

## **M.<sup>a</sup> Guadalupe Domínguez Dueñas**

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Socia de la FICP.

### **~El garantismo penal~**

*“Consideradas simplemente las verdades hasta aquí expuestas, se convence con evidencia que el fin de las penas no es atormentar y afligir un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido. ¿Se podrá en un cuerpo político que, bien lejos de obrar con pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares, se podrá, repito, abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo o de los flacos tiranos? ¿Los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve, las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.”<sup>1</sup>*

### **I. EL DERECHO PENAL**

El derecho penal surge en el Estado moderno como una garantía al ciudadano y una limitación respecto a la intervención punitiva del Estado, siendo la pena a decir de BECCARIA relativa, sólo en la medida en que es necesaria. Por ello el derecho penal en cuanto prevención de delitos, es a la vez una garantía del ciudadano y una limitación al poder del Estado.<sup>2</sup>

En las sociedades democráticas donde han sido promulgadas Constituciones, se ha dotado a dicha norma de un contenido esencial que constituye el acuerdo social alcanzado para el ejercicio del poder, y en las más recientes Constituciones se incluyen los principios y valores superiores que deberán inspirar la actuación de los poderes públicos, recogándose una relación de derechos fundamentales y libertades públicas o garantías individuales. Así en España, en la Constitución de 1978 se plasman en su artículo 1.1 y en el Título I donde se recogen los Derechos y Deberes fundamentales.

La configuración del Estado como social y democrático de Derecho supone la existencia de un Derecho penal que se orienta a la protección de los derechos de todas las personas, en el bien entendido de que en democracia, por encima de la voluntad de la mayoría están los intereses y las necesidades vitales de toda la sociedad.<sup>3</sup>

Pero el orden social no solo se consigue con el acuerdo de la inclusión de determinados contenidos constitucionales, sino que es preciso que la sociedad entera se involucre, y que

---

<sup>1</sup> BECCARIA, C. Tratado de los delitos y de las penas. Editorial Committee. Universidad Carlos III de Madrid. Versión electrónica disponible en e-Archivo: <http://hdl.handle.net/10016/20199>. 2015, pp. 33-34.

<sup>2</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. Principios garantistas del derecho penal y del proceso penal. Revista Nuevo Foro Penal, 60, 1999, pp.105-106.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ MESA, MJ. Manual de introducción al Derecho Penal, 2006, p. 44.

dicha implicación empiece en la propia familia y en la escuela, pasando por la opinión pública, la policía, y por supuesto por los Tribunales de Justicia.

Tres son los elementos del sistema de control social: la norma, la sanción y el procedimiento de verificación de la infracción de la norma, situándose el Derecho Penal como un subsistema dentro del sistema de control social, cuyo fin es el aseguramiento del orden social que se vale de las normas, las sanciones y el proceso.

Esta tarea de control social guarda relación con uno de los modelos de intervención penal que propugna un Derecho penal garantista, el cual se muestra escéptico respecto a la consideración de un Derecho penal como instrumento del control social. Estaríamos ante un Derecho Penal autolimitado, donde cabe destacar su humanización (basada en la consideración de la pena como un mal), su configuración como un Derecho Penal mínimo y su desconexión de las exigencias éticas.<sup>4</sup>

## **II. EL GARANTISMO PENAL**

El garantismo es una corriente doctrinal que entiende el Derecho como un sistema que establece límites a los poderes públicos y cuya finalidad es la de garantizar el efectivo desarrollo de los derechos y las libertades individuales o grupales, y comprende, conforme señala FERRAJOLI, considerado padre del garantismo, tres acepciones que son un modelo normativo de derecho de estricta legalidad, una teoría jurídica de la validez y de la efectividad, y una filosofía política que exige del Derecho y del Estado un carga de justificación externa. Ello tiene un engarce con las teorías de la Ilustración, al entender el Derecho como un sistema de límites al poder y una garantía para los derechos y libertades fundamentales del individuo, preconizando un modelo normativo de estricta legalidad.

Para la teoría garantista, el Derecho Penal se justifica como medio de protección para evitar que se cometan más delitos y como protección de los individuos frente al poder punitivo estatal, pues si desapareciera dicho derecho se provocarían mayores males de los que se pretenden reparar, máxime si se pretenden imponer medidas que tienden a negar el derecho penal de garantías.

