

# Aporofobia y plutofilia en manifestaciones jurisdiccionales sobre el principio de insignificancia: perspectiva comparada entre Brasil y España en los delitos fiscales y de hurto

*Aporophobia and Plutophilia in Jurisdictional Manifestations on the Principle of Insignificance: Comparative Perspective between Brazil and Spain in Tax Crimes and in Theft*

Jenifer MORAES



Profesora de Derecho Penal (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Doctoranda – Estado de Derecho y Gobernanza Global (Universidad de Salamanca)

jenifermoraes@usal.es

<https://doi.org/10.14201/rspc.31431>

Artículo original sin previa publicación

Fecha de recepción: 19/09/2023

Fecha de aceptación: 16/10/2023

## Resumen

Este artículo tiene como objetivo exponer la inconsistencia en la aplicación del principio de insignificancia por los tribunales brasileños y españoles en los delitos fiscales y en el delito de hurto. Además, el artículo tiene como objetivo proponer una reflexión sobre la desigualdad de trato observada, especialmente para identificar si deriva de manifestaciones plutofílicas y aporofóbicas, aunque implícitas, por parte de miembros del Poder Judicial. Para ello, considerando que el trabajo no propone una revisión bibliográfica completa ni una profundización teórico-dogmática con relación a la naturaleza y legitimidad de este principio, se utilizará un método inductivo y cualitativo, comparando el tratamiento jurisprudencial con los aportes doctrinales consagrados sobre los temas analizados. Los resultados permiten identificar una disparidad en el trato facilitada por la distorsión de los postulados teóricos, según los cuales el sector más débil de la población es tratado con mayor rigidez sin una motivación razonable.

**Palabras clave:** Derecho Penal; Aporofobia; Plutofilia; Principio de insignificancia; Delitos fiscales; Delitos de hurto.

## Abstract

This article has as its main objective to expose the inconsistency in the application of the principle of insignificance by the Brazilian and Spanish courts in tax crimes and in thefts. Furthermore, the article aims to propose a reflection on the inequality of treatment observed, especially to identify whether it derives from plutophilic and aporophobic manifestations, albeit implicit, on the part of members of the judiciary. To this purpose, considering that the study does not propose a complete bibliographical review or a theoretical-dogmatic deepening of the nature and legitimacy of this principle, an inductive and qualitative method will be used, comparing the jurisprudential treatment with the doctrinal contributions enshrined on the issues analysed. The results allow us to identify a disparity in treatment facilitated by the distortion of theoretical postulates, according to which the weakest sector of the population is treated with greater rigidity without reasonable motivation.

**Keywords:** Criminal law; Aporophobia; Plutophilia; Principle of insignificance; Tax offences; Theft offences.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Aporofobia y plutofilia. 3. Decisiones sobre el principio de insignificancia en el ordenamiento jurídico brasileño. 4. Decisiones sobre el principio de insignificancia en el ordenamiento jurídico español. 5. Reflexiones sobre las decisiones analizadas: causas y consecuencias. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho está en continua evolución. Sus estudiosos deben estar constantemente atentos para identificar inconsistencias e incompatibilidades procesales que alejan su aplicación de las necesidades sociales y de un ideal de justicia guiado por los principios constitucionales.

Como consecuencia de esta vigilancia continua, actualmente nos preocupan los mecanismos que distorsionan nuestro constructo hasta el punto de legitimar un trato no solo discriminatorio, sino también desigual, especialmente en detrimento de los sectores más vulnerables de la población.

En este contexto, la plutofilia y la aporofobia se colocaron en el centro del debate jurídico, por no ser más que fenómenos representativos de esta disparidad de condiciones y de trato. Se discute fundamentalmente la creación de tipos criminales en detrimento de los sectores más pobres de la población y los rasgos discriminatorios que manifiesta la política criminal adoptada legislativamente.

Desde otra perspectiva, este artículo pretende analizar estos fenómenos desde un punto de vista jurisprudencial. El objetivo es analizar si tanto en España como en Brasil es posible comprobar una desigualdad de trato entre ricos y pobres en relación a una misma premisa jurídica: el principio de insignificancia. En otras palabras, la investigación aquí propuesta pretende responder a las siguientes preguntas: i) ¿el principio de insignificancia se interpreta del mismo modo en delitos habitualmente cometidos por personas vulnerables (hurto) y en relación con delitos generalmente cometidos por las capas más ricas (delitos fiscales)? y ii) dado el escenario observado, ¿es posible identificar manifestaciones aporofóbicas y plutofílicas en las decisiones analizadas?

Para resolver estas interrogantes, este ensayo utilizará grupos de casos extraídos de repositorios jurisprudenciales y análisis bibliográficos sobre el tema. El objetivo del análisis no será proporcionar una visión general del instituto o de los temas jurídicos analizados ni proporcionar un parámetro cuantitativo sobre el índice de decisiones que tratan del principio de insignificancia en relación con los temas analizados, sino solo identificar premisas ilegítimas adoptadas en manifestaciones jurisdiccionales, con el objetivo de denunciar la falta de cohesión interpretativa.

## 2. APOROFOBIA Y PLUTOFILIA

Según Picado, Nieto, Guzmán, Yurrebaso y Jañez, , el concepto de aporofobia fue creado en 1990 a través del trabajo de Adela Cortina, quien la definió básicamente como un repudio a los pobres. Sin embargo, fue a partir de 2016 que su uso se popularizó y comenzó a debatirse con mayor intensidad en las comunidades académicas<sup>1</sup>.

1. En este sentido: «El concepto “aporofobia” fue creado y aceptado a partir del año 1990 por la profesora de ética Adela Cortina, pero no es hasta 2016 cuando su uso se generaliza y es utilizado cada vez más por investigadores y profesionales. En el año 2017, la Fundación BBVA reconoce esta palabra como término del año, motivado por su frecuente aparición en medios de comunicación, hasta el punto de que ese mismo año, la Real Academia de la Lengua decide incorporarla a su diccionario». PICADO VALVERDE, Eva María; NIETO LIBRERO, Ana Belén; GUZMÁN ORDAZ, Raquel; YURREBASO MACHO, Amaia y JÁÑEZ GONZÁLEZ, Álvaro. Detección de la discriminación hacia los pobres: Aporofobia. *Revista Miscelánea Comillas*. 2020, vol. 77, n.º 151, p. 418.

Por otra parte, el concepto de plutofilia puede conceptualizarse básicamente como exactamente lo contrario de esta idea, como facilitar el trato a iguales, es decir, personas debidamente insertadas en la jerarquía social. En palabras del profesor Ferré Olivé, “También llamado derecho penal de clase o derecho penal del amigo, es la vertiente que no discrimina al excluido, sino que es tolerante con lo funcional”<sup>2</sup>.

A lo largo de los años, estas dos manifestaciones sociales han sido debatidas en múltiples instancias de las ciencias sociales, desde el aspecto psicológico, hasta el aspecto jurídico, criminológico o político-penal, como una manifestación distorsionada del ejercicio del poder punitivo contra los ciudadanos. Tanto la aporofobia como la plutofilia derivan de manifestaciones prejuiciosas, arraigadas en la categorización de los seres humanos en aquellos que son similares, que merecen un trato más indulgente, y aquellos que son desiguales, que representan un peligro y, por tanto, merecen un trato punitivo más riguroso. En este sentido<sup>3</sup>:

La categorización o percepción de pertenencia grupal genera en nosotros una percepción de homogeneidad entre los miembros del grupo en nuestras actitudes y conductas, facilitando la distintividad social con respecto a otros grupos. Lo habitual es tomar al grupo como referencia para construir tu propia identidad, asumiendo sus valores y normas con las que regulamos nuestra vida en el grupo.

En el ámbito del derecho penal, la repercusión de estos fenómenos ha sido objeto de numerosos debates, especialmente en relación con las consecuencias nocivas de la proliferación de tipos penales especialmente dirigidos a una determinada parte de la población, en términos de reproducción de la violencia e impedimento al ejercicio de las garantías constitucionales básicas<sup>4</sup>. Terradillos Basoco<sup>5</sup> ya ha explicado este tema:

Es más que posible que la desigualdad, traducida en enriquecimiento de pocos y en el coherente empobrecimiento de muchos, se refleje también en el funcionamiento del sistema penal, porque tanto las relaciones sociales de producción como la hegemonía cultural influyen sobre la ley, la operatoria del sistema judicial y el saber de los juristas.

2. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal. *Revista Penal*. 2022, n.º 20, pp. 11-27.

3. PICADO VALVERDE, Eva María; NIETO LIBRERO, Ana Belén; GUZMÁN ORDAZ, Raquel; YURREBASO MACHO, Amaia y JÁÑEZ GONZÁLEZ, Álvaro. Detección de la discriminación hacia los pobres: Aporofobia. *Revista Miscelánea Comillas*. 2020, vol. 77, n.º 151, p. 420.

4. En este sentido: “La constatación en la realidad social de desigualdades entre los individuos provocadas por la propia estructura social, en cuanto endógenas al sistema, son fuente de situaciones de injusticia, siendo violado el principio de igualdad de las personas masivamente”. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Aporofobia y Derecho Penal en el Estado Social. En Benito Sánchez, Demelsa y Gil Nobajas, María Soledad. *Alternativas político-criminales frente al derecho penal de la aporofobia*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2022, p. 45.

5. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Madrid: J. M. Bosch Editor, 2020, p. 56.

En estas condiciones, la principal consecuencia de este enfoque es la distorsión de un modelo de derecho penal de orientación democrática, al desplazar el foco del instrumento al autor, dejando de lado el hecho perpetrado, que es, fundamentalmente, el supuesto de la imposición de una sanción penal:

La política criminal de la exclusión se basa en un derecho penal de autor y no del hecho. La historia negra del derecho penal de autor, modelo siempre muy potenciado por las grandes dictaduras, parece volver a renacer cuando la pena se aplica al sujeto por lo que es y no por lo que hizo. Por el contrario, la política criminal de los negocios suele diferenciar transacciones criminales reprobables y no reprobables, aplicando toda su furia sobre las primeras (narcotráfico, contrabando, estafas, etc.) pero siendo, en buena medida, indulgente con las segundas (defraudación)<sup>6</sup>.

Por lo tanto, dado este contexto, el objetivo de este artículo es analizar la manifestación de ambos fenómenos desde el punto de vista de la aplicación jurisdiccional. La investigación aquí propuesta apunta fundamentalmente a identificar si la operacionalización de conceptos dogmáticos ha sido aplicada de manera que promueva un trato desigual entre ciertas porciones de la población, en un evidente carácter aporofóbico y/o plutofílico.

Para lograr este objetivo, por lo tanto, buscamos analizar la aplicación del concepto del principio de insignificancia por parte de la jurisprudencia brasileña y española, buscando comparar el tratamiento otorgado a los delitos cometidos por los sectores más pobres de la sociedad y el otorgado a los delitos cometidos en su mayoría por personas asignadas a estratos más altos de la población, como los delitos fiscales.

### 3. DECISIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

Si bien hemos observado tímidos avances en la dogmática penal brasileña en los últimos años, este fenómeno no ha sido representado en la mayoría de las manifestaciones jurisdiccionales en el ámbito penal, ni siquiera en relación con elementos estructurales de la teoría del delito. El tratamiento dado por el poder judicial brasileño respecto del reconocimiento del principio de insignificancia ilustra precisamente esta situación, especialmente en relación con la delincuencia común, perpetrada por agentes de bajos niveles sociales.

Un breve recorrido por las decisiones dictadas por los tribunales sobre la materia expresa un escenario inconsistente, pues identificamos precedentes judiciales de la misma fuente con premisas contradictorias, cuando no incompatibles. Esto se debe a

6. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal. *Revista Penal*. 2022, n.º 20, pp. 11-27.

que a lo largo de los años se ha podido seguir la formación de una jurisprudencia defensiva destinada a impedir el reconocimiento de la atipicidad del hecho según criterios de ofensividad solo para algunos tipos de delitos.

En relación con el delito de hurto de objetos pequeños, por ejemplo, algunas salas penales del Tribunal de Justicia del estado de São Paulo tienden a rechazar la consideración del principio de insignificancia según parámetros relacionados con las características personales del agente, en un claro modelo de derecho penal del autor. A modo ilustrativo, señalamos un precedente de la 13.<sup>a</sup> Sala Penal<sup>7</sup>, en el que el recurrente, condenado por el tribunal de primer grado a penas de 1 año y 2 meses de prisión –sin posibilidad de sustitución por una pena restrictiva de derecho– alegó que debía ser reconocido el principio de insignificancia ya que solo se sustrajeron productos de higiene personal, compuestos por 1 humectante, 8 champús y 1 acondicionador para el cabello, que totalizaron aproximadamente R\$ 104,00 (aproximadamente 19,65 €). La sala penal encargada de juzgar el recurso, sin embargo, solo estimó parcialmente el recurso defensivo para reducir la pena, eliminando la incidencia del principio de insignificancia porque el agente tenía malos antecedentes, destacando que el bien habría sido recuperado por la víctima y que, por tanto, no habría sufrido pérdida económica alguna<sup>8</sup>.

El caso ilustrado no representa un hecho aislado, y ejemplos similares se encuentran fácilmente en otras salas penales del Tribunal de Justicia de la mayor ciudad brasileña en términos de población. De la Sala 1.<sup>ª</sup>, por ejemplo, existe un precedente en el que se condenó al recurrente por incurrir en las penas del artículo 155 del Código Penal en 3 años, 6 meses y 20 días de prisión, por robo de dos champús por valor de R\$ 20,00 (aproximadamente 4 €). El recurso defensivo fue desestimado al considerar que reconocer la atipicidad del hecho sería un “incentivo a cometer delitos similares” y que, si bien el valor del objeto sustraído era escaso, la conducta perpetrada habría presentado “peligrosidad social”<sup>10</sup>.

7. Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/550924779> [fecha de consulta: 29/04/2022].

8. También añadió que “Pleiteou o ora apelante o reconhecimento da atipicidade da conduta, mediante a aplicação do princípio da insignificância. Contudo, tal tese não merece prosperar, porquanto, no caso dos autos, o valor total da res furtiva, R\$ 104,00 (conforme fls. 43) não pode ser considerado insignificante ou irrisório”.

9. Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1236674213/inteiro-teor-1236674237>.

10. La justificación esbozada fue “In casu, não obstante o baixo valor do bem (R\$ 20,00), 2 o fato é que a conduta apresentou periculosidade social, não podendo permanecer impune, sob pena de se criar um incentivo à prática de crimes semelhantes. Afinal, o réu é portador de péssimos antecedentes (fls. 46/48, processos n.º 0003471-49.2011, 0005595-05.2011 e 0006813-05.2010) e também é reincidente (fls. 45/46, processos n.º 0001819-89.2014 e 0005547-46.2011) evidenciando que esta não foi uma conduta isolada em sua vida. Ao contrário, é dedicado a praticar crimes patrimoniais”.

De la Sala Penal 16<sup>11</sup>, de manera muy similar, encontramos un juicio en el que el recurrente fue condenado por el tribunal a quo por sustracción de 7 frascos de champú y 1 acondicionador para el cabello, siendo desestimada en apelación la alegación sobre el principio de insignificancia porque el agente fuera reincidente en este tipo de delitos. De la Sala 9.<sup>a</sup>, también hay sentencia de agosto de 2020 en la que se confirmó la pena de 1 año y 10 meses de prisión impuesta al recurrente, por la sustracción de una botella de champú, valorada en R\$ 11,00 (aproximadamente 2 €) que, incluso, fue recuperada por la víctima. El voto principal del proceso, al desestimar el argumento sobre el principio de insignificancia, destacó que “a pesar del valor de los productos sustraídos, valorados en R\$ 48,00 (aproximadamente 9 €), es inviable reconocer el principio de insignificancia”<sup>12</sup>.

