

Las Ciencias Penales en la Dignidad Humana

MARLON CHIRIBOGA AGUIRRE

LAS CIENCIAS PENALES EN LA DIGNIDAD HUMANA, es una obra que desarrolla, estudia y crea conceptos desde la perspectiva dogmática jurídico penal, contrastándola con la realidad, la teoría, la norma y la jurisprudencia, para luego aterrizar en la práctica forense penal, la misma que es primordial para que el profesional del derecho pueda aplicar, conceptualizar y entender este bagaje de conocimientos de las Ciencias Penales que se desarrollan en el transcurrir de la vida diaria de toda sociedad, partiendo del epígrafe principal de los derechos fundamentales que es la dignidad humana.

En la presente obra se estudian diversas Ciencias Penales como son: **Filosofía Penal, Dogmática Penal, Criminología, Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Política Criminal y la Práctica Forense Penal**. El estudio y la profundidad que le da el autor desde un léxico jurídico especializado para cada uno de sus enfoques penales, permite que el profesional del derecho luego de haber estudiado la obra tenga una apreciación mucho más cercana y real del fenómeno político criminal en la sociedad.

Todos estos estudios son realizados por el Dr. Marlon Ernesto Chiriboga Aguirre, desde una perspectiva de responsabilidad y estudio profundo del fenómeno delictivo, sus causas, efectos y posibles soluciones, tomando en consideración el avance de las Ciencias Penales y su correcta aplicación por cada Estado. Sin lugar a dudas una fascinante aventura de aprendizaje y satisfacción para quien trata de abrirse camino o fortalecer su conocimiento en el campo jurídico penal.



Las Ciencias Penales en la Dignidad Humana

MARLON CHIRIBOGA AGUIRRE

Las Ciencias Penales en la Dignidad Humana

Barcelona 2024



© FEBRERO 2024 MARLON CHIRIBOGA AGUIRRE

© FEBRERO 2024



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-10044-50-0

ISBN digital: 978-84-10044-51-7

D.L.: B 4332-2024

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

ÍNDICE

CAPÍTULO I

FILOSOFÍA PENAL.....	13
Pensamiento antiguo y medieval.....	13
El racionalismo penal.....	24

CAPÍTULO II

DOGMÁTICA PENAL	37
La dogmática o doctrina.....	37
Criterios dogmáticos jurídicopenales	38
Funciones del Dogmático Penal.....	44
La dogmática penal en la jurisprudencia dogmática	50

CAPÍTULO III

CRIMINOLOGÍA.....	55
La personalidad criminal desde Lombroso hasta el ge- noma humano.....	55
Desde Lombroso hasta el genoma humano.....	65

CAPÍTULO IV

DERECHO PENAL.....	79
Las teorías penales y la pena	79
La irracionalidad de las penas	101

CAPÍTULO V

DERECHO PROCESAL PENAL.....	107
La oportunidad penal en América	107
La Oportunidad penal en Europa.....	146
Mínima intervención penal	175
La conciliación penal.....	184

CAPÍTULO VI

POLÍTICA CRIMINAL	219
Política criminal.....	219
¿Por qué la Política Criminal en los sistemas penales debe sujetarse a los principios de oportunidad y mínima intervención penal?	236
¿El funcionamiento efectivo de los sistemas penales están respondiendo a un derecho penal garantista?.....	249

CAPÍTULO VII

PRÁCTICA FORENSE PENAL.....	255
PRÁCTICA No. 1. Modelo de solicitud por parte del sospechoso o imputado fundamentando jurídicamente y con la realidad de los hechos el principio de oportunidad y mínima intervención penal, en base a la insignificancia del hecho, por delito de robo con fuerza en las cosas	255

PRÁCTICA No. 2. Modelo de acto Conciliatorio ante la Fiscalía, para emitir criterios de oportunidad y solicitar el principio de oportunidad, ante el juez de garantías penales	262
PRÁCTICA No. 3. Modelo de acto conciliatorio solicitando archivo de la acción penal pública por delito de lesiones, aplicando el principio de oportunidad y mínima intervención penal, con acta notarial de reconocimiento de firmas	265
PRÁCTICA No. 4. Modelo de acta de notario del reconocimiento de firmas del acto conciliatorio por delito de acción penal pública	268
PRÁCTICA No. 5. Modelo de acto conciliatorio solicitando archivo de la acción penal pública por accidente de tránsito, con daños materiales aplicando el principio de Oportunidad y Mínima Intervención Penal, con acto conciliatorio notarial de reconocimiento de firmas	269
PRÁCTICA No. 6. Modelo de denuncia presentada ante la Fiscalía por accidente de tránsito en el que se desconoce del sospechoso y de las placas del automotor que provocaron el accidente.....	273
PRÁCTICA No. 7. Modelo de escrito solicitando se archive la indagación previa en un accidente de tránsito amparados en el principio de oportunidad, mínima intervención penal y la pena natural por parte del dueño del automotor o vehículo accidentado.....	277
PRÁCTICA No. 8. Modelo solicitando la víctima que sufrió lesiones en un accidente de tránsito se aplique el principio de oportunidad y mínima intervención penal por parte de la Fiscalía, aplicando la discrecionalidad y la pena natural en este caso	279

