

RESEÑAS

EL DERECHO PENAL EN TIEMPOS DE CÓLERA
Manuel Vidaurri Aréchiga y Sergio J. Cuarezma Terán (Dirs.)
Ciudad de México, Tirant Lo Blanch, 2020

EL DERECHO PENAL EN TIEMPOS DE CÓLERA:
LA ÚLTIMA GRAN METÁFORA DE LAS PRÁCTICAS
REGRESIVAS EN EL DERECHO PENAL MODERNO

ROQUE FEDERICO TRUEBA GUZMÁN

Tal y como Soriano Flores lo expresa en su contribución a esta obra colectiva,¹ me adjudico similar licencia al reconocer a don Francisco Muñoz Conde como una suerte de abuelo intelectual, pues el doctor Manuel Vidaurri Aréchiga, discípulo del teórico sevillano, es a su vez mi padre intelectual, en tanto fue mi maestro en el primer curso universitario de Derecho en la Universidad de Guanajuato, corriendo el año de 2015. Este hecho hace patente la extraordinaria y bella habilidad exclusiva de nuestra especie, raíz de la cultura humana: las capacidades de enseñar y aprender; de acumular conocimiento valioso y compartirlo y, con motivo de esta obra en particular, *aprender de nuestro pasado*. Es esta última capacidad la que parece soslayarse en el tratamiento político y jurídico de la actualidad respecto al fenómeno criminal.

La obra referida recoge las contribuciones académicas de una pléyade de juristas de habla hispana con motivo de la entrega del doctorado *honoris causa* al profesor Francisco Muñoz Conde por parte del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica de Nicaragua. Como se verá, el denominador común de las aportaciones será la sombra de sospecha que cae en las diversas direcciones a las que, por acción u omisión, el derecho penal moderno ha virado, todas ellas aparentemente inconsecuentes con la trama

¹ Soriano Flores, J. “Sistema constitucional mexicano como límite al poder punitivo del Estado y fundamento de interpretación de derechos humanos de pueblos y personas indígenas”. En Vidaurri Aréchiga, M. y Cuarezma Terán, S. J. (Dirs.). (2020). *El Derecho Penal en tiempos de cólera*. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, p. 379.

y contenido moral que el Estado liberal, social y democrático de Derecho debería proyectar hacia el fenómeno del castigo institucionalizado, el que por su propia dinámica adolece de un perenne escepticismo respecto a su legitimidad en términos de justicia y moralidad político-jurídica.

Partamos desde el título: *El Derecho Penal en tiempos de cólera*. Esta obra aparece bajo el contexto de la pandemia del Covid-19, lo que podría explicar, en principio, la fuerza emotiva y atractiva del título; de igual manera, la evidente referencia a la segunda mejor obra de García Márquez es sumamente provocativa. No obstante, el profesor Muñoz Conde ataja de manera inmediata a los incautos aclarando que, por cólera, no se refiere a una de las más famosas enfermedades bacterianas, “sino a la cólera como sentimiento de irritación, de indignación, de enfado permanente [...] [que deriva] en una concepción del Derecho Penal que se mueve entre la Tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo [...]”²

A mi juicio, de manera particularmente lúcida, el teórico sevillano se adscribe a una estrategia de *construcción conceptual anecdótica* —en términos de Shapiro— a través de la idea de la cólera, pues permite ejercitar “la imaginación y, de esa manera, [favorecer] el descubrimiento de verdades [y sugerir] nuevos enfoques y modelos para explicar tales verdades obvias, lo que permite al filósofo aproximarse a la identidad del derecho y sus implicaciones necesarias”.³ La idea de la cólera permitirá abordar esta línea tendencial hacia la adopción de medidas atávicas en el derecho penal y sus implicaciones en términos de legitimidad democrática. Es este el hilo conductor y no otro el que Muñoz Conde establece y que proyectará el desarrollo y contenido de todas las contribuciones en esta obra colectiva. Así, la idea de la cólera es particularmente brillante a efecto de explicar —mas no justificar— el sospechosísimo derroche de coacción en una disciplina normativa que debería estar regida por el ideal de *ultima ratio*. Como recién expliqué, Muñoz Conde no se refiere a *el cólera* como enfermedad. Sin embargo, un enfoque interdisciplinario desde la epidemiología y la sociología nos alerta del carácter *infeccioso* tanto del fenómeno delictivo como del tropel de emociones que este despierta, tales como la ira y el miedo.

En el primer caso, Adam Kucharski, epidemiólogo, matemático y profesor de la Escuela de Higiene y Medicina Tropical de Londres, expone en su título *The Rules of Contagion. Why Things Spread — and Why They Stop*, las ingentes similitudes entre las enfermedades infecciosas y la actividad delictiva, así como el provecho que se ha desperdiciado al no aplicar los recursos epistemológicos de las disciplinas que estudian

² Muñoz Conde, F. “El Derecho penal en tiempos de cólera”, *ibidem*, p. 28.

