o insignificantes*, pero el plano de análisis es completamente diferente, y por ello la *ratio* de una u otra institución también ha de ser distinta. Por cerrar con un par de ejemplos en uno y otro sentido: puede ocurrir que los hechos no recaigan en el ámbito de la adecuación social pero sí en el criterio de la insignificancia (v. gr.: arrancar a alguien un cabello sin su consentimiento no es adecuado socialmente, al menos en nuestro entorno geográfico, más sin embargo puede ser analizado bajo la pauta de la insignificancia), o bien puede que el hecho sometido a examen responda a ambos criterios (v. gr.: hacer entrega de una caja de bombones a nuestro médico de la Seguridad Social al terminar la consulta en época de Navidad puede resultar tanto un comportamiento socialmente adecuado como un hecho nimio o de bagatela para afectar al *correcto funcionamiento de la Administración Pública*). Pero lo que resulta claro es que el fundamento y naturaleza de la adecuación social y de la insignificancia pueden y deben ser estudiados de forma autónoma y no automáticamente imbricados el uno con el otro.

Algo similar acontece para el caso del riesgo permitido. Aun no pudiendo profundizar más en el contenido de esta institución (pues ello excedería con creces el objetivo más limitado de este trabajo) recientemente SILVA SÁNCHEZ ha explicado de forma magistral el significado y alcance del riesgo permitido en Derecho penal económico: «esta expresión solo puede alcanzar a aquellas conductas que son penalmente atípicas en virtud de ser jurídicamente permitidas. Más en concreto: formalmente permitidas por el ordenamiento jurídico extrapenal»⁹. Como vemos, esto no es lo que acontece en el caso de la insignificancia, que alude, como se dijo, a supuestos en los que la conducta encaja formalmente en un tipo penal y también afecta materialmente a un interés (si bien de manera mínima), sin que exista una justificación o permiso en sede extrapenal que permita llevar a cabo tal conducta. Por ello no es posible asimilar los supuestos de riesgo permitido y los supuestos de insignificancia. Y, como continúa SILVA SÁNCHEZ, «una conducta

⁷ NAVARRO MASSIP, «La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), 2011, p. 57.

⁸ CANCIO MELIÁ, *ADPCP*, (46-2), 1993, p. 703. Como señala este autor, «la mayoría de la doctrina se pronuncia por un uso restringido como *instrumento hermenéutico* de la adecuación social, aproximándose, por tanto, a la “tercera fase” en Welzel, o la rechazan por ser demasiado inconcreta» (p. 704, n. 31).

⁹ SILVA SÁNCHEZ, «Bases de un concepto restrictivo de riesgo permitido», en OLMEDO CARDENETE *et. al.* (dirs.), *LH Carlos Juan Manuel Daza Gómez*, 2021, p. 178. A mayor abundamiento puede verse SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022.

peligrosa para un bien jurídico puede ser atípica por tres clases de razones: por razones sociales, por razones jurídicas extrapenales y por razones específicamente jurídico-penales. El primer ámbito es el de la adecuación social. El segundo, el del riesgo permitido. El tercero, el de todas las demás causas de atipicidad»¹⁰, grupo en el que (añadimos nosotros) tendría acomodo el criterio de la insignificancia bajo el fundamento que desarrollaremos en las siguientes líneas (aún todavía concibiendo en esta aseveración a las *causas de atipicidad* en un sentido amplio y omnicompreensivo, como también discutiremos de inmediato).

Una vez esbozada la delimitación entre el instituto de la insignificancia y los criterios de *adecuación social* y *riesgo permitido*, en las páginas que siguen nos centraremos exclusivamente en analizar el criterio de la insignificancia, primero desde un punto de vista genérico en sede penal, aterrizándolo después en el marco de lo que hoy denominamos *Derecho penal económico*.

3. El criterio de la insignificancia en el sistema penal

3.1. Aproximación al criterio de la insignificancia en un Derecho penal de máximos

El principio *de minimis non curat praetor* («de los asuntos intrascendentes no se ocupa el magistrado») proveniente del anterior *de minimis non curat lex* («de los asuntos intrascendentes no se ocupa la ley») ha dado lugar en la actualidad a un postulado más moderno que en Derecho se expresa como *principio de insignificancia* (en la terminología de ROXIN) o de *bagatela* (en la terminología de TIEDEMANN). Aparece ya en el Digesto, si bien completamente desligado del terreno penal, donde se podía leer: *ne propter satis minimam rem* («no debe ser oído el reclamante de cosa o cantidad mínima») ¹¹, y engloba dos vertientes claramente diferenciadas: por un lado, el primero de estos principios se aplica en el ámbito jurisprudencial, dirigiéndose por tanto al intérprete, quien deberá excluir de su interés asuntos mínimos o insignificantes; el segundo de los principios, por su parte, se dirige al legislador, quien al confeccionar las normas debe dejar extramuros de aquellas las cuestiones más banales. El primero, pues, opera en el plano *ex post*, esto es, cuando la norma ya existe y debe ser aplicada excluyendo las cuestiones nimias o intrascendentes, mientras que el segundo, por el contrario, opera *ex ante* a la normativización de la conducta que se trate, suponiendo una llamada de atención al legislador para que deje fuera de la regulación todo aquello que sea intrascendente.

En el plano penal, tras la II Guerra Mundial fue WELZEL quien manejó el principio de insignificancia (junto con el de adecuación social) en la teoría del delito. Después lo haría ROXIN,

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, en OLMEDO CARDENETE *et. al.* (dirs.), *LH Carlos Juan Manuel Daza Gómez*, 2021, p. 178.

¹¹ Sobre el muy discutido origen histórico del brocardo, cfr. ampliamente GUZMÁN DALBORA, «La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (5), 1995, pp. 513 ss. Como puede leerse en este trabajo, a tal principio se le presupone una «hipotética raigambre romana», más no es así: «no da cuenta el *Corpus iuris civilis*, así como tampoco puede hallarse en otras fuentes romanas más antiguas» [...] «lo que conocieron los juristas de Roma fue lo cualitativo de lo nimio, y afirmaron su consiguiente irrelevancia para el Derecho, pero en un sentido general, esto es, referido al tema de las fuentes del Derecho» (p. 514). Como conclusión, tras el amplio estudio realizado por el autor, se termina considerando que «el adagio *minima non curat praetor* tiene que haber surgido con mucha mayor probabilidad entre los humanistas que lo que es lícito suponer a propósito de los juristas de la Recepción» pues «tiene, indudablemente una presentación formal culta, elegante, que cuadra muy bien con las preocupaciones filológicas y eruditas de estos juristas» (p. 519), razón por la cual «que los humanistas construyeran el apotegma *minima non curat praetor*, que, conforme quedó explicado, tiene un sentido eminentemente liberal y refractario a cualquier imposición autoritaria, no parece [...] hipotéticamente infundado» (p. 521), idea que, igualmente, permite a GUZMÁN DALBORA concluir entendiendo que «se puede cerrar suponiendo un origen más bien civil que penal del aforismo» (p. 522).

también en Alemania¹². Cuando se habla de «insignificancia» se está queriendo aludir a aquellos casos en los que una conducta aparentemente (o desde el prisma formal) resulta encuadrable en la descripción legal del tipo, pero sin embargo el ataque al bien jurídico tutelado por el delito aparece como insignificante, nimio o insuficientemente relevante¹³. De este modo el principio de insignificancia o bagatela nos señala que las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante a los fines que se persiguen con el tipo penal. Se trata de una lógica consecuencia de la asunción del principio de *ultima ratio* del sistema penal, en función del cual se exige una adecuada relación de proporcionalidad entre lo que se lesiona o se pone en peligro y lo que se termina puniendo. De este modo, en palabras de ZAFFARONI «no es racional que arrancar un cabello sea una lesión, apoderarse de una cerilla ajena para encender el cigarrillo sea un hurto, llevar un pasajero hasta la parada siguiente a cien metros sea una privación de libertad, la propina al cartero constituya una dádiva, eludir a una persona sea una injuria, etc.»¹⁴. La irracionalidad aparente que supone sancionar este tipo de comportamientos bajo el manto del Derecho penal nos hace concluir, ya apriorísticamente, que en todos los injustos en los que el interés jurídico admita lesiones o peligros graduables será posible encontrar acciones insignificantes.

El interés por reducir el empleo del instrumento punitivo en la actualidad puede observarse entre un amplio sector de la doctrina y también del conjunto de los operadores de la Justicia; ello es de todo punto comprensible cuando caemos en la cuenta del estado de hiperinflación que sufre el actual Código Penal, que en los últimos años ha optado generalmente por agrandar y agravar su contenido, bien mediante la configuración de nuevos tipos penales o bien mediante la reformulación de los ya existentes en un sentido amplificador. Conviene, pues, poner puertas al campo penal, desde distintos puntos de observación político-criminal, pero también desde la óptica de una correcta interpretación de los tipos penales, en ocasiones redactados de forma muy amplia a pesar del imperante mandato de taxatividad y de determinación o certeza que demanda el férreo principio de legalidad penal. La actual amplia configuración de ciertos (demasiados) tipos penales exige, pues, una necesidad de acotar su interpretación de forma correcta si no se pretenden soslayar los requerimientos de certeza jurídica, de seguridad, e incluso de economía procesal y pública. En este sentido, tal y como ha demandado GUZMÁN DALBORA siguiendo a PALIERO, la dilatación del campo del Derecho penal comporta en numerosas ocasiones la criminalización *en abstracto* de ciertos comportamientos de mínima relevancia o bagatela, lo que, además de una crítica dogmática (que es esencialmente la que seguiremos en las líneas siguientes) puede también acarrear una crítica economicista, al conllevar dicha situación un consiguiente crecimiento de las causas penales, retardos en la administración de justicia y, en definitiva, «faltas a la economía procesal [...] por los costos elevadísimos que requiere -tanto en su fase de aplicación como en la de su ejecución- la pena criminal»¹⁵.

¹² FLÁVIO GOMES, «Infracciones de bagatela y principio de insignificancia», en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez*, 2006, p. 755. Sobre el origen del principio, amén de lo expuesto en la nota anterior, *vid.* también p. 756, n. 5: como señala FLÁVIO GOMES, «aunque, sin duda, el origen histórico de la teoría de la insignificancia es muy controvertido, hay que señalar, no obstante, el hecho de que el pensamiento penal viene insistiendo (desde hace tiempo) en su recuperación (como mínimo desde el siglo XIX). Son numerosos los autores que desde entonces vienen invocándola y pidiendo su restablecimiento».

¹³ LUZÓN PEÑA, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, 1995, p. 22.

¹⁴ ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2005, p. 372.

¹⁵ GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 496.

Lo que parece cierto es que en ese proceso de amplificación del instrumento penal en el que hoy se castigan como delitos graves ciertos hechos «que en tiempos antiguos se miraban como dignos de risa y de mofa»¹⁶, hay que hacer aterrizar la idea de que, en tanto en muchas de las cosas de este mundo siempre exista un mínimo que ha de pasarse por alto, los sectores de conocimiento que se ocupan del estudio, interpretación y en su caso aplicación de esas cosas (véase el Derecho penal con las conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos más importantes y frente a los ataques más intolerables) han de establecer límites sobre qué debe quedar bajo su cobertura y aquello otro que, por el contrario, no debe integrar su ámbito de operatividad¹⁷.

Tal conjunto de razones hace que el principio de insignificancia se presente hoy como un instrumento revitalizado o de renovado interés para el jurista.

3.2. La *vexata quaestio*: naturaleza jurídica y fundamento de la insignificancia

Si continuamos con alguno de los ejemplos expuestos por ZAFFARONI para ilustrar el contenido de la insignificancia en Derecho penal, observaremos que el autor habla de la *irracionalidad* de sancionar conductas de bagatela como las expuestas (véase: sancionar el arrancar un pelo como una forma de lesión, o el apoderarse de una cerilla de otra persona sin su consentimiento para encender un cigarrillo como forma de hurto). Efectivamente la sanción penal de dichas conductas deviene del todo *irracional*, porque *no hay razón* que justifique la imposición de la pena. O en otros términos: acontece que la sanción penal es, se mire desde la óptica que se mire, inverosímil o disparatada. No obstante, debemos preguntarnos acerca del fundamento concreto en el que descansa en estos casos la *falta de razón* para la aplicación de una sanción penal.

Por un lado, podemos plantearnos si ante un comportamiento insignificante como los expuestos a modo de ejemplo la pena resulta *merecida*. A nuestro modo de ver, como ya expusimos en algún trabajo anterior de nuestra firma¹⁸, la pena es merecida desde que se afirma que el hecho es típico, antijurídico y personalmente atribuible a su autor, pues es este un juicio de desvalor que incide sobre el *hecho* (en ocasiones sobre lo típico o antijurídico del hecho, y en otros casos sobre lo personalmente imputable del mismo). Cuando se afirma la existencia de un delito la pena es ya, por tanto, merecida.

Diferente cuestión es la de si, ante estos supuestos de insignificancia o bagatela, la pena es *necesaria*. La necesidad de imposición de la pena es una cuestión distinta de la que atañe a su merecimiento: la sanción penal, una vez ya es merecida, puede ser o no necesaria, según su conveniencia o inconveniencia en atención a múltiples criterios de carácter eminentemente político-criminales, aunque no sólo estos. Es por ello que, a nuestro juicio, la necesidad de pena es una cuestión que atañe principalmente a la *punibilidad* como categoría en Derecho penal¹⁹, y requiere valorar, entre otros factores, si con la ejecución de un determinado comportamiento se han cumplido (y en qué medida) los fines de la pena (prevención general/especial), o si existen

¹⁶ ROMAGNOSI, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, v. IV, 1987, p. 419.

¹⁷ GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 506.

¹⁸ BUSTOS RUBIO, «Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad», *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), 2015, p. 203.

¹⁹ BUSTOS RUBIO, *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), 2015, p. 204.

medios menos lesivos para el castigo, o si la pena es, en definitiva, útil o idónea para hacer frente al delito en el caso particular que acontezca²⁰.

Desde este prisma, si afirmamos que la pena es merecida es porque se podrán constatar con suficiencia las exigencias de tipicidad, antijuridicidad y atribución de la responsabilidad penal al autor del hecho. Si esto es así, la pena podrá ser después considerada o no como necesaria, pero ya en atención a criterios político-criminales que van más allá del injusto culpable. Imbricando esta idea con la de *insignificancia*, resultará que si con tal principio se logra anular la tipicidad o la antijuridicidad del hecho, la pena no se aplicará por no resultar merecida; caso contrario, si a pesar de concurrir un comportamiento que pueda tildarse de «insignificante» quedan afirmadas las categorías de tipicidad y de antijuridicidad, solo restará indagar la posibilidad de que la pena no se aplique en atención a valoraciones de índole estrictamente político-criminal (al nivel de la punibilidad), por considerarse innecesaria en el caso concreto.

Para algunos autores la insignificancia en Derecho penal constituye una auténtica causa de exclusión de la tipicidad, una circunstancia de atipicidad inserta en dicho nivel de análisis dentro de la actual teoría jurídica del delito²¹. Así, verbigracia (en adelante: v. gr.) FLÁVIO GOMES afirma que «la consecuencia natural de la aplicación del criterio de insignificancia [...] consiste en la exclusión de la responsabilidad penal de los hechos ofensivos de poca importancia o de ínfima lesividad. Son hechos materialmente atípicos (queda excluida la tipicidad material). Por la lesión o por la conducta insignificante, el hecho es formalmente típico, pero no lo es materialmente. Comoquiera que la tipicidad penal consiste en la tipicidad objetiva o formal más la tipicidad normativa o material, no queda ninguna duda de que, en virtud del principio de insignificancia, el hecho nimio o de ínfimo valor es atípico»²². De igual opinión parece ZAFFARONI, cuando afirma que «la lesión insignificante no es típica»²³.

Empero, dentro del pensamiento de FLÁVIO GOMES es posible distinguir dos tipos de insignificancia: por un lado, la que el autor denomina *bagatela propia*, que es aquella en la que el hecho nace ya sin relevancia penal, por ausencia del desvalor de acción (conducta no peligrosa o sin idoneidad lesiva para el bien jurídico protegido) o por ausencia del desvalor de resultado (al no tratarse de un ataque lo suficientemente grave para dicho bien jurídico); y, por otro lado, la *bagatela impropia*, en la que la conducta sí nace con relevancia jurídico-penal (esto es: se constata

²⁰ A pesar de ser esta la concepción de la que partimos cuando abordamos el debate sobre la relación entre los conceptos de *merecimiento* y de *necesidad* de pena, debe dejarse apuntada la existencia de otras posiciones diferentes en la doctrina, especialmente la de aquellos sectores que vinculan también la *necesidad* de pena a criterios relacionados con el tipo de injusto y no solo con la punibilidad. En este sentido puede verse el amplio estudio que al respecto realiza GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho Penal*, 1997, pp. 50 ss., a través de los pronunciamientos en las doctrinas alemana, italiana y española, señalando que «el recurso masivo a estos elementos contrasta, sin embargo, con los problemas que se plantean a la hora de definirlos, de establecer la relación entre ambos, así como de fijar su posición y valor dentro de la teoría jurídica del delito». Con todo, como señala el autor con apoyo en los trabajos de BLOY, JESCHECK o HILLENKAMP (entre otros), para un sector amplio de la doctrina «mientras el merecimiento de pena recoge todos los aspectos del desvalor del delito y, por tanto, encierra un juicio global de desvalor (aspecto valorativo), la necesidad de pena acoge todas las circunstancias en virtud de las cuales se formula un juicio de utilidad o conveniencia (aspecto teleológico)».

²¹ Como ya se expuso *supra*, fue Welzel quien, tras la II Guerra Mundial, advirtió por vez primera sobre el criterio de la insignificancia y su relevancia en el sistema penal, si bien lo hizo imbricándolo con el criterio de la *adecuación social* (sobre el origen histórico del criterio, *vid.* ampliamente, FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez*, 2006, p. 754).

²² FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez*, 2006, p. 757.

²³ ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2005, p. 372.

el desvalor de acción y de resultado), pero después se comprueba que para el caso concreto la pena resulta de todo punto innecesaria, dada la irrelevancia del hecho. En la primera, la bagatela propia, es donde despliega todo su sentido, a juicio del autor, el *principio de insignificancia*, que vendría a excluir directamente, como se ha dicho, la tipicidad material del hecho. Por su parte, en la segunda, la bagatela impropia, aquel principio ya ha quedado rechazado y entraría en juego el *principio de irrelevancia penal del hecho*, o del perdón judicial, cuando se afirma que, a pesar de existir tipicidad no hay necesidad de aplicar una sanción penal (desde una óptica procesal de oportunidad)²⁴.

Para este sector, por tanto, la virtualidad del *principio de insignificancia* se despliega solamente en aquellas infracciones de bagatela denominadas «propias», que son aquellas en las que el desvalor de acción o de resultado son nimios respecto del bien jurídico protegido por la norma. De este modo, resultaría que el criterio de insignificancia dejaría de ser ya un mero *principio* y pasaría a conceptualizarse como una verdadera categoría dentro de la topografía del delito, al nivel de la tipicidad, deviniendo justamente como causa o regla de atipicidad en sentido estricto²⁵. Todo lo que exceda de ese análisis sobre el propio desvalor de la conducta se apoyaría en un principio diferente, el de irrelevancia penal del hecho (o innecesiedad de la pena), atinente a otros estadios de análisis, esencialmente el de la punibilidad o la teoría de la pena (por ejemplo: causas de no procedibilidad o, en general, causas de exclusión de pena)²⁶. O, nuevamente en palabras de FLÁVIO GOMES, «la infracción de bagatela propia excluye la tipicidad material, luego no hay delito; la infracción de bagatela impropia tan sólo convierte en innecesaria la sanción penal en cada caso concreto (es decir, está vinculada a la teoría de la pena)»²⁷.

También MIR PUIG (para el caso de las coacciones de bagatela en el tráfico vial: piénsese, por ejemplo, en el sujeto que impide a otros adelantar mediante el procedimiento de situarse en el carril izquierdo impidiendo tal maniobra) ha concebido que en estos supuestos la mejor solución es considerar que el comportamiento queda directamente excluido del delito por el principio de insignificancia, entendiendo que este principio se encuentra íntimamente conectado con el de *ultima ratio* del Derecho penal (algo en lo que estamos absolutamente de acuerdo, como trataremos de explicar unas líneas más adelante)²⁸. Curiosamente este delito, el de coacciones,

²⁴ FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez*, 2006, pp. 753 s. Con todo, en este estudio pareciera que el autor terminase por contradecirse al afirmar más adelante (p. 763) que también en la llamada *bagatela impropia* (donde ha de regir el principio de irrelevancia penal del hecho) tienen cabida supuestos de «ofensa no muy relevante del bien jurídico» o incluso, en sus propias palabras, «bien jurídico de relevancia no excesivamente importante», circunstancias que se sitúan junto a otras como las de «reparación del daño», «autor sin antecedentes», «culpabilidad no significativa», etc. Pensamos que en esta clasificación terminan por entremezclarse cuestiones que poco tienen que ver entre sí, amén de acabar por reconocerse que la ofensa nimia a bienes jurídicos puede tener cabida tanto en la llamada *bagatela propia* como en la denominada *bagatela impropia*.

²⁵ Como ha ilustrado GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 534, «piénsese que en la misma Alemania, al socaire de estas incertidumbres, ¡hasta se ha llegado a hablar de una colocación ubicua de la insignificancia en el sistema de los elementos del delito!».

²⁶ FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez*, 2006, p. 759.

²⁷ FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez*, 2006, p. 762.

²⁸ MIR PUIG, «El delito de coacciones en el Código Penal», *ADPCP*, (30-2), 1977, pp. 300 s. Como puede leerse al autor, el principio de insignificancia se encuentra próximo al de *adecuación social*, si bien se diferencia de él en que «no presupone la total aceptación social de la conducta, sino que se aplica a hechos desaprobados, siquiera muy ligeramente, por la sociedad. Pero ambos principios se fundan en el mismo punto de partida: que no cabe pensar que la ley penal quiera contradecir el orden social. Del mismo modo que una acción socialmente aprobada

fue utilizado años antes que MIR PUIG por ROXIN, en 1964, para hablar, por vez primera, del principio de insignificancia en Alemania, en un momento de acentuada preocupación político-criminal en ese país. Según el jurista alemán, la extensión de este tipo penal permitía cobijar supuestos que pudieran llegar a desconocer la «realidad de la vida», sin que ante ellos fuese realmente necesaria la intervención del Derecho penal. Con todo, dado que la ley no siempre puede aislar descriptivamente un ámbito determinado de conductas con toda la precisión que sería deseable, abarcando el núcleo típico áreas de aplicación que debieran quedar fuera, y toda vez que el substrato del juzgamiento deviene múltiple al no determinar con suficiencia (de manera *agotadora*) los elementos que conforman la acción delictiva, el principio de insignificancia podría invocarse dogmáticamente como una forma de convertir en atípica dicha conducta²⁹.

Para algunos autores la discusión se zanjaría bajo un particular entendimiento del estadio de la tipicidad como una *tipicidad conglobante* en el que la insignificancia aparece como una especificación correctiva de la *tipicidad legal*, y por la que no se podría finalmente afirmar una *tipicidad penal*. Esta teoría debe atribuirse a ZAFFARONI, para quien desde tal perspectiva el tipo conglobante exige la lesión o el peligro para un bien jurídico tutelado por la norma, comprobándose que existe antinormatividad por la contradicción de la conducta con la norma, conglobando lo anterior con las restantes normas del sistema. Quedarían fuera de la tipicidad aquellas conductas que son alcanzadas por la tipicidad legal pero que el orden normativo no prohíbe «porque las ordena o fomenta o no las puede alcanzar, por exceder del poder represivo del Estado o por ser insignificante su lesividad». De esta forma una afectación insignificante del bien jurídico tendrá el efecto directo de excluir la tipicidad³⁰. Esta concepción, empero, es una construcción particular sobre el esqueleto del delito (en concreto, del estado de la tipicidad) propuesto por ZAFFARONI, que no tiene por qué ser compartido en su conjunto, pero que, efectivamente, sirve para integrar el criterio de la insignificancia o bagatela en la teoría del delito, como una particular causa de atipicidad.

Para otro grupo de autores, sin embargo, la insignificancia no constituye una causa de atipicidad como categoría dogmática dentro de la teoría del delito, convergiendo más bien en un criterio interpretativo de carácter teleológico (orientado a la protección del bien jurídico protegido por la norma) que ha de ser observado por el juzgador en atención al caso concreto. Hemos de adelantar que esta es la interpretación que consideramos más adecuada, partiendo de la base, primeramente, de que no existe ningún reconocimiento normativo explícito en nuestro actual sistema penal que permita hablar de insignificancia como causa o regla de atipicidad, o, en su caso, como causa de justificación³¹.

