

Populismo y derecho penal

Populism and Criminal Law

Gonzalo Quintero Olivares

Autor:

Gonzalo Quintero Olivares
Universitat Rovira i Virgili, España
gonzalo.quintero@urv.cat
<https://orcid.org/0000-0003-0064-7851>

Recibido: 19/09/2023

Aceptado: 05/03/2024

Citar como:

Quintero Olivares, Gonzalo (2024). Populismo y derecho penal *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 281-301. <https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.10>

Licencia:

Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Gonzalo Quintero Olivares

Resumen

El populismo está presente en la vida política y en la utilización del derecho penal, operando como fundamento real de las leyes penales que, por ese vicio de origen, dejan de ser las propias de un Estado social y democrático de Derecho. Las conquistas políticas y jurídicas del derecho penal, su orientación a la protección de valores y bienes necesarios para la convivencia pasan a un segundo plano ante los intereses populistas, sectarios por naturaleza, y que fían en la represión como respuesta única y mejor a todo problema social o a las acciones que se decide incriminar para conseguir el aplauso popular. La reflexión jurídica sobre la función y los fines del derecho penal es tildada de argumentación antidemocrática. La invocación de las víctimas, como seres olvidados por el derecho penal, completa la perversión de la ideología populista.

Palabras clave: populismo; delincuentes; punitivismo; prisión; inseguridad; víctima; sociedad; derechos fundamentales.

Abstract

Populism is present in the political life and in the use of criminal law, operating as the real basis of criminal laws which, because of this original defect, are no longer those of a social and democratic rule of law. The political and legal conquests of criminal law, its orientation towards the protection of values and goods necessary for coexistence, take second place to populist interests, which are sectarian by nature, and which trust in repression as the only and best response to any social problem or to the actions that it is decided to incriminate in order to obtain popular applause. The legal reflection on the function and purpose of criminal law is branded as anti-democratic argumentation. The invocation of victims, as beings forgotten by criminal law, completes the perversion of populist ideology.

Keywords: populism; criminals; punitivism; prison; insecurity; victim; society; fundamental rights.

1. POPULISMO PENAL Y POPULISMO POLÍTICO

Cuando Manuel Atienza tuvo la amabilidad de invitarme a escribir sobre el tema que da título a estas páginas, me planteé cuál podría ser un enfoque diferenciador para abordar una materia sobre la que ya se ha escrito mucho y en muy poco tiempo, lo cual da medida de la preocupación o el interés que el problema suscita entre los sociólogos, los politólogos, pero, sobre todo, entre los penalistas y los filósofos del derecho.

Las descripciones «penalísticas» del populismo son variadas, y eso pone de relieve la diversidad de problemas que han sido etiquetados como manifestaciones o consecuencias del populismo. Pero creo que es conveniente partir de un concepto que tenga sentido en nuestro tiempo y en nuestra circunstancia sociopolítica, pues teóricamente vivimos en un Estado de Derecho razonablemente democrático y operativo, pese a sus visibles defectos. El populismo es, antes de llegar al derecho penal¹, un modo de actuar en política, siempre orientado a obtener votos o apoyos sin reparar en la viabilidad de las promesas que se hacen².

En tanto que modo de comportamiento político, el populismo es un abuso distorsionador de la democracia, que, en cambio, se arroga la condición de política dedicada enteramente al pueblo, y no al interés de las élites. Por supuesto que eso es falso, pero la utilidad que con frecuencia se extrae de las políticas populistas explica su éxito, a pesar de ser, en relación con la democracia³ en la que se desarrolla, «juego sucio» para obtener éxito a corto plazo.

El populismo entra también en el derecho y en el derecho penal, y se extiende como mancha de aceite, degradando al derecho penal, especialmente en todo aquello que tanto tiempo ha tardado en construirse, como es el llamado «derecho penal garantista propio de un Estado de Derecho» y sometido a límites claramente descritos (exclusiva protección de bienes jurídicos, extrema ratio, culpabilidad, etc.). Esos principios y límites se sacrifican en aras de mostrar a la ciudadanía, preocupada por el delito y la

1. De hecho, la aparición del concepto de populismo penal es relativamente reciente: es común atribuir a A. Bottoms su creación en su obra *«The Philosophy and politics of punishment and sentencing»* (Clarke y Morgan, 1995), pero como modo de utilizar la legislación penal es reconocible bastante antes de esa fecha.

2. Un ejemplo: recientemente, en España, hemos visto como una ministra del Gobierno presentaba su propio programa electoral incluyendo en él un capítulo dedicado a lo que llamaba «herencia universal», y que consistía en dar a cada español al cumplir los 18 años la cantidad de 20.000 euros para ayudarle a decidir que orientación dar a su vida. Naturalmente la propuesta carecía de cualquier estudio sobre la capacidad del Estado para asumir semejante programa, que además era arbitrario en la elección de la edad, irretroactivo e injusto, pues no hacía salvedades vinculadas a la capacidad económica de cada sujeto. Pero nada de eso importaba, pues el objetivo perseguido era exclusivamente conseguir votos.

3. No quiero decir que el populismo no pueda darse también en regímenes políticos no democráticos, pero cuando alcanza su máxima nocividad es pervertiendo la democracia.

inseguridad, una fuerte musculatura punitiva, lo que pasa por constantes aumentos del número de delitos y de la gravedad de las penas.

Muchos son los que se han preguntado por las razones de que el populismo penal haya alcanzado un relativo éxito, y sea tan frecuente oír o leer defensas de la necesidad y bondad de aumentar el derecho penal todo lo que sea preciso para que el ciudadano se pueda sentir tranquilo, meta que justifica todo lo que en orden a aumentar la represión se incluya en el Código penal.

Es habitual decir que algunos hechos que han marcado el decurso histórico reciente en los Estados occidentales han empujado a las respectivas sociedades a exigir ilimitados aumentos de la represión penal, y en esa línea es común colocar en cabeza al *terrorismo*, especialmente a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001, que desataron en todo Occidente una ola de medidas preventivas que, en muchos casos, afectaban directamente a las garantías y derechos individuales. Muy cerca del terrorismo, y estableciendo una vinculación con él, se situaba todo lo referente a la *inmigración y a los inmigrantes*, como potenciales delincuentes, terroristas o comunes. Luego han ido apareciendo caladeros fértiles para la demagogia, como la *violencia sexual*, que, sin negar la gravedad e importancia del problema, ha dado pie a supuestas nuevas necesidades de represión.

No acaban ahí los temas predilectos del populismo, pues hay que recordar otros, como el de la pequeña delincuencia masiva, que florece en las grandes ciudades. Con gran facilidad, la ineficacia o la impotencia policial en el control y erradicación de esa clase de criminalidad se ha vinculado tanto a la benignidad de la Ley penal como al volumen de inmigrantes profesionalizados en actividades delictivas, problema complicado por la resistencia judicial a imponer con presteza medidas privativas de libertad.

Todos esos factores, y otros, pueden dar una explicación parcial de la razón del éxito y de la subsistencia del populismo penal, pero desgraciadamente hay *causas más profundas*, y de todas ellas destacaré la primera y más importante, sin perjuicio de abrir ventanas a otras: en nuestro tiempo *no hay gobierno, de derecha o de izquierda, que renuncie al populismo penal*, o, si se prefiere, a contentar las peticiones de aumento de la represión que expresa una ciudadanía debidamente aleccionada⁴, y eso no puede reducirse calificando esa realidad como muestra de *electoralismo*, porque tiene explicaciones bastante más profundas. El resumen es tan evidente como simple: hay populismo porque hay *legisladores populistas o que ejecutan políticas populistas* en materia penal.

