

GUADALUPE
SÁNCHEZ BAENA

POPULISMO PUNITIVO



UN ANÁLISIS ACERCA DE LOS PELIGROS
DE AUPAR LA VOLUNTAD POPULAR
POR ENCIMA DE LEYES E INSTITUCIONES

PRÓLOGO DE JOHN MÜLLER

DEUSTO

Populismo punitivo

Un análisis acerca de los peligros
de aupar la voluntad popular
por encima de leyes e instituciones

GUADALUPE SÁNCHEZ BAENA



EDICIONES DEUSTO

© Guadalupe Sánchez Baena, 2020

© Editorial Planeta, S.A., 2020

© de esta edición: Centro de Libros PAPP, SLU.

Deusto es un sello editorial de Centro de Libros PAPP, SLU.

Av. Diagonal, 662-664

08034 Barcelona

www.planetadelibros.com

ISBN: 978-84-234-3129-8

Depósito legal: B. 1.247-2020

Primera edición: febrero de 2020

Preimpresión: gama, sl

Impreso por Artes Gráficas Huertas, S.A.

Impreso en España - *Printed in Spain*

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea éste electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (Art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con CEDRO a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 91 702 19 70 / 93 272 04 47.

Sumario

Prólogo de John Müller	13
Introducción	19
1. Historia reciente del populismo punitivo.....	25
1.1. La nueva ola populista frente a su némesis: el Estado liberal y democrático de derecho .	25
1.2. El derecho penal del acto frente al derecho penal de autor	33
2. El derecho penal frente al populismo feminista o identitarista de género	59
2.1. Elementos definitorios del feminismo populista. El derecho penal como un medio para imponer el cambio social	59
2.2. La instrumentalización punitiva de las agresiones sexuales a mujeres. La reforma del Código Penal en materia de consentimiento y la presunción de veracidad de la mujer víctima.....	87
2.3. La Ley contra la Violencia de Género	122

3. La criminalización preventiva del inmigrante. . .	167
3.1. El extranjero como delincuente en nuestro Código Penal	180
3.2. El extranjero como víctima en el Código Penal	197
3.3. La problemática con los menores extranjeros no acompañados (menas)	208
Agradecimientos	223
Bibliografía	225

Historia reciente del populismo punitivo

1.1. La nueva ola populista frente a su némesis: el Estado liberal y democrático de derecho

España no ha permanecido ajena a la oleada populista experimentada por otras democracias occidentales. En los últimos años nuestro país ha asistido al fin del bipartidismo y a la irrupción en la arena política de nuevos partidos de marcado carácter personalista, cuyos líderes se auto-proclaman auténticos representantes del pueblo, de la «gente real», con el objetivo de cuestionar la legitimidad no sólo de las élites, sino también de sus contendientes y, en definitiva, la del mismísimo sistema democrático liberal, por no ser éste el idóneo para quienes pretenden ejercer el poder como líderes incuestionados e incuestionables. Lamentablemente, los partidos tradicionales no han permanecido ajenos a la ola populista, que muchas veces han decidido combatir asumiendo tanto sus postulados como sus estrategias comunicativas.

Señala acertadamente Jan-Werner Müller que no cualquier crítica a las élites supone la asunción de un discurso netamente populista, pues permanecer vigilante

con el poder es una muestra de compromiso democrático. La auténtica clave definitoria del populismo es la personalización y moralización del conflicto político,¹ la exaltación de la emoción frente a la lógica o la razón.

Como no puede ser de otra forma, la implantación del populismo no se limita únicamente al plano discursivo. Además de intentar convertir el ejercicio del poder en una suerte de espectáculo público, el liderazgo personalista característico de estos partidos requiere una progresiva patrimonialización e instrumentalización de las instituciones y prerrogativas del Estado, de forma que éstas sean puestas al servicio del partido y, por supuesto, de su líder. Para ello es necesario implantar en la ciudadanía un relato cargado de tintes emocionales, que sitúe a la voluntad popular por encima de leyes, instituciones o sistemas de gobierno, pues el líder populista, como encarnación de esa voluntad, también se situará sobre la superestructura estatal y podrá disponer de los elementos que la integran a voluntad, bajo un aparente manto de legitimidad. Se trata de un escenario en el que el Estado de derecho, entendido como un sistema de gobierno en el que todas las personas e instituciones, incluidas sus representantes, están sometidas al principio de legalidad, desaparecería gradualmente para dar paso a un Estado instrumental, identificado plenamente con la ideología del partido y con sus objetivos.