PRÁCTICA No. 9. Modelo de escrito que podría realizar el fiscal amparándose en su discrecionalidad, analizando los principios de oportunidad y mínima intervención penal solicitada en un accidente de tránsito donde se puede configurar una pena natural	281
PRÁCTICA No. 10. Modelo de escrito de apelación de la prisión preventiva con fundamentación dogmática jurídico penal, amparándose en la mínima intervención penal, el garantismo penal y la dignidad humana, la excepcionalidad de la medida cautelar, en delito de tenencia ilegal de estupefacientes	283
PRÁCTICA No. 11. Modelo de escrito solicitando la sustitución de la prisión preventiva en contra de un imputado por abigeato al no haberse considerado por el juez de primera instancia una medida sustitutiva, amparándose en la mínima intervención penal y la excepcionalidad de la medida cautelar	297
PRÁCTICA No. 12. Modelo de denuncia por escrito presentada ante la Fiscalía por violación a la intimidad ante un Fiscal Distrital	309
PRÁCTICA No. 13. Modelo de Acto Conciliatorio por delito de acción pública por violación a la intimidad entre víctima y sospechoso.....	312
PRÁCTICA No. 14. Modelo de escrito presentando por la víctima y el sospechoso haciendo conocer el acto conciliatorio de un delito de acción pública de violación a la intimidad ante la Fiscalía para que basados en la discrecionalidad fiscal se proceda conforme el principio de oportunidad y mínima intervención penal	315
PRÁCTICA No. 15. Modelo de escrito que podría realizar el fiscal analizando los principios de oportunidad y mínima intervención penal solicitada en un delito de	

violación a la intimidad donde la víctima y el sospecho- so puedan acogerse a la conciliación penal.....	317
BIBLIOGRAFÍA	319

FILOSOFÍA PENAL

Pensamiento antiguo y medieval

El argentino Zaffaroni citando a Eduardo Couter recoge:

La más grande de las desdichas que le puede ocurrir a un estudioso del derecho, es el de no haber sentido nunca su disciplina en un estado de ansia filosófica. O mejor aún: en un estado de ansia por no haber comenzado por una plena formación filosófica, para llegar después de ella al trabajo menudo de su ciencia. No hay estado de plenitud científica si no se llega a tocar esta línea limítrofe de una rama en particular.¹

El dogmático antes mencionado expresa que, considerando las relaciones, del pensamiento penal con el filosófico, existen dos sendas para su tratamiento; así: *la primera* consiste en historiar el pensamiento filosófico y extraer las consecuencias penales de cada una de sus corrientes y que estas hayan sido o no observadas por otros autores con anterioridad. *La segunda*, seguir la historia del pensamiento penal, señalando las influencias que cada corriente del pensamiento filosófico haya tenido sobre el mismo.

1 RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal. Fundamentación filosófica política del horizonte de proyección de la ciencia del derecho penal*, Vol. I, Tomo II (Buenos Aires: EDIAR EDITORES, 2005) 11.

En conclusión se puede decir, dice Zaffaroni, que el hilo conductor de la exposición puede seguirse tomando estos dos caminos; pero que, así mismo ambos enfoques conductores tienen inconvenientes; *el primero*, menciona, nos obligaría a una revisión de toda la historia de la filosofía, lo cual sería una tarea de forma individual irrealizable; por lo que, tiene el inconveniente de ser en sí mismo casi impracticable; debido a que cada corriente filosófica pertenece a una época en particular siendo el resultado distinto respecto a sus consecuencias jurídico-penales, según que las mismas hayan sido extraídas en el contexto histórico en que el pensamiento fue enunciado, ya sea con posterioridad o en nuestro tiempo. *El segundo* camino muestra inconveniente de privarnos del análisis de las consecuencias penales de pensamientos filosóficos que no hayan sido suficientes o correctamente explotados como sucede especialmente con los más contemporáneos. También considera que en este aspecto puede estar alterado el signo de su ponderación, debido a la coetaneidad del enunciado filosófico con el de sus consecuencias penales; sin contar manifiesta, de que algunas posiciones penales no reconocen una filiación filosófica clara.

Zaffaroni deja en claro que el tratar de estudiar las relaciones jurídico penales tratando de coatenar con las corrientes filosóficas no es para nada una tarea sencilla o individualmente factible, debido al amplio, diverso y contradictorio pensamiento humano y desarrollo histórico en el devenir del tiempo; razón por la cual quien desea estudiar dichos temas, debe delimitar su trabajo y determinar algunas expectativas de lo que desea lograr; ya que el mismo Zaffaroni como explicación adjunta rescata lo que decía Jaspers, Karl: “hacer una filosofía pasada la nuestra, es tan imposible como producir por segunda vez una obra de arte”, pudiéndose solo “copiarla engañosamente”² y criticando Zaffaroni a Enrico Ferri por tratar de separar la filosofía y método positivo; expresó que:

2 Ibid., 13.

“es absurdo pretender separar una teoría del conocimiento de la filosofía que le da sustento.”³

A pesar de todo lo antes expuesto Zaffaroni nos entrega en su obra Tratado de Derecho Penal Tomo II, una excelente y exquisita fundamentación filosófica-política del horizonte de proyección de la ciencia del derecho penal, de donde rescataremos dos etapas importantes que es *el pensamiento antiguo y medieval, y el racionalismo penal*; es decir, la lucha entre la fe y la razón, los dos pilares fundamentales que han enmarcado las discordias de la humanidad incluso hasta el presente; y del cual, el derecho penal no es ajeno ya que esto a través de los tiempos se logró unificar y producto de estas dos corrientes floreció el humanitarismo penal dando paso a la fe; pero con directrices de raciocinio y comprensión del ser humano; más no como una verdad absoluta; por lo que, haremos un recorrido por el pensamiento humano en sus diversos acontecimientos históricos y doctrinarios filosóficos, tomando como referencia esta obra del dogmático filosófico penal como es Zaffaroni, empezando su análisis desde el pensamiento antiguo medieval, pasando por las hebras lejanas del pensamiento oriental, recogiendo la crítica de que: “los filósofos occidentales suelen pasar por alto el pensamiento oriental, afirmando su carácter irracional y religioso.”⁴