¿Qué factores han determinado ese progresivo y preocupante proceso? El crecimiento de la desigualdad es un hecho, pero políticamente solo ha perjudicado a los Partidos políticos de centroizquierda, los socialdemócratas, que tradicionalmente eran los que luchaban contra la desigualdad y los que promovían políticas de integración social. Las crisis económicas que han generado desempleo y frustración les han estallado a ellos, y no a los Partidos conservadores o liberales, de los que ha emergido la derecha

4. Sobre el origen y desarrollo del populismo penal y su relación con la política neoliberal, vid. Antón-Mellón y Antón Carbonell, 2017.

populista, ante la que la socialdemocracia, que en un tiempo dominaba en Europa (Alemania, Holanda, Bélgica, Suecia, Dinamarca, Noruega, Finlandia, Austria, incluso España) hoy va siendo expulsada del Poder ante el abandono de los votantes de clases trabajadoras.

Es cierto que, desde que se llegó a la convicción de que el modo de reprimir, o, mejor, de no reprimir, podía causar o evitar una fuga de votos, la vía de entrada del populismo quedó abierta de par en par, y todo lo demás son causas coadyuvantes y efectos colaterales. Pero, como en el tradicional dilema sobre el huevo y la gallina, es inevitable preguntarse por cuál de los dos hechos fue primero, si la demanda de mayor represión o la creación de una ideología dominante sobre el orden social más conveniente y la necesidad de preservarlo recurriendo al derecho penal cuanto fuera conveniente. La respuesta más sensata creo que ha de optar por la simultaneidad de un fenómeno socio-penal que ha sido propiciado por ideologías políticas dominantes.

En la búsqueda de explicaciones sobre esa relación entre política y represión penal conviene recordar que apenas hace treinta años que se ha extendido el uso la expresión populismo penal o punitivo, lo cual no tiene nada que ver con el uso excesivo de amenazas penales, innecesarias o desproporcionadas (prevención general intimidatoria) que en España ha sido tónica dominante durante buena parte de nuestra historia penal y que todavía hoy está excesivamente presente. Pero ha sido en tiempos recientes cuando se ha hecho visible la utilización electoralista del derecho penal, ante lo que se viene en llamar «opinión pública», que en realidad es la opinión formada por medios de comunicación que utilizan el problema de la delincuencia como arma arrojadiza contra los Gobiernos, que, a su vez, acceden con facilidad a aceptar lo que nadie demuestra: que es precisa una nueva incriminación o aumentar los castigos ya existentes, que en España, además, suelen ser más severos que en el resto de Europa.

Esa fuerza de los «creadores de opinión» ha sido valorada por los analistas políticos como expresión de las ideologías dominantes en nuestro tiempo. Las ideas de la socialdemocracia han sido arrumbadas, y nada parece oponerse al avance del neoliberalismo conservador, en cuya lógica no hay lugar para otorgar al derecho penal otra misión que la de castigar y mantener el orden o el control social a través de la represión, olvidando o dejando en un plano muy secundario, la lucha contra las causas determinantes de los delitos.

La triste conclusión es que estamos *retrocediendo* en el camino que se emprendió por la penalística de los años 20 (interrumpido por el nazismo) para regresar al derecho penal máximo, y lo más preocupante es que todo se desarrolla ante la aparente indiferencia de la ciudadanía. Claro está que ese fenómeno ha sido propiciado por una crisis generalizada de cultura política, que comienza con la falta de educación constitucional, que debiera de estar presente en la enseñanza obligatoria, y eso ha dado lugar a que el respeto a los derechos y garantías fundamentales, propios y de los otros, no estén presentes en la cultura social e individual.

En este punto surge reiteradamente la alusión al carácter hispano como terreno fértil para esa manera de conducirse, y se dice que el español es poco tolerante, es individualista, poco solidario, proclive a la violencia, y tendencialmente comprensivo con la mano dura. Pero ese discurso, sin dudar de que sociológicamente se puedan encontrar en España pruebas de esas personalidades, no me parece aceptable si se pretende colocarlo en la cabecera de las causas de un fenómeno que, auspiciado por sucesivos gobiernos, se produce tanto en España como en otros Estados.

Es evidente que nadie dispone de fórmulas mágicas para cambiar la realidad, pero sí creo que los penalistas tenemos algo que decir sobre los riesgos que entraña el populismo para el entendimiento del significado de las instituciones y conceptos penales, sus principios y garantías, y, por supuesto, la interpretación y aplicación del derecho penal y las exigencias de renovación de la legislación penal, pero, sobre todo, para el futuro de la convivencia y de la paz social.

II. EL CAMPO DE ACCIÓN DEL POPULISMO PENAL Y SUS SIGNOS DE IDENTIFICACIÓN

El populismo punitivo se desarrolla *prioritariamente en el ámbito legislativo*, en el momento de la creación de leyes penales, que luego son presentadas acompañadas de preámbulos que las justifican como respuestas obligadas a preocupaciones y demandas hondamente presentes en la mayoría de la ciudadanía, indefensa ante la descontrolada delincuencia, como pone de manifiesto la opinión de las víctimas (a las que constantemente hace mención el populismo).

Una primera y constante idea del populismo punitivo se resume diciendo que es la característica común de muchas reformas penales de nuestro tiempo en las que es visible la *demagógica invocación de necesidades de seguridad y de lucha contra el temor real en que viven los ciudadanos*. Legislando bajo esa argumentación, se aspira, por supuesto, a obtener apoyo popular para poder alcanzar y mantener el poder político, que se verá así legitimado por la sensible respuesta a los deseos populares. La respuesta a esos deseos o exigencias siempre será la creación de nuevas figuras (casi siempre innecesarias) o el incremento de las penas, o la supresión de beneficios potenciales, por consolidados que estén en el sistema, como sucede con la constante agravación de las penas imponibles por delito de hurto.

Repasando las constantes que se insertan es las explicaciones que acompañan a las leyes penales nuevas o reformadas es fácil descubrir algunas, que coinciden con los signos identitarios del populismo, y creo que son estas:

- a) la constante denuncia de la impunidad o del escaso castigo que merecen algunos hechos, contrariando así la demanda de justicia que exige la ciudadanía

- b) las censuras a la opinión de los juristas sobre los problemas penales, en especial, sobre la pena de prisión y sobre el proceso penal, en sus diferentes fases, porque no tienen para nada en cuenta los sentimientos de las víctimas.
- c) la invocación de acuerdos internacionales que supuestamente obligan a incriminar y que España no ha cumplido⁵
- d) la urgencia de proteger a una población indefensa ante el crimen y la inseguridad, y que contempla impotente la libertad de acción de los delincuentes.
- e) la desatención a las víctimas, que, en una extraña concatenación lógica, son colocadas en el centro del problema penal, pero como razón de la necesidad de imponer penas más severas y reducir o suprimir los beneficios penales.
- f) la reivindicación de la cárcel como mejor y única respuesta, incluyendo la necesidad de extender la prisión preventiva.

La necesidad de encontrar culpables, que serán tratados como enemigos, es común a ambas clases de populismos (político y punitivo). El populismo político puede encontrar enemigos en cualquier lugar o instancia en la que se respeten valores que no comparten, ya sean las instituciones europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional, y, por supuesto, todos los partidos políticos que defiendan ideas contrarias.