Para conseguir esta plena identificación entre Estado y partido, el populista contemporáneo necesita primero

1. Müller, Jan-Werner (2017), *La era de la perplejidad: Repensar el mundo que conocíamos. El auge ¿imparable? del populismo*, Madrid: BBVA, OpenMind, Penguin Random House Grupo Editorial.

apropiarse ideológicamente de reivindicaciones sociales extendidas entre la ciudadanía, en torno a las cuales intenta generar una alarma social artificiosa que conduzca al pueblo a exigir a sus representantes políticos cambios legislativos y medidas que acaben con el problema. El político populista consigue así habilitación para usar e instrumentalizar una de las prerrogativas estatales máspreciadas: el *ius puniendi* o la facultad del Estado de sancionar y castigar conductas.

La instrumentalización política del derecho punitivo no es algo novedoso, por otra parte. Desde el surgimiento a mediados del siglo XVIII de las democracias liberales occidentales, en las que las decisiones políticas están sometidas al Estado de derecho, la historia nos ha regalado numerosos ejemplos de cómo el poder político, camuflado bajo un engañoso manto de legitimidad democrática y moral, ha utilizado el *ius puniendi* como herramienta de disuasión ideológica mediante la persecución y castigo al disidente. Buenos ejemplos de esto último son el derecho penal durante la Revolución rusa o durante la Alemania nazi.

La novedad que presenta esta nueva ola populista punitiva frente a las otras que se han mencionado es que, mientras que en aquéllas la revolución popular precedió y fue la excusa del cambio legislativo, en la actualidad es ese cambio legislativo el que se utiliza para promover y afianzar el cambio social, enmascarándolo de respuesta a una alarma social infundada y artificial. Se trata, sin lugar a duda, de una estrategia mucho más efectiva y sutil, más aún si se tiene en cuenta que para apuntalar la versión ideologizada del tema en cuestión, a ésta se la reviste previamente de cierta apariencia de ciencia jurídica, que es defendida machaco-

namente desde las instituciones y los medios por juristas mercenarios del poder. Si no existe una predisposición social favorable al cambio revolucionario, hay que crear paulatinamente un caldo de cultivo desde las instituciones.

Pero no se puede realizar ninguna aproximación al populismo punitivo sin comprender antes la filosofía y los principios en torno a los que se estructura su némesis: el derecho penal garantista propio de los Estados de derecho surgidos al albur de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII.

Aunque el derecho está presente en nuestra vida cotidiana, no lo está tanto en la formación de la ciudadanía. Qué duda cabe que una sociedad con carencias formativas en ámbitos como el jurídico o el financiero es mucho más vulnerable a la manipulación por parte de políticos y medios, está más expuesta ante las manipulaciones interesadas y se muestra mucho más dócil ante los comportamientos arbitrarios y abusivos del poder. Por ello entiendo conveniente acercar al lector una serie de conceptos jurídicos que estimo imprescindibles, como son la figura del Estado democrático y de derecho y los principios que conforman su estructura e informan nuestras sociedades, especialmente desde el punto de vista del derecho penal; ya no sólo para una mejor comprensión de los conceptos que se manejan en esta obra, sino de nuestro entorno en general. Intentaré, eso sí, hacerlo de la manera más sencilla, breve y amena dentro de lo que me permiten las propias costuras técnicas de la materia.

La primera premisa de la que debemos partir es una que se olvida a menudo: como sucede con otras disciplinas, el derecho dispone de un lenguaje técnico propio, y

no es extraño que el significado de una palabra desde el punto de vista jurídico no encuentre correspondencia exacta con su acepción popular; una misma palabra, utilizada en un contexto estrictamente jurídico, puede conllevar una serie de elementos y condicionantes distintos a los que presentaría en un contexto informal, como una tertulia o una conversación entre amigos en la barra de un bar, lo que sin duda lo convierte en presa fácil de quienes persiguen el malentendido o, directamente, la tergiversación.

Para comprender qué es un Estado de derecho, lo primero que debe quedar claro es que no todo Estado es Estado de derecho.² Mientras que todo Estado está dotado de un sistema normativo, el Estado de derecho está configurado en torno al principio de legalidad, a la separación de poderes y al respecto de los derechos y libertades fundamentales. Tanto el poder estatal como el pueblo del que éste emana, están sometidos al imperio de la ley, lo que en definitiva supone un dique de contención del poder.³ Se establece una organización de las funciones del Estado en torno a tres grandes bloques: legislativa, ejecutiva y judicial, que deben ser asumidas por poderes independientes.