“Pena y orden, orden y pena son dos términos indisolublemente unidos en el sistema”.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista. Jueces para la democracia, 30, 1997, pp. 10-12.

<sup>5</sup> DE LA CUESTA AGUADO, P.M. Un Derecho penal en la frontera del caos. Revista de Estudios Jurídicos y Económicos de la Fundación Municipal Universitaria de Algeciras, 1, 1997, p. 44.

Así si no existiera el Derecho Penal tampoco existiría la garantía de los derechos, por lo que la ley penal es necesaria y se justifica como la ley el más débil, estando orientada a tutelar los derechos de éste contra la violencia arbitraria del más fuerte, constituyendo los derechos fundamentales aquellos parámetros que establecen los límites que no pueden traspasarse ni con los delitos, ni con las puciones.<sup>6</sup>

Podría afirmarse que FERRAJOLI con su teoría del garantismo intenta que el Derecho regule la vida social sin que queden espacios o parcelas de desprotección, es decir, que las normas regulen, siendo el sentido del principio del normativismo que encuentra su expresión en el principio de legalidad.<sup>7</sup>

### **III. DERECHO PENAL MINIMO**

Con el nacimiento del liberalismo, doctrina política que aparece en la segunda mitad del siglo XVIII coincide el surgimiento del principio de intervención mínima, esencialmente en Francia y Reino Unido y reivindica un espacio de libertad en ámbitos tan diversos como el religioso, literario, económico, personal ...; y dicha doctrina surge como reacción a la situación política y social del momento, en la que se concentraba en manos del rey poderes ilimitados, y ante una ley penal de excesiva rigidez. De esta forma las penas que se imponían eran muy severas, llegando a aplicarse no solo fuertes penas pecuniarias y corporales, también destierros e incluso la pena de muerte.

El Derecho penal se concebía y utilizaba como medio para coaccionar al individuo y someterle a la obediencia del monarca, surgiendo la exaltación de la libertad como reacción a este panorama absolutista. El movimiento liberalista surgido en la clase burguesa provocó una importante evolución del Derecho, donde el cambio encuentra sustento en la soberanía popular, el imperio de la ley y la separación de los poderes, principios esenciales del Estado de Derecho.

Los fundamentos de un sistema limitador del poder punitivo del Estado y un sistema penal garantista son plasmados por primera vez por CESARE BECCARIA, en su obra de "De los delitos y de las penas", donde expone las posiciones doctrinales que han llegado a nuestros

---

<sup>6</sup> FERRAJOLI, L. Derechos y garantías. La ley del más débil. 4ª edición, Editorial Trotta, 2004. pp. 54-62

<sup>7</sup> MORA SIFUENTES, FM. El garantismo como constitucionalismo de reglas.(Apuntes sobre las normas en Principia iuris). 1er Encuentro de Jóvenes Investigadores de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: Neoconstitucionalismo en tiempos de postdemocracia. Universitat de València, 2012, p. 3.

días, siendo uno de ellos el principio de intervención mínima, que define cuando argumenta y defiende la idea de reducción de las leyes penales a las mínimas necesarias.<sup>8</sup>

Los principios jurídico-criminales vigentes en el periodo medieval, y más concretamente en el despotismo monárquico, acabaron provocando la reacción de los penalistas y de los filósofos de la Ilustración que hicieron posible una renovación sumamente importante en el ámbito del Derecho Penal, poniendo de manifiesto que las leyes estaban obsoletas, y haciendo ver a la sociedad que el proceso penal del Antiguo Régimen suponía un exceso intolerable. De esta forma comenzaron a asentarse los principios que orientarían desde ese momento las leyes penales en Europa, surgiendo la ciencia moderna del Derecho Penal.

En ese cambio revolucionario debe reconocérsele en parte a MONTESQUIEU, al haber sido pionero en relacionar el uso de la soberanía y la política con el orden penal, y haber logrado difundir e inculcar en los monarcas europeos la ideas de la ilustración como modelo de moderación, y ello pese a no ser considerado un penalista en sentido estricto. Pero no solo eso, también se debe a MONTESQUIEU el haber contagiado de tales ideales al Marqués de BECCARÍA, quien con tan solo veintisiete años publicó la obra *Dei Delitti e delle Pene* (De los Delitos y las Penas), obra que constituyó el pilar del movimiento ilustrado en el Derecho Penal, por lo que la humanización de la justicia tuvo su origen en ambos autores.