Otra de sus características, y esa es la que lo enlaza con el populismo penal, es la permanente invocación de la inseguridad (de la que *tienen la culpa* los responsables ya citados). El problema es que la *clase política de muchos Estados europeos ha colocado la seguridad en el centro de sus propuestas políticas*. En principio, nada hay que objetar a las promesas de reforzar la seguridad, que mucho preocupa especialmente en las grandes ciudades.

Pero lo grave es la diferencia abismal con la poca importancia que el populismo da a otros temas igualmente esenciales para la convivencia, como pueden ser la educación, la salud y la cultura., y, por supuesto, las libertades públicas, y, consecuentemente, al estudio de las causas de la delincuencia.

Hipertrofiada la importancia de la seguridad, las consecuencias son las previsibles, pero no todas. Por ejemplo, hasta ahora las políticas públicas estatales para la reducción de la angustia y soledad de los que han sido víctimas del delito no han mejorado especialmente, aunque se haya avanzado algo. En cambio, ningún obstáculo se interpone en el propósito de crear nuevas figuras de delito, o de completar cualquier intervención en un problema mediante una promesa de cambio, ampliación o endurecimiento de las leyes penales, o todo eso a la vez.

5. Recientemente, con ocasión del debate sobre la ley del sí es sí, el Ministerio de Igualdad afirmó que su propuesta se limitaba a trasladar a nuestro derecho penal los acuerdos del Convenio de Estambul de 2011. Pero eso no era verdad.

En cuanto a la *matriz ideológica* del populismo penal existe una tendencia a adjudicar su utilización a los sectores conservadores o abiertamente reaccionarios. Pero creo que esa percepción está desenfocada, pues en España hemos visto abundantes decisiones punitivas «populistas» impulsadas por Gobiernos teóricamente de izquierda, con el PSOE a la cabeza, que no han renunciado, antes lo contrario, a obtener rentabilidad política a través de las medidas endurecedoras de las leyes penales⁶ o a lanzar mensajes demagógicos sobre lo que merece represión⁷.

Otro campo de acción del populismo penal de nuestro tiempo es el *feminismo*, y no solo por experiencias como la recientemente vivida a propósito de la malhadada ley llamada del «solo sí es sí», pero no por los supuestos errores que dieron lugar a encarcelaciones que sus autores no habían previsto, sino por el discurso que acompañó a la génesis y presentación de la ley y las acusaciones de patriarcalismo lanzadas desde el Gobierno contra cualquiera que discrepara de su contenido, en la misma línea de todas las falsas verdades que se han dicho en los últimos tiempos sobre los delitos contra la libertad sexual⁸, o sobre la regulación de la prostitución, dos temas en los que la demagogia y la superficialidad han campado a sus anchas.

Pero me interesa destacar que el feminismo radical, posicionado en los aparatos del Estado, ha ido desarrollando un discurso, llevado a leyes, que, como ha indicado García Figueroa⁹, actúa como una especialidad del punitivismo penal, repitiéndose los mismos sectarismos: el sano pueblo (las mujeres, por supuesto, representadas por un grupo concreto) se enfrenta al turbador de su paz y sus derechos, que es el hombre, que es un agresor potencial. El mismo autor citado señala que «las demandas de las mujeres se han convertido en el centro de la estrategia populista hiperclasista y casi todos los partidos tratan de apoyarse en ella...por otro lado, resulta significativo que el populismo punitivo se haya transformado específicamente en «feminismo punitivo» desde el poder, donde se ha asentado el «feminismo de Estado». Desde este punto de vista, el feminismo de Estado es la consumación más acabada de la estrategia populista del legalismo discriminatorio en su fase hiperclasista»¹⁰.

III. LA PERMANENCIA DEL POPULISMO PENAL

Al interrogarse por las causas del populismo penal, es imprescindible no caer en el simplismo de creer que es *un episodio temporal* que se explica por campañas demagógicas

6. Así se denunciaba en Larrauri, 2006.

7. De interés sobre el tema, Cigüela Sola, 2020.

8. En la memoria de todos están las declaraciones de dirigentes políticos sobre la insuficiencia de la legislación penal, por supuesto, sin explicar cuál era esa insuficiencia y que lagunas de impunidad producía, así como el supuesto desprecio del consentimiento de la víctima.

9. García Figueroa, 2021.

10. García Figueroa, op.cit., p 35.

orquestadas por meros intereses políticos utilitaristas que solo buscan el éxito a corto plazo, mediante reformas penales de buena acogida por una población previamente aleccionada, sino que tiene preocupantes explicaciones sociales e históricas, y, lo que es peor, no se vislumbra un cambio de rumbo a corto plazo.

La idea de que el populismo es una consecuencia de los desajustes sociales de nuestro tiempo, causados por la creciente distancia entre ricos y pobres, agravada por el fenómeno de las migraciones y el nacimiento de suburbios de marginación en las grandes ciudades *no puede ser despreciada*, y sus consecuencias para el derecho penal son conocidas. No es preciso ser un avezado criminólogo para comprender que esas son condiciones perfectas para *el aumento de la delincuencia*, y, ante eso, la respuesta «neoliberal» (compartida frecuentemente por Partidos de izquierda), ante el temor que suscita esa realidad no es otra que la criminalización de esas masas utilizando ilimitadamente el derecho penal, pero sin especiales esfuerzos por aumentar y mejorar la acción preventiva y policial.

Esa reacción represiva, a partir del hecho no discutido de que la pobreza y la marginalidad generan delincuencia, es desmedida a ojos del penalista o, simplemente, del observador imparcial, pero lo peor es que, en aras de la eficacia del aparato represivo, se quiere renunciar sin ningún pudor a todos los *objetivos teóricos del derecho* penal en un Estado social y democrático de derecho, y eso alcanza a la teoría sobre el fundamento y fin de la pena, la función de la cárcel, los límites del derecho penal o la promoción de valores.

En la senda de orillar todas esas ideas y principios entran también los supuestos movimientos de inspiración socialdemócrata temerosos de perder votos y demasiado «prácticos» como para defender un discurso que haga frente al populismo. Un ejemplo, extraído de nuestra reciente historia, sirve bien para comprender ese tipo de comportamiento por parte de la izquierda y es el problema de la reincidencia, en el que nunca se ha querido buscar una solución diferente de a de la exasperación de la pena.¹¹

Los más pesimistas dirán, con buena dosis de razón, que mientras prime el individualismo neoliberal será muy difícil variar la tendencia a usar el derecho penal exclusivamente en clave de «represión para garantizar el orden y la seguridad» y, mientras

11. El Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal de 2006 proponía un cambio radical en el tratamiento normativo de la profesionalidad o regreso constante al delito, con fórmulas que abandonaban el fracasado camino del sistema de incremento de pena, *abandonado en casi todos los Códigos penales de Europa occidental*, en donde se ha impuesto la idea de que la reincidencia no es un hecho indiferente, pero su impacto no puede ser traducido en una exasperación de la nueva pena, sino que las consecuencias se han de plasmar en la determinación y ejecución de la pena actual, ya sea perdiendo cualquier posibilidad de suspensión de la ejecución, ya perdiendo la de sustitución de la pena, amén de especialidades en la ejecución penitenciaria. Pero aquella propuesta del mencionado Anteproyecto fue desechada por el Gobierno exclusivamente por el miedo a ser acusado de haber «suprimido» la reincidencia, renunciando al intento de explicar que se trataba de un sistema mejor y más compartido en Europa, pero el temor a perder votos inclinó la decisión hacia el criterio más conservador.

así sea, el crecimiento incontrolable del derecho penal, presentado como respuesta a esas demandas de seguridad, será inevitable.