Esta teoría de la división de poderes tiene su origen en la obra de Montesquieu *El espíritu de las leyes* (1748), en

2. Díaz García, Elisa (1963), «Teoría general del Estado de derecho», *Revista de Estudios Políticos*, nº 131, pp. 21-48.

3. Rodríguez Vázquez, Virgilio (2018), «El Derecho penal tras la Revolución Rusa. Un paréntesis de 100 años». En Díaz y García Conlledo, Miguel, y Luzón Peña, Diego Manuel (dir.), *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana, Liber amicorum en homenaje al Profesor Dr. Jürgen Wolter por su 75º aniversario*, Madrid: Fundación Internacional de Ciencias Penales, Editorial Reus.

la que justifica la necesidad de este sistema para impedir el naufragio de la libertad.⁴ El poder corrompe y quien lo detenta tiende a abusar del mismo, así que aconseja evitar la concentración de todas las funciones del Estado en una misma persona y que éstas sean ejercidas por órganos independientes entre sí que se limiten unos a otros.

Todos los poderes están sometidos a la ley, que impone a cada uno las tareas que le corresponden al tiempo que actúa como límite o frontera: de esta forma, el legislativo estará separado del ejecutivo porque la ley debe tener un carácter general al margen del caso concreto, el ejecutivo estará separado del legislativo para poner fuera de su alcance la ley que emana del mismo a la que está sometido y, finalmente, el poder judicial ha de estar separado del legislativo y el ejecutivo para garantizar que la aplicación de la ley se hace con total observancia de la misma.

El sistema de la separación de poderes sigue vigente en los Estados occidentales modernos, si bien se ha avanzado en la idea de que la división no implica una ausencia de colaboración entre los poderes, existiendo necesarios vasos comunicantes desde el punto de vista funcional entre los mismos que, por desgracia, tienden muchas veces a convertirse en sibilinos y peligrosos tentáculos.

Que la división de poderes sea un pilar fundamental que define y sustenta el Estado de derecho explica el empeño constante de los populistas en poner en cuestión la misma. Sus discursos señalan machaconamente y de for-

4. Solozábal Echavarría, Juan José (1981), «Sobre el principio de separación de poderes», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), nº 24, pp. 215-234.

ma sistemática la falta de independencia de las personas que tienen encomendado el ejercicio de las funciones estatales, entre ellas las judiciales, en la medida en que la construcción de su relato no sólo requiere de una verdad social, sino también de una verdad jurídica, pues la legitimación *ab initio* que el resultado electoral confiere a su relato debe encontrar plasmación en resoluciones judiciales.

El populismo actual ha identificado los puntos débiles de un sistema que, en tanto que emana de la voluntad popular, intentan subvertir identificándose con ésta. La identificación se consigue utilizando los propios resortes de la maquinaria democrática, pues acceder al poder consiguiendo un resultado electoral que les faculta para gobernar y/o acaparar funciones legislativas les confiere una suerte de legitimación para machacar discursivamente frente a la opinión pública a aquellos elementos del engranaje que se muestren contrarios o resistentes a sus decisiones, más aún si su composición no depende de un proceso electoral, sino de cuestiones meritocráticas y formativas, como sucede con los miembros del poder judicial.

Buena muestra de todo esto la encontramos en una propuesta contenida en el programa electoral del partido Podemos del año 2016, que indignó a los representantes de la judicatura. Se trataba de una propuesta en la que se planteaba que determinados puestos de especial relevancia en el ámbito de la justicia, como el Fiscal General del Estado, los magistrados del Tribunal Constitucional o los vocales del Consejo General del Poder Judicial, fueran designados no únicamente atendiendo a criterios de mérito y capacidad, sino también por su «compromiso con el programa del gobierno».

Otros lamentables al tiempo que destacables ejemplos de campañas de descrédito orquestadas contra el poder judicial son las maniobras de los partidos nacionalistas independentistas para minar la credibilidad en torno a los jueces y magistrados que instruyen y juzgan a los políticos organizadores del referéndum del 1 de octubre, e incluso para intentar amedrentarlos, llegando a realizar pintadas amenazantes e insultantes en el domicilio del juez instructor del caso, Pablo Llarena.

