



AGOSTO 2015

MODELOS DE DERECHO PENAL

MSc. Abg. Horlin López Villacis

Docente Investigador

Universidad Ecotec

Email: hlopez@ecotec.edu.ec

Resumen

Los modelos de derecho penal de acuerdo al Maestro Luigi Ferrajoli en su obra Derecho y Razón, construye el modelo garantista de derecho penal en base a principios del garantismo penal, fundamentales no derivables entre sí. Así nos da a conocer diez axiomas del garantismo penal, con los que podemos analizar a cada uno de ellos así como también con respecto a los modelos de proceso penal autoritario, derecho penal autoritario, y los modelos punitivos irracionales. Importante también el estudio del derecho penal mínimo y máximo, con relación al derecho penal que se aplica en el Ecuador.

Palabras Claves: Garantía, Principios, Modelos, Derecho Penal Mínimo, Derecho Penal Máximo.

Summary

Models of criminal law according to Maestro Luigi Ferrajoli law and reason on his work, builds the protective model of criminal law based on principles of penal guarantees, not derivable fundamental together. So it gives us to know ten axioms are of penal guarantees with which we can analyze each of them as well as with regard to models of authoritative, authoritarian criminal law, criminal procedure, and irrational punitive models. Important also the study of the minimum and maximum criminal law, in relation to the criminal law applied in Ecuador.

Keywords: Guarantee, Principles, Models, Minimum Criminal Law, Maximum Criminal Law.

1.- INTRODUCCIÓN

Luigi Ferrajoli, uno de los exponentes teóricos máximo de lo que se conoce como Garantismo Penal, nos da una perspectiva de lo que a su criterio son los fundamentos en que se debe basar el Derecho Penal en un Estado Democrático de Derecho. Se considera que el Derecho Penal se debe sostener como premisa de prevención como un medio de protección social con el fin de que no se cometan más delitos y como protección de los sujetos frente al ius puniendi del Estado. Hay muchas posturas con respecto de hacer desaparecer el Derecho Penal así, don Luis Jiménez De Asúa afirma que la Criminología es la ciencia causal explicativa, que completada con remedios imperará en el futuro. Este autor, en su tratado de Derecho Penal escribe que, a pesar de ser él un penalista, el Derecho Penal es una ciencia destinada a desaparecer, ya que en el futuro la ciencia que imperará será la Criminología.

Pese a los adversarios el Derecho Penal permanece como un mecanismo indispensable de defensa social, que recoge, encausa y limita la reacción instintiva y primitiva de la sociedad, en la que se entremezclan sentimientos de muy variada clase, frente a hechos injustos y violentos que lesionan intereses fundamentales de los asociados.

Considero de gran importancia el estudio de los axiomas presentados por Ferrajoli ya que como él señala en su obra que cuando se dan todas las condiciones estaremos en presencia de un modelo de estado garantista, también denominado cognitivo, de estricta legalidad o de derecho penal mínimo.

2.- LOS PRINCIPIOS PENALES SEGÚN LUIGI FERRAJOLI

Para lograr desarrollar este tema es necesario recurrir al maestro Luigi Ferrajoli, este autor construye un modelo denominado garantista en el cual a través de axiomas o principios enuncian diez garantías necesarias para plantear la responsabilidad penal. Los primero seis son garantías sustantivas penales y los cuatro restantes son garantías procesales.

Garantías sustantivas penales:

- A1. Nulla poena sine crimine. (Principio de retributividad)
- A2. Nullum crimen sine lege. (Principio de legalidad)
- A3. Nulla lex (poenalis) sine necessitate.(Principio de necesidad)
- A4. Nulla necessitas sine injuria. (Principio de lesividad)
- A5. Nulla injuria sine actione. (Principio de materialidad)
- A6. Nulla actio sine culpa. (Principio de culpabilidad)

Garantías procesales.

- A7. Nulla culpa sine indicio. (Principio de jurisdiccionalidad)
- A8. Nullum iudicium sine accusatione (Principio acusatorio)
- A9. Nulla accusatio sine probatione. (Principio de la carga de la prueba)
- A10. Nulla probatio sine defensione. (Principio del contradictorio)

El sistema garantista, lo llama garantista, cognitivo o de estricta legalidad al sistema penal. Es necesario aclarar que según Ferrajoli debe distinguirse entre garantías primarias o derechos fundamentales como límites al poder público y garantías secundarias, los recursos necesarios para hacer efectivas las primeras.