En cuanto al robo de alimentos o enseres del hogar, el escenario es igualmente alarmante, con episodios de sustracción de bebidas, carnes o incluso pequeñas unidades de chocolates. En un precedente reciente de la Sala Penal 4<sup>13</sup>, por ejemplo, se mantuvo la pena de 2 años y 26 días impuesta al recurrente, por sustraer 5 latas de refresco y 5 latas de cerveza, por considerar que en la consideración del principio de insignificancia “sólo no debe tomarse como base la cantidad efectivamente sustraída, sino que deben comprobarse las condiciones personales del agente”<sup>14</sup>. Aún más sorprendente, el 17 de febrero de 2023, la Sala 13<sup>15</sup> de lo penal revocó la decisión de rechazar la denuncia presentada por el Ministerio Público contra una persona acusada de robar un solo trozo de carne de res. El argumento utilizado por el órgano acusatorio y adoptado por los jueces fue que la aplicación del principio es un incentivo para que los reincidentes y aquellos con malos antecedentes sigan irrespetando las leyes penales:

Surge la pregunta: si la conducta en cuestión llega a ser considerada como un delito ¿qué justificaría entonces la actuación de la policía? Y si no se puede llamar a la policía, ¿qué mensaje se enviará a los ciudadanos respetuosos de la ley? ¿Quién de-

11. Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1501063057/inteiro-teor-1501063093> [fecha de consulta: 29/04/2022].

12. La justificación esbozada fue “Afinal, o acusado ostenta condições subjetivas desfavoráveis que não autorizam o tratamento dos fatos como um irrelevante penal. Conforme consolidado entendimento jurisprudencial, os aspectos subjetivos do agente devem ser considerados na análise dos contornos da insignificância penal”.

13. Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1481255082/inteiro-teor-1481255157> [fecha de consulta: 29/04/2022].

14. También añadió que “se percebe boa política criminal na aplicação da bagatela àquele que, sendo criminoso reincidente e habitual, certamente teria por estimulada a ideia de impunidade acaso beneficiado por tal instituto, tornando-se ainda mais tendencioso à reiteração criminosa, desvirtuando-se, assim, a finalidade do princípio mencionado”.

15. Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1764983336/inteiro-teor-1764983345> [fecha de consulta: 29/04/2022].

bería tomar la justicia por su propia mano? ¿O debería tolerar pasivamente ataques a sus activos, como los que lamentablemente han estado ocurriendo en el Estado de California?<sup>16</sup>.

Por otra parte, al analizar la incidencia del citado principio en los delitos contra el sistema tributario nacional, delito habitualmente cometido por personas de niveles sociales altos o medios, es posible comprobar el uso de un razonamiento mucho más lógico, guiado exclusivamente por la ofensa ocasionada por el resultado y la impertinencia de recurrir a la *ultima ratio* para perseguir hechos que ni siquiera serían ejecutados por la vía civil.

Esto se debe a que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se estableció un límite de R\$ 20.000,00 (aproximadamente 3.778 €) para la persecución de este tipo de delito. Este parámetro fue adoptado según una interpretación sistemática del artículo 20 de la ley federal n.º 10.522/02 –con las actualizaciones realizadas por las Ordenanzas n.º 75 y 130 del Ministerio de Hacienda– que determina el archivo de ejecuciones tributarias de deudas registradas en deuda activa con valor consolidado igual o inferior al establecido en acto de la Procuraduría General del Tesoro Nacional. La idea, por tanto, es que se vulneraría la proporcionalidad exigida por la ley si se permitiera la condena penal de una práctica que los propios poderes públicos consideran irrelevante a la hora de determinar la interposición de la acción de cobro. Asimismo, no podría considerarse relevante una infracción contra el sistema tributario que ni siquiera sea reclamada civil y administrativamente.

A diferencia de lo que ocurre en casos de hurto, o incluso de otros delitos contra la propiedad habitualmente cometidos por los sectores más populares de la sociedad, esta posición se ha vuelto ampliamente utilizada en la jurisprudencia, e incluso no genera ningún conflicto en el ámbito de los tribunales superiores brasileños. Incluso en las salas penales del Tribunal de Justicia del estado de São Paulo mencionadas anteriormente, es posible encontrar precedentes que reconocen la atipicidad del acto cometido cuando el monto retenido es inferior al nivel establecido en R\$ 20.000,00. La propia Sala Penal 13<sup>17</sup>, que condenó a un hombre por robar artículos de higiene por un valor aproximado de 100,00 euros, absolvió a un empresario que, en el ejercicio de su actividad comercial, evadió una cantidad equivalente, al no emitir factura. El argumento utilizado para reconocer la atipicidad del hecho fue precisamente la insignificancia de la cantidad retenida, sin tener en cuenta la vida anterior del imputado ni ningún “estímulo

16. En el original: “*Pergunta-se: se a conduta em questão passar a ser considerada como um indiferente penal, o que justificaria, então, a atuação da polícia? E se não se puder chamar a polícia, que mensagem será passada ao cidadão de bem? Que deve fazer justiça com as próprias mãos? Ou que deve tolerar passivamente o ataque ao seu patrimônio, como o que infelizmente vem ocorrendo no Estado da Califórnia?*”.

17. Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/673614204/inteiro-teor-673614224> [fecha de consulta: 29/04/2022].

a la delincuencia” supuestamente alimentado por el reconocimiento de la atipicidad del hecho<sup>18</sup>. En otro caso, el imputado, también empresario, fue absuelto por evasión del impuesto a la Circulación de Bienes y Servicios sobre un activo valorado en R\$ 550,00<sup>19</sup> (aproximadamente 103 €), sin que los jueces de la Sala 13 presentaran ningún elemento de carácter subjetivo, por el contrario, que lo que se observa en los casos de robo.

De la Sala 1.<sup>a</sup>, tenemos también otros ejemplos: el primero, un caso de concesión del recurso defensivo en el que el recurrente fue absuelto por evasión del impuesto a la circulación de bienes y servicios por el valor de R\$ 7.622,34<sup>20</sup> (aproximadamente 1.440 €) en que los jueces reconocieran el principio de insignificancia basándose únicamente en el quantum presuntamente evadido y además sin consideración alguna sobre el agente o su vida anterior. El segundo, de 2022, caso en el que propietarios de una persona jurídica prestadora de servicios cometieron evasión del impuesto de circulación de bienes y servicios (ICMS) por el valor de R\$ 12.497,25 (aproximadamente 2.360 €) y fueron absueltos por la consideración de la atipicidad material del hecho, “en vista de la aplicación del Principio de Insignificancia”, nuevamente sin consideración alguna de personas, a diferencia del procedimiento adoptado en delitos contra la propiedad<sup>21</sup>. Y el tercero, un caso de 2020 en el que otro empresario fue absuelto del cargo de fraude fiscal, por evadir R\$ 2.833,77 (aproximadamente 535 €), por la aplicación del “principio de insignificancia”<sup>22</sup>. Cabe mencionar que esta misma sala confirmó la condena de

18. La justificação esbozada fue “Contudo, no caso dos autos, tal pleiteado pela Defesa e diferentemente do decidido pelo Juízo a quo, é cabível o reconhecimento da atipicidade da conduta com fulcro no princípio da insignificância, cuja incidência, na hipótese de delito tributário, decorre de critério específico consagrado na jurisprudência. Na presente hipótese concreta, como se verifica, o valor apontado na avaliação do bem que foi comercializado sem emissão da nota fiscal é de R\$ 550,00 (fls. 20). Trata-se, inclusive, do mesmo valor mencionado ao ser colhida a prova oral. Portanto, ainda que não se tenha apontado expressamente na denúncia (nem em apuração fiscal) qual foi o valor do tributo efetivamente sonogado, é certo que o valor do imposto devido não poderia, obviamente, se superior ao do próprio bem (ou seja, ao valor da própria operação comercial, base de cálculo para a incidência de um percentual, a fim de se apurar o tributo devido)”.

19. TJ-SP - APL: 00021094220148260213 SP 0002109-42.2014.8.26.0213, Relator: De Paula Santos, Data de Julgamento: 31/01/2019, 13.<sup>a</sup> Câmara de Direito Criminal. Fecha de Publicación: 04/02/2019.

20. Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1269841277/inteiro-teor-1269841307> [fecha de consulta: 29/04/2022].

21. TJ-SP - RSE: 00092515920218260405 SP 0009251-59.2021.8.26.0405, Relator: Andrade Sampaio, Data de Julgamento: 31/01/2022, 1.<sup>a</sup> Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 31/01/2022.

22. TJ-SP - APR: 00121858120188260344 SP 0012185-81.2018.8.26.0344, Relator: Diniz Fernando, Data de Julgamento: 17/12/2020, 1.<sup>a</sup> Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 17/12/2020.

un individuo por robar dos botellas de champú por un valor aproximado de R\$ 20,00 (aproximadamente 3,60 \$ euros), como se ilustra arriba.

El reconocimiento de la insignificancia de la evasión fiscal inferior a R\$ 20.000,00 es, de hecho, un procedimiento estándar para las salas penales del Tribunal de Justicia del estado de São Paulo, con precedentes similares provenientes de la Sala 2.<sup>a23</sup>, Sala 10.<sup>a24</sup> y Sala 12.<sup>a25</sup>. Por ejemplo, la cámara se puede identificar fácilmente.

#### 4. DECISIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En relación con la realidad española, también es posible identificar una desigualdad en el tratamiento de las consecuencias en función de los tipos de delitos analizados, si bien la calidad de los argumentos presentados y las repercusiones a nivel punitivo son en instancias diferentes.

En cuanto al delito de hurto, podemos citar al menos cuatro precedentes. La primera, procedente de la Audiencia Provincial de Tarragona<sup>26</sup>, es del 8 de junio de 2021. El fallo confirma la condena del recurrente, Nazario, que había sido condenado por sustracción de 2 paquetes de carne con 22 días de multa, por valor de 5 euros por día, más 10,92 euros como indemnización, además de las costas judiciales. La decisión justificó el alejamiento de la insignificancia usando consideraciones sobre el principio de mínima intervención de manera confusa, bajo el argumento de que el principio de insignificancia no se adaptaría al caso concreto porque “los jueces no pueden abordar directamente el principio de mínima intervención para descartar la aplicación de este

23. TJ-SP - APR: 00560605720118260050 SP 0056060-57.2011.8.26.0050, Relator: André Carvalho e Silva de Almeida, Data de Julgamento: 30/05/2022, 2.<sup>a</sup> Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 30/05/2022 e TJ-SP - RSE: 15010960520208260477 SP 1501096-05.2020.8.26.0477, Relator: André Carvalho e Silva de Almeida, Data de Julgamento: 26/11/2021, 2.<sup>a</sup> Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 26/11/2021.

24. TJ-SP - HC: 20759958720208260000 SP 2075995-87.2020.8.26.0000, Relator: Nuevo Campos, Data de Julgamento: 30/06/2020, 10.<sup>a</sup> Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 30/06/2020 e TJ-SP - HC: 21938886520218260000 SP 2193888-65.2021.8.26.0000, Relator: Vico Mañas, Data de Julgamento: 05/10/2021, 12.<sup>a</sup> Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 07/10/2021.

25. TJ-SP - RSE: 00044789520188260624 SP 0004478-95.2018.8.26.0624, Relator: Heitor Donizete de Oliveira, Data de Julgamento: 30/07/2020, 12.<sup>a</sup> Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 30/07/2020, TJ-SP - APR: 00019586720158260431 Pederneiras, Relator: Heitor Donizete de Oliveira, Data de Julgamento: 30/06/2023, 12.<sup>a</sup> Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 30/06/2023.

26. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8d70f3293b371566/20210903> [fecha de consulta: 29/04/2022].

tipo” criminal a una determinada conducta porque la consideran constitutiva de una acción lesiva insignificante o simplemente porque la valoran en ausencia de una sanción penal en una determinada situación<sup>27</sup>.

De la audiencia provincial de Madrid, a su vez, contamos con dos juzgados. El primero, de 2 de febrero de 2021<sup>28</sup>, en el que el recurrente fue condenado por sustracción de una cartera y solicitó el reconocimiento del principio de insignificancia, especialmente como consecuencia de la recuperación del bien por parte de la víctima. El juzgado de segunda instancia mantuvo la pena impuesta: veinte días de multa, con una cuota de 6 euros diarios, y desestimó los argumentos defensivos, máxime teniendo en cuenta que el bien jurídico lesionado en su momento era el derecho de propiedad propia de la víctima.

El segundo, de 26 de octubre de 2017<sup>29</sup>, desestimó la pretensión absolutoria del recurrente, quien, condenado a 29 días de multa con una cuota de 6 euros diarios, pedía el reconocimiento del principio de insignificancia a la sustracción de paquetes de embutidos. En esta ocasión, la eliminación del argumento se debió al énfasis en que el “principio de insignificancia” no se incorporaría a la legislación española y que “el principio de intervención mínima no es un principio de la interpretación del derecho penal, sino de la política criminal que se dirige fundamentalmente al legislador, y que sólo puede operar como criterio regulador de la interpretación de las normas penales

27. La justificación esbozada fue: “Ya en el plano de la imputación, el juez deberá valorar si se dan o no los criterios que permiten la imputación objetiva del resultado producido, o excluir la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado, en cuanto éste no abarca la concreta forma de producción del resultado. Y desde luego, todos los casos en los que, si bien se ha producido la conducta prohibida, cabe identificar ello no obstante una situación de error del sujeto activo tanto sobre la propia ilicitud del hecho como de la concurrencia de elementos de la norma que determinan la responsabilidad penal por el hecho. Posibilidades estas, entre otras muchas, interpretativas y aplicativas de los tipos penales respetuosas con la naturaleza fragmentaria de la intervención penal y con el principio de distribución constitucional de poderes, que quedan muy lejos de la simple inaplicación de la norma por un desmedido y poco justificado uso de un parámetro de racionalidad de la intervención legislativa no destinado a los jueces, como lo es el principio de intervención mínima. Sentado lo anterior, lo que procede por tanto plantearse no es si la conducta del aquí recurrente merece ser castigada en atención a difusos, por inseguros, criterios de intervención mínima de la norma penal, sino si procede el castigo porque, primero, se han acreditado en términos de prueba sólida los elementos descriptivos y normativos del tipo en cuestión para, después, valorar si, además, se puede identificar el exigible nivel de adecuación de la acción para la lesión del bien jurídico protegido de que se trate. Y adelantamos ya que así ha sido”.

28. STP Madrid de 2 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c2a3b613d4b44cc0/2> [fecha de consulta: 29/04/2022].

29. STP Madrid de 26 de octubre de 2017. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1bc6f1040e4daa2f/20180110> [fecha de consulta: 29/04/2022].

de manera mediata<sup>30</sup>, pero sin que en ningún caso pueda servir para invalidar una interpretación de la ley ajustada al principio de legalidad”.

En otro precedente más surgido de la Audiencia Provincial de Tarragona<sup>31</sup>, las recurrentes, María y Marina, fueron condenadas a 29 días de multa con una cuota diaria mantenida de 4 euros, por sustracción de objetos por valor aproximado de 82 euros. Exactamente como en la votación principal mencionada en el primer ejemplo, los jueces descartaron la incidencia del principio de insignificancia bajo el razonamiento de que no les correspondería evaluar un supuesto exceso de intervención punitiva, es decir, que el principio de intervención mínima no se confundiría con la consideración de ofensividad y que, en el caso concreto, no habría lugar para tal consideración.

En materia de delitos fiscales, al igual que en Brasil, el ordenamiento jurídico español establece un límite cuantitativo para que una determinada evasión fiscal sea efectivamente objeto de persecución penal. A diferencia de Brasil, sin embargo, el límite español para que una conducta sea considerada delito fiscal supera los cien mil euros (120.000 euros) y está expresamente previsto en el artículo 305 del Código Penal español<sup>32</sup>.