Es remarcable, además, que el cuestionamiento populista del poder judicial suele ir frecuentemente de la mano de discursos que persiguen la perversión del significado y alcance de derechos fundamentales del individuo, debido a que éstos también conforman el sistema. Dado que la función de la justicia pasa por aplicar las leyes vigentes, entre las que están esos derechos, es imprescindible para el populista no sólo señalar a quien lo aplica, sino al derecho en sí. Como son concedores de que la máxima de respetar los derechos humanos está asentada de forma consolidada en la conciencia ciudadana, no se les ocurriría jamás plantear directamente la crítica contra un derecho fundamental desde una perspectiva abolicionista, sino más bien como una cuestión de enfoque o desarrollo de las implicaciones del derecho. Pero lo cierto es que la aplicación de sus propuestas acaba no sólo dejando sin efecto estos derechos, sino vaciándolos de contenido. En este sentido no podemos olvidar las numerosas y tristes declaraciones que se vienen repitiendo por parte de no pocas autoridades destacadas —entre ellas la mismísima vicepresidenta del gobierno socialista, doña Carmen Calvo, cuestionando la presunción de inocencia para los acu-

sados de determinados delitos, y acusando al sistema judicial en bloque de antifeminista y patriarcal—, las cuales van a ser objeto de tratamiento aparte en esta obra.

Algo que puede constatarse a la vista de todo lo anterior es que el cuestionamiento institucional sistemático no sólo proviene de partidos intrínsecamente populistas, sino de partidos tradicionalmente prosistema que han asumido sus formas y estrategias. Es más, la responsabilidad de estos últimos en el auge populista no puede soslayarse, pues al instrumentalizar acomodaticiamente los resortes del poder para el beneficio personal o partidista, han aupado a la primera línea de la política los discursos suspicaces y críticos que, lejos de pretender mejorar el sistema, persiguen transformarlo para acomodarlo a sus fines. Y ésta es, quizá, una de las causas que convierten al populismo en una verdadera amenaza para nuestras sociedades.

1.2. El derecho penal del acto frente al derecho penal de autor

Una de las ramas del derecho donde el principio de legalidad se hace más patente es en la penal, mediante la implementación de un sistema hipergarantista: dado que la pena por excelencia es la privación de libertad, siendo ésta un derecho fundamental del individuo que el Estado debe proteger, la persona que se enfrente a un proceso que pueda desembocar en esa pena privativa de libertad deberá hacerlo con todos los instrumentos legales que garanticen su defensa. Estos instrumentos se traducen en torno a una serie de principios de los que el de legalidad actúa como

matriz, encontrando todos ellos reflejo expreso en los artículos 9, 24 y 25 de la Constitución Española de 1978:

- *Principio de tipicidad*: no hay delito ni pena sin ley, «*nullum crimen, nulla poena sine lege*». Se trata, al fin y a la postre, de la exigencia de una norma específica y previa que permita al ciudadano conocer de antemano si sus acciones pueden incurrir en responsabilidad criminal. El Tribunal Supremo lo define de la siguiente forma: «sólo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa que la limitación que la aplicación de este principio supone imponer la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal, o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente a su definición dentro del orden jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside».⁵
- *Presunción de inocencia*: supone que nadie puede ser considerado culpable de un delito del que se le

5. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, nº 2165/2013, de 3 de junio de 2014.

haya acusado hasta que no recaiga sentencia firme dictada en un proceso con todas las garantías.

La presunción de inocencia está reconocida en los distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948,⁶ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁷ o el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.⁸

El Tribunal Constitucional español distingue dos vertientes de este principio:⁹

Como regla de tratamiento, determina que el imputado ha de ser tratado como si fuese inocente, hasta que una condena definitiva no demuestre lo contrario.

Como regla de juicio, la presunción de inocencia despliega sus efectos en el momento de la valoración de la prueba. El juez tiene como punto de partida la inocencia del imputado, de modo que, en caso de que la parte acusadora no acredite cumplidamente su acusación contra aquél, la inocencia interinamente afirmada se convertirá en verdad definitiva.

6. Art. 11.1: «Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad».

7. Art. 14.2: «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley».

8. Art. 6.2: «Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida».

9. Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 128/1995, de 26 de julio.

La importancia de esta presunción ha llevado a que el Consejo Europeo haya adoptado una Directiva¹⁰ por la que se refuerzan determinados aspectos de la presunción de inocencia. En esta normativa de alcance europeo se considera que se vulneraría la presunción de inocencia si las declaraciones públicas de las autoridades, o las resoluciones judiciales que no fuesen de condena, se refiriesen a un sospechoso o acusado como culpable mientras no se haya probado su culpabilidad con arreglo a la ley. Dichas declaraciones y resoluciones judiciales no deben reflejar la opinión de que esa persona es culpable. Todo ello sin perjuicio de los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, como por ejemplo el escrito de acusación, y sin perjuicio de las resoluciones judiciales como resultado de las cuales adquiere eficacia una condena suspendida, siempre y cuando se respete el derecho de defensa.