Ferrajoli, emplea en la formulación de los principios once términos como son: delito, ley, necesidad, lesión, conducta, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa.

Cada uno designa una condición necesaria para la atribución de la pena dentro de un modelo de derecho penal. Si se dan todas las condiciones estaremos en presencia de un modelo de estado garantista, también denominado cognitivo, de estricta legalidad o de derecho penal mínimo.

El modelo garantista define las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Proviene dichas reglas del pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que lo concibe como principios políticos morales o naturales de limitación del poder penal absoluto. Han sido incorporadas a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose en principios jurídicos del moderno estado de derecho.

Los axiomas A1, A2 y A3 responden a las preguntas ¿Cuándo y cómo castigar?
Expresan las garantías relativas a la pena.

Los A4, A5 y A6 responden a las preguntas ¿Cuándo y cómo prohibir?
Expresan las garantías relativas al delito.

Los axiomas A7, A8 A9 y A10 responden a las preguntas ¿Cuándo y cómo juzgar?
Expresan las garantías relativas al proceso.

Los modelos teóricos del derecho penal resultan de la inclusión de todos o parte de estos principios, siendo el sistema garantista aquel ordenamiento penal concreto que incluya todos los términos de esa serie, enunciados en esos diez axiomas, máximas o principios axiológicos. Sin embargo, el modelo es un límite ideal, solo tendencial y nunca perfectamente satisfecho. Por eso es posible elaborar teóricamente una tipología de los sistemas punitivos según los axiomas garantistas que adopten o supriman. La palabra Garantismo tiene varias acepciones, una de ellas es la de modelo normativo de derecho o modelo de estricta legalidad, propio del Estado de Derecho. Con estos axiomas podemos establecer los modelos de derecho penal.

3.- MODELOS DE PROCESO PENAL AUTORITARIO.

S1. Sistema sin prueba y defensa o de mera legalidad.- Deriva de la sustracción de sistema garantista de los principios de la carga de la prueba y del derecho a la defensa, se suprimen los axiomas A9 Y A10, son todas las figuras de delito cuyos elementos constitutivos están formulados en términos extremadamente valorativos.

S2.- El sistema sin acusación separada.- Configura el método inquisitivo. Se sustrae el axioma A8 sobre la imparcialidad del juez y sobre su separación de la acusación. Aparece en todos los ordenamientos en los que el juez tiene funciones acusatorias o la acusación tiene funciones judiciales. Podemos indicar que este modelo es de acuerdo al modelo inquisitivo en que el juez se encarga de la parte investigativa, carga de la prueba de algunos delitos, existe una mezcla de acusación y juicio comprometiendo la imparcialidad del juez. El debilitamiento de las garantías procesales pueden llegar en estos sistemas hasta la total falta de prueba y de defensa.

4.- MODELOS DE DERECHO PENAL AUTORITARIO.

S3.- Este sistema sin culpabilidad.- Se suprime el axioma A6, y carece del elemento de la intencionalidad del delito. Existen todavía hoy doctrinas y ordenamiento que privilegian estructuralmente la exclusiva función penal de la defensa social figuras de responsabilidad objetiva presunta o sin culpa.

S4. Sin acción. Se suprime el axioma A5;

S5. Sistema sin ofensa.- Se suprime el axioma A4. Estos últimos dos sistemas son subjetivistas. Reprimen no tanto o no sólo comportamientos determinados sino actitudes o situaciones subjetivas de inmoralidad, de peligrosidad o de hostilidad al ordenamiento más allá de su exteriorización en manifestaciones delictivas concretas. Podemos citar como ejemplo en la época de inquisición que se perseguía a las brujas y herejes, así como también el criminal nato de Lombroso.

Sustancialismo y subjetivismo alcanzan las formas más perversas en el llamado derecho penal de autor en el que sus normas disponen medidas punitivas contra los ociosos, vagabundos, proclives a delinquir. Así también podemos considerar en las cualidades desviadas de las personas, en los delitos de peligro presunto, en los delitos de asociación, en los delitos de opinión y en los delitos de sospecha.