Zaffaroni afirma respecto a este pensamiento que a pesar de esta atribución no muy acertada por cierto, es que en la gran mayoría de las múltiples corrientes orientales predomina el interés por el hombre antes que por la naturaleza o por Dios; puesto que menciona que tanto *Buda* como *Confucio* se negaron a responder preguntas sobre el más allá; *el primero*, contestando que un médico no tiene tiempo para discusiones metafísicas; y, *el segundo*, diciendo que si no conocemos la vida no po-

3 Ibid., 182.

4 Ibid., 14.

demos esperar conocer la muerte, agregando Zaffaroni que el pensamiento oriental contiene un verdadero canto de fe en el hombre.

En dicho análisis del pensamiento antiguo y medieval el doctrinario argentino rescata la influencia de Confucio (551-479 A.C.) quien menciona predicó la verdadera ética de amor partiendo de la afirmación de que el bien individual no es obtenible, sino es a partir del bien de todos, lo que el mismo consignaba con palabras similares a la llamada “regla de oro kantiana”.

Así mismo enseña que el *neo-confucionismo* por su parte en los últimos trescientos años sostuvo una armonización del sentimiento y de la razón, parecida a la postulada durante el escolastismo; pero que, en vez de desarrollarse y profundizarse, se perdió en occidente durante siglos, disolviéndose en un puro racionalismo individualista o en un rabioso irracionalismo romántico el que da origen a un derecho penal descaradamente autoritario.

El hinduismo por su parte, se revela como un pensamiento idealista que se desliza por el camino que esta corriente siguió en occidente, sea como platonismo o como hegelianismo. En síntesis, menciona Zaffaroni, la *filosofía oriental* contiene numerosos elementos que estarán presentes luego en la fundamentación filosófica de lo que llama el autor derecho penal antropológicamente fundado; puesto que, si su forma de expresión no coincide con la que estamos habituados, ello no autoriza el desconocimiento de los principios ni la negación de su importancia.

El doctrinario en estudio pasa de una forma somera describiendo *el pensamiento chino* nombrando a Mencio (siglo IV a.C) que dijo: “el pueblo es de primera importancia. El Estado es de menor importancia. El soberano es de la menor importancia.”⁵

5 Ibid., 18.

Continuando el argentino con su análisis dogmático jurídico-penal-filosófico llega al *pensamiento griego*, manifestando que casi todos los problemas político-criminales del futuro y sus posibles perspectivas fueron ellos quienes los plantearon, ya que en los mismos orígenes mitológicos griegos se señala al derecho como un equilibrio dinámico que evita la excesiva preponderancia de un grupo, que es la única senda por la que en la actualidad circula la idea del derecho, si con ella se pretende algo distinto del puro ejercicio de fuerza por parte del grupo dominante.

Rescato por considerarlo importante lo que manifiesta de la literatura clásica griega el drama de *Antígona* de Sófocles, ya que afirma que los penalistas de todos los tiempos pueden afirmar que el núcleo medular de su drama lo hallarán en la Antígona, aquel drama que vibra siempre en el derecho penal; es decir, la contradicción de la moral, de los dictados de la conciencia individual, con el derecho penal, especialmente en las situaciones extremas; rescata citando a Welzel en un trabajo póstumo que enseña, “en definitiva el profundo sentido del drama que nos viene planteado desde Antígona, que el derecho es un valor “quebrado”, porque nunca puede ser “bueno” a secas, sino que siempre será mejor que... el caos.”⁶

Zaffaroni, hace un recorrido emocionante por los pensamientos griegos, que de mi parte no profundizo puesto que no es donde apunta nuestro libro, pero rescatamos el estudio que hace de los mismos.

Respecto a *la escuela jónica*, enseña que son quienes se preocuparon por la influencia cósmica, ya que siempre se preguntaron el ¿por qué? y el cómo del cosmos, lo hacían para comprender el qué y el cómo del hombre.

6 Ibid., 21.

Así mismo, estudia a *Protágoras*⁷ quien es el autor de la famosa teoría del “homo mensura” es decir el hombre es la medida de todas las cosas, además de predicar el relativismo cultural, donde se proclama la imposibilidad de que la justicia pueda ser objeto de la ciencia. Protágoras, postula educar socialmente al hombre y que esta tarea le incumbe a todo el Estado; estableciendo con esto su teoría correccionalista de la pena repudiando la idea de la pena como castigo, estableciendo que el que castiga debe hacerlo ya no por las faltas pasadas sino para que el culpable no reincida y sirva de ejemplo a los demás su castigo.

Por otra parte, Zaffaroni al estudiar los postulados de *Calicles*, dice que estos fueron el origen para iniciar los postulados dogmáticos de la apología del hombre superior; es decir, la pleonexia del más fuerte; así mismo Calicles mencionaba, que la filosofía es una cosa entretenida cuando se la estudia con moderación en la juventud; pero si se fija uno en ella más de lo conveniente, es el azote de los hombres.

No hay duda que los pilares fundamentales del pensamiento antiguo clásico fueron *Sócrates*⁸, *Platón*⁹ y *Aristóteles*¹⁰, postulados que si-

7 “PROTÁGORAS (481-411). Antiguo filósofo griego de Abdera, el más importante de los sofistas; fue expulsado de Atenas por ateísmo (su libro “Acerca de los dioses” fue quemado)”. Tomado y ver (Rosental, 1980, p. 493).