Como ya esbozamos en otro lugar³², ante un estado de insignificancia la acción del sujeto encaja *formalmente* en la descripción legal y *materialmente* afecta al bien jurídico, por lo que puede afirmarse sin problema la concurrencia del tipo penal, entendido tanto desde la óptica del tipo

no puede resultar prohibida por el Derecho penal, una conducta no puede ser sometida a pena criminal cuando su reprobación social es tan leve que ello repela al sentido común». No obstante, sobre el desligamiento del criterio de la adecuación social y del principio de insignificancia ya nos hemos pronunciado *supra*.

²⁹ Cfr. GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 523.

³⁰ Cfr. GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 527, quien sistematiza, a nuestros efectos, el pensamiento de ZAFFARONI en relación con la insignificancia.

³¹ Cfr. FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez*, 2006, p. 754.

³² BUSTOS RUBIO, *Delitos acumulativos*, 2017, pp. 32 ss.

estricto o *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, como tipo amplio o *ratio essendi* de la antijuridicidad. En el primero de los casos existirá una acción típica y antijurídica (a salvo de que concurra alguna causa de justificación). En el segundo, se hablará de una acción típicamente antijurídica³³. Rechazamos, pues, la afirmación de aquél otro grupo de juristas que ha considerado que ante comportamientos de bagatela directamente no existe injusto material: este existe, pues se constata la afectación al bien jurídico tutelado por la norma, por más que después se pueda *interpretar* que la misma es nimia o carente de valor especialmente significativo (así por ejemplo, quien sustrae una cerilla de la caja propiedad de un tercero sin su consentimiento está cometiendo un hurto desde el punto de vista formal pero también material, pues lesiona la pacífica posesión sobre la cosa por parte de su titular, más allá de que lo haga de manera trivial; e igualmente, quien arranca un cabello a otra persona está contraviniendo la norma que proscribe causar lesión a otro desde un punto de vista formal pero también material, pues lesiona su integridad física aún de manera intrascendente). En definitiva, existe un encuadre del comportamiento en la descripción típica (perspectiva formal) pero también un desvalor jurídico por lesionarse o ponerse en peligro un determinado bien tutelado por la norma (perspectiva material), a pesar de que el grado de desvalor resulte a todas luces insignificante.

Como ilustrativamente expone GUZMÁN DALBORA «también una ofensa insignificante al bien jurídico en cada caso tutelado, esto es, una afcción nimia del objeto de la protección resulta, para los requerimientos del principio de ofensividad, satisfactoria. El principio de ofensividad sólo impone que se descarten de plano [...] aquellos actos típicos en que sea imposible columbrar alguna afectación del bien jurídico [...]; pero, bien miradas las cosas, no se le hace violencia con el llamado Derecho penal de bagatelas»³⁴. Por ello, esta vez en palabras de LUZÓN PEÑA «el principio de insignificancia significa, pues, una restricción tácita de los tipos»³⁵. Y, aunque venga conectado con la medida del desvalor en la antijuridicidad material, la determinación de lo atípico no debe quedar generalmente «entregada al arbitrio del juez, pues de lo contrario se comprometería el principio de legalidad»³⁶.

Para ROXIN la solución correcta ante este tipo de casos pasa por realizar «una interpretación restrictiva orientada hacia el bien jurídico protegido»; dicha interpretación, a juicio del autor, explicaría por qué «una parte de las acciones insignificantes son atípicas y a menudo están ya excluidas por el propio tenor legal» (causas de atipicidad) «pero en cambio otra parte, como *v. gr.* los hurtos de bagatela, encajan indudablemente en el tipo: la propiedad y la posesión también se ven ya vulnerados por el hurto de objetos insignificantes». Esta consideración hace a ROXIN afirmar que el criterio de la insignificancia «no constituye un “elemento” especial de exclusión del tipo» (y ni siquiera, asevera el autor, «esta teoría, tendencialmente correcta, hoy ya no puede reclamar una especial importancia dogmática»)»³⁷. Como más tarde explicaría GUZMÁN DALBORA analizando el pensamiento de ROXIN, «según este autor, la respuesta se encuentra en el propio ordenamiento jurídico, globalmente considerado, en el que está contenido un conjunto de

³³ LUZÓN PEÑA, en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, 1995, p. 26.

³⁴ GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 529.

³⁵ LUZÓN PEÑA, en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, 1995, p. 28.

³⁶ GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 524.

³⁷ ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, t. I, 2003, p. 297.

principios cuya recíproca imbricación sirve para esclarecer el ámbito de lo prohibido»³⁸, por lo que pareciera constituir esta máxima más bien una técnica para la interpretación de los tipos penales, pero no una *regla* de atipicidad. Con todo, debe especificarse que en la concepción de ROXIN, como es sabido, la estructura de la teoría del delito se presenta orientada a la satisfacción de concretas funciones político-criminales, por lo que también la tipicidad y sus elementos han de estar considerados, desarrollados y sistematizados desde esa óptica. La necesidad actual de manejar el principio de insignificancia provendría, de este modo, de dicho *posterius* lógico de reconstrucción del sistema del delito político-criminalmente orientado por un principio que impide sancionar penalmente conductas inocuas, apoyado en la máxima *nullum crimen sine lege*³⁹.

GIMBERNAT ORDEIG ha señalado, con toda razón, que la interpretación teleológica es la que consigue sacar todo el fruto de la teoría del bien jurídico, y la consecuencia principal que se deriva de este criterio interpretativo es la de que «una conducta que cumpla el supuesto de hecho legal será atípica, a pesar de ello, si no lesiona el bien jurídico protegido por la ley»⁴⁰. Sin adentrarnos aún en el problema sobre la sistematización del criterio de insignificancia como principio interpretativo, bien al nivel de la tipicidad o de la antijuridicidad, nótese que la anterior premisa es cierta: si no hay lesión del bien jurídico tutelado por la norma, no se cumplen las exigencias dimanantes del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, ofensividad o lesividad, al que se orienta nuestro actual sistema jurídico-penal. En tales casos no existe antijuridicidad material; así por ejemplo, no hay lesión al bien jurídico si se confecciona una firma falsa de un personaje famoso con el único objeto de guardarla en un álbum privado, pues dicha conducta no afectará jamás al bien jurídico identificado en la seguridad del tráfico fiduciario⁴¹. O, por seguir con algún ejemplo recientemente expuesto por el propio GIMBERNAT ORDEIG, «el Derecho penal está orientado a la protección de bienes jurídicos: así, por ejemplo, el homicidio protege el bien jurídico vida, el hurto, el bien jurídico propiedad, y la injuria y la calumnia, el bien jurídico honor. De tal manera ello es así que, aunque un comportamiento cumpla, formal y literalmente, la descripción de un tipo penal, no obstante no será punible, sobre la base de una elemental interpretación teleológica, si, en el caso concreto, no ha lesionado el bien jurídico que se quiere proteger con esa tipificación. Así, por ejemplo, y antes de su regulación expresa en el art. 282 bis LECrim, la jurisprudencia del TS, a pesar de que el agente encubierto, que se había introducido en una organización criminal, formalmente había realizado el tipo de tráfico de drogas del art. 368 CP, al comprar esas sustancias para obtener pruebas contra los traficantes, no obstante nunca se consideró que había cometido un hecho delictivo; porque esa compra no se realizó para lesionar el bien jurídico de la salud pública protegido por ese delito, sino precisamente para lo contrario: para retirar esas sustancias del mercado y combatir eficazmente a quienes se dedicaban a esa actividad delictiva. De la misma manera si, como sucede frecuentemente en los

³⁸ GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 524. Como expone el autor analizando el pensamiento de ROXIN respecto del ejemplo del delito de coacciones: «las influencias coercitivas sin un tiempo determinado de duración y las consecuencias no dignas de mencionarse, no son socialmente dañinas en el sentido material. Por ejemplo, quien, para jugarle una mala pasada a otro, le mantiene cerrada la puerta en sus narices durante un instante, actúa de manera formalmente inadmisibles. Pero aquí el perjuicio no es relevante; se debe negar una perturbación en la vida en común ordenada, y con ello se excluye una coacción punible».

³⁹ GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, pp. 524-525. El autor asevera que «una concreta consecuencia metodológica de este planteamiento consiste en que la interpretación de los diferentes tipos delictivos no tiene que asentarse exclusivamente en los elementos de los mismos, como, en cambio, frecuentemente se piensa; ni basta, asimismo, la consideración del bien jurídico respectivo para esclarecer siempre y en todo caso el ámbito de incriminación que corresponde a cada figura de delito conforme a su concreta determinación del principio de legalidad» (p. 525).

⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 2009, pp. 87 s.

⁴¹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 11ª ed., 2022, p. 277.

despachos de abogados, un compañero o alguien del personal administrativo falsifica en un escrito la firma de un letrado con el consentimiento de éste, o, modernamente, y con el mismo consentimiento de su titular, procede a firmar digitalmente un documento, a pesar de que, formalmente, se ha cometido un delito de falsedad documental, el hecho será atípico, porque, al estar conforme el titular de la firma con que sea falsificada, o figure que ha sido él, y no otra persona, quien ha suscrito digitalmente el escrito, no se está lesionando el bien jurídico protegido por esos delitos que es la seguridad del tráfico jurídico»⁴². En tales casos, pues, sí se podrá hablar directamente bien de *atipicidad*, o bien de *justificación* del hecho (dependiendo de la concepción que se siga sobre las relaciones entre ambos estadios en el sistema del delito) por falta de toda lesión al bien jurídico tutelado. Pero nótese también que esto no es lo que acontece en supuestos de insignificancia, en los que la conducta, además de encajar *formalmente* en el supuesto de hecho normativo también afecta *materialmente* al bien jurídico tutelado, si bien ocurre que dicha afectación es mínima, nimia o, en definitiva, insignificante, como adujimos. Cuestión distinta será que, como entiende algún autor, en aquellos Ordenamientos en los que el principio de insignificancia no se ha consagrado expresamente (la inmensa mayoría y entre ellos el español), el problema sobre aquellos actos formalmente típicos que ofenden de manera irrelevante al bien jurídico en cada caso tutelado deba resolverse «de la misma manera a como la doctrina en general hoy enfrenta aquellos casos en que el acto típico resulta del todo inofensivo», es decir, acudiendo igualmente a una interpretación teleológica del precepto orientada al nivel de ofensa para el bien jurídico⁴³. Este modo de proceder, que nos parece correcto, transita por la idea de una especie de interpretación analógica del comportamiento insignificante respecto de aquél que no lesiona en modo alguno ningún bien jurídico, con el que se termina por equiparar. Pero esto no deja de ser un proceder *interpretativo*.

El criterio de la insignificancia no es susceptible de *anular*, desde el punto de vista dogmático, ni el tipo ni la antijuridicidad. En el primero de los casos, porque la conducta encaja en la descripción legal (taxativamente entendida), tanto objetiva como subjetivamente. En el segundo de los supuestos, porque el comportamiento del sujeto es ilícito tanto desde el punto de vista formal (existe contradicción del hecho con el Derecho) como material (existe afectación al bien jurídico tutelado, por más que esta pueda resultar insignificante). La insignificancia, por ello, no puede converger en una categoría dogmática en el seno de la teoría jurídica del delito porque no puede negar la tipicidad o la antijuridicidad del hecho cuando éstos han sido ya afirmados por la propia Ley. Es esta, la Ley, la que ha configurado (equivocadamente o no) un tipo penal que en su totalidad describe la conducta, por mucho que esta pueda resultar efectivamente insignificante o irrelevante cara a la afectación del bien jurídico que con la misma se produce. Ante este tipo de conductas, y nuevamente en palabras de LUZÓN PEÑA, «sólo cabe solicitar su supresión *de lege ferenda*, pero la labor dogmática no puede anular una decisión clara del

⁴² GIMBERNAT ORDEIG, «Contra la nueva regulación de los delitos sexuales», *Diario del Derecho*, 29/09/2022 (recuperado de: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1226353; fecha de última consulta: 04/01/2023).

⁴³ GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 532. Como asevera el autor, parafraseando a MAURACH, «así como tradicionalmente se han protegido muchos bienes jurídicos solo contra ciertas formas de ataque, debería ser natural que respecto a bienes jurídicos que son básicamente merecedores de protección, la actuación del Derecho penal comenzara sólo a partir de una determinada intensidad del daño a ese bien [...]. Dentro de la actividad de aplicación debería recurrirse a la interpretación restrictiva, en mucho mayor medida que hasta ahora, con el propósito de lograr una restricción desde el punto de vista de la eliminación de infracciones de poca monta; esta es una legítima parte integrante de la interpretación teleológica».

legislador»⁴⁴. O como ha manifestado la jurisprudencia «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 con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es el juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho penal»⁴⁵.

Incluso autores que se han mostrado partidarios de concebir el criterio de la insignificancia directamente como una causa de atipicidad reconocen el problema anterior. Así MIR PUIG afirma expresamente: «ya sé que la letra de la ley no prevé el límite propuesto»; pero concibe, no obstante, que «una metodología que esté dispuesta a superar un estrecho positivismo normativista que caiga en el *literalismo*, debe concretar los límites de la ley en base a las necesidades de la realidad a que alcanza». Para el caso de coacciones nimias el autor termina sosteniendo que tal realidad impone «la necesidad de limitar el ámbito de lo punible excluyendo los hechos de mínima entidad social»⁴⁶. Parece obvio que es imposible negar que ante este tipo de comportamientos de bagatela se cumple con el tipo penal y con el desvalor formal y material que se dimana de la norma, así como que la ley no prevé tal situación como regla de atipicidad. No creemos que se trate tanto de una cuestión de *literalismo* como de asunción del principio de tipicidad, dimanante de uno de los fundamentos nucleares del moderno Derecho penal: el de legalidad (apoyado, a su vez, en un espíritu eminentemente democrático, aunque no sólo en este⁴⁷). No en vano es lo que postula el propio art. 4.3 CP cuando indica al juez o tribunal la obligación de dirigirse 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 debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo» [cursivas añadidas].

Que el legislador se termine equivocando cuando confecciona de un modo u otro un determinado tipo penal, o el hecho de que sea imposible dar un cumplimiento fiel al mandato de taxatividad en algunos casos, generándose situaciones de suprainclusión o hiperinflación de los tipos penales de todo punto rechazables, no obsta a reconocer que con los elementos que dan forma al tipo de injusto en la actual teoría del delito este habrá de afirmarse, valorándose, eso sí, la posibilidad de ejercitar una interpretación restrictiva cuando un hecho resulte nimio o insignificante. Que ante este tipo de casos exista una patente *necesidad de limitar el ámbito de lo punible* (reproduciendo las palabras de MIR PUIG) excluyendo de dicha punición los comportamientos de mínima entidad es algo en lo que estamos completamente de acuerdo. Pero ello no puede hacerse considerando que un principio, el de *insignificancia*, ha de convertirse en una concreta causa de atipicidad o de desplazamiento de lo antijurídico del hecho, a modo de

⁴⁴ LUZÓN PEÑA, en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, 1995, p. 28.

⁴⁵ Vid. por todas: STS 4010/2021, Militar, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4010).

⁴⁶ MIR PUIG, *ADPCP*, (30-2), 1977, p. 301.

⁴⁷ Ampliamente, vid. GÓMEZ PAVÓN/BUSTOS RUBIO, «Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal», *Revista Penal México*, (6), 2014, pp. 179 ss. En cualquier caso, pensamos que no se trata tanto de seguir un criterio interpretativo literal, sino más bien gramatical en atención a dicho principio de tipicidad derivado del más amplio de *legalidad*.

reglas, sino más bien entendiendo que el mismo, como principio general que es, implica un exhorto al intérprete para que lleve a cabo un entendimiento orientado teleológicamente al bien jurídico protegido, en atención al concreto nivel de ofensa contra este.

Esta línea de pensamiento, creemos, no es ni contraria al espíritu que informa la norma ni tampoco deviene exageradamente positivista, alejando la labor dogmática de todo tipo de consideración político-criminalmente orientada. No estamos en modo alguno sugiriendo que la norma ha de aplicarse *siempre y en cualquier tipo de casos* en los términos de la *literalidad* en los que está descrita (sí en su *gramaticalidad*, como ya defendimos en anteriores trabajos⁴⁸, lo que constituye una directa exigencia del principio de legalidad en Derecho penal). No creemos que sirva a la seguridad jurídica la aplicación completamente mecánica y exegética de la ley penal, pues esto convertiría a aquella en todo lo contrario en numerosas ocasiones, deviniendo irracional y renunciando a preguntarnos el «para qué» de la norma, minimizándose hasta el límite la patente importancia que ha de ostentar la categoría del bien jurídico en el centro del sistema penal. Amén de que un excesivo positivismo como el que describimos pudiera conducir en algunos casos, como ocurre en los supuestos de bagatela o insignificancia, a concebir el delito como una mera infracción de deberes⁴⁹. Lo que estamos rechazando es que el *principio de insignificancia* reúna las condiciones necesarias para alzarse como *regla de atipicidad* o, en su caso, de *justificación* en Derecho penal, entendiendo que el mismo, realmente, debe asentarse como *principio* inspirador del sistema del delito, con un carácter eminentemente interpretativo. En efecto: cuando hablamos de insignificancia estamos exigiendo más bien una labor interpretativa del tipo penal, o una restricción tácita del mismo. Se trata de un juicio de interpretación teleológica de la norma, partiendo de una orientación de esta a la tutela y protección de un determinado bien jurídico: una conducta que cumpla el supuesto de hecho legal podrá resultar finalmente no-sancionada si el bien jurídico ha sido objeto de un ataque que pueda calificarse de todo punto como *insignificante*. De este modo el criterio de la antijuridicidad material nos permite también modular el concreto desvalor del hecho que, aun existiendo, obligará al juez a realizar una interpretación congruente con el principio de insignificancia que conducirá finalmente a no aplicar la pena que corresponda. Como señalan MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN «este criterio de la antijuridicidad material puede servir también para una interpretación restrictiva de los tipos penales. Igualmente el concepto de antijuridicidad material sirve para graduar la gravedad de la misma [...] y para elaborar criterios como el de *insignificancia* [...] que restringen la aplicación del Derecho penal a los ataques verdaderamente graves a los bienes jurídicos más importantes»⁵⁰.

El criterio de la insignificancia no posee un sentido exclusivamente político-criminal (ni siquiera es su sentido principal, pues para acotar la intervención punitiva desde la óptica legislativa existen otros principios, como el de *ultima ratio*, con el que sin embargo se encuentra íntimamente imbricado y al que de inmediato nos referiremos). Como ha ilustrado GUZMÁN DALBORA «cualesquiera que fueren los innúmeros servicios que la idea de lo insignificante pueda prestar a los movimientos de reforma de las instituciones punitivas en trance *de lege ferenda*, su sede natural [...] es dogmática, esto es, interpretativa, lo que significa que hasta para aquella concepción que entiende la dogmática en un sentido dinámico, como comprensiva de la política criminal, el conjunto de ideas que encierra el mentado principio debiera corresponder y

⁴⁸ GÓMEZ PAVÓN/BUSTOS RUBIO, *RPM*, (6), 2014, pp. 179 ss.

⁴⁹ GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 529.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 11ª ed., 2022, p. 277.

obtenerse de la reconstrucción científica de ordenamientos punitivos dados, siquiera erigiéndose a partir del sustrato de principios generales que en cualquier caso deben informar al respectivo *ius positum*»⁵¹.

Existen multitud de *técnicas de despenalización* propuestas para desinflar el contenido del Derecho penal allá donde deba hacerse. Así encontramos soluciones *extrapenales*, que provienen de un adecuado diseño y desarrollo de las políticas criminales de nuestro tiempo, y se dirigen a extraer del ámbito de lo punitivo cualquier conducta de bagatela, repensando la tutela de los casos de menor importancia por medio de otras ramas del Ordenamiento diferentes a la penal. Desgraciadamente no son las técnicas a las que nos tiene habituados el legislador de los últimos años. Pero también encontramos soluciones propiamente *penales*, de tipo procesal (*v. gr.*: el principio de oportunidad), o de tipo material (*v. gr.*: técnicas dogmáticas como las relativas a interpretaciones restrictivas apoyadas en la orientación teleológica de la norma)⁵². En este estudio nos interesan, como es obvio, estas últimas.

Desde nuestra asunción del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (ofensividad, lesividad), entendemos que el Derecho penal tiene por función principal la tutela de los bienes jurídicos más importantes ante los ataques más intolerables. El Estado está llamado a intervenir punitivamente en aras de la salvaguarda y protección de los intereses jurídicos más importantes. Esta llamada al intervencionismo protector no comporta (ni ha de hacerlo) que el *ius puniendi* se ejercite de manera máxima, ante cualquier entidad de ataque, debiendo limitarse aquél a una intervención indispensable⁵³. Es en esta máxima, y no en el propio principio de ofensividad⁵⁴ (con el que, como ya dijimos, cumple cualquier acción encuadrable materialmente en el tipo penal, por más que sea nimia), en donde debe encontrarse el auténtico fundamento del principio de insignificancia. Consideramos, no obstante, que cuando hablamos de insignificancia sólo hacemos referencia a una de las caras de la moneda que constituye esta *intervención mínima* del Derecho penal⁵⁵: la *fragmentariedad* (o carácter fragmentario del Derecho penal) con exclusión de la denominada *subsidiariedad*⁵⁶.

El carácter subsidiario del Derecho penal implica que la intervención de este sector del Ordenamiento debe ser la última respecto del resto de ramas que lo constituyen; por tanto, allá donde otros instrumentos jurídicos menos lesivos resulten eficaces para proteger un determinado interés, deberán emplearse estos y no el Derecho penal⁵⁷. Esta subsidiariedad no juega papel alguno cuando hablamos de insignificancia toda vez que el legislador ya ha decidido que una determinada conducta merece el calificativo de «delito» (es típica y antijurídica) y por tanto que el control social debe efectuarse por medio del Derecho penal. Cuando hablamos de

⁵¹ GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 511.

⁵² GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 511.

⁵³ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, 1981, p. 358.

⁵⁴ GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 535.

⁵⁵ Al respecto *vid.* MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, pp. 128 s.

⁵⁶ Preferimos optar por esta denominación y no por aquella que otorga al Derecho penal un carácter «secundario» (se habla así de «secundariedad» del Derecho penal). Con toda razón GIMBERNAT ORDEIG ha señalado que al elegir este término «no se ha demostrado demasiado acierto para designar algo que es esencial al Derecho penal. Por "secundario" se entiende en el lenguaje corriente algo carente de importancia, irrelevante. Y el Derecho penal es todo menos eso [...]. Mucho más propio sería hablar de carácter de "última instancia" del Derecho penal»; *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 2009, pp. 24 s.

⁵⁷ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, 1981, p. 359.

subsidiariedad hemos de comprender que el legislador posee un amplio margen de actuación en función de la política criminal que considera más oportuna desarrollar, pues como advierte ROXIN «el principio de subsidiariedad es más una directriz político-criminal que un mandato vinculante»⁵⁸. Parece claro que las soluciones más comunes y lógicas ante el actual estado de expansión de los tipos penales demanda una reorientación de la política-criminal aplicada en los últimos tiempos, vía por la que transitan las principales demandas, también desde la doctrina, en pos de la descriminalización, la despenalización y la desjudicialización de ciertas conductas. Pero esta cuestión no deja de ser política, y de lo que en este momento se trata es de destacar qué posibilidades dogmáticas le restan al principio de insignificancia (sin apartar, por supuesto, la crítica desde un punto de vista *de lege ferenda*), que pretende una reconstrucción científica de ciertos tipos penales bajo el manto de los principios que inspiran el modelo actual⁵⁹.

El problema que nos ocupa surge, por tanto, cuando una vez se ha dado el paso hacia el Derecho penal se constata que la conducta típica produce una afectación sumamente vaga al bien jurídico protegido. En estos casos puede hablarse de insignificancia imbricada al carácter fragmentario del Derecho penal: el *ius puniendi* no debe ofrecer protección a los bienes jurídicos frente a cualquier tipo de ataque y en todo caso, sino exclusivamente contra las modalidades de ataque más graves⁶⁰. Es precisamente esta característica de *fragmentariedad* la que, creemos, sustenta el principio de la insignificancia: el Derecho penal protege aquellos bienes más importantes para la convivencia social debiendo limitarse esta tutela a aquellas conductas que atacan de la manera más intensa a tales intereses, y excluyéndose aquellas otras formas de ataque que resulten mínimos o insignificantes⁶¹.