S6. Sistema sin necesidad.- Se suprime el axioma A3. La necesidad es un criterio de política criminal. Este sistema se caracteriza por la presencia de prohibiciones y penas superfluas, en contraste con las razones de utilidad individual y colectiva que justifican el derecho penal; de prohibiciones penales injustificadas por no estar establecidas para la tutela de ningún bien jurídico o por poder ser convenientemente sustituidas con prohibiciones civiles o administrativas; de penas injustificadas por ser excesivas, no pertinentes o desproporcionadas respecto de la relevancia del bien jurídico tutelado.

5.- MODELOS PUNITIVOS IRRACIONALES.

S7. Sistema sin delito.- Carece del A1, podemos citar como ejemplo cuando las personas son detenidas sin estar cumpliendo la sanción por un delito como es el caso de la prisión preventiva. Al respecto de la prisión preventiva podemos indicar, el derecho a la presunción de inocencia constituye un estado jurídico de una persona que se encuentra imputada, debiendo orientar la actuación del tribunal competente, independiente e imparcial preestablecida por la ley. La prisión preventiva es admitida como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos, y representa hoy la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de libertad del individuo son que medie todavía una sentencia penal firme que la justifique.

S8. Sistema sin juicio.- Y S9 Sistema sin ley.-

Los sistemas S8 y S9 corresponden a formas absolutas de estado salvaje o disciplinario, el S8 representa el estado policial, caracterizado por leyes en blanco que permiten intervenciones punitivas libres de cualquier vínculo de un juicio previo. El S9 corresponde a la justicia patriarcal no vinculado

a ningún criterio preestablecido, ni de hecho o de derecho. Carece del axioma A2, la ausencia del nexo entre la pena y delito disuelve en tales casos incluso la garantía de la legalidad.

6.- DERECHO PENAL MÍNIMO Y DERECHO PENAL MÁXIMO.

Los sistemas de derecho y de responsabilidad penal concretos oscilan entre dos extremos opuestos identificables con el carácter condicionado o incondicionado, limitado o ilimitado del poder punitivo. Es sinónimo de estado de derecho, entendido como aquél ordenamiento en que el poder público y específicamente el penal, está rígidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustantivo y procesal. Los otros sistemas configuran sistemas de control penal propios del estado absoluto o totalitario, carentes de límites y condiciones. Estos dos extremos son llamados por Ferrajoli, derecho penal mínimo y derecho penal máximo.

El derecho penal mínimo, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y certeza. Existe un nexo profundo entre garantismo y racionalismo. Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos de los que sea decidible procesalmente, la verdad formal.

A este criterio se refieren instituciones como la presunción de inocencia del imputado, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio de indubio pro reo, la analogía in bonam partem. El modelo del derecho penal máximo, a la inversa, es incondicionado, ilimitado, se caracteriza además de su extrema severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas.

Ferrajoli junto con Alessandro Baratta, expositor de una tendencia en el derecho penal denominada de derecho penal mínimo, en la cual juegan un papel preponderante los principios penales que el segundo autor considera requisitos mínimos de los derechos humanos a través de los cuales se articula a nivel de ley la política de mínimo respeto de esos derechos.

El derecho penal en su acepción tradicional se identifica como una forma de control social de reacción, utilizados para la consecución de sus fines. Hablar del Derecho Penal Mínimo es llevar a la esfera de la aplicación El Derecho Penal no es el único medio de control social. Entonces porque hacer un uso extensivo de este. .

El Derecho Penal Mínimo surge en Europa del Sur y es la que mayor influencia ha ejercido en América Latina; se orienta hacia la reducción de la pena con intención de abolirla. Plantea que las "clases subalternas" son las más criminalizadas y las más victimizadas; parte de una crítica al sistema penal y plantean su abolición para unos de la cárcel y para otros del sistema penal total, pero deberá transitar por un período en el que paulatinamente vaya reduciéndose al mínimo.

Según el principio de intervención mínima, el Derecho Penal debe ser la *ultima ratio* de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. La intervención del Derecho Penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible (minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito).

Según el principio de subsidiariedad el Derecho Penal ha de ser la *última ratio*, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El principio de *intervención mínima*, basado en último término en el reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del Derecho penal, que llegaría de la mano de la recíproca interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida. En consecuencia, el Derecho Penal debe utilizarse solo en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario) y cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona (naturaleza subsidiaria.)