Estas nuevas ideas de la Ilustración que propugnaban la reforma del Derecho Penal y la humanización de la justicia tuvieron en Europa una inmediata repercusión, no obstante en España debieron esperarse diez años para que apareciera la primera traducción al castellano de la obra de BECCARÍA, generando el favor y el interés de los ilustrados españoles, aunque bien es cierto que despertó entre los sectores de la sociedad más conservadora un importante rechazo que propició que la Inquisición llegara a prohibir su lectura.

No obstante, poco a poco las ideas ilustradas fueron haciendo mella en el Derecho Penal español que finalmente fueron plasmadas en nuestro ordenamiento jurídico, y ello incluso antes de la promulgación de la Constitución de 1812, pues en 1811 fue abolida en nuestro país la tortura, y el Código Penal de 1822 recogía las ideas jurídico penales ilustradas del humanismo, suavizando el rigor de las penas y los medios denigrantes para obtener la confesión de los inculpados; el utilitarismo, en el sentido de entender que la acción punitiva se corresponde con la utilidad social; y la proporcionalidad de las penas a la culpa acreditada, lo que implicaba la graduación de las mismas.

---

<sup>8</sup> MILANESE, P. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima. Université de Fribourg, pp. 2-3. [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_33.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf)

Todo ello generó un nuevo Derecho Penal que se inspiraba en principios garantistas y que limitaba el ius puniendi del Estado, pasándose del rigorismo a la moderación de la ley penal. Se frenó el poder absoluto del monarca cuyo poder punitivo buscaba la coacción y la obediencia del ciudadano, y se optó por utilizar el Derecho Penal para la protección de los bienes jurídicos más importantes ante las agresiones de mayor gravedad, y ello en aras de la consideración del Derecho Penal como última ratio.<sup>9</sup>

Hoy día el principio de intervención mínima es una garantía frente al poder punitivo del Estado y es fundamento de la ley penal en los Estados de Derecho, debiendo intervenir solamente ante ataques de especial gravedad contra los bienes jurídicos de mayor importancia, debiéndose aplicar otros medios diferentes al Derecho Penal, menos lesivos, siempre que estos existan, postulándose así un mayor bien social con el menor costo o sufrimiento social.

De esta forma del principio de intervención mínima pueden destacarse los principios de subsidiariedad o ultima ratio del Derecho Penal, que finalmente suponen una garantía frente al ius puniendi del Estado, estando justificada la intervención estatal solo cuando resulte imprescindible y necesaria para mantener el orden en un sistema democrático. El Derecho penal no puede ser tenido como prima o única ratio al que acudir para solucionar todos y cada uno de los problemas sociales cuando otras ramas del ordenamiento jurídico pueden solucionar tales conflictos de una forma menos gravosas.<sup>10</sup>

El principio de intervención mínima constituye un importante límite al ius puniendi del Estado y sitúa al Derecho Penal en su verdadera posición dentro del ordenamiento jurídico, esto es, como última instancia a la que pueden acceder los ciudadanos para dirimir sus conflictos, o como último recurso legal del que dispone el Estado de Derecho para conseguir una sociedad democrática. Este principio se integra con *tres postulados* fundamentales: a) el carácter fragmentario del Derecho Penal, en el sentido de que la pena solo debe aplicarse a acciones u omisiones que por su peligrosidad lo merezcan en interés de la protección social; sólo debe intervenir el Derecho penal ante ataques muy graves a bienes jurídicos de especial relevancia, debiendo obviarse la aplicación de la pena en los casos en que ni sea necesaria, ni socialmente imprescindible; b) el Derecho Penal como última ratio, en el entendido de que el Derecho Penal sólo debe intervenir en la protección de bienes jurídicos, cuando los otros medios de reacción o tutela con los que cuenta el ordenamiento jurídico resulten inservibles o

---

<sup>9</sup> DE PABLOS CARMONA, M. La influencia de la Ilustración en el Derecho Penal: revisión y actualidad. Universidad de Comillas, 2014, pp. 4-11.