Y aunque ambas, subsidiariedad y fragmentariedad, son orientaciones primordialmente dirigidas al legislador en su tarea de configuración de los tipos penales, pensamos que también el carácter fragmentario del Derecho penal conduce a negar que una acción resulte *penalmente relevante*, aunque sea formalmente incardinable en la descripción normativa y además contenga un cierto desvalor jurídico material, cuando en el supuesto particular dicho desvalor (que existe) sea mínimo o insignificante. La fragmentariedad penal exige también interpretar que la conducta típica se constituye exclusivamente por acciones *gravemente* antijurídicas, quedando fuera aquellos hechos que posean un cariz insignificante para el Derecho penal. El principio de insignificancia, como *criterio interpretativo* de auxilio exegético de la norma, juega su papel en aquellos supuestos en los que la conducta típica, en principio suficientemente grave, admite casos en los que el desvalor resulta verdaderamente vago, lo que puede ocurrir bien ante un mínimo desvalor objetivo de dicha conducta, bien ante un mínimo desvalor subjetivo de la acción⁶². Pero, en cualquier caso, subrayamos, no estamos ante una categoría dogmática autónoma, sino más bien ante un principio interpretativo teleológico del tipo penal (lo cual en ningún caso es baladí, pues de igual manera puede terminar por excluir la imposición de la sanción penal). Y, como afirma NAVARRO MASSIP «interpretar la norma en un determinado sentido no es contrario al principio de legalidad»⁶³. En definitiva, nos encontramos ante un principio que

⁵⁸ ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, t. I, 2003, p. 67.

⁵⁹ GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 496.

⁶⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, 1981, p. 359.

⁶¹ NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), 2011, p. 54.

⁶² LUZÓN PEÑA, en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, 1995, p. 28.

⁶³ NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), 2011, p. 54.

establece una interpretación restrictiva de los tipos penales en que haya necesidad de reconducción (dada la amplitud en la descripción de los elementos típicos), que se apoya directamente en la naturaleza fragmentaria del Derecho penal, para que finalmente se consideren incorporados al ámbito típico los comportamientos que realmente supongan una afectación suficiente al bien jurídico tutelado⁶⁴.

Concebimos, por fin, el criterio de la insignificancia como un *principio de carácter interpretativo-teleológico* en Derecho penal, pero, como aseveramos, no pensamos que esté en disposición de convertirse en una auténtica categoría dogmática de carácter autónomo ubicada en el seno de la teoría del delito, en su caso como *regla* de atipicidad (o de anulación de la antijuridicidad). Las categorías dogmáticas que se han incorporado al sistema del delito son tal porque sus condiciones de aplicación se encuentran bien definidas y cerradas, a pesar de que después puedan (y deban) ser interpretadas para poderles dar una aplicación correcta al caso que acontezca. Siguiendo la terminología propuesta por DWORKIN pueden considerarse auténticas *reglas*. Los *principios*, por su parte, tienen establecidas sus condiciones de aplicación de un modo abierto. Las reglas se aplican en la disyuntiva todo-o-nada (v. gr.: típico o atípico; lícito o antijurídico), aunque pueden resultar no-concluyentes en ocasiones, mientras que los principios se aplican en función de su dimensión de peso en la argumentación, y en atención a las particularidades del caso concreto, no con carácter general⁶⁵. Esto es lo que ocurre cuando hablamos de insignificancia: en ocasiones (*algunos* casos) el tipo penal parece abarcar supuestos en los que el comportamiento es superfluo, ridículo o nimio, aun constatándose la existencia de una afectación real. Ante tales casos no puede hablarse de la existencia de una *regla de atipicidad* o de *justificación* de la conducta, pues tal regla no existe y nos deslizamos peligrosamente a la conculcación del principio de legalidad, como se dijo. Lo que encontramos es un principio que inspira todo el sistema penal, el de *insignificancia*, y que va a permitir al intérprete realizar un juicio de *interpretación* concreto, adaptado a dichas circunstancias particulares del caso. Una interpretación teleológicamente orientada, en definitiva, a la protección del bien jurídico. Pero, como decimos, en ningún caso devienen como *reglas* para decretar la atipicidad o la eliminación de lo ilícito o antijurídico del comportamiento. Estas últimas serán solamente las dispuestas en la norma (así, v. gr., para declarar la atipicidad de la conducta habremos de recurrir a los elementos del tipo formulados en sentido negativo, al consentimiento en algunos tipos penales, etc.; o, para el caso de la antijuridicidad, se concebirá el comportamiento como lícito si concurren los elementos de las llamadas *causas de justificación*). El criterio de la insignificancia es, pues, un principio interpretativo de carácter teleológico y restrictivo. Ello no significa que no forme parte de la labor dogmática de sistematización y entendimiento, pero pensamos que no puede elevarse al rango de *categoría* como regla o causa de atipicidad o de justificación, dada su imprecisión y excesivo casuismo. Sobre la manera de acotar su contenido en perspectiva general, volveremos más abajo.

En definitiva, como también han hecho notar MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (si bien en relación con la adecuación social, con la que, como vimos, no se puede automáticamente equiparar la insignificancia), los comportamientos adecuados socialmente, y entendemos que también los insignificantes «no deberían ser generalmente típicos, es decir, penalmente relevantes». Sucede, empero, que pueden existir desfases entre lo que la ley penal prohíbe y lo que aparece como insignificante. Este desfase puede llevar a proponer su derogación del Código Penal «pero

⁶⁴ GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 525.

⁶⁵ MORESO/VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho*, 2004, p. 90.

mientras esto último no suceda, no puede admitirse que la adecuación social [la insignificancia] sea una causa de exclusión de la tipicidad». Puede ser, eso sí, un «criterio que permita, en algunos casos, una interpretación restrictiva de los tipos penales que, redactados con excesiva amplitud, extienden en demasía el ámbito de prohibición. Pero esta es una consideración fáctica que no puede pretender validez general, dada su relatividad e inseguridad». Precisamente dadas esas connotaciones no puede convertirse en *regla* de atipicidad o de licitud, rechazándose el criterio como causa de exclusión de la tipicidad o la antijuridicidad, «aunque mantenga toda su vigencia como criterio de interpretación y crítica del Derecho penal vigente»⁶⁶.

Una última precisión importante la constituye también la concreta ubicación en el sistema del delito en la que el principio de insignificancia puede desplegar su operatividad. Constantemente se ha hablado en este trabajo de la tipicidad (sea como *ratio essendi* o *cognoscendi* de la antijuridicidad), empleando de modo generalizador la terminología utilizada por la inmensa mayoría de los autores que se han aproximado al estudio de la cuestión. No obstante, para otros autores resulta erróneo ubicar el principio entre la teoría del tipo y la tipicidad. Incluso entre los autores que admiten su incorporación a la teoría del delito con un entendimiento máximo del mismo dudan sobre su concreta ubicación en la estructura de este.

Desde nuestro entendimiento del sistema del delito, la tipicidad demuestra ser solamente un *indicio* de ilicitud o antijuridicidad penal de la conducta, por lo que nos alineamos con aquellos sectores que consideran que dicho escalón, el de la tipicidad, es solo *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, estadio diferenciado de aquél primero y provisto de su propio fundamento. La tipicidad, a nuestro modo de ver, engloba la doble exigencia de que el comportamiento pueda calificarse como «típico» conforme a la redacción dada en la norma y también que exista un determinado bien jurídico que sustenta y da razón a la intervención punitiva (esto es: ha de comprobarse no solo que la conducta encaja en los límites de la descripción típica sino también que *existe* un bien jurídico-penal). De este modo el bien jurídico, junto a la conducta típica y los sujetos del delito, forma parte de la tipicidad objetiva del delito, como *valor* que la ley quiere proteger, siendo por tanto la clave que «permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento»⁶⁷. Empero, una vez se ha constatado que existe esa tipicidad objetiva por confluir un sujeto activo, un sujeto pasivo titular del bien jurídico, una conducta típica y un bien jurídico, la antijuridicidad, como categoría autónoma (aunque no completamente desligada) de la tipicidad, exigirá a su vez comprobar no solo la oposición formal entre el comportamiento y la norma (antijuridicidad formal) sino también la existencia de un cierto grado de ofensa (de lesión o de peligro) para el bien jurídico tutelado por aquella (antijuridicidad material), constituyendo ello la completa contrariedad con el Derecho. Es en este instante donde, pensamos, encuentra mejor acomodo el criterio de la insignificancia, pues es el momento en el que ha de valorarse el concreto desvalor, mayor o menor, del comportamiento en relación con el bien jurídico protegido, y en atención al caso particular que se nos presente. No en vano, recordemos, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN ya afirmaban que «este criterio de la antijuridicidad material puede servir también para una interpretación restrictiva de los tipos penales. Igualmente el concepto de antijuridicidad material sirve para graduar la gravedad de la misma [...] y para elaborar criterios como el de *insignificancia* [...] que restringen el ámbito de aplicación del Derecho penal a los ataques verdaderamente graves a los bienes jurídicos más importantes»⁶⁸.

⁶⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., 2022, p. 235.

⁶⁷ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., 2022, p. 241.

⁶⁸ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., 2022, p. 277.

Si bien el principio de insignificancia encuentra *a primera vista* su terreno en la esfera de la tipicidad, ha de caerse en la cuenta de que no lo hace en todos los tipos penales, sino solo en aquellos en los que, por no encontrarse descrita la acción delictiva de un modo suficientemente exhaustivo o tratarse de una gramaticalidad demasiado amplia, se disuelve la función indiciaria de la antijuridicidad que cumple la categoría de la tipicidad (*ratio cognoscendi*) y obliga, en *ese caso particular y concreto* (porque no es una *regla* sino un *principio*, como dijimos) a una comprobación *positiva* de la antijuridicidad por parte del intérprete (antijuridicidad material)⁶⁹. Por tal motivo pensamos que asiste toda la razón a autores como GUZMÁN DALBORA cuando afirma que «como fruto restrictivo de una interpretación teleológica del ámbito de lo prohibido en los tipos y allí donde resulte admisible, el principio de insignificancia se obtiene, en verdad, de la misma esencia de la relación de contradicción del acto típico con el Derecho, o sea, del contenido del juicio objetivo y valorativo que reconoce en dicho acto su carácter antijurídico»⁷⁰.

Sin poder considerarse directamente una *regla* de licitud o causa de justificación, siendo un *principio interpretativo* que afecta a la antijuridicidad material del hecho típico, desplazando la misma por comprobarse la existencia de un desvalor mínimo o insignificante, entonces será posible entender (en una especie de analogía *favor rei* con los casos en los que verdaderamente no hay ofensa material al bien jurídico), que tal comportamiento nimio o irrisorio no debe resultar penalmente ilícito. Y, cerrando la discusión abierta líneas atrás, si lo que finalmente decae, aún por vía interpretativa, es el carácter antijurídico del hecho, entonces puede concluirse que ante supuestos de insignificancia la pena no será *merecida*.

3.3. Valoración de la significación de la conducta típica: algunas notas generales

Encontramos, por supuesto, problemas de dificultad valorativa cuando se pretende imbricar el principio interpretativo de insignificancia o bagatela con el contenido del tipo penal y el supuesto de hecho que acontece en la práctica. Este, de hecho, es uno de los principales problemas para convertirlo en una verdadera categoría dogmática reglada, sistematizada y ubicada en alguno de los estadios de la teoría jurídica del delito, como vimos. Como *principio* que es, dependerá de múltiples circunstancias en atención al caso concreto, lo que no obsta para que, en unas breves líneas, podamos esbozar algunas características básicas.

El principal problema de este principio es el amplio margen de subjetividad que presenta tanto en su apreciación y determinación, como en su extremado cariz valorativo en el momento de su aplicación, pudiendo servir en ocasiones como auténtico «cajón de sastre»⁷¹. Como acertadamente ha detectado ZAFFARONI «se ha pretendido rechazar este principio con el argumento perverso de que no hay un límite claro entre la insignificancia y la significación de la lesión»⁷². En efecto, desde el punto de vista práctico resultará siempre muy discutido el hecho de encontrar un límite certero en el que establecer lo *significante* y separarlo de lo verdaderamente *insignificante*, cuestión interpretativa que atañe al juez, como vimos, y que dependerá de las concretas circunstancias del caso. Empero, siguiendo con el autor últimamente citado, debemos

⁶⁹ Esto, como bien alerta GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 526, requiere desde el punto de vista dogmático un pronunciamiento previo sobre una cuestión sistemática de gran envergadura en la teoría jurídica del delito, cual es la de la relación entre los estadios de la *tipicidad* y de la *antijuridicidad*.

⁷⁰ GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 537.

⁷¹ NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), 2011, p. 55.

⁷² ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2005, p. 373.

reconocer que siempre que se analiza un grado de valor o desvalor en Derecho «tendremos un espectro que va del blanco al negro, con infinitas gamas de gris en medio»; y «es absurdo pretender que, porque hay zonas grises, todo debe ser negro»⁷³.

El principal criterio valorativo a la hora de conectar el principio de insignificancia con el hecho típico ha de ser, pensamos, el del bien jurídico protegido en contraste con el comportamiento típico realizado, lo que se traduce en una mayor o menor afectación de aquel primero. Si la afectación al interés tutelado es racionalmente nimia, fútil o insustancial, el intérprete deberá excluir la aplicación del tipo penal al caso concreto, por ausencia de ilicitud. Esta idea, con todo, sigue siendo de mínimos, pues el problema persiste: ¿cuándo podrá sostenerse que la afectación al bien jurídico protegido es realmente *insignificante*?

Algún sector de la doctrina ha propuesto que para valorar la potencialidad de la insignificancia en el terreno penal debe atenderse a las circunstancias particulares del caso en un sentido amplio y omnicompreensivo, integrándose también las propias condiciones personales del afectado; así puede leerse el ejemplo de FLÁVIO GOMES: «el hurto de una botella de agua es, en principio, algo absolutamente insignificante. Pero no lo sería para alguien que se encontrase en el desierto del Sáhara. Luego, como se puede entender, la insignificancia o no de un hecho depende de la situación concreta»⁷⁴. Incluso en algunas interpretaciones se deja atisbar una valoración sobre la significación o insignificancia del hecho que reposan en criterios que van más allá del análisis sobre el concreto desvalor de acción o de resultado del comportamiento, o del peligro para el bien jurídico protegido por la norma, acogiendo otros elementos atinentes, en su caso, a un *menor desvalor de la culpabilidad* del sujeto activo (véase: existencia o no de antecedentes por el mismo delito, conducta social, personalidad, motivación, consecuencias del hecho, etc.)⁷⁵. No compartimos esta visión. Somos de la opinión de que deben excluirse en este proceso de valoración las condiciones particulares o personales del sujeto pasivo titular del bien jurídico afectado. Por lo general los bienes jurídicos no se distribuyen de manera igualitaria a lo largo y ancho de la sociedad, por lo que a priori pudiera pensarse que la insignificancia debe atender también a las condiciones personales del titular del bien jurídico, o al concreto nivel de disfrute de este por parte de aquel primero. Pero tal condición, pensamos, desatiende el verdadero juicio interpretativo, sostenido en una comprensión del desvalor del *hecho* (aquí sí, atendido el caso concreto) respecto del bien jurídico protegido (por la norma penal); pero no teniendo en cuenta un mayor o menor disfrute efectivo de ese bien jurídico por parte del sujeto pasivo, sino considerando el mismo como el que *reconoce* la norma conculcada, y a cuya protección se dirige. Empleando ahora el ejemplo de ZAFFARONI «el hurto de cien pesos a una anciana pensionada es una lesión más grave que el de cien dólares a un multimillonario, pero este último sigue siendo un hurto»⁷⁶. Llevado al extremo la gravedad nos parecería igualmente mayor, por ejemplo, si comparamos el hecho de arrancar un cabello a una persona con grave alopecia *versus* llevar a

⁷³ ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2005, p. 373. Como continúa el autor: «bastaría al ideólogo del derecho penal autoritario radicalizar las dudas sobre cualquier límite para llegar a los mismos resultados del derecho penal totalitario: se penarían todos los actos preparatorios, toda participación sería autoría, toda omisión sería punible, toda culpa consciente sería dolo, etcétera». En el mismo sentido puede leerse a FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez*, 2006, p. 757: «la denominada *criminalidad de bagatela* no dispone de un perfil suficientemente preciso; pero ello no debe ser un impedimento, sino, al contrario, un estímulo para profundizar en el tema».

⁷⁴ FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez*, 2006, p. 753.

⁷⁵ FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez*, 2006, p. 755.

⁷⁶ ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2005, p. 373.

cabo idéntico comportamiento a una persona que posea una buena cabellera. O, por finalizar, también nos resultaría apriorísticamente más grave que el conductor de autobús se salte una parada (privación de libertad) para quien llega tarde a una entrevista de trabajo que para quien simplemente desea pasear por la ciudad en su día libre. Consideramos que las condiciones personales del sujeto pasivo podrán seguir siendo tenidas en cuenta, en su caso, a efectos de determinación de la pena en caso de que esta se llegue a aplicar, mas no como criterio para determinar la significación o insignificancia del hecho, que debe ceñirse a un ejercicio comparativo entre (a) el bien jurídico tutelado por la norma (con independencia de su nivel efectivo de disfrute), y (b) el acto concreto ejecutado *ex ante* (desvalor de acción) y su grado de afectación real, bien como forma de lesión o de peligro, frente a aquél bien jurídico (desvalor de resultado).

Para algunos autores el principio de insignificancia ha de tener como parámetro de referencia un criterio *cuantitativo* de escasa lesividad para el bien jurídico, valoración que debe efectuarse siempre desde una perspectiva *ex ante*⁷⁷. Así, en opinión de NAVARRO MASSIP «desde la teoría del tipo podemos obtener una explicación dogmática» en supuestos de comportamientos insignificantes «que pasa por excluir el desvalor de acción». Para el autor «lo disvalioso o peligroso es algo ontológico que es atribuible a los comportamientos, independientemente del momento y del resultado que se produzca. Por tanto, hay que analizar el desvalor de la conducta desde una perspectiva *ex ante*. Si la conducta no parece *ex ante* capaz de producir el resultado típico no podrá atribuirse al autor»⁷⁸. Esta interpretación le conduce, con todo sentido, a afirmar que la teoría de la imputación objetiva (más moderna) está en disposición de abarcar los supuestos que tradicionalmente se discutían bajo el manto del principio de insignificancia: los «criterios normativo-teleológicos de la teoría de la imputación objetiva del resultado (creación de un peligro jurídicamente desaprobado, realización del peligro en el resultado y fin de protección de la norma) pueden ser suficientes, por sí mismos, para excluir la relevancia penal de determinadas conductas, siendo la adecuación social y el principio de insignificancia criterios o manifestaciones de lo anterior, expresiones que se utilizan para determinar si la conducta supone la creación de un peligro jurídicamente desaprobado»⁷⁹.

Asiste toda razón al autor cuando afirma que si la conducta *ex ante* no es capaz de producir el resultado típico no podrá ser atribuida a su autor, así como en concebir que la creación de un riesgo permitido o no desaprobado no cumple con las exigencias de la teoría de la imputación objetiva en su formulación tradicional, pero pensamos que ese no es el debate en los supuestos de insignificancia, en los que, como dijimos, la conducta del sujeto encaja formal pero también materialmente en el injusto típico, tanto por existir un desvalor de acción como, en su caso, de resultado. El problema es que dicho desvalor, bien de acción bien de resultado, es mínimo, superfluo o nimio desde cualquier perspectiva interpretativa. Obviamente, si no existe ningún desvalor de acción el hecho no podrá ser penado; pero, insistimos, esto no es lo que ocurre en supuestos de insignificancia⁸⁰.

⁷⁷ NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), 2011, p. 55.

⁷⁸ NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), 2011, p. 59.

⁷⁹ NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), 2011, p. 60.

⁸⁰ Sobre la delimitación del criterio de insignificancia con la institución del riesgo permitido ya nos hemos pronunciado brevemente *supra*. A mayor abundamiento, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, en OLMEDO CARDENETE *et. al.* (dirs.), *LH Carlos Juan Manuel Daza Gómez*, 2021, p. 178.

Cuestión diferente es, como advierte GUZMÁN DALBORA, que desde el juicio material de antijuridicidad que se predica de un hecho que es irremediamente típico, las ofensas irrelevantes sean entendidas como aquellos menoscabos que por su entidad pueden equipararse o parangonarse *cualitativamente* a la ausencia de toda lesión, según el concreto juicio interpretativo que arroje un desvalor nimio o insignificante, esto es, aquél supuesto en el que el desvalor del hecho, aun existiendo, sea de similar equiparación al de ausencia de cualquier tipo de desvalor⁸¹. Sería, como dijimos, una especie de interpretación análoga favorable al reo, entre el comportamiento de bagatela y el que realmente no posee ningún desvalor. Pero son cosas distintas, pues la ausencia de todo desvalor desplaza directamente la intervención del Derecho penal, mientras que en supuestos de insignificancia existe un cierto desvalor, aún de carácter mínimo o irrisorio, que se permite comparar y equiparar a lo que acontece en aquella primera situación, requiriendo ello siempre y en todo caso de un ejercicio de *interpretación* de la norma de carácter teleológico y restrictivo del tipo penal, como ya argumentamos *supra*.

De igual modo que han de excluirse análisis relativos a las circunstancias personales o particulares del titular del bien jurídico respecto de su nivel de disfrute de este último, tampoco deben considerarse a efectos de la *insignificancia* cuestiones relativas a criterios personales del sujeto activo del delito (tales como su mayor o menor culpabilidad, antecedentes, comportamientos postdelictivos de carácter positivo como la restitución o el resarcimiento de la cosa, etc.) que se han de valorar, en su caso, en otro estadio de la teoría del delito o de la pena⁸². Por último, como bien ha atisbado LUZÓN PEÑA «es especialmente fácil de aplicar el principio de insignificancia en aquellos tipos que distinguen una forma grave como delito y una leve como falta»⁸³. Actualmente, sin embargo, al haberse destipificado las faltas de nuestro Código Penal, habrá que atender a la distinción entre delito grave, menos grave y leve, *ex art.* 13 CP. En cualquier caso, siguiendo la exégesis del autor habrá de considerarse que la acción *levísima* que formalmente encaje en el tipo penal y materialmente lesione (aunque sea de forma *levísima*) el bien jurídico habrá de resultar siempre insignificante a ojos del Derecho penal (*v. gr.*: algunas formas de coacciones o injurias, delitos de maltrato de obra levísimos, etc.). En todo caso, se trata siempre de una labor de interpretación casuística, pues el principio solo puede aplicarse desde el punto de vista que dicte la concreta naturaleza del elemento del delito del que se obtiene⁸⁴.

En la práctica de nuestros tribunales encontramos ejemplos muy limitados de aplicación del principio de insignificancia para no penar ciertas conductas típicas. Donde mayor número de ejemplos se pueden encontrar es en el ámbito del delito de tráfico de drogas⁸⁵. Pero cuando el Tribunal Supremo otorga carta de naturaleza a dicho principio como criterio de interpretación judicial lo hace siempre con carácter restrictivo, vinculándolo, como dijimos, a la concreta lesividad del acto respecto del bien jurídico. Así verbigracia la STS 374/2011⁸⁶, considerando que tal principio puede operar en la práctica como *causa de atipicidad*, entendió que la misma podía provenir de dos orígenes: por un lado «cuando la acción enjuiciada no aparece descrita en el tipo penal», pero por otro también «cuando, aun apareciendo normalmente incluida en aquella

⁸¹ GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 536.

⁸² *Vid.* FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez*, 2006, p. 764.

⁸³ LUZÓN PEÑA, en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, 1995, p. 29.

⁸⁴ GUZMÁN DALBORA, *RDPC*, (5), 1995, p. 538.

⁸⁵ *Cfr.*: NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), 2011, p. 55.

⁸⁶ STS 374/2011, Penal, de 10 de mayo (ECLI: ES:TS:2011:2862).

descripción, una motivada interpretación restrictiva de la norma en sintonía con el principio de mínima intervención la excluya por no quedar suficientemente afectado bien jurídico alguno, ya que en definitiva solo el ataque a este justificaría la descripción de la acción típica. En tal sentido se refiere la doctrina científica a causas de exclusión de la tipicidad»⁸⁷.

En definitiva, son pocas las notas generales o abstractas que se pueden desprender del criterio de la insignificancia, más allá de aquellas que (a) exigen un juicio interpretativo racional sobre el desvalor de acción (nivel de peligrosidad de la conducta) y el desvalor de resultado (grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico) que concluya que el hecho se sitúa en el ámbito de lo mínimo o insignificante, excluyéndose de ese juicio (b) las circunstancias personales del sujeto pasivo en lo relativo al concreto nivel de disfrute de dicho bien jurídico, así como las circunstancias particulares en la figura del sujeto activo. Al margen de lo anterior, la virtualidad práctica que deba tener el principio de insignificancia deberá provenir de un ejercicio interpretativo adaptado al caso concreto que se plantee. Por esta razón, en las líneas que siguen descendemos al plano de la delincuencia económica y seleccionamos tres ejemplos sobre los que realizar interpretaciones mejor enfocadas.