8 “SÓCRATES (469-399). Filósofo de la antigua Grecia, autor de una doctrina que señala un viraje del naturalismo materialista al idealismo. Vivió y enseñó en Atenas, donde tuvo numerosos discípulos: *Platón, Antístenes, Aristino, Euclides de Megara*. Acerca de la doctrina de Sócrates, que no escribió nada, solo se puede juzgar por los testimonios de *Platón y Aristóteles*”. Tomado y Ver (Rosental, 1980, p. 563).

9 “PLATÓN (428/427) a. n. e. Filósofo idealista de la antigua Grecia, discípulo de Sócrates, fundador del *idealismo objetivo*, autor de más de treinta diálogos filosóficos “El sofista”, “Parménides”, “Teetetes”, “La República” y otros. Platón defendía una concepción idealista del mundo y luchó activamente contra las teorías materialistas de su tiempo. Utilizó ampliamente las doctrinas de Sócrates, los *Pitagóricos, Parménides y Heráclito*”. Tomado y Ver (Rosental, 1980, p. 471).

guen presentes y que a pesar de los siglos se mantienen como la moral, la política entre otros.

Zaffaroni, no solo rescata la diversa citación de autores en su obra, sino se dedica a los más importantes por no decirlo a casi todos, a biografíarlos y detenerse en su aspecto humano, doctrinario y filosófico, comparándolos y realizando un análisis crítico en su tiempo y pensamiento.

Respecto a *Sócrates*, menciona que el filósofo planteó en términos nuevos de libertad del hombre, para él, solo es libre el hombre que triunfa sobre sus pasiones tanto que quien no lo hace no es libre, porque queda preso de sus instintos, haciendo el mal a impulso de estos, lo que atribuye a la ignorancia, a que no sabe, afirmando de forma rotunda que solo un loco conociendo el bien puede querer el mal.

Es importante rescatar lo que menciona el autor respecto a que, a partir de las ideas de *Platón* vendrían los postulados de *Aristóteles*, quien menciona el autor con él, las ideas platónicas descienden a la tierra y San Agustín, aplicando los postulados platónicos a la filosofía cristiana.

El doctrinario en su recorrido por el pensamiento humano llega al pensamiento *post-aristotélico* con *el estoicismo*, con Zenón de Citum (336-264 A.C.) situándonos en Grecia y Roma, constituyendo la más

10 "Aristóteles nació en 384-383 a. J.C. en Estagira de Tracia. Era hijo de Nicómaco, médico de Amintas II, rey de Macedonia. A la edad de diecisiete años se desplazó a Atenas para cursar estudios, y en 368-367 a. J.C. llegó a ser miembro de la Academia, donde a lo largo de veinte años mantuvo una estrecha relación con su maestro, Platón hasta la muerte de éste (348-347 a. J.C.). Ingresó, pues a la Academia cuando la dialéctica de Platón estaba en la última fase de su desarrollo y la tendencia religiosa iba ganando terreno en el ánimo del gran filósofo". Tomado y Ver (Colección Grandes Pensadores, 2007, Aristóteles, Vida, pensamiento y obra Tomo II, p. 12).

grande manifestación del pensamiento antiguo posterior a Aristóteles y su influencia más importante en el pensamiento penal se hará presente en lo que Zaffaroni denomina *el romanticismo penal*; terminando ese capítulo estudiando la teoría de Epicuro, *el escepticismo*¹¹ y *el eclecticismo griego*.¹²

Carl Edward Sagan¹³ (Nueva York, 1934-Seattle, EE UU, 1996) hace un importante análisis en una entrevista el 27 de mayo de 1996 a pocos meses antes de su deceso, respecto a lo que de mi parte considero en la

- 11 “ESCEPTICISMO (del griego: “skeptomai”: se duda). Concepción filosófica que duda de la posibilidad de conocer la realidad objetiva. El escepticismo, consecuentemente se conjuga con el *agnosticismo* y el *nihilismo*. Alcanza su mayor difusión en los períodos del desarrollo de la sociedad en los que los viejos ideales sociales se tambalean y los nuevos aún no se han consolidado. Como doctrina filosófica surgió en el período de crisis de la antigua sociedad griega (siglo IV a. n. e.) como reacción a los anteriores sistemas filosóficos que mediante razonamientos especulativos intentaban explicar el mundo sensible, a menudo contradiciéndose entre sí. Llegó a su punto culminante en las doctrinas de *Pirrón*, *Arcesilao*, *Carnéades*, *Enesidemo*, *Sexto el empírico*”. Tomado y Ver (Rosental, 1980, p. 189, 190).
- 12 Respecto al eclecticismo griego: “La escuela ecléctica, proponiéndose escoger de todas las doctrinas, propendía, naturalmente, al sincretismo, o sea a la fusión de los varios sistemas por medio de una conciliación. Semejantes empresas son harto peligrosas, pues queriendo dar un poco de verdad a opiniones encontradas, hay el riesgo de perderla por entero. Así se explican los extravíos de algunos miembros de aquella escuela”. Tomado y Ver (<http://www.e-torredabel.com/Balmes-Historia-Filosofia/Eclecticos-Alejandro-H-F-B.htm>).
- 13 Astrónomo estadounidense. Cursó estudios en la Universidad de Chicago, donde se doctoró en astronomía y astrofísica en 1960. Posteriormente fue profesor de la Universidad de Berkeley, de la Universidad de Harvard y, a partir de 1968, de la Cornell University. En 1970 fue nombrado director del Centro de Estudios Planetarios. Colaborador habitual de la NASA, ideó los mensajes radiotelegráficos enviados por las sondas Pioneer 10 y 11 al espacio exterior para contactar con posibles civilizaciones extraterrestres. Contrario a la proliferación del arsenal nuclear, de cuyos peligros advirtió, fue un prolífico escritor de ciencia ficción, y en 1978 fue galardonado con el Premio Pulitzer por su obra *Los dragones del Edén: especulaciones sobre la evolución de la inteligencia humana*, si bien adquirió fama y popularidad por su obra *Cosmos*, que en 1980 fue convertida en serie televisiva y constituyó un éxito mundial. Tomado y Ver (<https://www.biografiasyvidas.com/biografia/s/sagan.htm>).