<sup>10</sup> MILANESE, P. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima, p. 4.

insuficientes a tal fin, y por último c) la naturaleza accesoria del Derecho Penal, en el sentido de la consideración de la mayor gravedad material y formal del Derecho penal respecto del Derecho sancionador en general.<sup>11</sup>

Desde el punto de vista del control social, el Derecho penal cumple la misión de evitar los daños o agresiones más graves a los bienes fundamentales de la convivencia. Así el Derecho penal está legitimado en cuanto que es instrumento para salvaguardar y proteger los bienes jurídicos que presuponen la existencia básica de la convivencia social, y que no se deben lesionar ni con la acción delictiva, ni tampoco con la intervención punitiva.

La función de protección de los bienes jurídicos en los Estados democráticos debe ir dirigida a todos los ciudadanos, y ello con independencia del lugar que ocupen en el sistema social e incluso aunque sean potenciales delincuentes o potenciales víctimas. De esta forma la función de protección no se realiza solo con la prevención de los delitos, ya que el Derecho Penal tiene también otra función preventiva referida a la prevención de la propia violencia punitiva del Estado que pueda manifestarse en la imposición de penas desproporcionadas o incluso arbitrarias.

La capacidad de las normas penales para prevenir delitos legitima al Derecho Penal siempre que, al establecer una pena menos grave, e incluso ante la despenalización de algunas conductas no impliquen en una menor eficacia preventiva.<sup>12</sup>

#### **IV. LA QUIEBRA DEL GARANTISMO EN EL MODERNO DERECHO PENAL.**

Como el Derecho va de la mano de la evolución de la sociedad y procura dar respuesta a los problemas que surgen con las transformaciones sociales, el legislador penal va creando de forma incesante nuevos tipos penales que se adapten a las nuevas circunstancias sociales, o bien va ampliando la gravedad de los tipos penales ya existentes; y como consecuencia de éste actuar del legislador, el Derecho Penal en los últimos tiempos va aumentando de una manera muy significativa su capacidad de control y punición, y en ese caminar, van quedando atrás ineludiblemente garantías que estaban reconocidas en el Estado de Derecho y que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de los nuevos fines del legislador penal.

Surge de esta forma un Derecho penal *moderno* que actúa con características propias e con instrumentos distintos a los del Derecho penal clásico y esa actuación ha generado

---

<sup>11</sup> MARTOS NÚÑEZ, J.A. El principio de intervención penal mínima. BOE. ADPCP, 1987, pp. 101-122.

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ MESA, MJ. Manual de introducción al Derecho Penal, 2006, pp. 38-39.

problemas que atentan contra los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho. En suma, el Derecho penal moderno acaba utilizando la protección de los bienes jurídicos como un mandato para punir, y no como un límite a la protección de los bienes jurídicos.

Esto supone una quiebra del principio de intervención mínima, porque el bien jurídico es protegido de forma directa por el Derecho penal, que debe ser la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y sin que antes se hayan acudido a otras ramas del derecho menos gravosas, y sin cuestionarse la relevancia de tal bien para el Derecho penal. Y ello, cuando debieran coexistir los principios de intervención mínima y de protección de bienes jurídicos, actuando el primero como límite del segundo.<sup>13</sup>

La tendencia expansiva que en determinados ámbitos manifiesta el Derecho Penal a costa de otras ramas del ordenamiento jurídico, parece obviar que aunque ciertos intereses puedan necesitar la protección del derecho penal, la imposición de una pena privativa de libertad supone la limitación de derechos fundamentales y solo podría estar justificada en casos de especial gravedad y que supongan un peligro importante de destrucción, lo que choca frontalmente con las leyes penales en blanco, y el establecimiento de tipos de peligro abstracto, o incriminación de conductas donde no se necesita la verificación de un efectivo resultado dañoso para que puedan ser sancionadas penalmente. De esta forma se acaba penando la inobservancia de normas meramente organizativas y no la realización de hechos realmente dañosos para la sociedad, lo que supone el uso del Derecho Penal en disciplinas preventivas ya estructuradas en Derecho Civil o Administrativo, y solo para reforzar el carácter intimidatorio. Pierde de esta forma el Derecho Penal buena parte de sus contenidos garantísticos.