3.4. Recapitulación

En esta primera parte de la investigación se han consagrado una serie de ideas que a continuación se presentan a modo de resumen:

Primero: el criterio de la *insignificancia* postula que las afectaciones nimias o de bagatela de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante a los fines que se persiguen con el tipo penal. Se trata de un principio que se desliza del más general de *ultima ratio* que informa el actual sistema penal, en función del cual se exige una adecuada relación de proporcionalidad entre lo que se lesiona o se pone en peligro y lo que se termina puniendo, y que tendrá virtualidad práctica en todos aquellos injustos en los que el interés jurídico admita lesiones o peligros graduables. Este criterio vuelve a aparecer con un interés renovado si se tiene en cuenta el actual estado de hiperinflación de los tipos penales.

Segundo: en cuanto a su naturaleza jurídica pueden destacarse dos grandes posturas (aunque en las páginas anteriores se han recogido algunas otras). Por un lado, algunos autores consideran que la insignificancia constituye una auténtica causa de exclusión de la tipicidad, una *regla de atipicidad* por falta de suficiente afectación material del bien jurídico. Para otro grupo de autores, no obstante, la insignificancia no constituye una causa de atipicidad como categoría dogmática dentro de la teoría del delito, convergiendo en un criterio interpretativo orientado teleológicamente a la protección del bien jurídico protegido por la norma, y que ha de ser observado por el juzgador en atención al caso concreto. Esta opción es la que hemos argumentado como la más acertada: no solo porque no existe hoy reconocimiento explícito de la insignificancia como causa de atipicidad en nuestro sistema penal, sino porque además ante un estado de insignificancia la acción del sujeto encaja *formalmente* en la descripción legal y *materialmente* afecta al bien jurídico, por lo que puede afirmarse apriorísticamente la concurrencia del tipo penal. En supuestos de insignificancia el delito existe, pues se constata la afectación al bien jurídico tutelado por la norma, por más que posteriormente se pueda *interpretar* que la misma es nimia o carente de valor especialmente significativo. El principio de

⁸⁷ STS 374/2011, Penal, de 10 de mayo (ECLI: ES:TS:2011:2862).

insignificancia deviene así como una herramienta interpretativa para la restricción tácita de los tipos penales, siendo una técnica más no una regla de atipicidad. Con el criterio de la insignificancia se exige al juzgador realizar una labor de carácter interpretativo del tipo, de carácter teleológica, y con una orientación dirigida a la correcta tutela de un determinado bien jurídico: una conducta que cumpla el supuesto de hecho legal podrá resultar finalmente no-sancionada si el bien jurídico ha sido objeto de un ataque que pueda calificarse de todo punto como *insignificante*. De este modo, como ya afirmamos *supra*, el principio de insignificancia, como *criterio interpretativo* de auxilio exegético de la norma, despliega su protagonismo sobre aquellos supuestos en los que la conducta típica admite casos en los que el desvalor resulta verdaderamente vago, lo que puede ocurrir bien ante un mínimo desvalor objetivo de dicha conducta, bien ante un mínimo desvalor subjetivo de la acción. Más no estamos ante una categoría dogmática autónoma, como causa de atipicidad. No es una *regla* de atipicidad. El criterio de la insignificancia es un principio interpretativo de carácter teleológico y restrictivo.

Tercero: en cuanto al fundamento, el principio de insignificancia se mueve en el seno del principio, más amplio, de *ultima ratio*. Dentro de este, la subsidiariedad no juega papel alguno cuando hablamos de insignificancia toda vez que el legislador ya ha decidido que una determinada conducta ha de resultar típica y antijurídica. Empero, sí juega un papel primordial la fragmentariedad: el Derecho penal protege aquellos bienes más importantes para la convivencia social debiendo limitarse esta tutela a aquellas conductas que atacan de la manera más intensa a tales intereses, y excluyéndose aquellas otras formas de ataque que resulten mínimas o insignificantes, tal como dicta el criterio de la insignificancia.

Cuarto: el criterio de la insignificancia encuentra mejor acomodo en el nivel de la antijuridicidad dentro de la teoría del delito. Como criterio interpretativo se debe valorar en el seno de la antijuridicidad material del hecho típico, desplazando la misma por comprobarse la existencia de un desvalor mínimo o insignificante. De este modo se hace posible considerar, en una especie de analogía *favor rei* con los casos en los que verdaderamente no hay ofensa material al bien jurídico, que tal comportamiento irrisorio no debe resultar penalmente ilícito.

Y quinto: en cuanto a su contenido, como *principio interpretativo* que es, su aplicación se hará depender de múltiples circunstancias en atención al caso concreto. Son pocas las notas generales que se pueden desprender del criterio de la insignificancia, sin desplegar el mismo sobre un tipo penal concreto y en atención a las particularidades del caso, si bien en las líneas anteriores se ha establecido que el mismo exige, en sentido positivo, un juicio interpretativo racional sobre el desvalor de acción (nivel de peligrosidad de la conducta) y el desvalor de resultado (grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico) que concluya que el hecho se sitúa en el ámbito de lo mínimo o insignificante, y sin tener en consideración, ya en sentido negativo, las circunstancias personales del sujeto pasivo en lo relativo al concreto nivel de disfrute de dicho bien jurídico, así como las circunstancias particulares en la figura del sujeto activo.

4. El criterio de la insignificancia en el Derecho penal económico

4.1. Virtualidad práctica del principio de insignificancia en el delito económico

Desde que en el año 1939 Edwin H. SUTHERLAND pronunciase su conferencia inaugural en la reunión de la *American Sociology Society* en la que acuñaría el concepto de *White collar crime*, o

delincuente de cuello blanco⁸⁸, la criminalidad económica ostenta un papel central dentro de los sistemas penales actuales. El Derecho penal económico no es una rama independiente, autónoma o desligada del Derecho penal, sino que se incardina dentro de su seno aún con ciertas particularidades que ante todo se dejan percibir en el terreno de la dogmática. Como ha expresado FEIJOO SÁNCHEZ «cada vez es más evidente que los esquemas clásicos de responsabilidad y de control de la legitimidad de los tipos penales ya no son suficientes para entender el Derecho penal del siglo XXI. Los nuevos delitos económicos son la mejor manifestación de este proceso y de las nuevas necesidades a las que tienen que atender doctrina y jurisprudencia para evitar disfuncionalidades tanto para el sistema jurídico como para el sistema económico»⁸⁹. Piénsese que la teoría jurídica que se ha ido construyendo para ordenar, explicar y sistematizar los elementos definitorios del *delito* se confeccionó en sus orígenes sobre un Derecho penal aplicable a tipos tradicionales como el homicidio, las lesiones o el hurto, razón por la que, al detectarse que también hay conductas, cometidas por ciertos sectores y agentes sociales, ligadas a la socioeconomía del país que pueden lesionar intereses necesitados de protección penal, dicho sistema del delito ha tenido que ir adaptándose o perfilándose para poder resultar eficaz en el tratamiento de esta problemática. Para el caso que nos ocupa, y con vistas a desentrañar el papel que puede tener la *insignificancia* en la interpretación de los delitos económicos, resulta de interés comenzar señalando algunas de esas particularidades de las que hablamos.

En primer lugar, el primer elemento particular pasa por identificar que en Derecho penal económico nos encontramos ante una tutela de bienes jurídicos de carácter *colectivo*, no individual, que se traduce, en cada delito, en una protección de parcelas concretas del orden socioeconómico. Así, por ejemplo, la protección del sistema de crédito, del mercado de valores o de la función recaudatoria del Estado, alude a intereses colectivos cuya titularidad no puede reconducirse al ámbito particular de ningún sujeto concreto. De hecho, actualmente la doctrina (al menos en el caso de España y Alemania) considera que lo fundamental a la hora de definir y determinar qué es el Derecho penal económico no es tanto la causa o el espacio en el que estos delitos se manifiestan (por ejemplo, en el marco de la empresa o los negocios), sino que «lo característico del Derecho penal económico es que los delitos que lo integran tutelan un conjunto de bienes jurídicos supraindividuales, que representan, de un lado, las principales instituciones de nuestro modelo u orden económico (libre competencia, mercado bursátil, sistema crediticio, confianza en la información societaria, etc.) y, de otro, los mecanismos de intervención del Estado en la economía (Hacienda Pública, Seguridad Social, subvenciones públicas, regulación del comercio exterior, etc.)»⁹⁰. Y a pesar de que la discusión sobre el la delimitación y alcance de

⁸⁸ El autor publicaría, con base en esa conferencia, un texto diez años más tarde en la editorial *Dryden Press* de Nueva York, sirviendo de base a las generaciones de criminólogos y juristas que posteriormente se interesarían por el fenómeno de la delincuencia económica. Cfr.: BUSTOS RUBIO/RODRÍGUEZ ALMIRÓN (dirs.), *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho penal y la Criminología*, 2019, p. 21.

⁸⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, «Los delitos económicos», en BACIGALUPO SAGGESE *et. al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, p. 956.

⁹⁰ NIETO MARTÍN, «Introducción al Derecho penal económico y de la empresa», en DE LA MATA BARRANCO *et. al.* (dirs.), *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, p. 47. Como señala el autor: «no obstante, y pese a los esfuerzos doctrinales, no se han aislado con precisión los bienes jurídicos propios del Derecho penal económico y, por otro lado, resulta complicado en ocasiones trazar una línea de división clara entre lo patrimonial y lo supraindividual. Así, la utilización ilícita de una marca constituye tanto un comportamiento de competencia desleal (supraindividual) como una lesión del derecho de propiedad industrial o, por poner otro ejemplo más, los delitos de insolvencia tutelan tanto el derecho de crédito como sirven para asegurar un grado de confianza en el comportamiento ordenado de los deudores, que es necesario para que el crédito como institución exista. Prueba

los bienes jurídicos en Derecho penal económico es mucho más extensa⁹¹, pensamos que el criterio expuesto constituye un buen punto de arranque para realizar en adelante una serie de consideraciones respecto de la integración del criterio de la insignificancia en el seno de este tipo de delincuencia.

Debe señalarse que, pese a las afirmaciones anteriores, de las que efectivamente partimos en esta investigación, existen otras interpretaciones doctrinales que en la actualidad se alejan del criterio del bien jurídico como elemento nuclear de distinción del Derecho penal económico respecto del resto del sistema penal, advirtiendo sobre lo difuso y poco efectivo que resulta por sí solo tal criterio (consideraciones que, además, como va a comprobarse de inmediato, sirven también a los efectos de limitar la aplicación de los delitos económicos). Así, en opinión de FEIJOO SÁNCHEZ la referencia al bien jurídico protegido resulta por sí misma tan insuficiente para explicar los caracteres generales de los delitos económicos como lo es en el resto del sistema penal, por lo que «una nítida separación entre delitos patrimoniales y económicos a partir de la idea de que éstos sólo protegen bienes jurídicos supraindividuales (estatales o colectivos) o sujetos pasivos colectivos (difusos) conduce a un concepto excesivamente restrictivo»⁹². El autor, en concreto, propone un cambio de enfoque rechazando que este tipo de criminalidad se caracterice por lo que protege y considerando que realmente la función del Derecho penal económico es la misma que la que corresponde al conjunto del Derecho penal si bien «estabiliza normas en ámbitos en los que los sujetos desempeñan un rol económico que determina su ámbito de libertad de actuación y sus deberes»⁹³. Según esta línea de pensamiento la principal consecuencia sería que el sentido o relevancia típica de las conductas en Derecho penal económico dependerá siempre del concreto contexto jurídico-institucional en el que aquellas se desarrollen, caracterizándose los delitos económicos por las instituciones reguladas por normas fiscales, mercantiles o administrativas que delimitan el significado social de la conducta ejecutada, que serán las que doten de significado al comportamiento desde un orden extrapenal⁹⁴. E igualmente, asevera el autor, en un sentido negativo habrán de considerarse excluidos del ámbito típico aquellos *riesgos permitidos* en esos sectores del Ordenamiento jurídico⁹⁵. Empero, como también clarifica el autor, esta opinión no significa sin mayores matices

de la dificultad del deslinde es la solución salomónica que se plasma en la rúbrica del Título XIII del CP: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”».

⁹¹ La clasificación y diferenciación de los bienes jurídicos en el sistema penal económico es mucho más compleja que aquella que aboga por la mera distinción entre bienes particulares y bienes colectivos. Como explica MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 6ª ed., 2022, pp. 165 ss., debe hacerse una distinción entre el bien jurídico inmediato (el que es objeto de protección por la norma) y el bien jurídico mediato (o *ratio legis* del precepto). Entiende el autor que es posible en Derecho penal económico encontrar tipos que, junto a los que protegen bienes supraindividuales, tutelen también bienes jurídicos individuales siempre que estos últimos tengan proyección mediata sobre algún aspecto o parcela del orden socioeconómico, y realiza una muy amplia configuración de los diferentes tipos penales existentes (clasificándolos en, entre otros, intereses colectivos generales institucionalizados individualizables y no individualizables, etc.). Ahondar en estas consideraciones superaría con creces el objetivo de este trabajo, aunque no deben perderse de vista como nuevo ejemplo de la complejidad de delimitación y alcance del denominado *Derecho penal económico*.

⁹² FEIJOO SÁNCHEZ, en BACIGALUPO SAGGESE *et. al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal*, 2016, p. 959.

⁹³ FEIJOO SÁNCHEZ, en BACIGALUPO SAGGESE *et. al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal*, 2016, p. 968. El autor ya se había pronunciado antes en FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos», *InDret*, (2), 2009, pp. 4 ss.

⁹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, en BACIGALUPO SAGGESE *et. al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal*, 2016, p. 969.

⁹⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, en BACIGALUPO SAGGESE *et. al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal*, 2016, p. 970. El autor ejemplifica esta extremo acudiendo a la actual regulación de los delitos de bancarrota o quiebra empresarial, donde muchas conductas solo constituirán delito si carecen de justificación económica o empresarial, tal como

que el Derecho penal económico resulte accesorio al orden normativo primario, pudiendo hablarse en todo caso de una *accesoriedad asimétrica* en la que el sistema penal importa ciertas valoraciones básicas del sistema extrapenal (primario), con independencia de que aquellas puedan ser reformuladas para adaptarlas a las funciones que corresponde cumplir al Derecho penal⁹⁶. Esta idea puede, en palabras de FEIJOO SÁNCHEZ «ayudar a la interpretación de la conducta típica si el orden primario establece distinciones que permitan excluir ciertas conductas como relevantes»⁹⁷.

La idea de accesoriedad apuntada ya fue puesta de manifiesto anteriormente por TIEDEMANN, uno de los primeros autores que se empleó en interpretar, explicar y delimitar el sistema penal-económico. El autor ya alertó que «la mayor parte del Derecho penal económico es *accesoria*, es decir, depende de regulaciones extrapenales [...]. Los mandatos y las prohibiciones se encuentran en normas de conducta extrapenales, separadas de las conminaciones penales»⁹⁸. Se trata, en efecto, de delitos que están condicionados a cuál sea la concreta regulación que sobre sus conductas y prohibiciones realice la normativa extrapenal especializada. Pero ello, como afirma el autor, no impide seguir considerando que «en un sentido dogmático-penal se aprecia hoy en día la peculiaridad de los delitos económicos y del Derecho penal económico, principalmente, en la protección de *bienes jurídicos supraindividuales*»⁹⁹, por lo que el criterio del bien jurídico, tan relevante para dar cabida al principio de insignificancia, como se dijo, no puede dejar de ser tenido en cuenta para limitar teleológicamente la aplicación práctica de los delitos económicos.

En cualquier caso, pensamos que la concepción acabada de explicar no resulta incompatible con la propuesta, más tradicional en la doctrina, de indagar el concreto bien jurídico tutelado por la norma. Realmente nos encontramos ante un sector, el del Derecho penal económico, en el que nunca podrá perderse de vista la normativa extrapenal especializada, que aportará criterios muy válidos para configurar el propio alcance del tipo penal, pues efectivamente estamos ante un sector del Ordenamiento que resultará siempre accesorio al que configura la normativa extrapenal. No en vano, como prueba de esa interdependencia entre sectores, hoy es muy común encontrar delitos económicos plagados de elementos normativos o de remisiones mediante técnicas como la de la ley penal en blanco, en los que queda patente que el significado y alcance del tipo viene determinado, al menos en gran parte, por ese ámbito extrapenal. Con todo, como también advierte FEIJOO SÁNCHEZ, la idea de accesoriedad no implica una absoluta dependencia del sistema penal respecto de la normativa especializada, o que los delitos económicos deban considerarse siempre y en todo caso como leyes penales en blanco, sino que el sentido de las conductas (su alcance) dependerá del concreto contexto normativo que ofrezca ese orden primario. Se trataría, pues, de una accesoriedad con efectos interpretativos y acotadores sobre la norma penal, y no una mera remisión. Como ejemplo señala FEIJOO SÁNCHEZ el siguiente: «la

recoge el tipo penal. Sobre la institución y alcance del «riesgo permitido» en Derecho penal económico ya nos hemos pronunciado *supra* al comienzo de este trabajo, desligándolo del criterio de la «insignificancia», pues, como argumentamos, son cosas diferentes. Con todo, puede verse ampliamente en este sentido SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, *passim*.

⁹⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, en BACIGALUPO SAGGESE *et. al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal*, 2016, p. 970. Sobre el concepto de accesoriedad en el sistema penal económico *vid.* también FEIJOO SÁNCHEZ, «Límites del tipo objetivo en los delitos económicos», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, 2018, pp. 159 ss.

⁹⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, en BACIGALUPO SAGGESE *et. al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal*, 2016, p. 975.

⁹⁸ TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, 2010, p. 35.

⁹⁹ TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, 2010, p. 58.

determinación de una conducta como un fraude típico depende del alcance de los deberes de veracidad o información que exista en un determinado ámbito económico»¹⁰⁰.

Como puede colegirse de tales consideraciones doctrinales se desprende que pueden existir otras vías para la restricción de los tipos penales económicos, que no transitan por el criterio de la *significación penal de la conducta* por el que aquí se está abogando. La idea de accesoriadad asimétrica apuntada constituiría un límite para los delitos económicos haciendo que dicho criterio tenga efectos excluyentes de la tipicidad, y dejando patente que resulta por sí misma insuficiente cualquier contradicción con el Ordenamiento jurídico-penal para afirmar la tipicidad de la conducta. En este sentido afirma FEIJOO SÁNCHEZ que «con carácter general sólo deberían ser relevantes para el Derecho penal las infracciones (mercantiles, tributarias, etc.) de especial gravedad que, además, sean coherentes con el fin o ámbito de protección del correspondiente tipo penal»¹⁰¹. Como reconoce el autor estas ideas entroncan con las tesis welzelianas sobre el riesgo permitido y la adecuación social como base de la teoría de la imputación objetiva y la normativización de los tipos penales, ideas que no son privativas del Derecho penal económico sino que despliegan sus efectos sobre el conjunto del sistema penal: «el tipo de injusto o tipo en sentido estricto, como concepto dogmático que engloba la suma de los elementos que configuran una concreta prohibición o un concreto mandato y que son objeto de referencia del deber específico, tiene una estructura dinámica que se va adaptando a la evolución de su entorno»¹⁰².

Con todo, sobre estas instituciones ya hemos disertado (siquiera sea con carácter breve) al comienzo de este trabajo, en concreto diferenciándolas del principio de insignificancia, con el que efectivamente guardan íntima relación, sin ser idéntica cosa. No negamos, pues, que la tesis acabada de exponer, que aboga por una interpretación del delito económico en relación de *accesoriadad asimétrica* con la normativa extrapenal especializada, pueda estar en disposición de resolver en la práctica problemas de aplicación del tipo penal cuando aquella pudiera resultar exacerbada o desproporcionada: evidentemente para definir los límites del tipo penal económico será siempre necesario integrar de forma adecuada en el proceso interpretativo la normativa sectorial de la que traen causa los comportamientos. Por tanto esta propuesta de limitación de los delitos económicos, más allá del criterio del bien jurídico, puede ser perfectamente válida y sus consecuencias más que plausibles a tal objetivo (igual que puede acontecer con aquellas otras herramientas ya expuestas *supra* como son la adecuación social del comportamiento, los elementos de la imputación objetiva, o los supuestos de riesgo permitido, como se dijo). Empero, el objetivo central de esta investigación se dirige, exclusivamente, a indagar el papel que le resta al principio de insignificancia en la interpretación y aplicación de los injustos económicos. En esta contribución, por tanto, el objeto trabajo es mucho más limitado y acotado, tendente en concreto a indagar el espacio que le resta a un principio más tradicional como el de *insignificancia*, sin que se puedan rechazar de plano otras tesis que, como se ha expuesto, también pueden contribuir a limitar el marco aplicativo del Derecho penal económico.

Entendemos, con MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que en Derecho penal económico se hace siempre preciso indagar y configurar el interés jurídico objeto de protección (con las dificultades que ello entraña) siendo a su vez necesario incorporar al ámbito de la interpretación la concreta

¹⁰⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *LH José Manuel Maza Martín*, t. II, 2018, p. 160.

¹⁰¹ FEIJOO SÁNCHEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *LH José Manuel Maza Martín*, t. II, 2018, p. 162.

¹⁰² FEIJOO SÁNCHEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *LH José Manuel Maza Martín*, t. II, 2018, p. 163.

regulación de la materia objeto de prohibición penal. Por ello, aunque efectivamente el criterio del bien jurídico no sea determinante por sí solo para configurar la delincuencia económica, pensamos que sigue debiendo tenerse en cuenta como punto de partida (máxime a efectos de integrar el criterio de insignificancia, con el que está conectado, como herramienta de interpretación restrictiva del tipo penal). A tal criterio habrá de añadirse después, según el autor, el análisis sobre la estrategia político-criminal para su protección (valorable en términos de necesidad y eficacia) y la aplicación del principio de mínima intervención del que dimana la idea de fragmentariedad, a la hora de acotar los tipos penales económicos¹⁰⁵. Como expresa el autor «el hecho de que exista un bien jurídico penal y una norma primaria de conducta no comporta automáticamente que sea necesario recurrir ya a la norma penal, dado que [...] el principio de fragmentariedad puede aconsejar restringir las modalidades de ataque al bien jurídico penal, seleccionando aquellas conductas que le afecten de manera más relevante y dejando las restantes para ser reguladas a través de otras medidas jurídicas»¹⁰⁴. Y es justamente en este punto donde puede todavía tener virtualidad el tradicional principio de insignificancia.

En síntesis, y partiendo de las ideas de SILVA SÁNCHEZ, consideramos que, efectivamente, la legislación penal económica es siempre *accesoria* y no autónoma, pues tipifica conductas que ya están extensamente reguladas en sede extrapenal, accesoriadad justificada con base en consideraciones de unidad (o coherencia) del Ordenamiento, y subsidiariedad del Derecho penal, consistiendo en este sector la técnica legislativa en tomar como punto de arranque la regulación extrapenal especializada y tipificar como delito semejantes conductas con algún elemento adicional (de ahí que sean comunes, como dijimos, los elementos normativos y las normas penales en blanco)¹⁰⁵. Y, como señala el autor, «cabe la posibilidad de que la conducta, pese a haber infringido la norma extrapenal de complemento, no pueda considerarse *ex ante* constitutiva de un comportamiento jurídico-penalmente desvalorado: ello puede suceder, por ejemplo, cuando se trate de una conducta socialmente adecuada, o insignificante o constitutiva de un riesgo penalmente permitido»¹⁰⁶, concluyendo que el procedimiento a través del cual pueden introducirse todas estas consideraciones en el tipo penal, contrarrestando la tendencia al excesivo formalismo en su aplicación, es a través de un proceso de *interpretación teleológica*¹⁰⁷. Como puede fácilmente colegirse, SILVA SÁNCHEZ diferencia aquí tres posibles vías para limitar el tipo penal económico, que son por ello diferentes en cuanto a su contenido (y a las que ya nos hemos referido). En las líneas que siguen, por tanto, nos ceñiremos a evaluar exclusivamente el recurso al principio de insignificancia como elemento para la interpretación restrictiva de los delitos económicos.

Por tanto, desde nuestra concepción y por los motivos expuestos, los bienes supraindividuales, y hasta cierto punto difusos, característicos del Derecho penal económico (aunque por sí mismos no absolutamente delimitadores del mismo) son un factor esencial a tener en cuenta cuando se quiere manejar el *principio de insignificancia* como criterio interpretativo de la norma penal, pues la óptica comparativa entre el comportamiento ejecutado y el bien jurídico protegido es mucho

¹⁰⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 6ª ed., 2022, pp. 234 ss.

¹⁰⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 6ª ed., 2022, p. 235.

¹⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, «La legislación penal económica» en EL MISMO (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2020, p. 48.