³ Shapiro, S. J. (2014). *Legalidad*. Trad. de Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña. Madrid: Marcial Pons, pp. 49 y 50.

las primeras sobre la segunda, lo que quizá pueda deberse a que el “debate alrededor del crimen continúa concentrándose en las *malas personas* [...] debido, en parte, a que la violencia contagiosa es menos intuitiva que las enfermedades”.⁴ Si el objetivo de la política epidemiológica durante los estadios tempranos de un brote infeccioso es tanto entender y controlar su propagación, una aproximación politico-criminal desde la salud pública podría ayudarnos a prevenir el delito y no tanto a una política delictiva de carácter reaccionario: “¿Queremos sentir que estamos castigando a gente malvada o queremos menos crimen?”⁵. Por otro lado, respecto a los sentimientos de ira, miedo y angustia, Nicholas Christakis, sociólogo, médico y profesor de la Universidad de Yale, indica en su brillante libro, *Apollo’s Arrow. The Profound and Enduring Impact of Coronavirus on the Way We Live*, que la “pena, ira, miedo, negación, desesperación, e incluso la anomia, no son reacciones emocionales inesperadas [...] dentro de un severo brote de una enfermedad infecciosa”.⁶ De tal suerte que si es permisible asimilar el fenómeno criminal con las enfermedades contagiosas provocadas por agentes patógenos, “el miedo [así como las demás reacciones emocionales] puede ser contagioso por sí mismo, constituyendo una suerte de epidemia paralela”.⁷

A juicio del catedrático de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, sería esta epidemia paralela de cólera, enfado e ira la que, mediante actividades delictivas como el terrorismo, secuestro, homicidio calificado, corrupción política, crimen organizado, etc., cimbraría las susceptibilidades de funcionarios estatales, víctimas, opinión pública —y no pocos académicos—, lo cual impele a estos a dirigir su mirada a técnicas penales monstruosas e inconducentes en el moderno Estado democrático, donde se intenta construir “[...] un Derecho penal especial; [...] y que se justifica como un derecho de lucha para los tiempos de cólera que vivimos en los momentos actuales”.⁸

Desde luego, en el terreno de las ciencias sociales siempre se correrá el peligro de confundir correlación con causalidad. Bajo mi consideración —de manera similar a lo expuesto por el profesor sevillano—, esta cólera se entiende por la fuerza implacable del discurso deshumanizador del populismo autoritario y su propagación mediante los medios de comunicación. El primero, pues si partimos del supuesto de que el populismo autoritario implica, entre otras, “lo contrario de la diversidad, la tolerancia y la pluralidad política”, ello facilita la deshumanización de determinados grupos —al

⁴ Kucharski, A. (2020). *The Rules of Contagion. Why Things Spread — and Why They Stop*. Gran Bretaña: Profile Books, p. 161. La traducción y las cursivas son mías.

⁵ *Ibidem*, p. 209.

⁶ Christakis, N. A. (2020). *Apollo’s Arrow. The Profound and Enduring Impact of Coronavirus on the Way We Live*. Nueva York: Little, Brown Spark, p. 180. La traducción y las cursivas son mías.

⁷ *Ibidem*, p. 184. La traducción y las cursivas son mías.

⁸ Muñoz Conde, F. “El Derecho Penal en tiempos de cólera”, *op. cit.*, p. 46.

⁹ Finchelstein, F. (2018). *Del fascismo al populismo en la historia*. Trad. de Alan Pauls. México: Penguin Random House / Taurus, p. 186.

amparo de un nimbo de romanticismo hegeliano— que parte de la mayor intervención coactiva que se le debe *al enemigo* bajo la idea de que este “genera inestabilidad social e impide que los [verdaderos] ciudadanos sean personas en Derecho”.¹⁰ Y respecto a los medios de comunicación, un acercamiento psicológico desde lo denominado por Kahneman como *sesgo de disponibilidad*¹¹ explicaría los sentimientos de inseguridad de la población —en muchísimas ocasiones, irracionales, como sucede en el caso del terrorismo¹²— donde su juicio está sesgado por la sordidez y morbosidad que despiertan los delitos de mayor impacto, amplificadas por la cobertura mediática, y que serán el caldo de cultivo perfecto para que la política electoral realice ilegítimos escarceos punitivos y caiga en la “tentación de recurrir a un Derecho penal autoritario, de sangre y de lágrimas, bajo el lema de Tolerancia cero y Derecho penal del enemigo o de cualquier otro similar [...]”¹³