Según el texto de la norma, por «declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas» debe entenderse cualquier declaración que se refiera a una infracción penal y que emane de una autoridad que participa en el proceso penal relativo a esa infracción penal, como por ejemplo las autoridades judiciales, la policía y otras autoridades con funcio-

10. Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

nes policiales u otra autoridad pública, como ministros y otros cargos públicos.

Es más, establece que: «los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que, cuando faciliten información a los medios de comunicación, las autoridades públicas no se refieran a los sospechosos o acusados como culpables mientras no se haya probado con arreglo a la ley la culpabilidad de esas personas».

Dispone, además, que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Estima la Directiva que se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones *de facto* o *de iure* relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado.

- *Principio de culpabilidad*: no hay pena sin culpabilidad y la medida de la pena no puede superar la medida de la culpabilidad. Básicamente implica que, para que exista responsabilidad penal, el individuo debe haber actuado libremente, en pleno uso de sus facultades, con la voluntad resuelta de atentar contra un bien jurídico protegido, debiendo acomodarse la pena a su actuación. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 150/1991, de 4 de julio, advirtió que: «la

Constitución Española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del derecho penal», y declaró seguidamente que: «no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos».

- *Principio de proporcionalidad*: la pena debe graduarse en atención a la gravedad del delito cometido. Señala el Tribunal Constitucional, también en la Sentencia 150/1991, de 4 de julio, que: «el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella; lo que no cabe extraer, en todo caso y necesariamente, de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, ya que ésta ha de ser tenida en cuenta por los tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena. Por tanto, no cabe apreciar, desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad del artículo 10.15 del Código Penal».

- *Principio* «in dubio pro reo»: la prueba ha de valorarse de la forma más favorable para el acusado, al que no cabe condenar en base a meros indicios o presunciones. En palabras del Tribunal Supremo, «debe distinguirse el principio “*in dubio pro reo*” de la presunción de inocencia. Ésta supone el derecho constitucional imperativo de carácter público, que ampara al acusado cuando no existe actividad probatoria en su contra y aquél es un criterio interpretativo, tanto en la norma como de la resultancia procesal a aplicar en la función valorativa, o lo que es lo mismo, si a pesar de toda la actividad probatoria, no le es dable al tribunal subsumir los hechos acaecidos en el precepto, no queda convencido de la concurrencia de los presupuestos negativos y positivos del juicio de imputación, el proceso penal debe concluirse, por razones de seguridad jurídica, con una declaración negativa de culpabilidad, al ser menos gravoso a las estructuras sociales de un país la libertad de cargo de un culpable que la condena de un inocente (STS 20.3.91).

Es decir, que la significación del principio “*in dubio pro reo*” en conexión con la presunción de inocencia equivale a una norma de interpretación derogada al sentenciador que debe tener en cuenta al ponderar todo el material probatorio y tiene naturaleza procesal (STS 15.5.93 y 30.10.95), por lo que resultará vulnerado cuando el tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando

el órgano jurisdiccional en uso de las facultades otorgadas por el art. 741 LECrim., llega a unas conclusiones, merced a la apreciación en conciencia de una bagaje probatorio de cargo conducente a afirmaciones inculpativas llevadas a la resolución. Como precisa la STS 27.4.98, el principio “*in dubio pro reo*” no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido inculpativo, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, esto es, en las condiciones de un proceso justo».¹¹

- *Principio de intervención mínima*: implica que el derecho penal sea el último recurso que se utilice por el Estado (última «ratio»). El Tribunal Supremo lo define con meridiana claridad en la sentencia de 3 de junio de 2014: «supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS 13.10.98, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que

11. Sentencia del Tribunal Supremo nº 95/2014, de 20 de febrero de 2014.

tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

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

Ahora bien, 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 al 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».¹²

12. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, nº 2165/2013, de 3 de junio de 2014.