¹⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2020, p. 53.

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2020, p. 54.

más dilatada de lo que acontece en un delito que tutela un interés puramente individual. Esta situación conlleva, a su vez, que algunos delitos económicos se configuren como delitos de peligro y no de lesión, adelantándose la barrera de intervención penal para una protección más eficaz de dichos intereses colectivos. En tal sentido en la delincuencia económica podremos encontrar delitos de peligro concreto y de peligro abstracto. Para los primeros la valoración sobre la *significación* del hecho implicará siempre un examen de la antijuridicidad constituida por un desvalor de la conducta en función de su peligrosidad (igual que acontece en los delitos de lesión) y en un estudio sobre el desvalor de resultado que ahora no se identificará con el grado de *lesión efectiva* del bien jurídico sino con el nivel de peligro para el mismo, pudiendo hablarse, en su caso, de un *peligro insignificante o nimio* en supuestos de bagatela. Para los segundos, no obstante, siguiendo a la doctrina mayoritaria solo será necesario analizar el concreto desvalor de acción, pues en estos tipos no es preciso acreditar que el comportamiento genere un *concreto* peligro a modo de resultado (por ello en tales casos el análisis sobre la posible insignificancia reclamará una exégesis circunscrita exclusivamente al comportamiento del sujeto y a su potencial *genérica* o *abstractamente peligroso*, una peligrosidad que, a pesar de ser abstracta, pensamos que deberá seguir siendo real y grave¹⁰⁸). En palabras de MIR PUIG «en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la *proximidad* de una *concreta* lesión (así, que la acción haya estado *a punto* de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal *resultado* de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la *conducta*, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano» pues, como continúa el autor, «deja de tener sentido castigar una conducta cuya relevancia penal proviene de la peligrosidad que se supone en ella, cuando tal peligrosidad aparece como inexistente desde el primer momento. Si la razón del castigo de todo delito de peligro (sea abstracto o concreto) es su peligrosidad, siempre deberá exigirse que no desaparezca en ellos todo peligro»¹⁰⁹. Por lo que, como ya apuntamos *supra*, análogamente a tal situación deberá entenderse que también todo peligro mínimo, superfluo o insignificante que se desprenda de la conducta del sujeto en los injustos de peligro abstracto podrá conducir al intérprete a su no punición. Pero, insistimos, estos diferentes enfoques dependerán de que efectivamente el delito económico se haya configurado como delito de peligro (bien concreto, bien abstracto) y no de lesión, lo que habrá de analizarse caso por caso.

Pero también, en segundo lugar, nos encontramos ante unos delitos, los económicos, en los que se han seleccionado los comportamientos más graves que atentan contra un determinado bien jurídico de interés (en cumplimiento del mandato de mínima intervención que aún debiera

¹⁰⁸ Si bien debe apuntarse que un amplio sector doctrinal concibe que en los delitos de peligro abstracto la ley presume *ius et de iure* la peligrosidad del comportamiento, por lo que se haría mucho más complejo implementar el criterio de la insignificancia en tales injustos cuando el comportamiento encaja formalmente en la descripción típica. Empero, somos de la opinión de que también en los delitos de peligro abstracto es posible analizar el desvalor del comportamiento (no así del resultado, no requerido), pues a pesar de que el tipo penal no exija que la conducta se traduzca en un *concreto peligro* para el bien jurídico, el riesgo, aún abstracto, deberá ser real y de cierta entidad (tal como se desprende de los principios de ofensividad y de *ultima ratio* que gobiernan el sistema penal). Si el peligro (en los delitos de peligro abstracto) directamente no existe, entonces no existirá ningún desvalor penal a pesar de enmarcarse la conducta en la descripción típica. Pero recordemos que este no es el problema en supuestos de insignificancia. En estos casos si el riesgo existe pero la conducta, a pesar de encajar formalmente en la tipicidad, resulta que puede tildarse como totalmente nimia, superflua o insignificante, entonces también procederá interpretar su no punición por las razones que venimos aduciendo en este trabajo. Sobre el asunto, puede verse ampliamente BUSTOS RUBIO, *Delitos acumulativos*, 2017, pp. 107 ss.

¹⁰⁹ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 239.

governar el Derecho penal), dejando extramuros de la tipicidad penal otros comportamientos menos gravosos que afectan al mismo o similares intereses necesitados de protección, cuya regulación y en su caso sanción queda encomendada a otra rama del Ordenamiento jurídico diferente de la penal. En este sentido, como ya aventuramos al albur de la idea de *accesoriedad*, los delitos económicos van a completar la protección que se da a ciertos intereses en otros sectores del Ordenamiento, haciendo frente solo a las conductas más graves para el bien jurídico tutelado. Como ha señalado entre nosotros NIETO MARTÍN, «la mayoría de las infracciones que componen el Derecho penal económico tienen carácter accesorio. Con esta característica se quiere indicar que el tipo penal se construye a partir de normas jurídicas de carácter fiscal, mercantil o administrativo. Las conductas prohibidas o el bien jurídico no son configurados en su totalidad por el legislador penal, sino que en gran medida están ya determinadas por la normativa extrapenal. Esto no quiere decir que por supuesto el tipo penal, en virtud del carácter de *ultima ratio*, no deba añadir algún requisito ulterior que aumente el desvalor del resultado o de la conducta prohibida»¹¹⁰.

Por tal razón es común, primero, encontrar comportamientos similares en otras ramas diferentes de la jurídico-penal, cuyos criterios de distinción con el delito pueden ser de carácter *cualitativo* o bien *cuantitativo*, al objeto de reservar la competencia penal sobre tales conductas a las que realmente sean tenidas por «más graves» contra el bien jurídico. Y, segundo, en muchas ocasiones es también importante no desligar el delito económico de la regulación especializada extrapenal sobre la materia, no ya porque en ocasiones el legislador recurra a la técnica de las leyes penales en blanco, sino también por encontrar en esta tipología de delitos numerosos elementos normativos que obligarán al intérprete, en virtud del principio de unidad y coherencia del sistema jurídico, a apoyarse en las definiciones legales que sobre tales elementos ofrece el sector del Ordenamiento jurídico que se encarga de su tratamiento (piénsese, v. gr., en los elementos típicos «tributo» en el ámbito de la Hacienda Pública, o «cuota» en el caso de la Seguridad Social, que han de ser entendidos conforme señala y regula la legislación fiscal o de Seguridad Social). En general, el hecho de que las conductas que lesionan intereses económicos puedan encuadrarse en una norma penal o en una norma extrapenal de protección y sanción constituye a nuestro juicio un argumento adicional en favor del criterio de la insignificancia, pues si este principio entra en juego como fórmula interpretativa que finalmente descarta la respuesta penal, ello no implicará que la conducta ejecutada quede en todo caso sin respuesta jurídica, pudiendo derivarse a un tratamiento extrapenal de las mismas, conjugando un equilibrio de respuestas que resulta útil incluso en términos preventivos. Nuevamente en las palabras de NIETO MARTÍN «en figuras como el delito fiscal, pasando por los delitos contra los consumidores, mercado de valores, protección de los trabajadores, hasta los preceptos que protegen la competencia, la imagen es la misma: una suerte de progresión o línea continua que va desde las sanciones administrativas leves, pasando por las graves y muy graves, hasta desembocar en el tipo penal»¹¹¹.

En el marco descrito (o, al menos, tomando en consideración especialmente este último rasgo de Derecho penal económico expuesto) pensamos que el *principio de insignificancia* ostentará capacidad interpretativa especialmente en algunos tipos de delitos: aquellos en los que político-criminalmente no se haya procurado un diseño adecuado del tipo de injusto, dada la amplitud general en su definición gramatical, o porque las fronteras del delito sean difusas respecto de

¹¹⁰ NIETO MARTÍN, en DE LA MATA BARRANCO *et. al.* (dirs.), *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, pp. 49-50.

¹¹¹ NIETO MARTÍN, en DE LA MATA BARRANCO *et. al.* (dirs.), *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, p. 53.

otros sectores del Ordenamiento jurídico donde también se regulen dichos comportamientos, o directamente por carecer de fronteras límite entre la normativa penal-económica y extrapenal. Por el contrario, en los delitos en los que se haya procurado una correcta definición y contención del hecho típico no será preciso (ni necesario) manejar el criterio de la insignificancia.

Por un lado, en aquellos delitos económicos en los que se ha producido un adecuado diseño del comportamiento prohibido desde el punto de vista *cualitativo*, se excluirá la posibilidad de recurrir al criterio de la insignificancia porque el legislador ya habrá cumplido con su papel atendiendo no solo al criterio de *subsidiariedad* sino también al de *fragmentariedad*, como expusimos *supra*. El criterio de contención cualitativo obligará al legislador a (I) realizar una adecuada selección del comportamiento más grave para el bien jurídico, y (II) realizar una definición gramatical que se imbrique a la perfección con dicha preselección, tarea compleja en la que pueden confluir múltiples técnicas. Uno de los métodos cualitativos que más éxito pueden tener en tal sentido, al menos desde el punto de vista de la gramaticalidad, y solo para excluir supuestos de bagatela o insignificancia, lo identificamos en la incorporación del criterio de *gravedad* al tipo de injusto, lo que ya es indicativo de la exclusión de cualquier forma de conducta que no alcance ese nivel de desvalor. O lo que es lo mismo: lo que no sea «grave» no colmará, directamente, las exigencias de tipicidad, por lo que no se podrá plantear en ningún caso un problema de antijuridicidad material en relación con un ínfimo nivel de ofensa contra el bien jurídico, nivel por el que transita, como se dijo, el criterio de la insignificancia. Cuestión distinta es la referida al particular esfuerzo que habrá de realizar el intérprete al que se le pide dilucidar si un comportamiento concreto ha de ser entendido por *grave* a los efectos del delito en cuestión (máxime en un área como el Derecho penal, en el que ya se presupone que lo que se incorpora a su seno posee las notas de *gravedad* frente a los bienes jurídicos más importantes; por ello precisamente el hecho de incorporar tal cualidad al tipo penal conlleva un adicional esfuerzo interpretativo que colme tal exigencia).

Encontramos ejemplos de delitos económicos en los que se ha empleado este criterio (muchas veces junto a otros diferentes al de la gravedad) como elemento cualitativo que sitúa dentro del tipo penal los comportamientos graves, reservando la respuesta extrapenal para aquellos otros que no alcancen dicho umbral y, entre ellos, los que puedan llegar a considerarse como *insignificantes* o de bagatela. Así, *v. gr.*, el delito de publicidad falsa del art. 282 CP, cuando sanciona a «los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un *perjuicio grave y manifiesto* a los consumidores». Como puede comprobarse, aquí el criterio cualitativo de distinción respecto de otras ramas del Ordenamiento como puedan ser la civil, la mercantil o la administrativa, pasa por combinar el criterio de la gravedad (la potencialidad del comportamiento exige que pueda llegar a causarse un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, y todo aquello que no alcance tal potencialidad quedará fuera del delito, incluidos los comportamientos *insignificantes*) junto con otros como la propia definición del comportamiento típico (así, solo podrán ser delictivas las alegaciones objetivamente falsas o las características inciertas; la disyuntiva penal transita aquí, pues, entre lo «cierto» y lo «falso», sancionándose esto último y quedando fuera de reproche penal aquello que solo constituya publicidad dudosa o engañosa)¹¹². En este sentido, si se superan las exigencias cualitativas incorporadas por el legislador al ámbito del tipo penal, podremos afirmar

¹¹² BUSTOS RUBIO, «El delito de publicidad falsa: notas y aspectos controvertidos», en BUSTOS RUBIO/ABADÍAS SELMA (dirs.), *Protección penal del mercado y los consumidores*, 2022, pp. 51 ss.

la existencia de este delito económico y consecuentemente aplicar su pena. En caso contrario, la respuesta nos la dará la Ley General de Publicidad 34/1988, de 11 de noviembre, y la legislación especializada que la complementa, tratamiento en el que quedará enmarcado el problema de los comportamientos de bagatela. Más allá del anterior, ejemplos de delimitación cualitativa desde el prisma de la *gravedad* exigida en el tipo penal hay varios, como decimos (baste citar, por ejemplo, el art. 314 CP para el caso de la discriminación laboral punible, que sanciona solo a quienes produzcan una *grave* discriminación en el empleo en atención a ciertas características y bajo otros presupuestos, dejando toda discriminación que no alcance dicho umbral de gravedad en manos de la normativa sectorial que resulte aplicable, fuera del marco penal). En cualquier caso, tenemos que aclarar que en modo alguno se trata de emplear el elemento típico de la *gravedad* para todo delito económico al objeto de separar el reproche penal del extrapenal: no es una técnica tan simple ni, desde luego, recomendada. Si así fuera bastaría con que todos los delitos económicos añadieran el adjetivo «grave» a sus conductas típicas. Ello en modo alguno casaría con las exigencias que se dimanan del principio de legalidad en su vertiente de *taxatividad* y *certeza*. Pero, no obstante, hemos de reconocer que el elemento de la gravedad, cuando se incorpora a la tipicidad junto a otras exigencias sí influye directamente (desde una perspectiva *de lege lata*) en el problema que nos ocupa en esta investigación: el empleo de este adjetivo en determinados delitos económicos excluye de antemano el criterio de la insignificancia como técnica o proceder interpretativo, puesto que son antónimos y por ello excluyentes.

Por otro lado, tampoco dejarán espacio al criterio interpretativo de la insignificancia aquellos delitos económicos en los que el legislador recurra a una delimitación de carácter *cuantitativo*. En Derecho penal económico es muy común el recurso, por parte del legislador, al establecimiento de límites cuantitativos a partir de los cuales resulta aplicable la respuesta penal y, consecuentemente, por debajo de los cuales el tratamiento quedará encomendado a la legislación extrapenal. Así, por ejemplo, en algunos de los delitos que integran el por nosotros denominado *Derecho penal fiscal o recaudatorio* el legislador recurre habitualmente al empleo de ciertas cuantías al objeto de establecer una barrera que divida el recurso al Derecho penal del recurso a otras ramas del Ordenamiento jurídico que regulan la cuestión. Es el caso del delito fiscal del art. 305 CP, que solo sanciona comportamientos defraudatorios cuya cantidad exceda de 120.000 euros; o el caso del delito de fraude de cotizaciones a la Seguridad Social, que solo pena el supuesto de conductas defraudatorias que superen (para el tipo básico) la cuantía de 50.000 euros en cuatro años naturales; lo mismo ocurre con la cuantía establecida en el delito de fraude de subvenciones (que establece un límite de 100.000 euros en el art. 308.1 CP); etc. En estos supuestos no podrá tener virtualidad práctica el criterio interpretativo de la *insignificancia*, pues el legislador ya ha tasado que solo a partir de una determinada cantidad se activa el reproche jurídico-penal, y que todo lo que queda por debajo habrá de considerarse como lo *insignificante* penalmente. En tales ejemplos, en definitiva, ya se ha definido a partir de qué instante debe resultar de aplicación una pena y no una mera sanción extrapenal, por lo que no puede tener cabida ningún criterio interpretativo en términos de insignificancia, pues el problema ha sido ya resuelto desde la propia letra de la ley.

Con todo, no desconocemos que la determinación de la naturaleza jurídica que se le deba atribuir a la cuantía en estos delitos ha sido y es una cuestión ampliamente discutida en el seno de la doctrina. Por un lado, hay autores que consideran que en algunos delitos la cuantía constituye una *condición objetiva de punibilidad* cuyo fundamento principal ya no se encontraría vinculado al concreto nivel de desvalor del injusto, ubicándose tal límite cuantitativo en la categoría de la punibilidad, decidiendo únicamente cuándo será de aplicación la pena. Por otro lado, ciertos

sectores abogan por entender la cuantía como parte de la propia *tipicidad* (en su caso como resultado típico del delito) que, ahora sí, determinaría que a partir de cierta cantidad el hecho realmente posee mayor desvalor, lo que justificaría el recurso al Derecho penal pues solo a partir de dichas cuantías se concretarían las agresiones verdaderamente graves para el bien jurídico, considerándose normativamente que todo lo que queda por debajo de tal cuantía es lo *insignificante*¹¹³. La diferencia entre una y otra clasificación tiene importantes consecuencias a distintos niveles dentro de la teoría del delito (así, *v. gr.*, si se concibe a la misma como elemento típico el dolo del autor deberá abarcarla, algo que no ocurre si se la cataloga como condición objetiva de punibilidad), pero también puede presentar algún matiz a la hora de valorar la operatividad del criterio de la insignificancia sobre estos elementos delimitadores de carácter cuantitativo. Y ello porque si se entiende que la cuantía forma parte del tipo de injusto entonces habrá que sostener que solo cuando se supere la misma se determinará el *merecimiento* de la respuesta penal existiendo un *mayor desvalor* del comportamiento. Por el contrario, si se entiende que la cuantía es una condición que afecta solo a la punibilidad del hecho, el desvalor será siempre el mismo independientemente de la cuantía defraudada, pero razones político-criminales vendrían a determinar la fijación de un umbral a partir del cual se haría ya no sólo *merecida* sino también *necesaria* la intervención del Derecho penal, y por debajo del cual el tratamiento deberá ser siempre extrapenal, por razones eminentemente preventivas, pero que nada tienen que ver con un mayor o menor contenido de injusto, sino con una falta de necesidad de intervención del Derecho penal¹¹⁴. Y no podemos olvidar que el criterio de la insignificancia es, ante todo, un principio interpretativo que implica una valoración del concreto nivel de desvalor de injusto.

En algunos delitos económicos, como es el caso de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, voces autorizadas de la doctrina se han inclinado por enfatizar un entendimiento de las cuantías como condiciones objetivas de punibilidad. Así, *v. gr.*, GARCÍA PÉREZ ha sostenido que en estos delitos opera otro criterio más allá del injusto culpable pero procedente, también, del principio de *ultima ratio* del Derecho penal: «hay casos en los que, pese a la gravedad del hecho, no es precisa la intervención del Derecho penal porque en los otros sectores del ordenamiento se dispone de medios suficientes para proteger el bien en cuestión. Este criterio es, a mi entender, el que explica las cuantías en estos delitos. Con la referencia a una cuantía en las diversas figuras no se pretende identificar los ataques especialmente intensos a la Hacienda Pública y la Seguridad Social sino los casos en los que, pese a la gravedad de los comportamientos, no resulta necesario acudir al Derecho penal por disponer el Derecho tributario y de la Seguridad Social de medidas eficaces para combatirlos»¹¹⁵. Nos encontraríamos,

¹¹³ Así, *v. gr.*, y entre otros muchos: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito fiscal*, 1982, p. 277; y ALONSO MADRIGAL/GÓMEZ LANZ, «Fraude a la ley tributaria, ilícito e infracción tributaria y delito de defraudación», *Revista de Contabilidad y Tributación*, (281), 2006, p. 48.

¹¹⁴ Como ya adujimos en algún trabajo anterior (*vid.* BUSTOS RUBIO, *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), 2015, pp. 213-214), por más que algunos autores nieguen la existencia de este tipo de condiciones en el esquema tradicional del delito (reconduciéndolas siempre al ámbito de la tipicidad), realmente pueden detectarse cláusulas que se caracterizan porque su función no es la de contención del supuesto de hecho que configura el delito (función propia del tipo), ni la de delimitar el carácter injusto o contrario a Derecho del comportamiento (función propia de la antijuridicidad), sino que responden eminentemente a determinadas consideraciones ajenas a lo anterior generalmente de índole político-criminal o de necesidad o innecesidad de pena, que han de concretarse casuísticamente, con un examen circunstanciado de la cláusula particular. Por tanto, el análisis sobre la concreta naturaleza jurídica que tenga una determinada cuantía dependerá de la figura delictiva en cuestión, sin que sea recomendable realizar afirmaciones generalizadas.

¹¹⁵ GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho Penal*, 1997, pp. 275-276.

ante todo, en el plano del ejercicio de una determinada política criminal imbricada con diversas consideraciones de política fiscal o recaudatoria, pero el hecho defraudatorio seguiría poseyendo idéntico desvalor por encima o por debajo de la cuantía que se decida establecer, sin que esta determinase el contenido de injusto. Si se sigue esta interpretación habría que considerar que la ofensa contra el bien jurídico es idéntica tanto por encima como por debajo de ese umbral cuantitativo, por lo que la conducta resultaría igualmente *disvaliosa* para el bien jurídico. Ocurre, empero, que político-criminalmente ya se habría establecido una pauta clara que obligaría al intérprete a sancionar *penalmente* este tipo de comportamientos. Siendo el desvalor coincidente en cualquier orden (penal y extrapenal) ya se habría delimitado el nivel por debajo del cual el tratamiento ha de quedar encomendado al orden extrapenal. O lo que es lo mismo: desde el estadio de la *punibilidad* el legislador estaría indicando que las conductas que superen dicha condición objetiva que es la cuantía han de ser ya *penalmente significantes* (la competencia de sanción recae en el área del Derecho penal), pues el recurso al sistema penal resultaría obligado desde la propia ley y de forma sumamente clara (totalmente objetiva), sin que en estos casos pudiera construirse una interpretación apoyada en criterios de bagatela o insignificancia que discurren, como se dijo, por los derroteros del concreto contenido material de la antijuridicidad. Desde esta concepción lo significativo quedaría desligado de lo insignificante no por razones atinentes al concreto desvalor de injusto, sino por razones de *necesidad político-criminal* de intervención del Derecho penal (por ejemplo, utilitarias o preventivas, que concebirían que a partir de dicho umbral el Derecho penal estaría en mejores condiciones que la normativa sectorial extrapenal para afrontar la cuestión). Y si el legislador, siguiendo esta línea interpretativa, ha diseñado objetiva y taxativamente el nivel cuantitativo a partir del cual la pena ya no solo deviene *merecida* (en atención al desvalor del comportamiento) sino también *necesaria* (por criterios ajenos a ese desvalor), y si el fundamento no transita ya por derroteros relativos al concreto nivel de antijuridicidad, entonces parece obvio que en tales supuestos el criterio de la insignificancia no puede ofrecer ninguna capacidad interpretativa.

Por otro lado, desde la consideración contraria que concibe la cuantía en algunos de estos delitos como parte de la propia *tipicidad*, tampoco tendría demasiado recorrido el principio de insignificancia, pues desde dicha perspectiva el legislador indicaría (ahora sí) que a partir de un determinado monto existe un *mayor desvalor* del hecho y por tanto una *mayor gravedad* de las conductas, que solo resultarán más leves (y en su caso insignificantes) por debajo de tal límite cuantitativo. Por ello, se haría igualmente imposible dar cabida al principio de insignificancia ante supuestos en los que ya la propia tipicidad del delito indicase, cuantitativamente, las conductas más dañosas para el bien jurídico que han de ir a parar al terreno penal.

Como puede verse, realmente la discusión sobre la concreta naturaleza jurídica de las cuantías en los delitos económicos relativiza sus efectos cuando se trata de dar cabida al criterio interpretativo de la insignificancia, pues el establecimiento de una determinada cuantía excluirá siempre esta posibilidad, bien por delimitar un cierto contenido, mayor o menor, de injusto (considerada como elemento típico), bien por delimitar cuándo va a ser siempre necesario el recurso a la imposición de la pena por muy variadas razones de índole político-criminal desligadas del desvalor del hecho, que se presumirá siempre en idénticos términos (entendiéndola como condición objetiva de punibilidad), pero en cualquier caso por causas que en última instancia siguen vinculadas a la *ultima ratio* del Derecho penal¹¹⁶. Lo fundamental es

¹¹⁶ Lo que ocurre es que, como ya apuntamos líneas más atrás, esa delimitación a la que obliga el principio de intervención mínima del Derecho penal se puede ejecutar bien en términos de fragmentariedad (desligando los

que el criterio de insignificancia no tendrá nunca operatividad en supuestos en los que el legislador ha establecido ya en la norma una determinada cuantía a partir de la cual se debe recurrir al empleo del instrumento penal, aplicándose consecuentemente una pena y no una mera sanción extrapenal. Contrariamente, sí podrá tener algún espacio este criterio interpretativo siempre que el legislador haya obviado establecer tal límite cuantitativo, pues ante dicha falta de previsión quedará siempre abierta la puerta al debate sobre la punición de comportamientos que encajan en la tipicidad del delito y que sin embargo, atendidas las circunstancias concretas del caso, no poseen suficiente entidad o aptitud para generar un peligro o lesión de cierta envergadura para el bien jurídico protegido. Por tal razón pensamos que la fijación de cuantías-barrera en los delitos económicos deviene también como un instrumento útil para desligar lo significativo penalmente de lo que ha de quedar encomendado al terreno extrapenal, por lo que su manejo en este tipo de delitos resulta, quizá junto a otros criterios de carácter cualitativo, una buena opción político-criminal.