A eso se añade una constante, que rechaza toda las explicaciones sociológicas y criminológicas sobre las causas de la delincuencia y regresa a tiempos penales atávicos: el delincuente es un ser que ha elegido el crimen porque es más atractivo y fructífero que la vida honrada, y ante eso no hay lugar para otra cosa que no sea la mano dura, y sobre esa conclusión convergen partidos políticos de derecha y de izquierda, aunque ésta pueda ser más «sectorial» en los temas en los que desarrolla su populismo. Pero ni unos ni otros renuncian a anunciar nuevas leyes penales a la primera oportunidad que se les brinde, sin reparar si en su necesidad ni en su viabilidad jurídica, y esa es una notoria característica del populismo penal. Y con ese modo de obrar de nuestra clase política resulta absurdo hablar de los principios limitadores del derecho penal, comenzando por el de intervención mínima¹².

Basta repasar la larga relación de reformas que ha sufrido el CP de 1995¹³ para descubrir la significativa cantidad de delitos innecesarios porque el problema que quieren resolver estaba ya debidamente resuelto a través del propio derecho penal debidamente interpretado, o del derecho privado o del derecho administrativo. A propósito de este comprobable hecho, se puede cuestionar el llamado carácter secundario del derecho penal, etiqueta que parte de la idea de que el derecho penal está destinado a actuar cuando resultan insuficientes los recursos que puedan ofrecer otras leyes o para completar sus respuestas en algunos casos.

Eso *no es verdad*, y huelga hablar de naturaleza «accesoria», «secundaria», «complementaria», «sancionadora», que son diferentes nombres para referirse a una misma cosa, puesto que el derecho penal, en muchos casos, interviene a pesar de que bastaría con el derecho no penal, y, por otra parte, no es cierto que su intervención se sume a otras previstas en el derecho no penal, sino que se trata de intervenciones penales totalmente independientes de lo que hagan otras ramas del derecho. Desgraciadamente, el derecho penal ha ido pasando de ser la *ultima ratio* a ser la *prima ratio* en el catálogo de las reacciones represivas¹⁴.

12. Un botón de muestra: durante la última campaña electoral una ministra de UP anunció la introducción de un nuevo delito consistente en crear o tener una empresa especializada en desocupación de viviendas, y, ya en la campaña electoral, otra ministra (también de UP y candidata) anunciaba que, en cuanto tuviera poder para ello, crearía el delito de «negativa a asistir a un debate en la campaña electoral».

13. A los que se dedican profesionalmente al derecho penal no les extraña que a cada poco surja un anuncio de una nueva reforma del Código penal, que además será rápida, el CP de 1995 ya ha sido modificado 49 veces, y no hay gobernante, sea cual sea su ideología y el nivel de sus competencias, que no se crea en el deber y derecho de cambiar las leyes penales. Y, por supuesto, todos se consideran cargados de razón.

14. Con esa consideración no pretendo defender la bondad de transferir cuantos más problemas a la actividad sancionadora de la Administración pública, entre otras razones, porque las garantías individuales están mejor respetadas en el proceso penal. La elección de la jurisdicción penal puede ser lo más adecuado en muchos casos (ampliamente sobre el tema, Salat Paisal, 2019).

Las populistas promociones de leyes penales no son realmente «huidas al derecho penal», sino parte de la estrategia de enviar a la ciudadanía el mensaje de *que por fin la sociedad va a ser debidamente protegida*. Las huidas al derecho penal son, en cambio, abusos del recurso a la amenaza punitiva por desconfianza en la eficacia de otros instrumentos jurídicos. No es esa la razón que impulsa al populismo, que crea leyes con la esperanza de que sean aplaudidas, sin más, y sin reparar en que promulgar una ley nueva es básicamente *un acto simbólico que se realiza frecuentemente como modo de resolver una crisis*, pero sin pensar en qué sucederá cuándo esa ley esté en vigor y se pueda aplicar... o no se pueda. Eso da igual, pues lo importante es satisfacer la demanda popular de respuesta inmediata, y no hay que detenerse a pensar en obstáculos como pueda ser la función de tutela de bienes jurídicos que se dice corresponde al derecho penal, o la suficiencia de la ley penal ya existente y la innecesaridad de una nueva figura delictiva que generará problemas de concursos normativos.

La función de normas que nacen así no forma parte de las preocupaciones de sus promotores, y si, ulteriormente, la norma se muestra absurda o contraproducente al llegar al foro, porque los juristas profesionales, con los jueces a la cabeza, la interpretan en contra del sentido que los promotores habían anunciado en sus soflamas, siempre queda el recurso de incluir a la judicatura en el grupo de enemigos del sentimiento popular o siervos de una inercia alérgica a la renovación.

Las leyes penales populistas no se paran en barras, calificando como estorbos burocráticos al principio *non bis in idem*, o a la igualdad, o a la proporcionalidad, o a la intimidad, o al carácter fragmentario del derecho penal. Normalmente, tienen unos destinatarios prefigurados por el «clamor social» que los señala, razón por la cual se ha podido decir, con razón, que esas leyes acaban siendo una manifestación del derecho penal de autor, pues se dirigen a grupos de sujetos que ha seleccionado la «opinión pública», que no son todos los que realmente merecen una respuesta penal a sus actos.

En los últimos años, ya sea en la academia, en la magistratura, en la abogacía, se oyen graves censuras sobre el incesante flujo de reformas penales. Pero todo parece inútil, nadie puede poner un bozal a la fiera salvaje del punitivismo, alimentado constantemente por fuerzas políticas y sociales que no están dispuestas a renunciar al que consideran uno de los terrenos más fértiles para su afirmación política, que es la ampliación del derecho penal.

Una vez más quiero insistir en que esa manera de recurrir al derecho penal no tiene una «especialidad política». Hemos visto, en los meses pasados, cómo UP ha impulsado reformas inviables en materia de delitos contra la libertad sexual. Pero eso no quiere decir que no podamos ver, tras un cambio de orientación política del Gobierno, actual o futuro, propuestas legislativas, justificadas en nombre de la necesidad de aumentar la seguridad, que se lancen contra la pequeña delincuencia patrimonial, orillando el hecho cierto de que el problema en relación con esa clase de criminalidad no se resuelve a través de reformas de las leyes penales sino de la ampliación de los recursos policiales.

IV. LA MINUSVALORACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

La experiencia lleva a una conclusión: la importancia que los juristas dan al garantismo *no es socialmente compartida*. Más aún: en el supuesto de que se reconozcan como patrimonio político los derechos y libertades fundamentales, no se extraen de esa aceptación especiales consecuencias. Eso es especialmente visible en relación con la libertad: la conciencia y exigencia de que la propia no tenga límites corre en paralelo a la indiferencia respecto de cuál haya de ser la limitación de libertad o de otros derechos que conviene imponer a otras personas, especialmente si esas personas son molestas, como sin duda lo son los delincuentes.