30. La justificación esbozada fue: “Este principio de insignificancia o de bagatela ha tenido acogida en nuestro derecho positivo, de la mano del principio de oportunidad, en los delitos leves, en los artículos 963 y 964 LECrim, que fundan la impunidad de delitos leves de muy escasa dañosidad no en razón de su atipicidad penal, sino en motivos pragmáticos de orden político criminal y procesal, mediante la utilización del principio de oportunidad, como excepción al principio de legalidad u obligatoriedad en la persecución penal, no justificándose la apertura del proceso penal ante la presencia de delitos levísimos o insignificantes, atribuyéndose al Ministerio público Fiscal una facultad de discrecionalidad reglada. En este caso, el Ministerio Fiscal no ha considerado que en el hecho cometido por el denunciado concurrieran los presupuestos de artículo 963 LECrim. O de otro modo, no ha entendido que la infracción del denunciado revista escasa gravedad. Es más, ha solicitado la pena máxima para ella. Tampoco lo entiende la Juzgadora a quo, que ha procedido a la condena del denunciado, debiendo confirmarse su criterio, pues no solo los hurtos de bagatela encajan en el tipo del artículo 234 CP, sino en la concreta cuantía de lo hurtado por el denunciado, aun cuando no es excesivamente elevada, tampoco puede sostenerse que sea escasa o irrelevante (170 €), siendo el objeto del hurto trece los blíster de jamón de bellota”.

31. STP Tarragona de 13 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/49213ad6d7b12e50/20210518>. Consultado el 29/04/2022.

32. “Artículo 305: El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.

## 5. REFLEXIONES SOBRE LAS DECISIONES ANALIZADAS: CAUSAS Y CONSECUENCIAS

Antes de profundizar en las conclusiones que se pueden extraer de este simple análisis jurisprudencial, es necesario subrayar que las situaciones no son equiparables. En primer lugar, la realidad de países latinoamericanos como Brasil se caracteriza por una intensa desigualdad social, incluidos episodios de pobreza extrema. Actualmente, es de conocimiento público que una parte considerable de la población carece de elementos básicos de supervivencia, como productos de higiene personal o alimentos. En los medios brasileños no faltan referencias a la pobreza menstrual que viven muchas adolescentes y preadolescentes en situación de vulnerabilidad, o incluso investigaciones que muestran que el aumento de la inflación ocurrido en los últimos años ha obligado a algunas brasileñas a renunciar a sus productos de higiene personal para cubrir gastos básicos.

Este panorama social incide directamente en la amplitud de los efectos provocados por el enfoque jurisprudencial ilustrado anteriormente. La desigualdad que enfrentan estos ciudadanos no se restringe al espectro sociológico, sino que se reproduce en el ámbito judicial cuando observamos la difusión de preceptos aporofóbicos y plutofílicos de manera estructural en la toma de decisiones.

Respecto al contexto brasileño, es posible notar con cierta facilidad que los pobres son muchas veces interpretados como individuos con alto peligro social, que deben ser contenidos, si no separados de los demás, considerados “buenos ciudadanos” y, por tanto, poseedores de derechos. Bajo esta lógica, sería deber del Poder Judicial mantener bajo control las expectativas sociales e, igualmente, enviar un mensaje a los ciudadanos de que esa situación no es socialmente tolerada, en un típico enfoque de prevención general negativa.

La adopción de estas premisas como *ratio decidendi* está tan arraigada en los precedentes enumerados que los juzgadores no dudan en reproducir un discurso típicamente ilustrativo del derecho penal del autor, como la afirmación de que la consideración del principio de insignificancia necesariamente pasa por alto las “condiciones personales del agente”, su modo de vida o el alcance de su “peligrosidad social”. El escenario ilustra, como afirma Pérez Cepeda, que:

Aquellos individuos que son víctimas del sistema económico, que han sido empujados hacia la pobreza, son el objetivo prioritario de la selectividad penal, desarrollando una misión simbólica para la sociedad: la reafirmación de la autoridad estatal y el redescu-

---

La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años”. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

brimiento de la voluntad de los grupos políticos de enfatizar la frontera entre los ciudadanos pobres y los otros ciudadanos<sup>33</sup>.

Además de la insuficiencia de este procedimiento con un modelo de derecho penal democrático y principista, las decisiones demuestran una falta de vinculación teórica y una falta de conocimiento del papel mismo que la consideración de la ofensividad representa para la teoría del delito<sup>34</sup>. La pobreza de argumentos comúnmente presentados por cierta parte de la jurisprudencia brasileña en relación con este punto se ve alimentada por el supuesto de que el llamado “principio de insignificancia” es el resultado de una construcción jurisprudencial y que, por lo tanto, sistémicamente no representa una funcionalidad real dentro de la estructura de imputación.

Esto se debe a que, a partir de la sentencia de Habeas Corpus n.º 844412, la consideración del principio de insignificancia comenzó a difundirse jurisprudencialmente a partir del establecimiento de requisitos para su valoración por parte del Supremo Tribunal Federal, a saber: i) mínima ofensividad de la conducta; ii) ausencia total de peligrosidad social de la acción; iii) reducido grado de reprobabilidad de la conducta, y iv) daño jurídico insignificante, lo que aumenta considerablemente la subjetividad del análisis en relación al hecho.

La concepción del principio alejada de su significación dentro de una lógica sistémica –y, por tanto, alejada de la idea de ofensividad–<sup>35</sup> como mera construcción jurisprudencial incluso ignora postulados de autores brasileños que durante mucho tiempo han destacado este vector como una consecuencia directa de la concepción de *ultima ratio* y el uso del bien jurídico como núcleo del derecho penal contemporáneo. Silva y

33. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Aporofobia y derecho penal en el estado social. En Benito Sánchez, Demelsa y Gil Nobajas, María Soledad. *Alternativas político-criminales frente al derecho penal de la aporofobia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 41.

34. Según Ferrajoli, el principio de ofensividad, comprendido en un sentido heteropoiético, incluye y al mismo tiempo está incluido en esa gran conquista de la modernidad jurídica que es la separación axiológica entre el Derecho y la moral. FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo Foro Penal*. 2012, n.º 79, p. 109.

35. En cuanto a la función que juega la ofensiva dentro de la lógica del sistema penal, también aclara Ferrajoli que «es posible articular el principio de ofensividad en dos subprincipios: el de ofensividad en abstracto, que podría anclarse a la Constitución mediante una formulación del tipo “nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional”; y el de ofensividad en concreto, con el cual se podría establecer que “nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, ningún daño o peligro”. El primer principio, al consistir en una norma dirigida al legislador, debería formularse en la Constitución. El segundo, al ser una norma dirigida a los jueces, podría perfectamente ser previsto por una ley común. En ambos casos, este principio tiene la forma, que es propia de todas las garantías, de límite o conditio sine qua non de la intervención penal». FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo Foro Penal*. 2012, n.º 79, p. 111.

Prado, por ejemplo, definen el principio de insignificancia como “resultado del propio modelo de derecho penal y se fundamenta en el principio de proporcionalidad que debe guiar la intervención penal en el Estado Democrático de Derecho”<sup>36</sup>. Vico Mañas, por su parte, explica correctamente que:

Ya no existe ninguna justificación para que el derecho positivo, como objeto de estudio del derecho penal, sea valorado de forma abstracta y aislada. Es necesario acercarlo a la realidad, procurando que el sistema no desestime las conclusiones de otras áreas del conocimiento humano, entre ellas la irrefutable proposición política criminal de la necesidad de despenalizar conductas que no afecten significativamente la vida en sociedad<sup>37</sup>.

Más que confrontar directamente posiciones dogmáticas, el enfoque observado termina violando vectores básicos de nuestro ordenamiento jurídico, como el principio de culpabilidad (previsto en el art. 5.º XLV<sup>38</sup> de la Constitución Federal) y el de proporcionalidad. En relación con el primero, la instrumentalización de otro ser humano para satisfacer la intención de intimidar a otras personas se hace evidente al adoptar la premisa de que la admisión de la atipicidad de la conducta resultaría en un “incentivo a la práctica delictiva”. En realidad, el postulado representa una inversión del razonamiento que debería guiar cualquier decisión judicial. Si bien la imposición de una pena se entiende mayoritariamente como una herramienta de prevención, el derecho penal apunta fundamentalmente a resolver problemas del pasado, es decir, identificar en qué situación un hecho se considera penalmente injusto y, por tanto, relevante hasta el punto de justificar una sanción penal. Esta consideración precede fundamentalmente a la consideración relativa al agente, que solo debe valorarse en la categoría de culpabilidad.