Ya por último, puede ocurrir que el legislador recurra a *técnicas mixtas* combinando criterios cualitativos y cuantitativos (siquiera sea de forma alternativa) para definir el comportamiento penalmente prohibido. Así ocurre, *v. gr.*, con los artículos 284 y 285 CP, que para poder ser aplicados exigen bien superar alguna cuantía (criterio cuantitativo), o bien que se cause un *grave* resultado (criterio cualitativo). En estos supuestos, pensamos, tampoco existe margen de operatividad del principio de insignificancia como criterio interpretativo.

Acontece, no obstante, que en ocasiones el diseño de los tipos penales económicos es erróneo o incompleto, por resultar sumamente amplios en su gramaticalidad o por no establecerse barreras cualitativas o cuantitativas que desliguen el reproche penal del tratamiento y en su caso sanción extrapenal. Es en estos tipos de delitos donde sí va a poder operar el criterio de la insignificancia penal del hecho: aquellos casos en los que el legislador no ha sabido/querido/podido desligar correctamente lo *significante* penalmente de lo *insignificante*. Son supuestos en los que, además, se puede llegar a producir un solapamiento entre la normativa penal y la extrapenal, y en los que se hace necesario establecer barreras claras de delimitación. No es nuestro objetivo delinear con precisión dichas barreras; nuestro objetivo final con esta investigación es más modesto: determinar cuándo se hará posible el recurso al principio de insignificancia desde un punto de vista interpretativo-teleológico orientado a la correcta protección de bienes jurídicos en el terreno penal, y en respeto de los principios que sostienen nuestro actual sistema (especialmente el de *ultima ratio*).

Ante tal grupo de supuestos (algunos ejemplos los analizaremos más adelante por separado) se hacen posible dos soluciones:

Por un lado, exhortar al legislador penal a la redefinición de los tipos ampliamente definidos, desde una óptica de perfeccionamiento cualitativo (*v. gr.*: empleo de criterios de gravedad desde la propia tipicidad penal, redefinición de las conductas prohibidas, mayor taxatividad, etc.; en definitiva, utilizando criterios que reduzcan la hiperinflación de ciertos tipos penales), o mediante el recurso a la incorporación de elementos distintivos de carácter cuantitativo (*v. gr.*: establecimiento de cuantías en ciertos delitos cuyo comportamiento es también reprochable en

comportamientos más graves de los menos graves para el bien jurídico protegido), que es donde despliega todo su protagonismo el principio interpretativo de insignificancia, o bien en términos de subsidiariedad (manteniendo la intervención penal y la aplicación de una pena solo para los casos en los que pierda su eficacia el recurso a otros sectores del Ordenamiento jurídico diferentes al penal).

vía extrapenal). Esta perspectiva *de lege ferenda* es primordial, y es también labor de la doctrina realizar esta llamada de atención al legislador para la reformulación de delitos económicos imperfectos.

Por otro lado, ya desde una perspectiva *de lege lata*, se hace posible (ahora sí) acudir al *principio de insignificancia* para poner en marcha un criterio interpretativo coherente con los principios que inspiran nuestro modelo penal-económico teleológicamente orientado a la tutela de un bien jurídico de carácter colectivo o supraindividual, que termine por dejar fuera de la órbita penal aquellos comportamientos que puedan calificarse como insignificantes, nimios o de bagatela, y ante los cuales cualquier reacción punitiva resultaría desafortunada por devenir desproporcionada desde el prisma de tales principios (máxime, como decimos, en un sector como el constituido por el Derecho penal económico que es complementario de otras respuestas extrapenales muchas veces más adecuadas y proporcionadas).

En las líneas que siguen se han seleccionado un conjunto de delitos que, a nuestro juicio, constituyen tipos penales *hiperinsuflados* en los que no se han delimitado correctamente las barreras que han de separar el reproche penal del reproche extrapenal, o en los que no se ha contenido correctamente el alcance del injusto desde una óptica cualitativa o bien cuantitativa. En estos delitos podrá resultar útil, *de lege lata*, el manejo del criterio interpretativo de la *insignificancia*, a pesar de que *de lege ferenda* haya que seguir apelando a la responsabilidad legislativa en el perfeccionamiento de las definiciones legales. Queremos advertir, no obstante, que el catálogo de delitos que se propone, un total de tres prototipos, no constituye un listado cerrado y tasado de supuestos en los que podría tener sentido incorporar el principio de insignificancia, siendo realmente un *numerus apertus* de ejemplos prestos a complementarse. Nos referimos en adelante, pues, a los delitos de (a) blanqueo de capitales, (b) fraude de prestaciones al sistema de la Seguridad Social, y (c) delitos contra la propiedad intelectual e industrial identificados con el fenómeno del *top manta*¹¹⁷.

4.2. Primer prototipo: blanqueo de capitales e insignificancia

Es de sobra conocido que el blanqueo de capitales se ha convertido en los últimos años, ya incluso décadas, en el *delito estrella* en el marco del Derecho penal económico. El recurso, por parte del legislador, a este injusto para luchar contra cierto tipo de criminalidad económica se ha convertido en habitual, constituyendo el arma principal del Derecho penal fiscal o recaudatorio, lo que explica el actual estado de desbordamiento y amplificación de este injusto, con las sucesivas reformas que han ido engrosando su tipicidad sin que aún se perciba un punto final a tal proceder político-criminal. Modo de proceder que, siendo justos, no responde solo a intereses del legislador nacional, sino que viene auspiciado a través de Directivas europeas y también por la vía del impulso generado desde otros organismos internacionales (así, por ejemplo, el Grupo de Acción Financiera Internacional, GAFI)¹¹⁸. El deleite por este tipo penal parece claro si se

¹¹⁷ Los tres grupos de delitos seleccionados engloban, además, injustos económicos que pueden resultar en la práctica un paradigma representativo de la difícil delimitación entre la regulación penal y extrapenal de la materia, lo que a su vez permite incorporar el criterio de la insignificancia como fórmula interpretativa aplicable a los mismos.

¹¹⁸ Ampliamente sobre estas y otras cuestiones problemáticas relacionadas con el blanqueo de capitales, *vid.* BUSTOS RUBIO, «Del “blanqueo del blanqueo” a la libertad de competencia: la sempiterna cuestión del bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales», en BUSTOS RUBIO/RODRÍGUEZ ALMIRÓN (dirs.), *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho Penal y la Criminología*, 2019, pp. 27 ss.

observan las últimas reformas acontecidas en el art. 301 CP (y siguientes) que no han hecho sino ampliar el ámbito de aplicación del delito, bien mediante la configuración de conductas típicas adicionales a las tradicionales, bien creando nuevas modalidades agravadas (que en la práctica reducen la aplicación del tipo básico a su mínima expresión), o bien previendo modalidades imprudentes de comisión, llegando incluso a suscitarse un intenso debate doctrinal y jurisprudencial sobre la posibilidad de terminar por conculcarse en ciertos casos el principio *ne bis in idem*. Lo cierto es que el delito de blanqueo de capitales es hoy uno de esos tipos penales *hiperinsuflados* de los que antes se habló, en los que la amplitud de los elementos típicos y la falta de límites o barreras claras hace que puedan incardinarse en su seno, formal y materialmente, conductas de bagatela para las que correspondería aplicar penas de prisión muy elevadas, junto a otras no privativas de libertad consideradas menos graves (como la inhabilitación especial por tiempo determinado).

Ahondemos algo más en los cambios que se han producido sobre este delito en los últimos tiempos, enmarcados en ese afán ultra-expansivo del Derecho penal que ya nadie pone en duda. Como expone ABEL SOUTO por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó el Código Penal, el delito de blanqueo de capitales sustituyó la exigencia del conocimiento de que los bienes tuviesen su origen «en un delito» por una nueva e imprecisa fórmula que aludía a que tuvieran su origen «en una actividad delictiva», cambio legal al que se le atribuyó un innecesario afán expansivo y amplificador de los límites hasta ese momento conocidos para este injusto, pues parecía quererse dar cabida también a las faltas como hecho previo para el blanqueo de capitales. Esto, como bien advierte el autor apoyándose en la doctrina más autorizada, supondría un quebranto frontal de la *ultima ratio* del Derecho penal, vulnerándose igualmente el criterio de la proporcionalidad. Con razón los sectores doctrinales más ávidos intentaron restar importancia al cambio en la tipicidad, considerándolo meramente nominal pero intrascendente para cobijar a los bienes procedentes de una falta, en empleo de una interpretación restrictiva a nuestro modo de ver totalmente acertada. Empero, tras la reforma operada vía LO 1/2015, de 30 de marzo, la mayoría de las faltas se convirtieron en *delitos* leves (otras, las menos, quedaron fuera del Código Penal) de tal manera que hoy no hay más remedio que considerar que, por ejemplo, «el euro procedente de una anterior falta de estafa, ahora delito leve según el art. 249, constituye objeto material susceptible de blanqueo»¹¹⁹. Sin embargo, para ABEL SOUTO «con todo, debe descartarse aquí el castigo del blanqueo en virtud del principio de insignificancia»¹²⁰.

Para la doctrina que más actualmente se ha ocupado del estudio del delito de blanqueo de capitales el principio de insignificancia ha de ostentar un papel primordial en la correcta interpretación y consecuente aplicación del tipo penal. Bien es cierto que dicho criterio ha de estar orientado teleológicamente a una correcta protección del bien jurídico, y que esta institución es una de las más discutidas hoy para el caso del blanqueo¹²¹. No obstante, como señala GONZÁLEZ URIEL, ante la deriva expansionista de los últimos tiempos en este delito «ha de atenderse a los principios de lesividad, insignificancia del valor de la cosa, carácter fragmentario, subsidiario, de *extrema ratio* o, en último término, considerar atípicas las acciones que no resultan apropiadas en el caso concreto para ocultar o encubrir el origen de los bienes y por su

¹¹⁹ ABEL SOUTO, «Prólogo» en GONZÁLEZ URIEL, *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*, 2021, pp. 14-15.

¹²⁰ ABEL SOUTO, en GONZÁLEZ URIEL, *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*, 2021, p. 15.

¹²¹ Cfr. nuevamente: BUSTOS RUBIO, en BUSTOS RUBIO/RODRÍGUEZ ALMIRÓN (dirs.), *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho Penal y la Criminología*, 2019, pp. 27 ss.

falta de aptitud para dificultar las funciones de persecución del delito base»¹²². En similar dirección apuntaría antes ABEL SOUTO, quien, preocupado por la expansión del tipo penal que pasaría a acoger también las modalidades del conocido como *autoblanqueo* (nuevo ejemplo de la amplitud del tipo penal), considera posible excluir la aplicación de las conductas típicas de *utilización* y de *posesión* por la vía de la insignificancia como criterio teleológico de interpretación, dejándose finalmente fuera del ámbito delictivo todos aquellos casos que no supongan un importante menoscabo del orden socioeconómico y, desde su concreta concepción del bien jurídico tutelado en este delito, en atención a la existencia de una auténtica «idoneidad de los comportamientos para incorporar capitales ilícitos al tráfico económico»¹²³. De igual manera para ABEL SOUTO el principio de insignificancia conducirá a dejar fuera de este tipo penal todos aquellos objetos materiales (esto es, todos aquellos *bienes*) de cuantía mínima o irrelevante, con un montante de bagatela a los efectos del delito, mediante una construcción interpretativo-restrictiva de carácter teleológico¹²⁴.

El principio de insignificancia deviene, pues, como una herramienta útil para realizar una acotación práctica del amplio tipo penal del blanqueo de capitales, mediante una concreta medición de la antijuridicidad material de la conducta típica; en palabras de GONZÁLEZ URIEL «por vía interpretativa, además de la primigenia intelección literal o gramatical de los términos típicos, mediante el análisis finalístico en virtud de la licitud del tráfico, se consigue reducir el ya de por sí amplio campo de actuación del blanqueo»¹²⁵.

Como se ha visto, desde la introducción de modalidades típicas como *poseer* o *utilizar*, y el claro apunte hecho por el legislador hacia la punición del autoblanqueo, la doctrina ha considerado que una interpretación que termine en las fronteras de la gramaticalidad sería errónea por superar todos los límites político-criminales. Es por ello que desde una óptica cualitativa se han propuesto mejoras técnicas en la tipicidad de este delito; así nuevamente GONZÁLEZ URIEL expone que «con una lectura literal del tipo, siempre que el corrupto maneje los fondos obtenidos ilícitamente estaría cometiendo un delito de blanqueo, puesto que estaría usando bienes que proceden de un delito o, cuando menos, si no los mueve y simplemente los detenta en su poder, *v. gr.*, ocultos en su casa, los estaría poseyendo. Con semejante comprensión se desborda la finalidad político-criminal del blanqueo y se exagera su alcance. Por lo tanto, en primer lugar, estimamos que, *de lege ferenda*, deberían excluirse las modalidades de «poseer» y «utilizar» del delito de lavado, ya que no afectan de modo directo a los bienes jurídicos tutelados y únicamente conducen a distorsiones interpretativas. En cuanto a la figura del autoblanqueo, propugnamos una comprensión sumamente restrictiva, en la que solo quepa apreciar el lavado cuando el dinero se aflore o se mueva tratando de infundirle una apariencia de legitimidad a su origen, y cuando se trate de actos que no constituyan un mero agotamiento del delito fuente. Por ende, excluimos los casos de consumo para uso diario, actos neutros o conductas socialmente adecuadas»¹²⁶. Pero junto a esta petición *de lege ferenda*, también se abre la puerta a «un entendimiento del tipo sobre la base del principio de insignificancia y de una interpretación teleológica que, tomando en

¹²² GONZÁLEZ URIEL, *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*, 2021, p. 94.

¹²³ ABEL SOUTO, *La expansión penal del blanqueo de dinero*, 2016, pp. 53-54.

¹²⁴ ABEL SOUTO, «Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (14), 2012, p. 38.

¹²⁵ GONZÁLEZ URIEL, *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*, 2021, p. 94.

¹²⁶ GONZÁLEZ URIEL, «Blanqueo de dinero, corrupción política y recuperación de activos», en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, (17), 2020, p. 76.

consideración el bien jurídico tutelado, exija un menoscabo relevante del orden socioeconómico y la idoneidad de los comportamientos para incorporar capitales ilícitos al tráfico económico [...]. De esta manera, el principio de insignificancia excluiría los comportamientos de bagatela, en los que las cuantías sean nimias»¹²⁷.

Caigamos en la cuenta de que el blanqueo de capitales no sólo ha ampliado su contenido típico desde un punto de vista cualitativo, en el que el legislador lejos de poner cotos claros a la aplicación del delito se ha empeñado en ampliarlo en las sucesivas reformas, sino que también ha eludido acudir al criterio de delimitación cuantitativo para incorporar al terreno penal solo unas determinadas conductas reservando otras al tratamiento en sede administrativa. No es extraño encontrar resoluciones jurisprudenciales que realizan esta llamada de atención al legislador. Así, *v. gr.*, en la STS 809/2014¹²⁸ puede leerse: «al menos, se propone su restricción teleológica, para considerar atípicos todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, en virtud del principio de insignificancia, por su nula incidencia en el orden socioeconómico». Más allá de que se pueda discutir, como se hizo líneas atrás, la concreta naturaleza jurídica que debiera ostentar ese límite cuantitativo (bien, como dice la sentencia, como causa de atipicidad, bien como condición objetiva de punibilidad) lo cierto es que se echa en falta el manejo de una determinada cantidad que sirva de límite distintivo entre lo penalmente relevante y lo que debe quedar encomendado a un tratamiento extrapenal de carácter administrativo.

Del mismo modo que acontece en otras figuras delictivas (así, *v. gr.*, de inmediato acudiremos a la exégesis particular del fraude de prestaciones sociales) también en el ámbito del blanqueo de capitales el empleo del criterio de la insignificancia ha empujado a nuestros tribunales a establecer una cuantía por debajo de la cual han de quedar excluidos del tratamiento penal ciertos supuestos que encajan perfectamente en la tipicidad del delito. Así, la STS 642/2018¹²⁹ admite una necesaria restricción teleológica del tipo penal «que conduce a considerar atípicos los comportamientos que se proyecten sobre objetos materiales de cuantía irrelevante, en virtud de un principio de insignificancia evaluado desde el desvalor del resultado, en aquellos supuestos en los que se aprecia una nula incidencia de la acción en el orden socioeconómico» en la línea de lo anteriormente dispuesto por la ya citada STS 809/2014¹³⁰, resolución a cuya interpretación también se adhiere expresamente cuando añade el Alto Tribunal que «en todo caso, la evaluación de la insignificancia debe de hacerse desde parámetros objetivos que definan el contorno del bien jurídico objeto de protección, habiendo utilizado esta Sala [...] como claramente significativa la referencia cuantitativa de 15.000 euros, que el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) fija como importe que obliga a una especial vigilancia respecto de operaciones de blanqueo, y que se recoge también la Directiva Europea 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, cuando dispone en su artículo 11 que los Estados miembros velarán por que las entidades obligadas apliquen medidas de diligencia debida con respecto al cliente, cuando estos realicen transacciones ocasionales por un valor igual o superior 15.000 euros».

Esta cuantía, 15.000 euros, nace de un constructo jurisprudencial, a nuestro juicio muy correctamente motivado, que, aun siendo perfectamente válido al suponer una restricción

¹²⁷ GONZÁLEZ URIEL, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, (17), 2020, p. 76.

¹²⁸ STS 809/2014, Penal, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:5075).

¹²⁹ STS 642/2018, Penal, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4199).

¹³⁰ STS 809/2014, Penal, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:5075).

interpretativa de tan amplio tipo penal (y por tanto resultando favorable para el reo) no supe la negligente labor del legislador que, a fecha actual, sigue sin establecer un criterio cuantitativo de delimitación. Curiosamente la sentencia que estamos abordando reconoce que se trata de una cuestión de antijuridicidad, y no de tipicidad, cuando afirma que «conforme a lo expuesto, la actuación enjuiciada, que supuso la ocultación de al menos 35.000 euros procedentes de la actividad delictiva atribuible al recurrente, satisface las exigencias de antijuricidad que justifican la aplicación el tipo penal de blanqueo de capitales y su punición». Y ello porque el criterio cuantitativo se está utilizando en términos de *mayor gravedad de injusto*, que justificaría el recurso al Derecho penal.

El hecho de que el tipo penal no haya incorporado cuantía mínima de los «bienes», objeto material del delito, que pueden dar lugar al blanqueo de capitales ha hecho que la doctrina se esfuerce también por delimitar el alcance de dichos «bienes». Lo cierto es que, atendida la gramaticalidad del precepto, nada obsta a manejar el mismo concepto que se utiliza en el terreno administrativo, quedando incorporados al objeto típico tanto los bienes derivados del delito previo de referencia como todos aquellos que sean consecuencia de la transformación de aquellos. Esta falta de delimitación del objeto material junto a la amplitud de las conductas típicas a la que ya nos hemos referido (fallo de contención cualitativa) sumado a la inexistencia de cuantía mínima para su persecución penal (fallo de contención cuantitativa), ha hecho que autores como MORILLAS CUEVA consideren insuficiente el criterio de la insignificancia para reconducir este desbordado tipo penal, solicitando *de lege ferenda* una pronta reforma legal que, al menos, introduzca dicho límite mínimo¹³¹. En similar dirección apunta MATA LLÍN EVANGELIO, para quien, desde la reforma de 2010, los «bienes» engloban indefectiblemente cualesquiera susceptibles de valoración económica, incluidas sus sucesivas transformaciones, sin que a juicio de la autora *de lege lata* el criterio de la insignificancia sea suficiente para acotar el objeto material de este delito¹³².

A nuestro modo de ver, en la línea que ya defendimos *supra*, no es incompatible (I) exhortar al legislador, desde una óptica *de lege ferenda*, a enmendar la omisión actual en la previsión de un límite cuantitativo, que pudiera perfectamente fijarse en 15.000 euros¹³³ siguiendo el criterio jurisprudencial, junto a una redefinición de las conductas y situación típicas desde el prisma cualitativo, y (II) interpretar *de lege lata* que todo aquello que constituya una afectación insignificante al bien jurídico tutelado en este delito debe quedar fuera del terreno penal por no alcanzar el mínimo desvalor necesario al nivel de la antijuridicidad material, según criterios que dimanen del principio de insignificancia ya explicado¹³⁴.

¹³¹ MORILLAS CUEVA, «Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales», *Revista Foro FICP*, (2), 2013, pp. 90 ss.

¹³² MATA LLÍN EVANGELIO, «El "autoblanqueo" de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, (20), 2013, p. 19.

¹³³ También de acuerdo con esta cuantía: COBO DEL ROSAL/ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*, 2005, p. 80.

¹³⁴ En dirección similar: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «Concepto, tipología y bien jurídico en el delito de blanqueo», en ARMIENTA HERNÁNDEZ *et. al.* (coords.), *El lavado de dinero en el siglo XXI*, 2015, p. 116.

4.3. Segundo prototipo: fraude de prestaciones al sistema de la Seguridad Social e insignificancia

Un segundo ejemplo sobre el que puede operar el criterio restrictivo de interpretación que supone la insignificancia lo constituye el delito de fraude de prestaciones sociales al sistema de la Seguridad Social del art. 307 ter CP.

Este delito se introdujo en nuestro sistema por medio de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, que además de reformar tipos penales más tradicionales en la materia (como el fraude de cotizaciones o el fraude de subvenciones, y, sobre todo, el instituto de la regularización postdelictiva y el reintegro de lo defraudado, cuestión ampliamente debatida en la doctrina¹³⁵) vino también a tipificar este nuevo delito, el fraude de prestaciones aludido (art. 307 ter), en el que se sancionan conductas de obtención, prolongación o facilitación del disfrute de una prestación de forma indebida (por ejemplo, prestación por desempleo, invalidez, etc.), por medio de error provocado a la Seguridad Social, causándose con ello un perjuicio a la Administración Pública¹³⁶. Igualmente se previó un subtipo atenuado que rebaja la pena «cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad». Por su parte, el art. 307 ter ap. 2 configuró un subtipo agravado en los términos siguientes: «cuando el valor de las prestaciones fuera superior a cincuenta mil euros o hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias a que se refieren las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 307 bis, se impondrá una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo».

Desde el punto de vista de la delimitación cuantitativa de los delitos económicos ya encontramos un problema principal en este injusto, pues contrariamente a lo que acontece en los delitos del Título XIV del Libro II del Código Penal (*De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*), en los que es habitual recurrir al sistema de delimitación cuantitativa al que ya aludíamos *supra* para separar el tratamiento penal del fraude de la respuesta extrapenal (en sede tributaria, de la Seguridad Social o, en definitiva, administrativa), este novedoso precepto quebró la sistemática tradicional en este tipo de delitos abandonando ese sistema de cuantías. En tal sentido, como se ha visto, el tipo básico del art. 307 ter sanciona una serie de conductas consistentes en defraudar al sistema de prestaciones de la Seguridad Social, sin fijar un límite cuantitativo que sirva a modo de barrera entre el terreno jurídico-penal y el extrapenal (encargado esencialmente a la Tesorería General de la Seguridad Social), a pesar de que (I) contemple la atenuación para supuestos que *no revistan especial gravedad*, y (II) prevea la agravación cuando se superen 50.000 euros. En efecto, un mero vistazo comparativo de este Título XIV nos permite comprobar que la cuantía se ha empleado como criterio de distinción entre los diferentes órdenes jurídicos en el delito fiscal del art. 305 CP (120.000 euros), en el fraude contra la Hacienda Pública de la Unión Europea del art. 305.3 CP (100.000 euros, o 10.000 euros según el caso), en la defraudación a los presupuestos generales de la Unión Europea del art. 306 CP (50.000 euros, o 4.000 euros según el caso), en el fraude de cotizaciones al sistema de la Seguridad Social del art. 307 CP (50.000 euros en cuatro años naturales), y en el fraude de subvenciones del art. 308 CP (100.000 euros, o 10.000 euros según los casos).

¹³⁵ Vid. ampliamente: BUSTOS RUBIO, *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, 2016, pp. 75 ss.

¹³⁶ Vid. ampliamente: VIEJO MAÑANES, «El delito de fraude de prestaciones sociales (art. 307 ter CP): una manifestación del Derecho penal aporófono», *Revista Sistema Penal Crítico*, (2), 2021, pp. 215 ss.