"...el verdadero problema penal de nuestro tiempo es la crisis del derecho penal, o sea de ese conjunto de formas y garantías que le distinguen de otra forma de control social más o menos salvaje y disciplinario. Quizá lo que hoy es utopía no son las alternativas al derecho penal, sino el derecho penal mismo y sus garantías; la utopía no es el abolicionismo, lo es el garantismo, inevitablemente parcial e imperfecto." (VV.AA., 1995)

7.- CONCLUSIÓN

Los principios penales expresados en los diez axiomas presentados por Ferrajoli, son reglas que una vez positivizadas se convierten en normas obligatorias a los jueces, estos principios se encuentran plasmados en la mayoría de las constituciones y en los códigos penales y procesales. Tales como el principio de legalidad, principio de culpabilidad, principio de jurisdiccionalidad, principio acusatorio, principio de la carga de la prueba, principio contradictorio entre otros. En el caso particular del Ecuador los mismos se encuentran contemplados en nuestra constitución de la república del Ecuador. Tales como la garantía al debido proceso señaladas en nuestra constitución como es la presunción de inocencia, y que toda persona debe ser tratada como tal, mientras no se le declare su responsabilidad, mediante sentencia ejecutoriada. Así también se contemplan el derecho a la defensa, en que nadie puede ser privado del derecho a la defensa en ningún grado del proceso. Puede decir con seguridad que nuestra constitución es un sistema garantista de derechos y garantías, y que los jueces están obligados a respetar y hacer respetar la constitución.

En cuanto a las garantías procesales en la normativa se cumplen claramente en Ecuador los principios de jurisdiccionalidad ya que nuestra constitución señala que las personas deben ser juzgadas por un juez independiente, imparcial y competente, y sobre todo nadie será juzgado por tribunales de excepción. El principio acusatorio caracteriza nuestro sistema procesal penal, supone la existencia de una serie de limitaciones o condicionantes procesales, tales como la imposibilidad de decretar la apertura del juicio oral sin una acusación previa, la vinculación de la sentencia a los hechos, a la calificación jurídica y a la petición punitiva reclamada por la acusación y la prohibición de la *reformatio in peius* (*reformat en perjuicio*), que impedirá al Tribunal de apelación agravar la situación del acusado cuando sea únicamente él quien recurra. Se trata, por tanto, de un compendio de limitaciones o garantías que la jurisprudencia constitucional viene integrando dentro del derecho a un proceso justo y equitativo, directamente conectadas con la efectividad del derecho de defensa.

Con respecto a la carga de la prueba en el proceso penal a falta de pruebas, o si éstas no demuestran la culpabilidad del procesado deberá estarse por su absolución, por la máxima “in dubio pro reo”. El que tiene la carga de la prueba en el proceso penal es el acusador, ya que aquel al que se le imputa la comisión del delito goza de la presunción de inocencia, aunque puede presentar pruebas en su descargo. Si el acusador es el agente fiscal por su carácter de imparcialidad, debe presentar tanto las pruebas en contra como a favor del imputado. En lo referente al principio de concentración en nuestra nueva normativa penal señala que los sujetos procesales deben presentar en forma verbal las razones y argumentos y los mismos pueden replicar los argumentos de las otras partes procesales.

Después de haber analizado cada uno de los axiomas presentados por Ferrajoli puedo concluir que en Ecuador se cumple los axiomas, por lo que considero que tenemos un modelo de estado garantista, de estricta legalidad o también conocido como derecho penal mínimo.

Bibliografía

VV.AA. (1995). *Prevención y Teoría de la Pena*. Santiago-Chile: Editorial Jurídica Conosur.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Madrid, Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2000.

BARATTA, Alessandro. “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, Capítulo criminológico, Número 13, Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Zúlia, Maracaibo, Venezuela, pp. 81-99.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho penal mexicano, Parte general*, 12ª ed., México, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 3ª ed., 1998.
GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Sistema penal mexicano, México, F.C.E., Colección de Política y derecho, 1993.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, "Principios rectores en el Derecho Penal Mexicano".
Criminalia, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, no. 3, México, septiembre, diciembre de 1998, pp. 141-184.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOCAR, Alejandro. Derecho penal.
Parte general. México, Porrúa, 2001

<http://www.monografias.com/trabajos37/derecho-penal-minimo/derecho-penal-minimo.shtml#ixzz3bir66TJg>

<http://derecho.laguia2000.com/derecho-procesal/la-carga-de-la-prueba#ixzz3bjBHOxmX>