actualidad se lo podría considerar como una corriente de *escepticismo* al hacernos preguntas del presente y de la verdad, y que bien lo podríamos correlacionar con los momentos políticos de poder que influyen en la aplicación de la justicia, el derecho y el control social de los pueblos, reflexionando así:

Si nosotros no somos capaces de hacer preguntas escépticas para interrogar a quienes nos dicen que algo es verdad, para ser escépticos de quienes ejercen la autoridad, entonces estamos a merced del próximo charlatán político o religioso que opera. Es algo en lo que Jefferson puso mucho énfasis. No era suficiente, decía, exaltar ciertos derechos en la Constitución y en la Declaración de Derechos, sino que la gente debería ser educada y debería poner en práctica su escepticismo y su educación, de lo contrario no manejaríamos el Gobierno nos manejaría a nosotros.¹⁴

Retomando el estudio filosófico de Zaffaroni luego se introduce al *pensamiento medieval* con el estudio de San Agustín¹⁵ (254-430) la idea de Dios perteneciendo al neoplatonismo y con una posición idealista, quien ve en el Estado divino, (*Civitas dei*) ósea la iglesia organizada, una entidad antepuesta jerárquicamente al Estado de los hombres, (*Civitas terrena*), por lo visto el argentino no muy creyente o partidario de las posturas que tengan como pilar la fe sobre lo que no se ve, citándolo a Werweyen y Welzel manifiesta que San Agustín es “*el primer dogmático de la inqui-*

14 (<https://www.facebook.com/ElUniversoFinitoOInfinito/?pnref=story>, 2017).

15 “SAN AGUSTÍN (1746-1828). Aurelio Agustín fue testigo del ocaso del mundo antiguo. Convertido al cristianismo tras renunciar al maniqueísmo, en la reflexión filosófica de Agustín, monje, sacerdote y obispo de Hipona, fe y razón dialogarán sobre la esencia de Dios y el destino del hombre. Defensor de la primicia de la iglesia frente al poder terrenal, de la gracia y la predestinación, el pensamiento del autor de *De Civitate Dei* reverberará a lo largo de toda la Edad media hasta dejar una profunda huella en los reformadores protestantes y los jansenistas de Port Royal”. Tomado y ver (Colección Grandes Pensadores, 2007, San Agustín, Vida, pensamiento y obra, Tomo IV).

sición”¹⁶ posición que considero es muy limitada y hasta injusta ya que el aporte de San Agustín en la dogmática y la filosofía cristiana ha sido trascendente respecto a la naturaleza humana y la importancia del tiempo entre otros, mal parece que Zaffaroni también es de los dogmáticos que quieren decapitar a todos aquellos que de una u otra manera influyeron en el amor a la fe o a lo divino, sin darse cuenta del momento que vivía la sociedad y las costumbres de aquellos tiempos, que por supuesto no son los mismos de la realidad actual; y por ende, sería injusto no reconocer valores importantes que los mismos aportaron, aunque cabe mencionar que el autor tampoco le quita su importancia y aspectos trascendentales al doctor de la iglesia como se lo conoce en el mundo de la fe.

Así mismo Zaffaroni en su estudio medieval se introduce en la escolástica de *Santo Tomas de Aquino*¹⁷, que luego daría origen al *Tomismo*¹⁸ en cuya concepción la voluntad depende de la inteligencia en cuanto a motivación, pues no se puede querer lo que no se conoce. Pero como el conocimiento humano es limitado, nunca se capta el bien absoluto y, por ello, pueden elegirse bienes aparentes o desordenados y luego daría así mismo origen al *Neotomismo*¹⁹, rescatando lo manifestado por él así: “Toda la filosofía medieval está transmitida por la idea de Dios, y

16 RAÚL, ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, 52.

17 “SANTO TOMÁS DE AQUINO (1225-1274). Tomás de Aquino, ordenado dominico a los 24 años, fue discípulo de Alberto Magno y magister de teología en las Universidades de París, Nápoles y Roma. Canonizado en 1323 y declarado Padre de la Iglesia en 1567, su obra, cuya belleza fue comparada a la arquitectura de las catedrales góticas, fue precursora del humanismo renacentista”. Tomado y ver (Colección Grandes Pensadores, 2007, Santo Tomás, Vida pensamiento y obra, Tomo V, p. 11).

18 “TOMISMO. Corriente rectora de la filosofía católica; la fundó Tomás de Aquino. El tomismo alcanzó su mayor reconocimiento en distintas escuelas de la orden dominica. En la Edad Media”. Tomado y ver (Rosental, 1980, p. 603).