A ciertos sectores de la doctrina nos sorprendió poderosamente que en el delito de fraude a la Seguridad Social del art. 307 CP solo se sancionase penalmente al empresario (delito especial) que defraudaba por encima de 50.000 euros en cuatro años naturales, mientras que al ciudadano, *v. gr.*: trabajador, pensionista, etc. (delito común), se le podía castigar por la obtención indebida *de cualquier prestación* de la Seguridad Social con independencia de la cuantía (ex art. 307 ter CP, en sus diferentes modalidades). Siendo esto así, en este punto la norma supuso una alternativa político-criminal profundamente discriminatoria¹⁵⁷, amén de conllevar también una nueva agravación del instrumento punitivo, en el que a partir de ese instante pasaban a tener cabida en el orden penal comportamientos defraudatorios que hasta ese año 2012 solo eran objeto de tratamiento extrapenal (más allá de los posibles delitos que pudieran aplicarse, como la estafa o el fraude de subvenciones, para ciertos tipos de casos)¹⁵⁸. Y el problema no es tanto que se decidieran regular estas conductas también en el terreno penal, sino sobre todo la mala decisión político-criminal de trasladarlas automáticamente desde el ámbito administrativo sin un criterio claro de distinción, pues debemos caer en la cuenta de que al no existir una cuantía mínima en el ámbito del art. 307 ter el legislador de 2012 terminó derogando de facto la normativa administrativa existente en materia de fraude de prestaciones a la Seguridad Social. Como ha señalado TERRADILLOS BASOCO ante tal situación anterior a la regulación actual el legislador tenía dos opciones: o bien confiar las infracciones de bagatela al orden administrativo sancionador seleccionando correctamente los comportamientos que a partir de cierto umbral debían ser objeto de persecución penal, o bien criminalizar todo tipo de comportamientos de esta naturaleza, incluidos los de lesividad mínima. Finalmente se decidió por esta última alternativa¹⁵⁹.

Pero tampoco desde la óptica de la delimitación cualitativa el legislador ha actuado con acierto en este tipo penal. En efecto, se ha querido rebajar la pena a aquellos hechos que teniendo en cuenta (I) el importe defraudado, (II) los medios empleados, y (III) las circunstancias personales del autor, *no revistan especial gravedad*. Recordemos que el criterio de la gravedad puede ser empleado (aunque no debiera serlo por sí solo) para delimitar cualitativamente el delito económico de la infracción extrapenal. Aquí no se ha empleado ese criterio para configurar el tipo básico, como se dijo, sino en sentido negativo, esto es, excluyendo una *especial gravedad* para poder aplicar el subtipo atenuado cuando concurren ciertas circunstancias. No se trata ya, pues, de que el hecho revista un cierto nivel de gravedad, valorable en atención a un alto grado de desvalor al nivel de la antijuridicidad en el sistema del delito, como dijimos, sino de comprobar que tales hechos no alcanzan una *especial gravedad*, lo que a nuestro juicio implica optar por un mecanismo poco deseable desde la óptica de la seguridad jurídica. Pero aún es más, realmente en el tipo penal encontramos tres niveles de punición: la lectura del precepto nos indica que, por un lado, (I) toda aquella defraudación que supere los 50.000 euros caerá en el terreno del tipo cualificado y agravará la pena; por otro lado, (II) todo aquello que sin superar 50.000 euros pueda valorarse como de *especial gravedad* irá a parar al tipo básico; y por último, (III) todo aquello que, en atención a las condiciones expresadas, *no revista especial gravedad* irá a parar al tipo privilegiado. Pero en todo caso estaremos hablando de la comisión de un hecho *delictivo*. ¿Qué

¹⁵⁷ BUSTOS RUBIO, «La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal», *Revista Penal*, (35), 2015, pp. 36-37.

¹⁵⁸ Cfr. BUSTOS RUBIO, «Luces y sombras del nuevo delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (art. 307 ter del Código Penal). Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 184/2013, de 8 de marzo», *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, (380), 2014, pp. 177 ss.

¹⁵⁹ TERRADILLOS BASOCO, «Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter)», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, 2013, pp. 856-857.

espacio queda entonces para aquellas conductas nimias, de bagatela o insignificantes? ¿Debemos encuadrarlas siempre y en todo caso en el tipo privilegiado apuntado, al no suponer fraudes de *especial gravedad*? Cáigase en la cuenta de que los elementos que el Código Penal señala a la hora de sancionar de manera atenuada estos fraudes no solo se refieren al *importe defraudado*, que perfectamente podrá suponer una cuantía mínima o irrisoria, sino también otras condiciones como los *medios* empleados (por ejemplo, la no-constitución fraudulenta de sociedades) o las *circunstancias personales del autor* (por ejemplo, la edad, grado de formación, familia, situación socioeconómica, etc.), elementos que no integran el criterio de la insignificancia, como ya argumentamos páginas atrás. Por lo tanto: ni siquiera ante un importe o cuantía de bagatela tendrá por qué aplicarse siempre y en todo caso el tipo privilegiado en este delito. Sea como fuere, resulta claro que la delimitación cualitativa tampoco se ha producido de forma correcta en este precepto, pues pueden acabar integrando el ámbito típico conductas insignificantes, que en su caso deberían ser objeto de tratamiento en vía administrativa. Con toda seguridad a las tres categorías de encuadre vistas (tipo cualificado, tipo básico, tipo privilegiado) debe añadirse al menos una cuarta que englobe aquellos supuestos que irán a parar al terreno extrapenal, que estén por debajo de lo que exige el tipo privilegiado acabado de analizar, si no se quiere terminar por absorber en el ámbito penal todas aquellas conductas defraudatorias contra el sistema de prestaciones públicas de la Seguridad Social (incluidas las mínimas y las insignificantes).

Nos encontramos, en definitiva, ante un nuevo ejemplo de delito económico en el que la tipicidad resulta tan desmesurada que, aún graduándose la pena en función de diferentes comportamientos, pueden terminar por acogerse en su seno conductas insignificantes, nimias o de bagatela.

De igual modo que acontecía en el delito de blanqueo de capitales ya estudiado, tampoco en el ámbito del art. 307 ter CP la jurisprudencia ha sido ajena a esta delicada cuestión. De este modo, la STS 355/2020¹⁴⁰ se ha ocupado de establecer el límite cuantitativo que debe separar el tipo básico del tipo privilegiado. La sentencia, pues, no aporta un criterio mínimo para delimitar la intervención penal del tratamiento extrapenal, como sí acontecía en el caso del blanqueo de capitales (esto es: la separación entre el tipo privilegiado y las conductas insignificantes para el Derecho penal cuyo tratamiento y en su caso sanción deberían verse relegados al Derecho administrativo), por lo que ni siquiera desde la óptica interpretativa viene a solucionar el problema de la insignificancia. Pero queremos traerla aquí a colación como muestra de la problemática existente en torno a este delito, que también se plasma a nivel jurisprudencial. Lo que hace esta resolución es, en definitiva, amarrar desde una óptica cuantitativa qué debe entenderse por *especial gravedad*, lo que junto a los restantes criterios que señala el tipo privilegiado permitirá separar la aplicación del tipo básico del subtipo atenuado, como decimos¹⁴¹.

En esta sentencia se reconoce que «una peculiaridad del delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 ter CP es que el tipo básico contemplado en el párrafo primero del apartado 1, no exige cuantía mínima para entenderse consumado, en contraste con el resto de delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social que sí requieren que el fraude supere importes significativos para ser penalmente relevante» (FD 2º). En la resolución comentada los

¹⁴⁰ STS 355/2020, Penal, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2098).

¹⁴¹ Vid. ampliamente: VIEJO MAÑANES, «A propósito de la 'especial gravedad' en el delito de fraude de prestaciones sociales (art. 307 ter.1 CP)», *La Ley Penal*, (147), 2020, pp. 1 ss.

recurrentes solicitaban que se les aplicase el subtipo atenuado del delito, en atención a la reducida cuantía del importe en cuestión (un total de 4.872,42 euros). La Sala consideró que para proceder a la aplicación del subtipo no solo se debía recurrir a un criterio de índole económico, sino que también debían valorarse los medios empleados y las circunstancias personales del autor, a los que alude expresamente el precepto. Empero, el Alto Tribunal entendió necesario establecer un criterio unitario de carácter cuantitativo para dar mayor seguridad jurídica ante las muy diversas interpretaciones que venían realizando las Audiencias Provinciales¹⁴². Así puede leerse en su FD 2º que «dado el contenido patrimonial del tipo, si bien esta modalidad atenuada debe conformarse con la valoración de los tres parámetros que el precepto contempla, goza de especial relevancia "el importe de la defraudación", que, como apunta el Fiscal, resulta básico en la fórmula, lo que aconseja perfilar en la medida de lo posible un límite cuantitativo que otorgue seguridad jurídica en su aplicación». Y, afirmando el carácter patrimonial de este delito (cuestión también ampliamente discutida en el seno de la doctrina, que enfrenta dicha posición que aproxima el bien jurídico al ámbito *patrimonial* con otro entendimiento de carácter funcionalista, que centra la cuestión del interés jurídico tutelado en el *correcto funcionamiento de la vertiente del gasto* de la TGSS¹⁴³) finalmente se establece dicha cuantía en 10.000 euros.

Para llegar a esa cantidad, y pese a que inicialmente se reconoce que la estructura típica del art. 307 ter CP «es la propia de un delito de estafa, una estrategia engañosa dirigida a inducir a error a la Administración de la Seguridad Social, dando de esta manera lugar a un acto de desplazamiento patrimonial», la resolución rechaza un paralelismo automático con la cuantía de 400 euros fijados para el delito de estafa, en atención a las particularidades de la conducta típica defraudatoria contra la Seguridad Social y su propia ubicación sistemática y capitular. Y también desecha, en segundo término, establecer la cuantía en 4.000 euros, tal como solicitaba el Ministerio Fiscal aludiendo proximidad con la otrora malversación de caudales públicos del art. 433 CP (recientemente reformado) pues se razona por parte del Tribunal Supremo que no hay paralelismo con tal delito y que, además, en el Título de delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social no se maneja en ningún caso dicho límite cuantitativo. La cuantía por la que finalmente se decanta la sentencia son los 10.000 euros. Y apoya tal decisión, esencialmente, en las semejanzas existentes con el párrafo segundo del art. 305.3 CP y el art. 308.4 CP, ambos dentro del mismo Título en el que se adscribe el delito comentado: «ciertamente el artículo 307 ter CP se diferencia de sus compañeros de ubicación, en que no contiene condición alguna de punibilidad derivada del importe de la defraudación, que es típica a partir del primer euro. Sin embargo, comparte otros perfiles, como la existencia en algunos casos de un tipo cualificado, que en consonancia con la inexistencia de un límite mínimo que condicione la tipicidad, para el artículo 307 ter está fijado en una suma inferior de la que corresponde a los que sí la tienen (artículo 305 bis o 307 bis). Y con otros, el tener previsto una modalidad atenuada (artículo 305.3 correspondiente a las defraudaciones que afecten a la Hacienda de la Unión Europea y 308.4 dedicado al fraude de subvenciones) configurada como delito menos grave».

Con este novedoso constructo jurisprudencial las tres modalidades típicas del delito de fraude de prestaciones al sistema de la Seguridad Social quedarían conformadas de la manera siguiente: por un lado, (I) un subtipo agravado para aquellos fraudes que superen 50.000 euros; por otro lado, (II) un tipo básico para aquellos fraudes cuya cuantía oscile entre un mínimo de 10.000

¹⁴² Vid. NAVARRO CARDOSO/BUSTOS RUBIO, «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», *Revista General de Derecho Penal*, (34), 2020, pp. 6 ss.

¹⁴³ BUSTOS RUBIO, *Revista Penal*, (35), 2015, pp. 30 ss.

euros y un máximo de 50.000 euros; y, por último, (III) un subtipo atenuado para las defraudaciones que queden por debajo de 10.000 euros. Pero, como adelantamos, el problema de la insignificancia se sigue suscitando en relación con este tipo privilegiado, en el que las conductas defraudatorias de bagatela, a pesar de quedar por debajo de los 10.000 euros y en atención a los medios empleados y circunstancias personales del autor (elementos que nada tienen que ver con la insignificancia, como se dijo), seguirán siendo sancionadas penalmente.

Es en este punto donde, pensamos, sigue siendo posible acudir al principio interpretativo de la insignificancia para corregir la cuestión, dejando fuera del tipo penal, en atención al concreto contenido del desvalor material, aquellos fraudes de lesividad mínima, teniendo además en cuenta (como suele acontecer en el caso de los delitos económicos, según explicamos *supra*) que estos comportamientos podrán seguir siendo debidamente afrontados en vía administrativa. El subtipo atenuado permite cobijar intramuros de su tipicidad fraudes que oscilan desde 1 céntimo hasta 10.000 euros (cuantía a partir de la cual, según la interpretación jurisprudencial vista, el fraude iría a parar al tipo básico). Pensamos que, en atención al bien jurídico *patrimonio de la Tesorería General de la Seguridad Social*, o en su caso *correcto funcionamiento de la vertiente de gasto de la Seguridad Social* (según una u otra interpretación seguida por la doctrina) es posible encontrar conductas de bagatela que supongan una afectación mínima para tal interés, y que deberían reconducirse siempre al terreno extrapenal.

A nuestro modo de ver, y en la misma línea argumentativa seguida anteriormente, para el caso del fraude de prestaciones sociales del art. 307 ter CP debemos (I) exhortar al legislador, desde una óptica *de lege ferenda*, a enmendar el estado de las cosas en este delito, bien desde un punto de vista cualitativo, redefiniendo los elementos típicos para separar la cuestión que interesa al Derecho penal de aquellos problemas que puedan ser abordados en sede administrativa, bien desde un prisma cuantitativo estableciendo una cuantía mínima que sirva de frontera entre el delito (en este caso, el subtipo privilegiado) y la sanción extrapenal; y (II) interpretar *de lege lata* que todo aquello que constituya una afectación insignificante al bien jurídico tutelado en este delito debe quedar fuera del terreno penal por no alcanzar el mínimo desvalor necesario al nivel de la antijuridicidad material, según criterios que dimanen del principio de insignificancia, orientado a una restricción teleológica de los tipos penales definidos en un sentido tan amplio como aquí acontece.

4.4. Tercer prototipo: «top manta» e insignificancia

Un último ejemplo que se quiere recoger en esta investigación tiene que ver con las modalidades de delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial que identificamos como el fenómeno del «top manta». Para los primeros (arts. 270-272 CP) el legislador ha tipificado como delito diversas conductas (tipo mixto alternativo) consistentes en explotar económicamente una obra literaria, artística o científica (o su transformación, ejecución o interpretación) sin la autorización de los titulares de los derechos de *copyright* o de sus cesionarios, cuando ello se cometa con dolo, con ánimo de obtención de un beneficio económico y en perjuicio de tercero, acompañándose a esta modalidad de otras que sancionan determinadas conductas que atentan contra la propiedad intelectual para el caso de las webs de enlace. Para los segundos (arts. 273-277 CP) se han previsto muy diversas modalidades relacionadas con derechos de propiedad industrial, aunque a nuestros efectos interesa centrarnos en aquella que sanciona (art. 274 CP), junto a otras conductas, el ofrecimiento, distribución o comercialización, al por mayor o al por menor, de productos que incorporen un signo distintivo idéntico o

confundible con este, cuando se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado, y ello se haga con dolo, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de los derechos de propiedad industrial que se encuentre registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento de dicho registro.

Dentro de estos grupos de delitos, la problemática sobre la punición (y concreto nivel de sanción) de las conductas del «top manta» y su relación con una determinada línea político-criminal data de antiguo. Ya en la reforma operada en el año 2003 sobre este conjunto de delitos se eliminó la necesidad de denuncia previa para su persecución y se incorporó la pena de prisión junto a la de multa (que además se vio aumentada). Con esta reforma los vendedores ambulantes podían llegar a enfrentarse a penas de hasta dos años de prisión y multa de hasta veinticuatro meses (reforma que pretendió poder proceder a la expulsión del extranjero cuando este fuese condenado a una pena de prisión). En el año 2010 la reforma del Código Penal vino a corregir en parte la desproporcionalidad existente para el caso del «top manta» (que se percibía ya a nivel jurisprudencial), incorporándose tipos atenuados que permitían una notable rebaja de pena y además eliminaban la de prisión (y, además, si no se superaban los 400 euros el hecho se calificaba como falta y no como delito). Con todo, a pesar de realizarse ajustes desde la óptica de la proporcionalidad, lo cierto es que, como indica la doctrina, la reforma del año 2010 también vino a consagrar la tesis político-criminal de que el «top manta» debía ser en cualquier caso castigado penalmente¹⁴⁴. Por su parte, la reforma del año 2015 confirmó esta tesis político-criminal, haciendo que la jurisprudencia pusiera de manifiesto la dificultad de absolución de los manteros. Así por ejemplo en la SAP de Madrid 134/2019¹⁴⁵ puede leerse: «lo cierto es que en los últimos tiempos el parlamento, al ser consciente de los problemas socioeconómicos de toda índole que subyacen a la producción y venta de los CD's y los DVD's, no ha destipificado las conductas de los vendedores ambulantes en las reformas del artículo 270 del Código Penal con el fin de evitar tales conductas y disuadir punitivamente a los posibles infractores [...]. Por consiguiente, aunque pueda perfectamente comprenderse que se discrepe en el plano político-criminal de la punición de esa clase de conductas cuando son perpetradas por sujetos de escasos recursos, lo que no cabe es que se solvete su discrepancia axiológica aplicando sus propios criterios frente a los que ha impuesto el legislador».

En la actual redacción típica, para ambos grupos de conductas (propiedad intelectual y propiedad industrial) el legislador ha procurado un subtipo privilegiado que atenúa la pena en casos de distribución ambulante o meramente ocasional, añadiendo un subtipo hiperprivilegiado para el supuesto en que, además de darse los requisitos anteriores, (I) atendidas las características del culpable, (II) en atención a la *reducida cuantía del beneficio económico* obtenido (o que se hubiera podido obtener), y (III) siempre que no concurren circunstancias agravantes, el juez entienda posible (y es solo una potestad: «el Juez podrá...») rebajar aún más la pena y aplicar una de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 270.4 CP para el caso de la propiedad intelectual y art. 274.3 CP para el caso de la propiedad industrial). Se trata de una norma prevista para hacer frente al fenómeno del «top manta» que agrupa aquellos casos en los que personas normalmente con escasos recursos económicos o en situación administrativa irregular (aunque no solo estos) se ven abocados a la venta callejera de estos artículos pirateados, plagiados o falsificados para

¹⁴⁴ GÓMEZ RIVERO, «La tutela penal de la propiedad intelectual e industrial: las últimas reformas», *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (36), 2013, p. 33.

¹⁴⁵ SAP Madrid, Sección 30ª, de 7 de marzo (ECLI:ES:APM:2019:2526).

subsistir. Parece claro que no es lo mismo perseguir a las organizaciones criminales que se dedican a este tipo de conductas que atentan contra la propiedad intelectual o industrial, que la conducta de aquellos sujetos que se dedican a la venta callejera de tales productos con el mero objetivo de sobrevivir¹⁴⁶. Es este el caso que nos preocupa a los efectos de este trabajo. La política criminal diseñada para este tipo de supuestos transcurre entre dos aguas: por un lado, se mantiene la necesidad de que este tipo de sucesos deben seguir interesando al Derecho penal (cuestión ampliamente discutida en la doctrina, que ha llegado a ver en algunos casos una manifestación de Derecho penal *aporófono*, al criminalizarse directamente situaciones de pobreza¹⁴⁷), pero por otro lado se concibe que la sanción penal debe ser menor que la que correspondería aplicar por la vía de otros tipos penales.

En lo que a esta investigación interesa, en paralelo a lo que acontecía para el delito de fraude de prestaciones sociales del art. 307 ter CP, también aquí el legislador contempla un tipo muy atenuado para situaciones en las que se constate la existencia de una *reducida cuantía*, en este caso del beneficio económico obtenido o que se hubiera llegado a obtener, junto con otros elementos que nada tienen que ver con dicho criterio cuantitativo, lo que permite el acceso a una menor sanción. Con todo, seguimos hablando de un delito, y de una respuesta que, como tal, sigue siendo una pena.

Observamos como tampoco en este grupo de casos el legislador ha optado por una delimitación cualitativa correcta que permita dejar fuera supuestos de bagatela, nimiedad o insignificancia, que pueden continuar siendo objeto de tratamiento penal, si bien, en su caso, por la vía del subtipo hiperprivilegiado. Asimismo, tampoco se ha decidido el legislador por establecer una delimitación cuantitativa de carácter mínimo que permita llevar al ámbito del Código Penal estos comportamientos dejando lo que quede por debajo de dicha cuantía en manos del ordenamiento administrativo-sancionador. Efectivamente se habla de la *reducida cuantía* del beneficio como cláusula que abre la puerta a una sanción muy atenuada, adicionándose a tal requisito la concurrencia de otro elemento de carácter positivo que nada tiene que ver con el desvalor del hecho (las características del sujeto) junto a otro de carácter negativo (la no concurrencia de agravantes). Con todo, como decimos, ni siquiera al cumplirse estos elementos el hecho quedaría fuera del tratamiento penal, sino que aspiraría, a lo sumo (y siempre a criterio potestativo del juez) a una rebaja de la sanción. A mayor abundamiento, la situación resulta cuanto menos sorprendente, en términos de seguridad jurídica, cuando se comprueba que ni siquiera existe un criterio claro de delimitación práctica entre lo que deba entenderse por *reducida cuantía* y de lugar al tipo hiperprivilegiado del segundo párrafo, y aquello que no colme dicha exigencia y sitúe la actuación en el marco del subtipo atenuado del primer párrafo (algo parecido a lo que ocurría en el caso del art. 307 ter CP ya analizado, situación ante la cual, recordemos, la jurisprudencia hubo de intervenir para fijar un límite cuantitativo). Como pone de manifiesto BENITO SÁNCHEZ «otro problema adicional es entender qué significa "reducida cuantía", expresión que ha sido calificada por la doctrina como imprecisa. En la SAP Valencia 43/2019¹⁴⁸, en un caso en el que el beneficio potencial se estimó en 126€ no se aplicó el inciso segundo del tipo atenuado, confirmando la pena de prisión de seis meses. Sí se aplicó el inciso segundo del tipo atenuado en

¹⁴⁶ CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, «¿Cómo absolver a los "top manta"?», *InDret*, (2), 2007, p. 14.

¹⁴⁷ Al respecto *vid.*: BENITO SÁNCHEZ, «Aporofobia y delito: la criminalización del top manta», *Revista Penal*, (48), 2021, pp. 5 ss.; y PÉREZ CEPEDA, «Aporofobia y Derecho penal en el Estado social», en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, p. 43.

¹⁴⁸ SAP Valencia, Sección 4ª, de 24 de enero (ECLI:ES:APM:2019:2526).

la SAP Navarra 38/2020¹⁴⁹, en la que el beneficio potencial se estimó en 1.560€, y en la SAP Granada 205/2017¹⁵⁰, de 25 de abril de 2017, en la que el beneficio potencial se estimó en 1.394,80€. Como se puede observar, la descripción típica genera una absoluta inseguridad jurídica en el acusado». Para la autora, «por coherencia con el resto de delitos patrimoniales, deberá entenderse que hay reducida cuantía si no se superan los 400€»¹⁵¹ (aunque a nuestro juicio resulta discutible que estemos ante delitos puramente patrimoniales). Lo cierto es que en el tipo penal dicha delimitación es inexistente al no preverse una cantidad concreta. Pero, es más, en lo que a nuestro estudio interesa: si el valor del beneficio no superase ni siquiera los, *v. gr.*, diez euros, cumpliéndose el resto de elementos típicos (cosa fácil de acreditarse para el fenómeno del «top manta») el sujeto seguirá respondiendo penalmente por un delito, si bien haciéndose posible, como decimos, la aplicación de un subtipo muy atenuado. Y, como apuntan CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, «este proceder debe entenderse como consecuencia de la posición en que el legislador penal español ha dejado al intérprete ante el fenómeno: con una norma que formalmente parece abarcarlo todo, pero sin argumentos sobre la lesividad (material) jurídico-penal de las conductas de venta callejera ilegal de reproducciones»¹⁵². Esto hace que en la práctica, como continúan apuntando los autores, existan «casos de auténtica insignificancia, respecto de los cuales resulta sorprendente que hayan llegado a los Tribunales. Su escasa importancia hace que sea discutible que los recursos materiales y humanos de la Administración de justicia deban dedicarse a su enjuiciamiento»¹⁵³.