La igualdad en la titularidad de derechos y libertades, que cuenta con proclamación constitucional en todos los Estados democráticos, ha ido transformándose en un postulado teórico, cuya existencia nadie discute, pero sin que eso suponga la exigencia colectiva de que sean respetados. No se trata solo de que muchos entiendan que esos derechos y libertades únicamente rigen para quienes respetan el «pacto de convivencia», pero no para quienes lo abandonan o rompen con su conducta delictiva, sino de algo más profundo y diferente de la represión penal. Derechos como la intimidad o la dignidad personal y familiar pueden ser pisoteados en cualquier programa televisivo o crónica social, o en los frecuentes «juicios paralelos», si eso conviene a los realizadores o partícipes en el programa, sin que se perciba especial escándalo ante el maltrato a un patrimonio político fundamental.

Esa impassividad ante las ofensas a derechos fundamentales es la lluvia fina que va regando el campo en el que arraigan los discursos que priman la eficacia y la *seguridad* por encima del respeto a los derechos humanos, actitud social que es aprovechada políticamente y que puede llegar al esperpento¹⁵. La consecuencia final es evidente: al delincuente no se le reconoce que sea titular de derechos humanos fundamentales, y quienes defiendan eso se están poniendo de su parte. El derecho penal garantista va siendo postergado por el derecho penal de la seguridad¹⁶.

Pero lo peor es que esa idea sobre los derechos humanos como «estorbo para el bienestar» de la ciudadanía se traduce precisamente en la actitud social que desea el político populista, y se traduce, en relación con la acción policial y la aplicación de las leyes penales, en la exigencia de detenciones rápidas, y, a ser posibles, masivas, sin excesivas motivaciones, que, a su vez den paso a procesos rápidos que culminen con la prisión o la expulsión. Todo se justifica en nombre de la necesidad de seguridad.

En la ciencia penal se abrió hace tiempo el interrogante sobre las causas de la preferencia por la seguridad frente a los principios fundamentales del derecho penal

15. Como sucedió en los años noventa en el municipio de Marbella, en cuya entrada, durante muchos años, se podía leer un anuncio que rezaba, a modo de resultado de un encuentro futbolístico, «Eficacia, 10, Derechos humanos, 0», lo cual resumía las prácticas de la autoridad y la policía municipales.

16. Así lo destacaba Díaz Ripollés, 2004.

garantista, pero solo ha servido para constatar un salto atrás que da lugar a la pérdida del sentido de lo que es penalmente excesivo y a aceptar que el problema penal es un problema político, y, en suma, todos los rasgos definidores del populismo punitivo. En ese contexto, las garantías procesales (que no voy a enumerar), y, especialmente, la libertad provisional, por más procedente que sea, son tomadas como una rémora que beneficia a los delincuentes e impide que el ciudadano honrado pueda percibir la seguridad. Los intentos de oponer los derechos del detenido o acusado son negativamente valorados, sin que con ello pretenda dar una aprobación general a las decisiones de los jueces de instrucción, muchas veces discutibles. Pero eso no puede tapar un hecho comprobado: el ruido populista ahoga las reivindicaciones individuales por mucho que estén respaldadas por un derecho fundamental.

El populismo, y eso es lo más grave, no *puede convivir fácilmente con el orden democrático social-liberal*, pues la libertad individual naufraga ante lo que presenta como expresión de la voluntad del pueblo, y quien la discuta será apartado del grupo antes o después.

V. LA RELATIVA DIFERENCIA DEL POPULISMO PENAL EN ESPAÑA

En la historia penal no es una novedad utilizar el miedo al delincuente para justificar la necesidad y legitimidad de la represión penal, sin concesión alguna a causas sociales, culturales, económicas o patológicas como determinantes del delito ni, tampoco, la entidad objetiva del daño causado, circunstancia de la que prescinden los partidarios de apreciar incluso la peligrosidad *sin delito*, como fundamento de medidas de prevención y seguridad, que en España existió durante la vigencia de parte de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social.

En paralelo a las presiones punitivistas y las posiciones más extremas del defensismo social, se registra otra constante: la protesta de la mayoría de los penalistas defensores del Estado de Derecho, desde el último tercio del siglo XIX, denunciando que el aumento de la represión, comenzando por la pena de muerte, nunca sería una solución, sin que esas críticas hayan tenido apenas transcendencia, pues los gobernantes hacían, y hacen, exactamente lo contrario, o, mejor, lo que consideran que conviene más a sus intereses electorales.

Tiempo hubo, en Europa y en España en que, bajo el amparo de la Constitución, se desarrolló, o, al menos, así se creyó, un derecho penal y procesal penal que se consideró garantista y sin tendencia a la expansión incontrolada. La mención constitucional a que las penas se orientarían a la reinserción del delincuente España permitía concebir el derecho penal como propio de un Estado social de derecho que primaba la integración y el control de la represión sobre la exclusión y la inoportunidad.

Por esa misma época era difícil que el problema penal se entremezclara en el discurso político, con la notable excepción del problema terrorista. Pero diferentes circunstancias

sociales y económicas, a las que ya me he referido antes, dieron lugar al progresivo cuestionamiento del derecho penal «socialdemócrata», al que se vio como incapaz de afrontar los problemas reales y cotidianos de los ciudadanos: miedo al delito, sentimiento de inseguridad, rechazo a la inmigración, considerada fuente de delincuencia, aumento cualitativo del terrorismo, temor a las organizaciones criminales (como si fueran una novedad), y a fenómenos, como las bandas del Este, de los que se temía su extrema violencia.

Una población en la que prenden todas esas ideas y preocupaciones no parece dispuesta a aceptar flexibilidad alguna en el uso de la represión. Antes, al contrario, desea desviar la atención sobre las causas individuales o estructurales de la delincuencia y concentrar la atención en el control y en la eficacia de la represión. Esto es: las condiciones perfectas para el desarrollo del populismo penal, que prospera en paralelo al populismo político, que tan buenos resultados electorales ha cosechado en diferentes Estados europeos, o, si se prefiere, puede decirse que es visible el aprovechamiento político de los planteamientos propios del populismo penal¹⁷. Por ejemplo, el posicionamiento político contra la inmigración, tema recurrente en los procesos electorales, va acompañado de la invocación de la cifra de criminalidad protagonizada por inmigrantes y el porcentaje de estos en la población penitenciaria.

Otro aspecto, de relativo interés, es que España, además, está sita en el sur de Europa. Digo esto para marcar distancia con los que, especialmente en el ámbito latinoamericano, entienden que el populismo es una manera de actuar políticamente señalando a las élites económicas como únicas responsables de los males que padece la sociedad, y eso justifica el pisoteo de derechos del individuo, que lo padecerán las élites o los que no pertenecen a ellas. Todo ese discurso, propio de ideologías como el peronismo o el chavismo, cala fácilmente y se traduce en ideas viejas como la de que hay un derecho para los pobres y otro para los ricos, y sin duda tiene un gran interés en el análisis de los problemas políticos y sociológicos de las naciones en los que han triunfado esas ideas, pero queda lejos del objeto de estas páginas que se limita a la relación entre el populismo, tal como se entiende mayoritariamente en Europa, y el derecho penal.