19 “NEOTOMISMO. Doctrina filosófica oficial de la Iglesia Católica; se basa en la de Tomás de Aquino, Una encíclica del Papa León XIII (1879) declaró que el neotomismo era la única filosofía verdadera, en concordancia con los dogmas cristianos.” Tomado y Ver (Rosental, 1980, p. 439).

toda ella –salvo el misticismo– trato de conciliar la fe y la razón, el racionalismo griego y el cristianismo. No obstante, la misma pugna entre fe y razón se dio entre las corrientes hebrea y mahometana de la época, no siendo, por ende, un fenómeno limitado al pensamiento cristiano.”²⁰

Al respecto Fausto Costa al referirse sobre la historia filosófica de la práctica penal en la Edad Media enseña que de San Agustín a Santo Tomás, hay un largo intervalo, puesto que entre el uno y el otro se coloca casi toda la Edad Media, el primero dominando de un modo soberano *la primera fase* de la filosofía cristiana y reverdeciendo el tronco de *la tradición platónica* en donde manifestaba que la voluntad de Dios se expresa en los libros sagrados y constituyen la Ley y quien no la obedece cae en pecado, constituyendo el mismo Dios tres clases de penas: *la condenación* que es la retribución de un mal eterno, *la purgación* es la retribución de un mal transitorio y *la corrección* que no podía ser lograda según el apóstol si no existe la intimidad del paciente con un sople divino; en conclusión la pena eterna o temporal es una institución divina y Dios es quien retribuye lo injusto con el mal de la pena; y *la segunda fase* dominada por Santo Tomás, y fortaleciendo el pensamiento en *la tradición aristotélica* y produciendo la fuente de la “Escolástica” él a su vez constituía la ley en tres aspectos: 1. *Lex divina aeterna* como la voluntad de Dios; 2. *Lex naturalis* como manifestación o emanación de esa voluntad; y 3. *Lex Humana* como ley positiva que provee a las necesidades particulares, variables en el tiempo y en el espacio. Como consencuencia de todo esto, la autoridad civil debe considerarse investida por Dios del derecho de castigar y en su ejercicio debe ajustarse lo mas posible a la justicia divina.

En resumen a esta Edad Media la más oscura y la más luminosa la resume Costa, así: “Porque esta época, llena de inmensas ruinas y de laboriosas gestaciones, no es una noche negra y compacta, tendida sobre

20 RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, 53 y 54.

el género humano, sino un prolongado eclipse, surcado de resplandores celestes; un desierto gris, constelado de verdes oasis; las tinieblas irrespirables del infierno, interrumpidas de vez en cuando, por cualquier rayo divino.”²¹

Aquí también existió la corriente del *irracionalismo*²² místico que pretendió eliminar a la razón y dejar la fe como única vía de conocimiento, el mismo que no fue un fenómeno únicamente cristiano, así lo enseña Zaffaroni:

Algazel representa la reacción mística en el pensamiento musulmán, contra la filosofía de Alfarabí y Avicena. Todas las obras de Averroes fueron destruidas por entender que afectaban la religión islámica. La filosofía medieval hebrea reconoce también una reacción judaica representada por algunos autores de los siglos XI y XII. Acusar como irracionalistas a todo el pensamiento medieval es incorrecto, y también es centrar la acusación sobre el cristianismo. El irracionalismo místico fue solo un movimiento y, además, no estuvo limitado al cristianismo, sino que fue una reacción antifilosófica común a la época.²³

El racionalismo penal

Zaffaroni, se introduce en lo que él llama ***el racionalismo penal*** donde la razón era el eco de las cosas y las teorías, y las dicotomías en-

21 FAUSTO COSTA, *El delito y la pena en la historia de la filosofía* (México; UTEHA, 1953) 48.

22 “IRRACIONALISMO 1. Doctrina filosófica que insiste en la limitación de las posibilidades cognitivas de la razón, del pensamiento y tiene por modo fundamental del conocer la intuición, el sentimiento, el instinto, etc. Para el irracionalismo, la realidad es una cosa caótica, desprovista de leyes internas, sometida al juego de la casualidad de una voluntad ciega”. Tomado y ver (Rosental, 1980, p. 325).

23 RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, 66.

tre moral y derecho, *la moral* como la norma de conducta interna y el derecho como *la norma* de conducta externa, distinción que Welzel le atribuye a Thomasius y que más adelante explicaremos desde una perspectiva del Dr. Luigi Ferrajoli en la presente obra.

Prosigue Zaffaroni con su estudio introduciéndose ***al pensamiento iluminista o iluminismo penal*** analizando las teorías opuestas; es decir, la del origen en la “naturaleza del hombre” y la del origen en el “contrato social” de Montesquieu quien lo denomina como un sociólogo del derecho y de Rousseau.

Al referirse a *Montesquieu*²⁴, menciona que las ideas penales de aquel se hallan sintetizadas en el “*espíritu de las leyes*”, donde afirma que la libertad del ciudadano se ve favorecida por la naturaleza de las penas y su proporción, pretende extraer la naturaleza y medida de las penas de la naturaleza misma de los delitos, en tal forma que la pena surja como una necesidad impuesta por la razón y no por la arbitraria violencia humana. Otro pensador iluminista fue *Voltaire*²⁵ quien preparó el terreno político para la acción política de las ideas de Beccaria, por lo que entre dos grandes pensadores del derecho penal Voltaire y Beccaria fue que de sus ideas y fundamentos, surgieron avances importantes en la forma de procesar y penar; la abolición de la tortura como medio para obtener confesiones, el proceso legal, el principio de reserva, la abolición del su-

24 “MONTESQUIEU, Charles-Louis (1689-1755). Filósofo francés de la ilustración, pensador, político, sociólogo e historiador. Deísta por su concepción del mundo, Montesquieu criticó agudamente a la teología y a la Iglesia, aunque asignaba a la religión determinado papel en el mantenimiento de la moralidad social.” Tomado y Ver (Rosental, 1980, p. 421).