- *Principio* «nom bis in idem»: ningún ciudadano puede ser castigado dos veces por los mismos hechos. En palabras del Tribunal Constitucional, este principio «impone por una parte la prohibición de que, por parte de la autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibile reiteración en el ejercicio del “*ius puniendi*” del Estado y, por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos».¹³
- *Principio de contradicción*: el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es una garantía esencial del Estado de derecho. En la sentencia de fecha 11 de marzo de 2008 (Recurso 1784/2004) el Tribunal Constitucional señaló que el principio de contradicción hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el juez o tribunal de los propios, por lo que constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso público con todas las garantías, para cuya observancia se requiere el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo.
- *Exclusión de la analogía*: la analogía consiste en que, para solucionar un problema que no está expresamente resuelto en la ley, se utiliza una disposi-

13. Tribunal Constitucional, sentencias 2/1981, de 30 de enero, y 23/1986, de 14 de febrero.

ción que regula una situación similar, pero no idéntica. En materia penal no cabe esta solución, pues únicamente constituyen delito las conductas expresamente contempladas en la ley, debiendo quedar el resto impunes desde el punto de vista penal. Consecuentemente, los tribunales únicamente pueden aplicar las leyes penales en aquellos supuestos expresamente previstos en ellas, de forma que si los hechos no son subsumibles en un tipo penal no podrán ser considerados delito.

Todos estos principios, además de ser un reflejo de la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico del principio de legalidad, deben también ser interpretados bajo el prisma de los principios informadores del ordenamiento jurídico, como la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (artículo 9 de la Constitución).

Por otra parte, para aproximarse al derecho penal, conviene abordar cuál es el fundamento de la imposición de una pena por parte del Estado. Sin ánimo de entrar en disquisiciones propias de la filosofía del derecho, hay que distinguir tres teorías principales:

- *Tesis retribucionista*: históricamente fue la primera justificación que se confirió a la pena. Básicamente, esta tesis considera que el sentido de la pena radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, justificado en el mal del delito.

- *Tesis de la prevención general*: la finalidad de la pena es la de evitar los delitos, mediante la producción de efectos psicológicos sobre la generalidad de las personas. Se trata de una teoría que conecta con el aspecto intimidatorio de las penas, en el sentido de que su fin es el de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores.
- *Tesis de la prevención especial*: la pena sólo es indispensable en la medida en que sea necesaria para evitar la reincidencia de cada autor en concreto. La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en la prevención de nuevos delitos del autor.

La traslación a la práctica de todos estos principios y teorías evidencia que el derecho, como cualquier disciplina que venga referida al comportamiento humano, no admite compartimentos estancos ni fórmulas matemáticas para su aplicación, porque tanto sus destinatarios (el justiciable) como quienes la interpretan y aplican (jueces) son individuos, con toda la carga subjetiva que ello conlleva. Por eso, ningún caso es idéntico a otro, y los mismos hechos pueden ser considerados jurídicamente de forma distinta en función de su autor, de la víctima o incluso de quien los juzga, sin que ello implique la conculcación de las garantías penales relacionadas.

Al contrario, la posibilidad de que los tribunales interpreten dentro de la legalidad los tipos penales, para determinar si el mismo es subsumible en el caso concreto y establecer la pena en consecuencia, resulta esencial para el funcionamiento del sistema. Como bien ha declarado

el Tribunal Supremo, «la sustantividad del derecho penal, sin interferencias condicionantes de otras ramas del derecho sancionador, impide el automatismo valorativo a la hora de proclamar la responsabilidad penal». ¹⁴ En resumen, es imposible excluir la labor interpretativa de los tribunales en materia penal porque el derecho, al fin y a la postre, no es blanco o negro, sino distintas tonalidades de gris.

Quisiera también destacar algo relevante, que a menudo se olvida: un sistema penal garantista no desatiende en absoluto a la víctima. De hecho, garantiza a ésta que el condenado por el delito no pueda erigirse, a su vez, en una víctima del sistema. Desde este punto de vista, es evidente que la supresión de las garantías penales del acusado no se transforma en modo alguno en un mayor alivio o resarcimiento moral para las víctimas del delito.

Todos estos elementos, principios y figuras jurídicas penales son el resultado de la plasmación legislativa de una concepción penal de origen liberal, imperante en las sociedades occidentales, conocida como «derecho penal del hecho» (o del acto), en el que la pena se impone por una conducta lesiva de un bien jurídico protegido, previamente tipificada. Esta concepción choca frontalmente con la visión populista del *ius puniendi*, el «derecho penal de autor» y su versión más actualizada, el «derecho penal del enemigo», en la que al autor se le castiga en atención a circunstancias o cualidades de su personalidad, y no en función de sus actos.

14. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, nº 668/2017, de 11 de octubre de 2017.