VI. LA PRISIÓN COMO MEJOR RESPUESTA

Característica central del populismo punitivo (y del derecho penal máximo) es considerar a la prisión la mejor solución para reaccionar ante los hechos delictivos, sin perjuicio de otras respuestas alternativas o adicionales como puede ser la expulsión en el caso de los extranjeros. El presupuesto ideológico que da sentido a la preferencia por la cárcel es evidente: el rechazo a todo lo que pueda parecerse a la prevención

17. Como expone Ferrajoli, 2019.

especial positiva y a todas las tesis que defienden la necesidad de evitar en lo posible la prisión y que, en general, parten de la idea de que el derecho penal debe intentar resocializar al delincuente sin perjuicio de su función asegurativa. Para el populismo punitivo la primera función del derecho penal y obligación del legislador es *garantizar la seguridad*, y ese objetivo solamente lo cumple adecuadamente la pena privativa de libertad.

En relación con ese posicionamiento pro-carcelario hay que descartar, por absurda, la respuesta «expiacionista», resumida en la frase «quién la hace la paga», que, además, sería una justificación de la pena en abstracto, pero no de que ésta fuera necesariamente la de cárcel. Ahí, por supuesto, entrarían los punitivistas diciendo que todo lo que no sea privar de libertad no sirve para «educar asustando», que es la manera más tosca de describir la función de prevención general que se atribuye al derecho penal. La prisión ha sido un castigo que durante mucho tiempo culturalmente aceptado como la «respuesta natural», e incluso tiempo hubo, y es comprensible, que se considerara que la prisión reglamentada era un avance humanitario en comparación con las penas de muerte, azotes, argolla y otros horrores.

Hace tiempo que prepondera la idea de que ante la temibilidad del delincuente el único modo del que dispone la sociedad para defenderse es la prisión, pero, si es así, es inevitable llegar a preguntarse por el sentido de la prisión para sujetos que no son peligrosos, si por peligrosidad se alude a la indemnidad y paz de otras personas. Pero asumir que la primera y tal vez única función de la cárcel sea la de prevenir la peligrosidad de determinados sujetos conduce a graves dudas sobre la razonabilidad de usar esa respuesta para sujetos que no suponen riesgo alguno para la indemnidad, salud y libertad y otros derechos de los demás. Fácil es llegar a una conclusión «clara» en apariencia: la cárcel es una respuesta violenta que solo se justifica frente a la violencia, y, por lo mismo, las acciones no violentas no deben reprimirse con un castigo tan violento como la cárcel.

Ese planteamiento en pro y en contra de la prisión tiene la virtud de la simplicidad, y en ese caso habría que seguir la navaja de Ockham y elevarlo a explicación definitiva. El problema es que pasa por alto la no poca dificultad que entraña decidir cuáles son las conductas que merecen el calificativo de «violentas», lo cual explica que no haya sido aceptado como «idea básica».

No faltará quien añada que la permanencia en prisión también impide cometer, durante ese tiempo, delitos violentos y no violentos, y no se olvide que en la legitimación de la prisión por el punitivismo *se invoca, en primer lugar, la «seguridad»* como derecho de los ciudadanos en su conjunto, y, en segundo lugar, que nada hay más injusto que tratar igual lo desigual, esto es, privar de libertad tanto a peligrosos como a no peligrosos. Se dirá entonces que la pena de prisión para el no peligroso es «retribución», mientras que para el peligroso es a la vez «retribución y prevención» frente al peligro que encarna, solo que esa doble explicación de la función de la pena es discutible, además de que es también insoportable la tesis de que la cárcel es la retribución natural, pues

puede haber otra clase de castigos que también se justifiquen como retribución en todo o en parte, y no consistan en privación de libertad.

En suma, la «inseguridad» solamente podría justificar una parte de las respuestas penales o, si se prefiere, cuando la respuesta a muchos delitos consiste en la privación de libertad, no puede justificarse en la inseguridad. Claro que se puede amparar en la legalidad (se hace porque la ley lo ordena) pero esa no es una reflexión crítica, o bien, abiertamente, decir que se trata de expiación o de vindicta pública, pero, en ese caso, lo coherente será olvidarse de las modernas teorías de la pena en el Estado social de derecho, reducidas a mera palabrería.

Incidentalmente diré que basta un vistazo a los libros de derecho penal, incluso a los específicamente dedicados a teoría de la pena, para comprobar que, por un lado, abundan las censuras al «exceso de presencia del derecho penal», y, por otro, apenas hay reflexiones de fuste sobre cuáles son las conductas que necesariamente exigen la intervención del derecho penal y, además, la prisión como respuesta.

Pero volvamos al populismo penal y sus ideas sobre la «prioridad cultural» que se ha de dar a la cárcel. Hace unos años, con la Reforma de 2015, entró en nuestro sistema la pena de prisión permanente revisable. La polémica que rodeó a esa novedad merece ser examinada porque en ella se pueden encontrar los signos que mejor identifican al populismo penal. El derecho penal español, a diferencia de otros sistemas europeos, contaba a la sazón, y así sigue siendo, con la posibilidad de imponer penas de prisión de hasta *cuarenta* años de duración, por lo que la incorporación de la prisión permanente revisable, que supone, en principio, un período continuado de veinticinco años (art. 92 CP). No hay todavía una experiencia suficiente de la ejecución de esa pena, pero difícilmente diferirá de los resultados que hubiera podido producir la imposición de una pena de cuarenta años.

Por lo tanto, la incorporación de la llamada «cadena perpetua» tenía mucho más de *ideología* que de cambio real. El contexto de su incorporación estaba marcado por terribles crímenes contra muchachas que habían sido asaltadas, violadas y asesinadas. A partir de esos hechos comenzaron a expandirse las ideas «populistas», situando en cabeza la de la «insuficiencia» del Código penal para dar respuesta proporcional y adecuada a la gravedad del crimen, pero eso, en un sistema que ya permitía llegar a los cuarenta años de prisión, no se podía decir.

Por lo tanto, la explicación había que buscarla en el terreno de lo *simbólico*, y ahí surgían las explicaciones *profundas* que con facilidad reunieron partidarios de la prisión permanente: para determinados sujetos se debe abandonar el ideal resocializador dar preferencia a la definitiva neutralización del criminal, y su exclusión del cuerpo social, del que él mismo se ha separado voluntariamente, transformando en un enemigo del que la «mayoría» tiene derecho a defenderse.

A pesar de una experiencia que dice precisamente lo contrario, esto es, la reconocida incapacidad de la cárcel y la severidad de las penas *para evitar futuros delitos* (el relativo fracaso de la prevención general) se presentan como la forma más eficaz para frenar la

delincuencia. Atendiendo al impulso punitivista se asocian de manera falaz tasas de encarcelamiento con criminalidad, se obvia el patrón sociocultural de quienes acaban en prisión y se recurre subliminalmente a la función simbólica y moralizante de la cárcel, silenciando cuál es el destino final de muchos delincuentes.

Hoy en día el criterio que marca la ejecución de penas privativas de libertad en Europa es el sometimiento a un programa de ejecución, que no parece preciso para una pena que por su misma naturaleza no aspira a reinserción o reeducación de especie alguna. Es verdad que en los sistemas que, como el español, contemplan la posible «revisión» de la pena de cadena perpetua pueden decir que hay un tratamiento penitenciario, pero lo cierto es que la ideología esencial o «fundacional» de la cadena perpetua es otra: el encierro vitalicio, del que solo se sale en fétetro. La revisión posible de la pena de cadena perpetua ha sido impuesta por la doctrina del TEDH como condición para no declararla incompatible con el Pacto Europeo de Derechos Humanos.