25 “VOLTAIRE, François-Marie Arouet. Escritor francés, filósofo, historiador, uno de los corifeos de la ilustración francesa. Era hijo de un notario, se educó en un colegio de jesuitas. Fue dos veces detenido por sus sátiras antifeudales (1717 y 1725). Paso gran parte de su vida fuera de su país. Colaboró en la Enciclopedia de Diderot. Voltaire era deísta (*Deísmo*) su concepción del mundo es contradictoria. A la vez que se manifiesta como partidario de la mecánica y de la física de Newton, admite la existencia de Dios como “primer motor”. (Rosental, 1980, p. 626).

plicio en la aplicación de la pena de muerte, la reducción de la pena para casos muy graves; es decir dice el maestro Zaffaroni toda la legislación penal que se funda en un relevante respeto a la dignidad de la persona humana, tienen su fortaleza en estos dos grandes tratadistas.

Al tratar de entenderlo a Beccaria, Zaffaroni expresa:

Por nuestra parte, lo consideramos un claro exponente del pensamiento iluminista y su importancia, más que la filosófica y teórica la consideramos política, habiendo sido decisiva desde este punto de vista como autor de la piedra angular de todas las reformas penales que permitieron el posterior desarrollo de nuestra disciplina en la forma que presenta contemporáneamente.²⁶

Roberto Gómez Mera, sostiene que la sociedad tuvo que esperar hasta fines del siglo XVIII, a *Cesar Beccaria* y su obra “de los delitos de las penas”, para entrar en un período de suavización o dulcificación de la reacción penal, que tomara en cuenta los derechos intrínsecos del ser humano como tal y como lo refería arriba Zaffaroni; este período menciona Gómez Mera, se lo conoce como período humanitarista del derecho penal; y menciona que: “Nuestro Código Penal y la misma Constitución están impregnados de este humanitarismo Beccariano, aunque de cuando en cuando surgen voces radicales y simplistas que consideran que la solución a la delincuencia es aumentar la rigurosidad de la legislación penal, incluyendo la Pena de Muerte, la Cadena Perpetua o la Acumulación Aritmética.”²⁷

Tratar de escribir de una forma minuciosa respecto a estos autores involucra más tiempo dedicación y extensión de documentos; lo

26 RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, 88.

27 CARLOS GÓMEZ, *Lecciones de Derecho y Ciencia Penal*. (Guayaquil: Editores EDILEX S.A, 2010) 17.

cual repito, no es objetivo de este libro, hay que dejar en claro que estos postulados cogieron más fuerza y aplicación luego de la revolución francesa ícono de la visión del mundo y respeto a la humanidad y su comportamiento social, luego vendría la segunda guerra mundial todas las atrocidades cometidas y la carta tardía de las Naciones Unidas pero no innecesaria ni inútil, ya que marcarían, en algo el camino del humanismo penal mundial, los derechos humanos y el respeto a la dignidad humana, por supuesto al margen de lo que sucede en la actualidad que con el pos libertario o voz democrática de la “*libertad de los pueblos o libre albedrío de los pueblos*” se observan y palpan situación arbitrarias, autoritaristas e irracionales ante la comunidad producto de la ambición de poder, el descaro moral y la estupidez humana.

En su estudio respecto a *los penalistas ilustrados y sus herederos racionalistas*, lo lleva a Zaffaroni a determinar el presente concepto: “El pensamiento ilustrado es propio de un tiempo en que se pasa del feudalismo al industrialismo y el pensamiento transformador que culmina el cambio será evidenciado luego con Napoleón.”²⁸

Jean-Paul Marat (médico); rescatado por Zaffaroni como quien representa al pensamiento revolucionario por excelencia, más allá del pensamiento de Beccaria cita una de sus premisas que dice: “No contento con despojar al pobre, se lo obliga aún a derramar su sangre para defender las posesiones de los ricos, bajo el pretexto de defender al Estado.”²⁹ El aporte de este médico aunque no tuvo formación técnico jurídica de abogado ayudó a la criticidad y justicia de su tiempo, incluso sus postulados prevalecerían en la llamada lucha de clases e injusticia social, donde en su obra en la primera parte que trata de “de los principios fundamentales de una buena legislación” enseña:

28 RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, 86.

29 Ibid., 95.

Nacemos sometidos o independientes —dice— en la opulencia o en la miseria, en la oscuridad o en la elevación, y pese a la movilidad de las cosas humanas, no hay sino un pequeñísimo número de individuos que salen del estado donde se hallaban ubicados por su nacimiento, e incluso los que salen, raramente lo hacen por otros medios que no sean la intriga, la bajeza, el fraude o la suerte.³⁰

También, Zaffaroni lo rescata a *Filangieri*,³¹ quien sigue los caminos de Beccaria, realizando una crítica desde una visión de las leyes antiguas y las modernas: “El mérito fundamental de Filangieri es haber formulado, con mucha mayor precisión jurídica, similares planteamientos a los de Beccaria, es decir, de haber extraído las consecuencias del contractualismo, pero manejando un mejor arsenal técnico-jurídico.”³² Además Filangieri sostenía la necesidad de que la pena fuese proporcionada al delito y de que la misma tenga por límite la necesidad, afirmando que toda pena que exceda el límite de la necesidad es contraria a la justicia social.