En este caso, las decisiones basadas en este supuesto descartan por completo la consideración de lo que es injusto y, especialmente, ignoran la valoración que

36. SILVA, Ivan Luiz da y PRADO, Geraldo (Coords.). *Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais*. Coleção Pensamento Crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 10. NÓ-BREGA, Adriana de Oliveira; SILVA, Altamir Francisco da y CANTARELLI, Margarida. O princípio da insignificância na história das ciências penais. *ELICTAE*. 2019, 4(6), p. 161.

37. En el original “Não há mais justificativa para que o direito positivo, como objeto de estudo do Direito Penal, seja apreciado de forma abstrata e isolada. É preciso reaproximá-lo da realidade, fazendo com que o sistema não desconsidere as conclusões de outras áreas do conhecimento humano, dentre elas a irrefutável proposição político criminal da necessidade de descriminalização de condutas que não atinjam de maneira significativa a vida em sociedade”. MAÑAS, Carlos Vico. *O Princípio da Insignificância como excludente de Tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 10.

38. “Art. 5.º: XLV - Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

constituye el núcleo de los modelos de derecho penal contemporáneos, a saber, la creación de peligro o lesión del bien jurídico tutelado en esa ocasión. Es decir, independientemente de la relevancia jurídica del acto perpetrado, solo se evalúa a la persona que lo cometió. Se desvía, por tanto, de la función principal del derecho penal y vuelve a centrarse en premisas medievales restringidas a la peligrosidad social del agente.

En cuanto al principio de proporcionalidad, la violación deriva precisamente de la cuantía de la pena impuesta, especialmente por la gravedad del hecho perpetrado, y sobre todo en relación con el contexto social que dio origen a la práctica: los agentes procesados por hurto son castigados por una práctica que ni siquiera tiene potencial ofensivo en consideración al patrimonio de la víctima; además, se les condena a cumplir una pena privativa de libertad, lo que se sabe que es la amonestación más grave que existe en el ordenamiento jurídico brasileño.

El reflejo de esta situación es la reproducción de la violencia y, al mismo tiempo, el alejamiento de la justicia de la población, ya que la seguridad jurídica se ve comprometida por la difusión de decisiones contradictorias, especialmente provenientes del mismo órgano jurisdiccional. Como se vio en la sección anterior, observamos la adopción de premisas diferentes por parte de los mismos jueces, dependiendo de la calidad de las personas involucradas y a pesar de que el núcleo de la discusión fáctica sea fundamentalmente el mismo: el grado de ofensa ocasionada al bien jurídico tutelado. Como explica Bottini sobre el fenómeno:

La ausencia de reflexiones dogmáticas más profundas sobre los contornos de la insignificancia y los parámetros de aplicación llevó a la jurisprudencia a recurrir a criterios menos precisos, que, si bien permiten gestionar el principio para diferentes situaciones, terminan permitiendo interpretaciones muy diferentes para casos prácticamente idénticos, mitigando igualdad y seguridad jurídica, que merecen especial atención en el ámbito penal<sup>39</sup>.

En los casos analizados, la cuestión es más notoria ya que la discusión se centra en un mismo parámetro cuantitativo, es decir, el dinero, y lo que representa esa cantidad sustraída en términos de infracción.

Cabe señalar que, en los precedentes analizados, el Tribunal de Justicia del estado de São Paulo mantuvo la condena de los recurrentes, quienes, por su reincidencia,

39. En el original: "A ausência de reflexões dogmáticas mais profundas sobre os contornos da insignificância e de parâmetros para a aplicação levou a jurisprudência a recorrer a critérios pouco precisos, que, ao mesmo tempo que possibilitam o manejo do princípio para diferentes situações, acabam por permitir interpretações muito distintas para casos praticamente iguais, mitigando a isonomia e a segurança jurídica, que merecem especial atenção na seara penal". BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A confusa exegese do Princípio da insignificância*. Em Rascovsckl, Luiz (Coord.). *Temas Relevantes de direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 250.

fueron sometidos a una pena privativa de libertad sin posibilidad de conversión en pena restrictiva de derecho, ya sea de carácter pecuniario o de prestación de servicios a la comunidad. En esta circunstancia, observamos la revictimización de individuos que ya sobreviven en una situación precaria –muchas veces sin acceso a artículos de primera necesidad– ya que, una vez insertados en el sistema de justicia penal, también pasan a ser estigmatizados por la supuesta práctica delictiva. El fenómeno se manifiesta con el tiempo como un círculo vicioso, en el que los vulnerables son privados de su dignidad e insertados en un sistema que los alejará aún más de la posibilidad de una futura reintegración social.

En estas condiciones, el Estado se abstiene de proporcionar un mínimo de dignidad a los ciudadanos y no tiene en cuenta la lógica de principios que debería guiar su actual modelo de procesamiento penal para atribuir precisamente culpabilidad –y una pena privativa de libertad– a quienes deberían recibir condiciones mínimas de existencia.

Respecto al modelo español, en cambio, observamos una reducción de esta consecuencia, ya que las sanciones imputadas a los agentes se limitan al pago de una multa, a menudo adecuada a la situación financiera del demandado, que ya se ha visto comprometida.

Por otro lado, podemos observar un problema similar en cuanto a la disparidad de tratamiento entre los casos de impuestos y los casos de robo. Si bien el límite de R\$ 20.000 fue resultado de una interpretación sistemática realizada por la doctrina y la jurisprudencia brasileña. En el escenario español la situación es similar, ya que el límite para la persecución del fraude en el contexto penal está expresamente previsto en el artículo 305 del Código Penal español y supera la cota de 120.000 euros, que aumenta la disparidad entre el trato otorgado por el Estado. Mientras que las personas que roban carne o embutidos son condenadas penalmente por el hecho, es decir, reciben el sello de “criminal” –lo que luego dificultará su reinserción a nivel social–, los ciudadanos que evaden miles de euros, es decir, retienen de la sociedad un valor que estaría destinado a financiar obras y servicios esenciales, ni siquiera son objeto de denuncia y solamente son castigados en la esfera administrativa.

Respecto a los argumentos desarrollados en las sentencias analizadas, se puede advertir un enfoque mucho más técnico en la eliminación de argumentos defensivos, sin ninguna referencia a la vida anterior del agente, tampoco afirmaciones de que el reconocimiento de los argumentos expuestos tendría repercusiones en términos de normas rectoras de conducta social. Sin embargo, es posible señalar que, al igual que las sentencias provenientes de los tribunales brasileños, las manifestaciones jurisdiccionales españolas evitan analizar en profundidad si el resultado practicado como manifestación del riesgo prohibido representa efectivamente una infracción relevante al bien jurídico protegido.

Los precedentes surgidos de la Audiencia Provincial de Tarragona, por ejemplo, si bien hacen extensas consideraciones sobre el momento de consideración del principio de mínima intervención –y que la competencia para valorar esta cuestión quedaría

restringida al ámbito legislativo<sup>40</sup>, no logran explicar por qué, en un modelo dogmático contemporáneo, entendido mayoritariamente como destinado a la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, dejaría de lado la consideración concreta de la creación de peligro o daño al elemento que se pretende proteger<sup>41</sup>. La única sentencia identificada que efectivamente hace alguna consideración sobre la conducta perpetrada lo hace al agregar que el bien jurídico tutelado por el hurto es la propiedad y no el patrimonio, pero no explica la postura jurisprudencial adoptada.