En la teorización de la «razonabilidad» de la cadena perpetua se han dado la mano doctrinas que en su momento parecieron «revolucionarias» con las ideas más estrictas sobre el carácter absoluto de los castigos. En el primer grupo se sitúa el positivismo naturalista: el Estado, según decía Garofalo hace más de un siglo, ha de reaccionar ante sujetos temibles, a los que ha de intentar adaptar o recuperar, pero, si eso no es posible, tiene el deber de segregarlos perpetuamente, y, llegado el caso, aplicar la pena de muerte.

Esas ideas van a perseverar en los movimientos inspirados en la defensa social. Pero es que en las tesis totalmente contrarias a la búsqueda de fin alguno con la ejecución de las penas (teorías absolutas de la pena) desaparece el argumento contra la cadena perpetua basado en la imposibilidad de alcanzar reeducación de especie alguna, puesto que *las penas no se han de proponer ninguna clase de objetivo*, pues, según se decía en un tiempo, es un fin en sí misma que solo se inspira en la expiación y en la retribución, y eso mismo lo puede suscribir el populismo penal de nuestro tiempo.

Dejando a un lado el significativo tema de la prisión permanente, hay que contemplar a la pena privativa de libertad y las penas no privativas de libertad con la mentalidad del populismo. En cuanto a las penas no privativas de libertad (privativas de derechos o pecuniarias) son consideradas una manera como otra de librarse de la responsabilidad contraída con la comisión de un delito.

Coherentemente con la defensa de la pena privativa de libertad *materialmente ejecutada* y no solo teóricamente impuesta, como respuesta natural y principal al delito, el populismo punitivo rechaza también los sustitutivos penales y cualquiera otra figura penal que se pueda calificar como norma que persigue favorecer la reinserción, objetivo que se excluye de las funciones del derecho penal: el delincuente ha de ser excluido del grupo social y la pena tiene como finalidad la inoquización del sujeto. Cualquier otro fin es inaceptable.

VII. LA INVOCACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Otro eje esencial del populismo penal pasa por la instrumentalización del dolor de las víctimas y de los supervivientes y de la empatía social que suscitan. El punitivismo se presenta como abanderado de sus derechos, otorgándoles el lugar destacado que se merecen en el sistema penal y *en la promulgación de leyes*.

El planteamiento de la relación entre la existencia de víctimas y la actuación presente y futura del derecho penal es, a la vez, una manipulación de los sentimientos de las víctimas para transformarlas en grupo de presión y, a la vez, una falacia. Los derechos de las víctimas se presentan en una aritmética engañosa: la concesión de derechos a los infractores va en detrimento de los derechos de estas, negándoles la obtención de justicia y reparación. Con ello, se apropian y distorsionan las reivindicaciones de las víctimas y supervivientes del delito que, por cierto, ni tan siquiera son las que más ansias punitivas presentan, si se las compara con quienes las invocan.

La primera falacia que entraña esa continua invocación de las víctimas y sus derechos es la tácita sugerencia de que cualquier otra ideología las desprecia u olvida, cuando no es así. Para las víctimas la realización de la justicia penal es una mínima compensación a su dolor, pero el sistema público estatal, del mismo modo que tiene el deber de protegerlas y ayudarlas con generosidad, no puede privatizarse y administrar la justicia penal *exclusivamente* en servicio suyo, pues si lo hiciera la consecuencia final sería que los crímenes tendrían que castigarse cuánto la víctima quisiera y sólo si la víctima lo desease, y además quedaría difuminada la trascendencia social del hecho y la prevención de su repetición en el futuro.

Por lo tanto, la tangible existencia de víctimas es un problema de primer orden, pero no la clave de bóveda de todo el problema penal. Cuestión diferente es que es obligado reconocer que la atención a las víctimas se ha producido tardíamente, y durante mucho tiempo el eje del problema penal lo ocupaban especialmente los delincuentes, pero no las víctimas, lo cual ha sido históricamente injusto, y, en segundo lugar, porque ceder el espacio íntegramente al delincuente puede propiciar la peor de las consecuencias: que éste crea que tiene un problema (lo que es cierto), que tiene unos derechos, como el de defensa o la presunción de inocencia y otros (lo cual también es cierto) y olvide el daño que ha causado y deje de comprender que su actitud hacia la víctima, y no exclusivamente por una cuestión de índole moral (de moral personal), sino de necesaria justicia restauradora, no puede ser un tema accesorio para el sistema.

Pero el populismo punitivo utiliza a las víctimas para finalidades extravagantes, como cuando, por ejemplo, ideas como la reinserción del delincuente son abiertamente despreciadas *en nombre del respeto a las víctimas*, como si se tratara de cosas incompatibles, y, en todo caso, ese argumentario es utilizado con fines electorales, y esa es una manera inadmisibles de tratar la atención a las víctimas del delito, que desde el último tercio del s. XX han ido adquiriendo su propio espacio en el problema penal,

que durante mucho tiempo centrado en los autores de los delitos, que además son los protagonistas únicos de la teoría del delito¹⁸.

La victimología constituye hoy una dimensión imprescindible en la formulación de la política criminal, y, a su vez, el papel de la víctima en la valoración integral del delito como suceso jurídico es el punto de partida de la «victimo-dogmática»¹⁹. Pero lo que en modo alguno puede aceptarse es la pretensión de construir la totalidad del derecho penal a partir de la víctima, pues el problema penal excede a esa limitada esfera.

El populismo punitivo, en coherencia con ese rasgo identitario que es la permanente invocación de las víctimas y sus intereses y deseos, exige el aumento cuantitativo del derecho penal: es necesario crear más delitos y señalar mayores penas privativas de libertad para los ya existentes, y, además, sin beneficios penitenciarios que puedan desvirtuar la gravedad de la pena con soluciones reglamentarias que permitan adelantar la recuperación de la libertad. Que eso vaya a ser útil o contraproducente es algo que queda fuera del campo de juego, y que se presente como *una manera más de dar satisfacción a las víctimas* de delitos pasados es absurdo, pero sirve para fomentar la idea de que aquellos delitos *se produjeron precisamente por la insuficiencia de las leyes penales*, lo cual, habitualmente, es falso.

Pero la tendencia a potenciar el papel de las víctimas como interlocutores en la disposición de la Política criminal no se reduce, antes, al contrario. El recurso a las víctimas para interferir cualquier debate penal o penitenciario es constante. Como es lógico, no puedo censurar que haya muchas asociaciones de víctima de delitos, incluso de víctimas de un concreto delito (por ejemplo, una macro estafa inmobiliaria), y que todas ellas pugnen por obtener compensaciones al daño sufrido. Pero eso no tiene nada que ver con la marcada línea constante del populismo de clamar contra cualquier reducción de pena o flexibilización en el tratamiento penitenciario, o en los derechos del acusado en el proceso, denunciando que se trata de una ofensa a los sentimientos de las víctimas.

VIII. LOS POPULISMOS FRENTE AL DERECHO PENAL Y LOS PENALISTAS

En cuanto al futuro de la ciencia penal, tras esos ataques de irracionalidad, el panorama es realmente oscuro, salvo que se quiera ir a un sistema de «*doble derecho penal*» (algunos lo preconizan) de modo que hubiera uno para las personas «normales e integradas», para las cuales subsistirían los valores y principios del derecho penal, y otro, diferente y contundente, que, despojado de todo eso se aplicara a los que perturban la paz social y solo merecen represión, pero eso es todo menos una solución, al contrario: sería el

18. Situación que hoy está cambiando gracias al desarrollo de la victimodogmática, que estudia la significación del comportamiento o personalidad de la víctima en la producción del delito y su influencia en la responsabilidad penal del autor.