Autores del penalismo ilustrado en lengua alemana como *Karl Fernidand Hommel*, quien tradujo la obra de Beccaria con notas, sos-

30 Ibid., 94.

31 “GAETANO FILANGIERI nació en San Sebastiano al Vesuvio, a pocos kilómetros de Nápoles. Era el menor de tres hermanos. Sus padres fueron Cesare Filangieri, príncipe de Arianello, y Marianna Montalto. Su padre quería que estudiase la carrera militar, que inició desde la temprana edad de siete años. Pero muy pronto, siguiendo su vocación, empezó a dedicarse a los estudios históricos y jurídicos, consiguiendo en 1774 el título de abogado. Su elocuencia, unida a su profundo conocimiento jurídico, lo hicieron famoso en la corte de Carlos III de Borbón. Desde 1777 estuvo al servicio de Fernando IV de Nápoles, de quien se convirtió oficial del Cuerpo Real de Voluntarios de la Marina. En 1783 se casó con la condesa Carolina Fremdel de Presburgo y poco después se retiró a Cava de’ Tirreni donde elaboró la célebre Ciencia de la Legislación. En 1787 volvió a Nápoles, donde formó parte del Supremo Consejo de las Finanzas. Murió, enfermo de tuberculosis, en Vico Equense el 21 de junio de 1788”. Tomado y ver (https://es.wikipedia.org/wiki/Gaetano_Filangieri).

32 RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, 100.

teniendo la necesidad de una neta distinción entre el delito y el pecado; y, por ende, entre el pecado y la moral, considerando que el delito al cual llama ilícito jurídico, es solo la acción externa con que se ofende o daña a la otra; este criterio es seguido firmemente por *Feuerbach*,³³ quien Zaffaroni menciona que cita mucho a Hommel en este sentido. De esa misma corriente del penalismo ilustrado rescata en Austria a *Josef Von Sonnenfels*, quien defiende decididamente las ideas de Montesquieu y Beccaria, se decide y apoya abiertamente el principio de proporcionalidad en la individualización de las penas, partiendo de la teoría de la coacción psicológica de *Pufendorf*: “la influencia ejercida por Sonnenfels sobre el desarrollo del derecho penal austriaco se extendió luego a las reformas de 1787 y 1809, para cuya preparación se acudió a él en ambas oportunidades.”³⁴

Por su parte, *Manuel de Lardizábal y Uribe*, como sus nombres y apellidos los expresan de raíz hispana, de nacionalidad mexicana; por su parte aportaron sus ideas en rechazar el contractualismo en la versión de *Rousseau*³⁵, afirmando que el hombre nació para vivir en sociedad, así

33 “FEUERBACH, Ludwig (1804-72). Filósofo alemán, materialista y ateo. Al defender su disertación (1828 pasó a ser “privat-dozent” en la Universidad de Erlangen. Lo expulsaron de la enseñanza por haber publicado el libro anónimo “pensamientos acerca de la muerte y de la inmortalidad” (1830). Pasó en el campo los últimos años de su existencia. Feuerbach no comprendió la revolución de 1848, ni aceptó el marxismo pese que al final de su vida ingreso en el Partido Socialdemócrata (1870). En el decurso de su lucha contra la religión, Feuerbach recorrió un camino que va de las ideas de los *jóvenes hegelianos* al materialismo. Su proclamación y defensa del materialismo ejerció una influencia enorme sobre sus contemporáneos Feuerbach fue un antecesor directo del marxismo”. Tomado y Ver (Rosental, 1980, p. 228 y 229).

34 RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, 103.

35 “ROUSSEAU, Jean Jacques (1712-78). Representante de la izquierda pequeñoburguesa de la ilustración francesa. Filósofo, sociólogo y teórico de la estética, autor de obras de arte de trascendencia mundial y uno de los teóricos de la pedagogía. Las obras filosóficas y sociológicas principales de Rousseau son: “Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad

mismo rescata la figura de *Antoine-Joseph-Michel de Servan*, presentando sus trabajos como la figura penal de la ilustración francesa y en esa medida más identificado con Montesquieu que con Beccaria, es en otras palabras, menciona Zaffaroni, la voz del despotismo ilustrado de Francia, en el campo penal; consideró que un aporte importante en su teoría es que a diferencia de que luego de la barbarie realizada por la religión en todo el mundo el rescata a la misma como un agente de socialización o conducta de mejorar la conducta humana así:

Michel de Servan defendía a la religión, pero de la misma manera que Lardizábal, es decir, como valor instrumental de control de poder: otra ventaja de la religión es que frecuentemente agota la fuente misma de los crímenes, influyendo directamente sobre las costumbres. Lo que la legislación debe conversar con el mayor esmero no es la espada de la justicia que castiga al malvado, sino el freno que lo sujeta.³⁶

Pascoal José de Mello Freire, por su parte precisa que su pensamiento no puede ser penado, y reclama que una ley permita disminuir la pena para los delitos tentados, destacaba, con las correspondientes citas de Seneca, Platón y Aristóteles.

Livingston, otro pensador del racionalismo penal, escribió sobre el frontispicio las dos reformas: *la abolición de la pena de muerte y sistema penitenciario*: “además el enorme mérito de haber demostrado que una reforma penal no es solo un código penal, sino todo un sistema de leyes e instituciones que debe proyectarse armónicamente, problema que no

entre los hombres” (1755) y “Contrato social” (1762)”. Tomado y Ver (Rosental, 1980, p. 528). “Sus ideas políticas influyeron notablemente en los postulados de la Revolución Francesa y el desarrollo de las teorías liberales”. Tomado y Ver (Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres contraportada. Ediciones Folio, S.A. Barcelona. 2007).

36 RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, 109.