Desde una perspectiva *de lege ferenda* pensamos que es posible enarbolar una fundamentación suficiente con el objetivo de alentar al legislador a la reformulación cualitativa y cuantitativa de estos preceptos. Estamos de acuerdo con que debe abrirse la posibilidad de destipificar de nuestro Código Penal las conductas que identificamos como «top manta» cuando se trate de sujetos que hacen de dicho comportamiento su único medio de subsistencia y en atención a las circunstancias socioeconómicas de los mismos. Estamos igualmente de acuerdo con que, de conservarse los actuales subtipos atenuados, el hiperprivilegiado del segundo párrafo debería resultar de aplicación obligatoria y no meramente potestativa. E incluso coincidimos con aquellos sectores que en la doctrina abogan por el establecimiento de un límite cuantitativo objetivo para contener los casos que supongan una *reducida cuantía*¹⁵⁴. Pero, estando de acuerdo con todo ello, además pensamos que *de lege lata* es posible emplear mecanismos interpretativos apoyados en el principio de insignificancia que terminen por dejar fuera del terreno penal los casos de bagatela desde una perspectiva teleológicamente orientada a la protección del bien jurídico (bien se identifique este en un sentido individual como el patrimonio o los derechos de explotación exclusiva, bien en un sentido supraindividual cercano a la tutela de la competencia leal en el mercado, bien incluso entendido en un sentido mixto). Y es que precisamente el fenómeno particular del «top manta» aglutina un conjunto de comportamientos de carácter nimio o irrisorio para los bienes jurídicos tutelados por la norma, por lo que puede incluso partirse de la base de que este tipo de conductas pueden ser comúnmente tildadas de *bagatela* por sí mismas. Ello obligaría, principalmente, a solicitar la descriminalización de estas conductas, como dijimos. Más existiendo el tipo penal, la oportunidad cae del lado del criterio

¹⁴⁹ SAP Navarra, Sección 1ª, de 2 de marzo (ECLI:ES:APNA:2020:30).

¹⁵⁰ SAP Granada, Sección 2ª, de 25 de abril (ECLI:ES:APNA:2020:30).

¹⁵¹ BENITO SÁNCHEZ, *Revista Penal*, (48), 2021, p. 17.

¹⁵² CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2007, p. 14.

¹⁵³ CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2007, p. 4.

¹⁵⁴ BENITO SÁNCHEZ, *Revista Penal*, (48), 2021, pp. 26-27.

de la insignificancia: si estas conductas no suponen un efectivo desvalor de injusto en relación con el bien jurídico, sino que este es insignificante, en analogía con lo que acontece en aquellos casos en los que de ningún modo una conducta puede afectar a un bien jurídico debe interpretarse también aquí la no-ilicitud penal del hecho.

Estamos de acuerdo con que, *de lege lata*, la sanción del fenómeno del «top manta» resulta desproporcionada. Como han señalado CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS «el principio de proporcionalidad, en general, es de difícil concreción. Salvo en casos extremos: cuando se trata de conductas castigadas con penas excesivas, o, al contrario, cuando las penas son demasiado leves. En este caso, y aunque exista la posibilidad de agravar la pena en los casos de *especial gravedad*, no cabe duda de que el tipo básico puede comprender hechos de gravedad muy distinta. Si a ello se le añade que además se trata de ilícitos civiles, es fácil llegar a la conclusión de que la pena que se impone en los casos de *top manta* es desproporcionada. Desproporción que deriva no tanto de un déficit de culpabilidad del sujeto como de un déficit de antijuricidad de los hechos»¹⁵⁵. Precisamente porque se trata de un déficit en la antijuricidad material de estos hechos, con los elementos dimanantes del principio de insignificancia podría construirse un argumento férreo contra la punición de estas conductas del modo siguiente: lo que se observa en las conductas del «top manta» es siempre una muy escasa lesividad para los bienes jurídicos en conflicto. En los supuestos relativos a la propiedad intelectual es incluso más patente, pues hoy las ventas de CD o DVD piratas es absolutamente marginal tras la irrupción de las plataformas digitales y las nuevas tecnologías de la información, por lo que difícilmente serán conductas que lesionen los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual. En el caso de los delitos contra la propiedad industrial, si identificamos el bien jurídico en un interés individual, como es el derecho económico de explotación exclusiva de la marca en el mercado, tampoco este se verá lesionado con suficiente entidad, toda vez que existen ya vías civiles para la reclamación de la indemnización correspondiente, mucho más eficaces que el recurso al Derecho penal. Si, por el contrario, se enfatiza (como nosotros creemos correcto) en un bien jurídico de carácter colectivo identificado en la función que la marca cumple en el mercado y en la correcta competencia en dicho sector de mercado, teniendo en cuenta la deficiente calidad general de los productos del «top manta» (razón por la cual el precio es muchísimo más asequible para cualquier ciudadano medio; seguramente la persona que adquiere la copia no acudiría al mercado lícito a adquirir el producto verdadero) no existirá nunca *riesgo efectivo* de confusión acerca del origen empresarial del producto, por lo que la marca original seguirá preservando sus funciones en el mercado, sin que se vea afectada la competencia en el mismo¹⁵⁶. La afectación a los bienes jurídicos es, a todas luces, insignificante, pues no se aprecia desvalor suficiente al nivel de la antijuricidad material. Recordemos, además, que aunque estas conductas puedan terminar no siendo delictivas siempre quedará abierta la vía extrapenal para abordar el tratamiento del problema de manera más adecuada y proporcional¹⁵⁷.

¹⁵⁵ CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2007, p. 11.

¹⁵⁶ BENITO SÁNCHEZ, *Revista Penal*, (48), 2021, p. 26.

¹⁵⁷ Como apuntan CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2007, p. 13: «la existencia de otros medios, distintos y menos lesivos que el Derecho penal, para atajar este tipo de comportamientos está fuera de duda. Hay medios en el ámbito del Derecho administrativo y medios en el ámbito del Derecho civil a los que se podría recurrir. De hecho, se trata de casos en los que hay una clara tolerancia por parte de los cuerpos de seguridad. Así lo pone de manifiesto la SAP Burgos de 26 de noviembre de 2004 al señalar que las fuerzas de seguridad se limitan a poner dificultades a la venta callejera y, como mucho a incoar un expediente administrativo por venta no autorizada».

4.5. Recapitulación

En esta segunda parte de la investigación se han consagrado una serie de ideas que a continuación se presentan ordenadas a modo de resumen:

Primero: el Derecho penal económico no es una rama independiente desligada del resto del sistema penal, sino que se incardina dentro del mismo presentando algunas particularidades. Por un lado, en Derecho penal económico nos encontramos ante una tutela de bienes jurídicos de carácter *colectivo*, no individual, lo que resulta un factor determinante a la hora de manejar el criterio de la insignificancia, pues la comparativa entre el comportamiento ejecutado y el bien jurídico protegido es mucho más dilatada de lo que acontece en un delito que tutela un interés puramente individual. Si nos encontramos ante delitos de peligro concreto la valoración sobre la *significación* del hecho exigirá un examen de la antijuridicidad constituida por un desvalor de la conducta en función de su peligrosidad y un análisis sobre el desvalor de resultado que ahora no se identificará con el grado de *lesión efectiva* del bien jurídico sino con el nivel de peligro para el mismo (pudiendo identificarse así un *peligro insignificante*). Si estamos ante delitos de peligro abstracto solo será necesario analizar el concreto desvalor de acción, pues en estos tipos no es preciso acreditar que el comportamiento genere un *concreto* peligro a modo de resultado. Por otro lado, los delitos económicos complementan la tutela que se dispensa a ciertos intereses en otros sectores del Ordenamiento jurídico, haciendo frente solo a las conductas más graves. En muchos casos la conducta encuentra respuesta en sede extrapenal, por lo que si se incorpora el criterio de la insignificancia como fórmula interpretativa, podrá terminarse rechazando el recurso al delito continuando la protección por la vía de la legislación no-penal, conjugándose así un equilibrio de respuestas. Esta concepción ha sido defendida en la presente investigación sin ánimo de excluir otras posibles interpretaciones que también pueden estar llamadas a resultar eficaces en la tarea de delimitación de la tipicidad de los delitos económicos (como, por ejemplo, aquellas que se alejan del criterio del bien jurídico como elemento diferenciador aproximándose a la conjunción de la norma penal y la norma primaria extrapenal en relación de accesoriadad, o también aquellos otros criterios como la adecuación social o el riesgo permitido, cuya delimitación se explicó al comienzo del trabajo). Con todo, el núcleo de este trabajo ha sido exclusivamente el análisis del criterio de la insignificancia como método interpretativo teleológico dirigido a la aplicación restrictiva de los tipos penales económicos.

Segundo: el *principio de insignificancia* podrá servir como método interpretativo en algunos delitos económicos; en concreto, en aquellos en los que no se haya diseñado de forma adecuada el tipo de injusto, por emplearse una amplia definición gramatical o porque las fronteras del delito sean difusas respecto de otros sectores del Ordenamiento (o directamente por carecer de fronteras límite entre la normativa penal-económica y la normativa extrapenal). Esos criterios de diferenciación, tal como manifestamos *supra*, pueden ser de carácter cualitativo o cuantitativo (o bien mixtos o combinados). En aquellos tipos penales en los que no se han manejado tales criterios de diferenciación de forma adecuada podrá desplegar sus efectos el principio de insignificancia. En definitiva, ante tales supuestos solo restan dos opciones: o bien *de lege ferenda* se exhorta al legislador a modular las barreras de distinción en el sistema penal-económico, o bien *de lege lata* se indaga la posibilidad de proceder a una interpretación restrictiva de los tipos penales (teleológicamente orientada, como se dijo), bajo los postulados del principio de insignificancia.

Tercero: en el banco de pruebas se han seleccionado un conjunto de delitos que, en nuestro criterio, constituyen ejemplos claros de tipos penales *hiperinsuflados* en los que no se han delimitado correctamente las barreras que han de separar el reproche penal del reproche extrapenal, o en los que no se ha contenido correctamente el alcance del injusto desde una óptica cualitativa o bien cuantitativa. Se trata de tres delitos extraídos del Código Penal, aunque, como se adujo, el catálogo propuesto no constituye un listado cerrado de supuestos en los que podría tener sentido incorporar el principio de insignificancia.

Cuarto: encontramos espacio para el empleo del criterio interpretativo de la insignificancia en (a) el delito de blanqueo de capitales, donde, demostrado el estado de ultra-expansión del tipo, que además carece de límites claros de tipo cualitativo o cuantitativo, la doctrina más autorizada ya recurre al criterio de la insignificancia para limitar la aplicación del tipo penal, con el efecto de dejar fuera todos los objetos materiales de cuantía mínima o irrelevante y los montantes de bagatela o todos aquellos que no signifiquen un menoscabo relevante de la parcela del orden socioeconómico que se tutela con este delito (al no existir un límite cuantitativo claro, la jurisprudencia ya ha procedido con interpretaciones restrictivas de carácter teleológico bajo el criterio de la bagatela, realizando incluso constructos jurisprudenciales que identifican en 15.000 euros la cuantía mínima a partir de la cual se podrá estudiar la concurrencia de los elementos típicos en el delito de blanqueo); (b) el delito de fraude de prestaciones al sistema de la Seguridad Social, precepto que quebró la sistemática tradicional en este tipo de delitos abandonando ese sistema de cuantías, y en el que, tras la reforma operada en 2012, lo que anteriormente resultaba sancionable en sede extrapenal pasó, sin mayores exigencias típicas, a constituir delito (derogándose de facto toda sanción extrapenal sobre la materia). Tampoco en este tipo penal existen límites claros que señalen la *significación penal* de la conducta, ni cuantitativa ni cualitativamente. La tipicidad resulta tan desmesurada que, aún graduándose la pena en función de diferentes comportamientos, pueden terminar por acogerse en su seno conductas insignificantes, nimias o de bagatela (también en este injusto se han diseñado constructos jurisprudenciales con el objetivo de acotar su aplicación en la práctica, señalándose un límite de 10.000 euros para el tipo básico, pero quedando aún por responder a la cuestión sobre la punición de conductas que, quedando por debajo de ese límite, resultan insignificantes). También aquí, pues, encuentra espacio el principio interpretativo de insignificancia. Y (c) el delito conocido como «top manta», en el que el legislador tampoco ha optado por una delimitación cualitativa correcta que permita dejar fuera supuestos de nimiedad o insignificancia, que pueden continuar siendo objeto de tratamiento penal (si bien por la vía del subtipo hiperprivilegiado). Tampoco se ha decidido el legislador por establecer una delimitación cuantitativa de carácter mínimo que permita llevar al ámbito del Código Penal estos comportamientos dejando lo que quede por debajo de dicha cuantía en manos del ordenamiento administrativo-sancionador. Como fundamentamos, lo procedente sería solicitar la descriminalización de estas conductas, si bien de *lex lata* la oportunidad vuelve a caer del lado de la insignificancia: si estas conductas no suponen un efectivo desvalor de injusto en relación con el bien jurídico, sino que este es a todas luces insignificante, en analogía con lo que acontece en aquellos casos en los que de ningún modo una conducta puede afectar a un bien jurídico debe interpretarse también aquí la no relevancia penal del hecho.

5. Conclusiones

De manera muy comprimida se pueden dejar apuntadas una serie de conclusiones que se derivan de la investigación realizada.

El criterio de la *insignificancia* implica que las afectaciones mínimas, nimias o de bagatela de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante a los fines que se persiguen con el tipo penal, debiendo quedar extramuros del sistema penal. Nos encontramos ante un principio que se deriva del más amplio de *ultima ratio*. No obstante, como se ha argumentado en las páginas previas, no nos encontramos ante una categoría dogmática autónoma, como causa de atipicidad, tal y como sostiene algún sector doctrinal. Cuando hablamos de insignificancia aludimos a supuestos en los que el hecho encaja *formalmente* en la descripción típica pero en los que también existe una afectación *material* al bien jurídico, por más que aquella pueda resultar mínima. Por ello el criterio de la insignificancia no está llamado a constituir una *regla* de atipicidad, constituyendo más bien un principio interpretativo de carácter teleológico y restrictivo, orientado a una adecuada protección de los bienes jurídicos en conflicto, y respondiendo a la necesidad de configurar un Derecho penal *fragmentario* (dentro de la *ultima ratio* aludida), imbricándose el mismo con el contenido de la antijuridicidad material.

Como principio que es, resulta complejo apuntalar de forma taxativa los elementos propios que lo integran, pues en cualquier caso su virtualidad dependerá del tipo penal en cuestión (de su concreto diseño) y de las particularidades del caso, exigiéndose un juicio interpretativo racional sobre el desvalor de acción (nivel de peligrosidad de la conducta) y el desvalor de resultado (grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico), sin tener en cuenta consideraciones personales atinentes al sujeto activo y al sujeto pasivo del delito, que concluya que el hecho se sitúa efectivamente en el ámbito de lo mínimo o insignificante, y excluyéndose así su sanción penal.

Trasladando el criterio de la insignificancia al ámbito del Derecho penal económico han de tenerse primeramente en cuenta las características propias definitorias de este sector de conocimiento. El Derecho penal económico no constituye una rama autónoma, sino que es parte integrante del sistema penal en su conjunto. Empero, presenta ciertas particularidades que han de tenerse presente. Como se ha desarrollado en la presente investigación, en este sector de conocimiento se dispensa protección a bienes jurídicos colectivos y no meramente individuales, por lo que la comparativa entre el comportamiento ejecutado y el bien jurídico protegido resultará siempre mucho más dilatada de lo que acontece en un delito que tutela un interés puramente individual. Por tal razón el criterio de la insignificancia opera aquí con un contenido diferente, por ejemplo, si el delito es de peligro concreto o abstracto. En los primeros la valoración sobre la concreta *significación* del hecho exigirá un examen de la antijuridicidad constituida por un desvalor de la conducta en función de su peligrosidad y un análisis sobre el desvalor de resultado que ahora no se identificará con el grado de *lesión efectiva* del bien jurídico sino con el nivel de peligro para el mismo (pudiendo identificarse así un *peligro insignificante*). En los segundos solo será necesario analizar el concreto desvalor de acción, pues nos situaremos ante tipos en los que no es preciso acreditar que el comportamiento genere un *concreto* peligro a modo de resultado. Pero, además, los delitos económicos complementan la tutela que se da a determinados intereses en otros sectores del Ordenamiento, encontrándose también respuestas sancionatorias en sede extrapenal. De este modo, incorporándose el criterio de la insignificancia a los delitos económicos podrá rechazarse la sanción penal recurriéndose a la protección efectiva

del interés que se trate por la vía de la legislación no-penal. Esta interpretación parte de un concreto entendimiento del sistema penal económico apoyado principalmente en la teoría diferenciadora a través de los bienes jurídicos objeto de tutela, aunque debe reconocerse también la existencia de otras posibles concepciones que, considerando insuficiente este criterio como punto de partida, acuden a la conjunción de la norma penal y la norma primaria extrapenal en relación de accesoriedad para delimitar la tipicidad de los injustos económicos, desde la teoría de los roles o los deberes. Reconocemos que estas líneas de entendimiento también pueden resultar eficaces para la consecución del objetivo de restricción o contención que se busca, al igual que otros criterios (como el de la adecuación social o el riesgo permitido) también coadyuvan en la práctica a tal empresa. Empero, el objeto directo de esta investigación ha sido, desde el inicio, indagar las posibilidades de integrar el criterio de la insignificancia en el seno de la delincuencia económica, como principio de carácter interpretativo, teleológico y restrictivo que permita dirigir al ámbito extrapenal ciertas conductas que formal y materialmente resultan encuadrables en la tipicidad del injusto económico cuando la afectación al bien jurídico resulte nimia o de bagatela.

Como se ha fundamentado en las páginas anteriores, el *principio de insignificancia* está llamado a tener virtualidad (como método interpretativo) en aquellos delitos económicos en los que el legislador no haya diseñado de forma adecuada el tipo de injusto, no conteniendo su alcance de modo correcto y no desligando de forma adecuada el recurso al Derecho penal de la persecución extrapenal del hecho. Existen en este sentido criterios de diferenciación de índole cualitativa, cuantitativa y mixta. Si mediante aquellos la tipicidad resultante deviene tan amplia que permite acoger bajo su seno (y consecuentemente sancionar penalmente) conductas nimias o irrisorias, solo restarán dos posibilidades: o bien, *de lege ferenda*, exhortar al legislador a modular las barreras de distinción en el sistema penal-económico de forma eficaz, o bien de *lege data* proceder mediante el criterio interpretativo de insignificancia a una restricción teleológica del tipo penal.

La investigación culmina con un concreto banco de pruebas en el que se han seleccionado tres tipos penales que, sin constituir un catálogo *numerus clausus*, en nuestra opinión constituyen ejemplos de delitos *hiperinsuflados* en los que no se han delimitado correctamente las barreras de diferenciación aludidas. De este modo, creemos haber demostrado que el principio de insignificancia tiene espacio de operatividad en (a) el delito de blanqueo de capitales, (b) el delito de fraude de prestaciones a la Seguridad Social, y (c) el delito contra la propiedad intelectual o industrial conocido como «top manta». En estos grupos de delitos se detecta una tipicidad amplia, bajo una falta de adecuada delimitación cualitativa y cuantitativa, que permite que en la práctica puedan sancionarse conductas de bagatela. Tal situación permitirá al intérprete (o al juzgador) manejar el criterio de la insignificancia aplicado a las circunstancias concretas que presente el caso, como elemento interpretativo de carácter restrictivo, que permita finalmente situar fuera del tipo penal tales conductas, reconduciéndose en su caso las mismas a la rama extrapenal del Ordenamiento que corresponda.

6. Bibliografía

ABEL SOUTO, «Prólogo», en GONZÁLEZ URIEL, *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*, Comares, Granada, 2021.

———, *La expansión penal del blanqueo de dinero*, Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, México D. F., 2016.

———, «Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (14), 2012, pp. 1-45.

ALONSO MADRIGAL/GÓMEZ LANZ, «Fraude a la ley tributaria, ilícito e infracción tributaria y delito de defraudación», *Revista de Contabilidad y Tributación*, (281), 2006, pp. 3-56.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «Concepto, tipología y bien jurídico en el delito de blanqueo», en ARMIENTA HERNÁNDEZ/GOITE PIERRE/MEDINA CUENCA (coords.), *El lavado de dinero en el siglo XXI*, Universidad Autónoma de Sinaloa- Unijuris, México D. F., 2015.

BENITO SÁNCHEZ, «Aporofobia y delito: la criminalización del top manta», *Revista Penal*, (48), 2021, pp. 5-32.

BUSTOS RUBIO, «El delito de publicidad falsa: notas y aspectos controvertidos», en BUSTOS RUBIO/ABADÍAS SELMA (dirs.), *Protección penal del mercado y los consumidores*, Aranzadi, Navarra, 2022.

———, «Del "blanqueo del blanqueo" a la libertad de competencia: la sempiterna cuestión del bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales», en BUSTOS RUBIO/RODRÍGUEZ ALMIRÓN (dirs.), *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho Penal y la Criminología*, Aranzadi, Navarra, 2019.

———, *Delitos acumulativos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

———, *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

———, «La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal», *Revista Penal*, (35), 2015, pp. 24-44.

———, «Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad», *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), 2015, pp. 189-238.

———, «Luces y sombras del nuevo delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (art. 307 ter del Código Penal). Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 184/2013, de 8 de marzo», *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, (380), 2014, pp. 177-183.

BUSTOS RUBIO/RODRÍGUEZ ALMIRÓN (dirs.), *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho penal y la Criminología*, Aranzadi, Navarra, 2019.

CANCIO MELIÁ, «La teoría de la adecuación social en Welzel», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (46-2), 1993.

CASTELLÓ NICÁS, «Principio de intervención mínima versus adecuación social, tolerancia social, e insignificancia en delitos de corrupción privada», *Cuadernos de Política Criminal*, (137), 2022, pp. 27-58.

CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, «¿Cómo absolver a los "top manta"?», *InDret*, (2), 2007, pp. 1-15.

COBO DEL ROSAL/ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*, CESEJ, Madrid, 2005.

FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos», *InDret*, (2), 2009, pp. 1-74.

———, «Límites del tipo objetivo en los delitos económicos», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, Aranzadi, Navarra, 2018.

———, «Los delitos económicos», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Ramón Areces, Madrid, 2016.

FLÁVIO GOMES, «Infracciones de bagatela y principio de insignificancia», en BUENO ARÚS, *et. al.* (dirs.)/GUZMÁN DÁLBORA/SERRANO MAÍLLO (eds.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006.

GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 1997.

GIMBERNAT ORDEIG, «Contra la nueva regulación de los delitos sexuales», *Diario del Derecho*, Iustel, 29 de septiembre de 2022. Acceso: 26 de octubre de 2022. [https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1226353]

———, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 2009.

GÓMEZ PAVÓN/BUSTOS RUBIO, «Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal», *Revista Penal México*, (6), 2014, pp. 169-190.

GÓMEZ RIVERO, «La tutela penal de la propiedad intelectual e industrial: las últimas reformas», *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (36), 2013, pp. 28-36.

GONZÁLEZ URIEL, *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*, Comares, Granada, 2021.

———, «Blanqueo de dinero, corrupción política y recuperación de activos», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, (17), 2020, pp. 68-83.

GUZMÁN DALBORA, «La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (5), 1995, pp. 491-543.

LUZÓN PEÑA, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 1995.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito fiscal*, Montecorvo, Madrid, 1982.

MATALLÍN EVANGELIO, «El "autoblanqueo" de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, (20), 2013, pp. 1-35.

MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.

———, «El delito de coacciones en el Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (30-2), 1977, pp. 269-306.

MORESO/VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

MORILLAS CUEVA, «Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales», *Revista Foro FICP*, (2), 2013, pp. 51-107.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

NAVARRO CARDOSO/BUSTOS RUBIO, «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», *Revista General de Derecho Penal*, (34), 2020, pp. 1-10.

NAVARRO MASSIP, «La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), 2011, pp. 49-62.

NIETO MARTÍN, «Introducción al Derecho penal económico y de la empresa», en DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ-ALLER/LASCURAÍN SÁNCHEZ/NIETO MARTÍN, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Sección de Publicaciones Universidad de Madrid, Madrid, 1981.

PÉREZ CEPEDA, «Aporofobia y Derecho penal en el Estado social», en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992.

ROMAGNOSI, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, v. IV, Temis, Bogotá, 1987.

ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2022.

———, «Bases de un concepto restrictivo de riesgo permitido», en OLMEDO CARDENETE/NÚÑEZ PAZ/SANZ MULAS/POLAINO-ORTS (dirs.), *Ciencia penal y generosidad. De lo mexicano a lo universal. Libro Homenaje a Carlos Juan Manuel Daza Gómez, in memoriam*, Bosch, Barcelona, 2021.

———, «La legislación penal económica» en SILVA SÁNCHEZ (dir.), ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, Atelier, Barcelona, 2020.

TERRADILLOS BASOCO, «Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter)», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

VIEJO MAÑANES, «A propósito de la 'especial gravedad' en el delito de fraude de prestaciones sociales (art. 307 ter.1 CP)», *La Ley Penal*, (147), 2020.

VIEJO MAÑANES, «El delito de fraude de prestaciones sociales (art. 307 ter CP): una manifestación del Derecho penal aporófono», *Revista Sistema Penal Crítico*, (2), 2021, pp. 215-224.

WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.

ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005.