19. Del tema me ocupé en Quintero, 2005.

hundimiento del «mejor» derecho penal, si es que es posible calificar a alguna concepción del derecho penal como la mejor.

Para el populismo punitivo *no tiene sentido alguno que las leyes penales quieran ser utilizadas para cumplir una función de promoción de valores comunes necesarios para la convivencia libre*, como han sostenido tantas doctrinas penales. Ese discurso, clásico del derecho penal liberal, carece totalmente de sentido para el populismo, pues la función del derecho penal no es ni enseñar ni promover, sino *proteger a los buenos ciudadanos*.

Otra idea común *es el desprecio al derecho penal «ortodoxo» y a los penalistas «tradicionales»*, que son todos menos ellos. Es fácil comprobar cómo los promotores de medidas de populismo punitivo marcan distancias con los «penalistas». Una vez más los juristas son señalados como colaboradores de los delincuentes y celosos defensores de los derechos de éstos frente a los de los buenos ciudadanos, una idea antigua y muy cara a los movimientos totalitarios, con el nacionalsocialismo en cabeza, pues no en vano fue una de las más absolutas y siniestras exhibiciones de *«populismo absoluto»* que ha conocido la historia.

En las constantes del pensamiento penal nazi, sin perjuicio de que dentro de él hubiera grupos o personalidades diferentes (la Escuela de Kiel, la de Marburgo, Edmund Mezger, Carl Schmitt) algunas notas pueden considerarse comunes, como la abolición de las ideas o instituciones penales peyorativamente calificadas como «liberales», entre las que se incluían la culpabilidad como reproche personal por el hecho, la antijuricidad y la lesión de bienes jurídicos como esencia del comportamiento injusto, y, por supuesto, el presupuesto de libertad del individuo.

A su vez, de los juristas activos en la época nazi se ha podido decir, con justicia, que mayoritariamente abrazaron las ideas impuestas por Hitler, ya fuera por sincero deseo de participar en la recuperación de Alemania frente a la humillación que supuso el Tratado de Versalles ayudando a la creación de un Nuevo Estado que requería un nuevo derecho, o ya fuera simplemente por necesidades de supervivencia.

Algo parecido sucedió en Italia, donde un Ferri anciano, en palabras de Jiménez de Asúa, se postró ante las botas del dictador fascista, Benito Mussolini, aunque con la diferencia de que el positivismo naturalista se adaptaba con cierta facilidad a las ideas penales del fascismo.

Se dirá que todo eso pertenece a un lejano pasado, pero no es del todo cierto. Hoy, para el populismo penal, los juristas que señalan errores graves en leyes que promueven (superposiciones, concursos innecesarios de normas, desproporciones, etc.) son silenciados o acusados de obstaculizadores del progreso. La idea, tan cara a los nazis, de que los juristas han creado un complejo juego de normas que solo ellos entienden y que utilizan para interponerse entre el delincuente y el sano deseo de justicia del pueblo, idea que tiene diferentes versiones, como la de sostener que los ricos pueden pagarse buenos abogados que encontrarán una «argucia» legal para conseguir la absolución, o la (vivida a propósito de la ley del «sí es sí») tesis de que buenas leyes son diluidas por

los Tribunales penales, que son el brazo armado de la «sociedad patriarcal» (aquí entra la rama feminista del populismo)

La mencionada crítica a los Tribunales se visibiliza claramente en una de las armas preferidas por el populismo punitivo que es *transmitir a los votantes que solo ellos, a través del poder legislativo, son los que han de decidir lo que se debe hacer con los delincuentes*, sin dejar espacio de actuación a los jueces.

La hipertrofia de esa supuesta apología del Poder legislativo como fuente única de justicia lleva a la convicción de que, si la mayoría parlamentaria lo decide, cualquier cambio o incorporación de una Ley habrá de ser aplaudido, aunque suponga la cancelación de valores consagrados por años de buena cultura jurídica, a la que a veces se trata despectivamente como «derecho penal liberal», con lo que se confunde un cierto modo de entender el derecho penal (respetuoso con las garantías individuales) con el maltrato a valores constitucionales fundamentales, en nombre de la búsqueda de una justicia en sintonía con los deseos del pueblo.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN

No es fácil extraer una conclusión concreta de la diversidad de aspectos del tema del populismo y el derecho penal que he intentado exponer. Pero hay un telón de fondo permanente en todos ellos, y es la falta de respeto real al Estado de Derecho y lo que este significa, no ya como estructura formal (división de poderes, sometimiento a la ley, derechos y libertades, etc.) sino como *cultura*, porque el Estado de Derecho, efectivamente, no es solo una manera de configurar jurídicamente a una sociedad, sino que es y ha de ser algo más: el eje de la identidad nacional.

Esa función político-cultural del Estado de Derecho, y lo que supone como modo de entender la convivencia y la actividad política, no se percibe con claridad en nuestro tiempo, o solo cuando se ponen ejemplos máximos, como era el de los juristas al servicio del franquismo que aseguraban que aquella España era un Estado de Derecho porque todo se hacía mediante leyes y tribunales y se responde que eso es inadmisibile.

Utilizar la justicia penal para reforzar la demagogia es una manera de despreciar el sentido que culturalmente, y me refiero a la cultura jurídica del siglo XXI, ha de tener el derecho penal en un Estado de Derecho, pero desgraciadamente no hay que extrañarse de que eso suceda. Los propios gobernantes, y estos días lo estamos comprobando con el espectáculo de la negociación del futuro político común con personajes que están encausados por graves delitos, no tienen el menor inconveniente en forzar la legalidad o despreciarla si se interpone en su camino hacia el objetivo de conservar el poder. El Estado de Derecho queda malparado, o, peor, ridiculizado.

Pero todo se inscribe en el signo de los tiempos, en que se ha instalado como normal la utilización libérrima de las leyes. En ese contexto de insensibilidad hacia lo que significa el Estado de Derecho, y teniendo que resignarnos a soportar el desprecio a

cualquier límite jurídico, el populismo penal no es más que una consecuencia colateral coherente con el desquiciamiento del sentido y la función del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN-MELLÓN, J., & ANTÓN CARBONELL, E., (2017). Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016). *Revista Internacional de Pensamiento Político*, (12), 133-150
- CIGÜELA SOLA, J., (2020). Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22), 1-40.
- CLARKE, C., & MORGAN, R., (eds.), (1995). *The Politics of Sentencing Reform*. Clarendon Press.
- DÍAZ RIPOLLÉS, J.L., (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (6), 1-34.
- FERRAJOLI, L., (2019). Il populismo penale nell'età dei populismi politici. *Questione Giustizia*, (1), 79-85.
- GARCÍA FIGUEROA, A., (2021). La génesis populista del feminismo punitivo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo I, 15-41.
- LARRAURI, E., (2006). Populismo punitivo. *Revista de Jueces para la Democracia: Información y Debate*, (55), 15-22.
- QUINTERO, G., (2005). La víctima y el Derecho penal. En Tamarit Sumalla J. M., (Coord.), *Estudios de Victimología: Actas del I Congreso Español de Victimología*. Tirant lo Blanch
- SALAT PAISAL, M., (2019). El Derecho penal como prima ratio: la inadecuación del Derecho administrativo sancionador y la necesidad de buscar soluciones en el seno del Derecho penal. *Revista General de Derecho Administrativo*, (51).