Para HUERTA TOCILDO, nuestro Código Penal de 1995 no se sustrajo a incurrir en la quiebra del garantismo y del principio de intervención mínima cuando tipificó y criminalizó conductas tales como los delitos contra los recursos naturales y medio ambiente, contra la ordenación del territorio, delitos societarios o de intrusismo profesional, quizá porque entre otras razones el legislador ha mostrado una especial sensibilidad a la presión de determinados lobbies sociales para penalizar tales conductas.<sup>14</sup>

Las sucesivas y numerosas reformas legislativas operadas en el Código Penal de 1995 han afectado con mayor rigor a la parte general, especialmente al sistema de responsabilidad

---

<sup>13</sup> MILANESE, P. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima, pp. 8-9.

<sup>14</sup> HUERTA TOCILDO, S. Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código Penal. Revista Penal, 8, 2001, pp. 40-41.

penal, al sistema de sanciones, determinación y ejecución de éstas; en lo referido a la parte especial, se ha producido un endurecimiento de las penas, especialmente en delitos de terrorismo, delitos de tráfico de seres humanos, delitos sexuales, delitos de violencia de género, delitos de seguridad vial, entre otros. Es por ello que a todas luces nuestro legislador tiende al endurecimiento de las penas y una expansión de los tipos penales que indudablemente se aleja del principio de mínima intervención del Derecho Penal, ampliando el abanico de bienes jurídicos protegidos no solo en el ámbito individual, sino también en el colectivo, creando nuevos tipos penales o ampliando los ya existentes, y agravando las penas privativas, por ello está perdiendo el norte de los principios limitadores del ius puniendi del Estado.<sup>15</sup>

La última reforma del Código Penal operada en 2015 mediante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, aparece con tintes inquisitivos en cuanto se introducen penas tales como la de prisión permanente revisable; y se produce una ampliación de las penas privativas de derechos, se observa además un afán recaudatorio en un buen número de delitos, que se comprueba en la ampliación del comiso y en el incremento de las penas multa, no obstante dicha reforma ha despenalizado algunos ilícitos penales menores y que constituían antiguas faltas, siendo elevadas otras de ellas a la consideración de delito leves, lo que supone una nueva categoría que amplía el concepto de delito. Estas nuevas figuras delictivas observan en general una tendencia al alza en las penalidades.<sup>16</sup>

A la luz de las distintas reformas operadas en el Código Penal de 1995, puede pensarse que se ha producido una quiebra del principio de intervención mínima y del garantismo del Derecho Penal, si bien también podría argumentarse que ello se ha producido al amparo de los principios de eficacia jurídica, de necesidad o bien de utilidad social al albur de las nuevas realidades sociales.

## **V. CONCLUSIONES**

Hoy día ya se han plasmado en las constituciones democráticas las ideas ilustradas y por ende el garantismo penal, abanderado por el principio de intervención mínima y la consideración del Derecho Penal como última ratio; pero las evoluciones normativas parecen apartarse del garantismo penal, y ello pese al afianzamiento de tales ideas en los ordenamientos jurídicos democráticos. Por ello, la lucha debe centrarse ahora, en hacer que

---

<sup>15</sup> DE PABLOS CARMONA, M. *Influencia de la Ilustración*, 2014, p. 37.

<sup>16</sup> MORALES PRATS, F. *La utopía garantista del derecho Penal en la nueva "edad Media"*. Discurso de ingreso en la Real Acadèmia de Doctors, como Académico de Número, en el acto de su recepción el 5 de noviembre de 2015. 2015, pp. 73-74.

los Estados de Derecho realmente cumplan con los valores democráticos instaurados, y que sean respetados los derechos de los ciudadanos que recogen las Constituciones y los distintos ordenamientos jurídicos, para de esta forma evitar que se vaya produciendo un deterioro progresivo de las teorías que desde Montesquieu a nuestros días se han consolidado como un derecho social adquirido, y que suponen el afianzamiento de un Derecho que limite el poder del Estado y que suponga una garantía para los derechos y libertades fundamentales del individuo.

\* \* \* \* \*