Esta aclaración sería oportuna sobre todo porque, incluso en los casos en que el bien jurídico sea reconocido como propiedad, subsistiría la posibilidad de identificar la inocuidad del resultado causado al bien jurídico. Camiletti habla sobre el tema:

Estimo adecuada o prima facie válida, la idea respecto que un análisis de la afectación al bien jurídico “propiedad” [...], no puede hacerse en forma abstracta, sino que tomando como punto de partida para su análisis la teoría del delito y la afectación del bien jurídico como límite a la tipicidad de una conducta, de modo tal que una lesión insignificante, pueda resultar atípica por no poseer entidad suficiente para requerir la intervención estatal y dar comienzo a su ius puniendi. Es por ello también que como se explicara con anterioridad, no debe perderse de vista el principio general de ultima ratio del derecho penal, por lo que a la hora de realizar un estudio dogmático y típico de la conducta imputada debe hacerse en un todo conjunto, y no de manera aislada<sup>42</sup>.

Sin embargo, incluso si se entiende que la conducta analizada en concreto no sería insignificante en relación con el bien jurídico protegido o incluso que el análisis sobre supuestos nocivos solo sería pertinente al momento legislativo –postura que rechazamos–, quedaría en manos de los tribunales incluso la obligación de desarrollar por qué

40. Segundo HERRERO GIMÉNEZ o TS también se ha manifestado en este sentido, por ejemplo, la STS 24 diciembre 1990, FJ 2.º. HERRERO GIMÉNEZ, Rubén. La introducción del valor del iva en la cuantía de lo sustraído en el delito de hurto: ¿supone una discriminación a la pobreza? En Gil Nobajas, María Soledad y Benito Sánchez, Demelsa. *Alternativas político-criminales frente al derecho penal de la aporofobia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 329.

41. La consideración en el caso concreto es defendida, por ejemplo, por Feijoo Sánchez, quien afirma que “en el marco de un Estado moderno una norma penal que no proteja nada digno de protección (más evidente si lo que protege es indigno de protección) es ilegítima y de que las normas tienen que proteger aquello que sea entendido como valioso para la generalidad representa un punto de partida irrenunciable”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. *InDret*. 2008, 2, p.16; como explica Marta Fernández CABRERA, ao dizer que “para poder afirmar que una intervención del legislador es legítima hay que llevar a cabo una serie de juicios posteriores, pero que se construyen irremediamente sobre el bien jurídico mismo”. CABRERA, Marta Fernández. A vueltas con la función político-criminal del bien jurídico. *Foro, Nueva Época*. 2016, 19(1), p. 197.

42. CAMILETTI, Tomás. El principio de insignificancia en el delito de hurto: Principales aspectos y su problemática. *Revista Derechos en Acción*. 2020, n.º 16, p. 273.

la situación de pobreza vivida por el agente no encajaría en una situación de estado de necesidad<sup>43</sup>. No observamos eso en las decisiones analizadas.

En general, al reflexionar sobre la pregunta que orienta este trabajo, es posible concluir que los supuestos aporofóbicos y plutofílicos se manifiestan estructuralmente en ambos ordenamientos jurídicos analizados, a través de la respuesta jurisdiccional otorgada a determinados hechos y camufladas por argumentos superficialmente lógicos. En otras palabras, el enfoque discriminatorio practicado por el Estado en detrimento de los sectores más pobres y, en consecuencia, más vulnerables de la población no se limita a la creación de tipos criminales, sino que deriva sobre todo de la distorsión teórica de los postulados fundacionales, para legitimar la imposición de sanciones más graves a personas implícitamente reconocidas como socialmente peligrosas<sup>44</sup>.

Esta conclusión se puede deducir de la aplicación dispar que se le otorga a la idea del principio de insignificancia, al dejar de lado la consideración sobre el bien jurídico en los delitos habitualmente cometidos por una determinada porción de la población, mientras que se tiene en cuenta a priori cuando el objetivo de la criminalización son personas debidamente insertadas en la jerarquía social, especialmente en los niveles superiores de la cadena.

En línea con lo que nos enseña Vico Mañas, el alejamiento teórico de la provisión judicial da lugar precisamente a este tipo de enfoques, aun considerando que la

43. Respecto a la diferencia entre analizar la infracción causada al bien jurídico tutelado y, por tanto, considerar la consideración de insignificancia dentro de una lógica de imputación y la presencia de una exclusión de antijuridicidad, explica Mir Puig: “La razón primera por la cual se tipifica un hecho como delictivo es que supone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico no justificada por la necesidad de salvar otro bien jurídico preferente. Este contenido es la base primera del desvalor objetivo del injusto. El tipo parte de la exigencia de un resultado (separado o no de la conducta) que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. Las causas de justificación parten de la concurrencia de situaciones que hacen desaparecer el significado negativo del hecho típico porque lo hacen necesario para la salvaguarda de otros bienes jurídicos y principios superiores. Ni el resultado típico ni los presupuestos de las causas de justificación adquieren su sentido valorativo originario de la posibilidad de imputación (intersubjetiva, subjetiva o personal). Más bien, al contrario, la imputación adquiere su carácter negativo del objeto último a que se refieren todos sus niveles: la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico no justificada”. MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2003, p. 12.

44. Sobre la punición de ciudadanos considerados “anormales”, enseña Fuziger: “Dessa forma, a norma penal é aplicada contra aquele que não é normal. Esta noção de normalidade está muito vinculada à ideia do ‘cidadão de bem’, aquele que historicamente escapa do alcance do direito penal, mesmo tendo delinquido, seja porque possui uma especie de presunção de idoneidade em razão de um status social ‘diferenciado’ [...] ou porque seu tipo de delinquência é mais refinado, estando bem amparado por redes de proteção e operando de forma menos detectável”. FUZIGER, Rodrigo José. *As Faces de Jano: O simbolismo no direito penal*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2014, p. 280.

dogmática penal es un instrumento para legitimar lo jurídicamente posible y, por tanto, para mantener la seguridad jurídica. En el panorama brasileño, la aplicación jurisprudencial del instituto confronta lecciones básicas sobre la ofensiva y el concepto de bagatela. Silva Sánchez, por ejemplo, nos enseña claramente que:

La dañosidad social de la lesión sí es requisito de toda protección jurídica del objeto lesionado. Todo bien, para ser «jurídico» requiere, pues, que los ataques contra el mismo se revelen como trascendentes en la esfera social en un sentido dañoso: si al Derecho, en su conjunto, le competen funciones de protección social, éste sólo podrá intervenir en casos en que concurra la referida dañosidad social<sup>45</sup>.

En el mismo sentido, Mir Puig enseña:

Por último, aunque la Constitución reconozca un determinado bien, sería evidentemente contrario al principio de proporcionalidad protegerlo penalmente de todo ataque, incluso ínfimo, sin requerir un mínimo de afectación del bien. Precisamente, en la práctica, el problema suele ser qué grado de afectación de un determinado interés es suficiente para hacerlo objeto de tutela jurídico-penal<sup>46</sup>.

Esta lógica, por tanto, debe seguirse en todo el sistema, y no solo para algunos tipos de delitos que, bajo un análisis discrecional del juez, merecerían una mayor tolerancia por parte del Estado.

No basta, el enfoque adoptado indica que el propio Estado desconoce su participación en la creación del problema, ya que la falta de condiciones mínimas de dignidad humana es la razón para la comisión de delitos contra la propiedad, especialmente aquellos que involucran bienes de consumo esenciales. En esta lógica, correspondería al propio Estado considerar estos vectores en el momento de la imputación penal y, en consecuencia, de la imposición de una pena, apuntando precisamente a la racionalización del sistema de justicia penal en atención a los deseos y necesidades sociales contemporáneas. Esto es lo que nos enseña Pérez Cepeda<sup>47</sup>:

Ahora bien, la responsabilidad del Estado origina que nos podamos cuestionar no solo la obligatoriedad de las normas penales, sino también la legitimidad para castigar, la autoridad del Estado, cuando una persona excluida jurídica, social y económicamente comete un delito motivado por esta situación, en la medida en que el Estado es corresponsable por su omisión para erradicar o al menos mitigar la misma. Como se ha indicado, el Estado puede ser cooperador por omisión en aquellos casos en que no ha

45. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José María Bosch, 1992, p. 276.

46. MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 164.

47. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Aporofobia y derecho penal en el estado social. En Benito Sánchez, Demelsa y Gil Nobajas, María Soledad. *Alternativas político-criminales frente al derecho penal de la aporofobia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 48-49.

asegurado los derechos económicos, políticos y culturales, así como las condiciones para ejercerlos, cuando no garantiza la satisfacción de las necesidades mínimas, sus necesidades económico-sociales y también más ampliamente, dando lugar a complicidad, cuando no toma las medidas que sean necesarias para que el derecho de igualdad sea una realidad efectiva.

Siguiendo esta lógica, desde la popularización de la obra paradigmática de Claus Roxin, se sabe que un modelo de teoría del crimen de orientación teleológica es más consistente con el enfoque del derecho penal a los problemas sociales contemporáneos, especialmente debido a la intensificación de la complejidad y la inmensidad de riesgos cotidianos:

El Derecho, y el Derecho penal como una parte del Derecho, no es más que un instrumento puesto al servicio de los fines de la comunidad. Si se quiere comprender su esencia, es necesario tener en cuenta esos fines y construir el sistema jurídico no hacia dentro, sino hacia afuera, abierto a los problemas y fines sociales. Claro es que con ello el edificio sistemático perderá en belleza, pero ganará en funcionalidad y eficacia. Y esto último es lo que debemos mostrar: un instrumento, si quiere ser apto para el cumplimiento de los fines para los que ha sido creado<sup>48</sup>.

En estas condiciones, se sabe que la tipicidad no se limita a un mero juicio formal de subsunción, sino que debe operacionalizarse como un mecanismo evaluativo en relación con los fines mismos del derecho penal<sup>49</sup>. En consecuencia, la consideración de la ofensividad de la conducta en relación con el bien jurídico se convierte en uno de los principales vectores de análisis en relación con esta categoría, sirviendo incluso como herramienta para la manifestación de principios constitucionales básicos como la proporcionalidad<sup>50</sup> y la propia legalidad<sup>51</sup>.

48. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 23.

49. En este sentido: “Sem que se abra mão da seguridade jurídica que o sistema deve proporcionar, deve-se outorgar específico significado político-criminal a cada elemento do crime. À tipicidade, por conseguinte, não pode ser reservado o mero papel de juízo formal de subsunção. Como expressão do princípio constitucional da legalidade, deve ter, igualmente, conteúdo material e valorativo”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A confusa exegese do Princípio da insignificância. En Rascovscki, Luiz (Coord.). *Temas Relevantes de direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 250.

50. En este sentido: “En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza ‘fragmentaria’ del Derecho penal”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general*. Tomo I. 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Cívitas, 1997, p. 65.

51. En este sentido: “A ofensividade, torna-se, pois, uma categoria jurídica capaz de expressar um autônomo desvalor de resultado, absolutamente independente de outros centros de

De esta manera, el desconocimiento de estos supuestos básicos a la hora de evaluar el caso concreto –como lo hace parte del Poder Judicial– abre la puerta a la distorsión de la lógica del sistema y, principalmente, a la eliminación de las condiciones de igualdad que son innatas a la operacionalización de la teoría del delito tal como la conocemos. En estas condiciones, la plutofilia y la aporofobia se manifiestan como reflejo de consideraciones subjetivas realizadas por los jueces –es decir, seres humanos– encargados de analizar el caso concreto.

En resumen, el simple análisis aquí presentado destaca que la vigilancia continua contra fenómenos que estampan y reproducen la desigualdad social –como la aporofobia y la plutofilia– no puede agotarse en el ámbito político-criminal y, por tanto, en un momento pretípico, sino que debe centrarse en él. Se trata también de la aplicación sistemática de la jurisprudencia y de cómo el alejamiento técnico-dogmático de este procedimiento facilita la promoción de decisiones que, además de ser técnicamente incorrectas, son materialmente injustas. La dogmática, por tanto, se manifiesta una vez más como un mecanismo para mantener la seguridad del orden y el respeto a las premisas axiológicas y principistas de un Estado democrático de derecho.

## 6. CONCLUSIÓN

El objetivo de esta investigación fue resolver las siguientes interrogantes: i) ¿el principio de insignificancia se interpreta de la misma manera en delitos habitualmente cometidos por personas vulnerables (hurto) y en relación con delitos generalmente cometidos por los estratos más ricos (delitos fiscales)? y ii) dado el escenario observado, ¿es posible identificar manifestaciones aporofóbicas y plutofílicas en las decisiones analizadas?

Los resultados alcanzados permiten inferir que la falta de consideración sobre el principio de insignificancia en los delitos de hurto (en comparación con su amplio reconocimiento en los delitos fiscales) representa un trato jurisdiccional desigual, en un ejemplo típico de manifestación aporofóbica y plutofílica por parte de los organismos analizados.

La disparidad –e ilegitimidad– del tratamiento dado a la capa más débil de la población es más obvia cuando analizamos las justificaciones dadas por las salas penales del Tribunal de Justicia del estado de São Paulo (Brasil), que, en clara manifestación de un derecho penal de autor, valora negativamente las condiciones personales del agente a pesar del valor ínfimo de los bienes sustraídos.

---

desvalor que possam a ela estar teleologicamente relacionados. A ofensividade ganha, dessa maneira, pela autonomia e, por decorrência, capacidade de fundamentação e delimitação do ilícito”. D’AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 76.

También se pudo constatar que la exención de la consideración de ofensividad se articula generalmente con pocas consideraciones sistémicas sobre el papel del bien jurídico como núcleo del sistema penal e instrumento de contención del poder punitivo del Estado en ambos países analizados. Así, los resultados incluso refuerzan, aunque de manera transversal, la importancia de la dogmática penal al presentarse como una herramienta de coherencia sistémica, ya que las decisiones analizadas sobre el delito de hurto ignoran la función que el delito juega dentro de un modelo de derecho penal teleológicamente orientado. En otras palabras, el escenario observado explica que, cuanto más dogmáticamente coherentes sean las decisiones, más justo y proporcional será el resultado alcanzado.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A confusa exegese do Princípio da insignificância. En RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas Relevantes de direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CABRERA, Marta Fernández. A vueltas con la función político-criminal del bien jurídico. *Foro, Nueva Época*. 2016, 19(1), pp. 173-202.
- CAMILETTI, Tomás. El principio de insignificancia en el delito de hurto: Principales aspectos y su problemática. *Revista Derechos en Acción*. 2020, año 5/n.º 16, pp. 255-273.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. *InDret*. 2008, n.º 2.
- FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo Foro Penal*. 2012, n.º 79.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal. *Revista Penal*. 2022, n.º 20, pp. 11-27.
- FUZIGER, Rodigo José. *As Faces de Jano: O simbolismo no direito penal*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito: Universidade de São Paulo, 2014, pp. 1-280.
- HERRERO GIMÉNEZ, Rubén. La introducción del valor del iva en la cuantía de lo sustraído en el delito de hurto: ¿supone una discriminación a la pobreza? En Gil Nobajas, María Soledad y Benito Sánchez, Demelsa. *Alternativas político-criminales frente al Derecho Penal de la aporofobia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- MAÑAS, Carlos Vico. *O Princípio da Insignificância como excludente de Tipicidade no direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.
- MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Aporofobia y derecho penal en el estado social. En Gil Nobajas, María Soledad y Benito Sánchez, Demelsa. *Alternativas político-criminales frente al derecho penal de la aporofobia*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2022.

- PICADO VALVERDE, Eva María; NIETO LIBRERO, Ana Belén; GUZMÁN ORDAZ, Raquel; YURREBASO MACHO, Amaia y JÁÑEZ GONZÁLEZ, Álvaro. Detección de la discriminación hacia los pobres: Aporofobia. *Revista Miscelánea Comillas*. 2020, Ed 77, n.º 151, pp. 417-430.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general*. Tomo I. 2.ª ed. Madrid: Cívitas, 1997.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SILVA, Ivan Luiz da y PRADO, Geraldo (Coords.). *Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais*. Coleção Pensamento Crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- NÓBREGA, Adriana de Oliveira; SILVA, Altamir Francisco da y CANTARELLI, Margarida. O princípio da insignificância na história das ciências penais. *ELICTAE*. 2019, 4(6).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José María Bosch, 1992.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Madrid: J. M. Bosch Editor, 2020.