Por lo pronto, la cólera estatal es, en principio, la más evidente. Así lo reflejan las entradas de Gustavo Arocena, Jaime Campaner, Ana Paola Hall, Digna Atencio y Carlos Mejía, donde se tratarán temas como la corrupción —que puede complementarse de manera legítima mediante el estudio e historia conceptual de Reyna Alfaro sobre el *White collar*—, término que tiene una asombrosa capacidad proteica de emparar cualquier evento nuevo y oscurecerlo conceptualmente, lo cual confirma lo que, a juicio de Anthony Duff, condiciona a la conducta punible: “la distinción entre lo ‘público’ y lo ‘privado’ en el contexto de un sistema político [...] [y la] descripción que podamos dar del derecho penal como una práctica institucional distintiva”.¹⁴ Por otro lado, la “cultura del mínimo esfuerzo probatorio”¹⁵ en Campaner puede antojarse como una cólera que vincula a los funcionarios judiciales al procesamiento sumario de los acusados mediante las declaraciones de conocimiento y voluntad. Por su parte, la reflexión sobre la cólera hacia el *enemigo mara* —mediante otra referencia a García Márquez desde el título— donde se extiende e identifica el pandillerismo con el crimen organizado, como una cuestión de seguridad interior del Estado: una cólera no solo policial

¹⁰ Carrancá y Rivas, R. y Polaino-Orts, M. (2016). *Cervantes, Wilde, Azorín. Tres escritores ante el derecho penal*. México: Editorial Flores, p. 14.

¹¹ Kahneman, D. (2015). *Pensar rápido, pensar despacio*. Trad. de Joaquín Chamorro Mielke. México: Penguin Random House / Debate, pp. 174 y 175.

¹² Yuval Noah Harari, historiador y profesor de la Universidad Hebrea de Jerusalén, considera al terrorismo como un arma de grupos marginales y débiles y, militarmente, una estrategia poco interesante, pues consiste básicamente en la producción de exagerados esquemas emocionales —terror e ira, en suma— donde el valor neto de daño que se produce no viene por parte de los grupos terroristas, sino por las exacerbadas y desproporcionadas reacciones de los Estados. En nuestro caso, a través de un derecho penal del enemigo que atempera los principios fundamentales del garantismo penal. Véase, Harari Yuval, N. (2018). *21 Lecciones para el Siglo XXI*. Trad. de Joandomènec Ros. Barcelona: Penguin Random House / Debate, parte III, cap. 10.

¹³ Muñoz Conde, F. “El Derecho Penal en tiempos de cólera”, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴ Duff, A. (2015). “¿Quién es responsable por qué ante quién?” En *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, p. 124.

¹⁵ Campaner Muñoz, J. “La sistemática derogación del juicio oral en España”, en Vidaurri Aréchiga, M. y Cuezma Terán, S. J. (Dir.), *op. cit.*, p. 135.

ni judicial, sino carcelaria.¹⁶ Y, finalmente, cómo la prisión preventiva consiste en una de las instituciones punitivas más simbólicas de la epidemia de cólera y enfado, pues “[c]uando se justifica la prisión preventiva por *la alarma social*, realmente no existe un peligro para el desarrollo de la actividad investigativa o el juzgamiento, [sino que tiende a] legitimar el sistema frente a los ojos de la ciudadanía”,¹⁷ la que típicamente exigirá mayores demandas de seguridad y severidad en los castigos.

Por otro lado, los estudios de Carrasco Mandeville, Houed Vega y Jimeno Bulnes sobre la justicia restaurativa, mediación, etc., acentúan la cólera —una cólera más legítima, quizá— de la víctima del delito, sujeto que, como estableció en su momento García-Pablos de Molina, el Estado Social dirigía “todos sus esfuerzos y recursos al penado, al recluso, olvidando que la víctima del delito también necesita, a menudo, de reinserción, de resocialización”.¹⁸ Mucho debe el Estado y la comunidad a la víctima del delito.

Asimismo, el estudio que realizan de manera conjunta Cuarezma Terán y Cuarezma Zapata, así como el diverso de Cecilia Sánchez, es entendible desde la cólera provocada por el modelo económico actual, donde a juicio de Michael J. Sandel, profesor de Derecho en Harvard, los movimientos populistas modernos —que suelen ampliar la coacción punitiva— pueden entenderse a la vera “del reproche a la aproximación tecnocrática a la política, la cual no tiene buen oído al resentimiento de la gente que siente que la economía y la cultura los ha dejado atrás”;¹⁹ esto se evidencia con el efecto criminógeno de las desigualdades económicas a las que se hace referencia en el trabajo mancomunado de los Cuarezma y se confirma con la selectividad del sistema penal que Sánchez expone lúcidamente.

De particular interés es el estudio de Soriano Flores, pues la justicia penal respecto a diversidades étnicas es conceptualmente problemática desde la teoría de los derechos humanos, pues si estos intentan partir de una suerte de neutralidad moral para facilitar la convivencia pacífica entre diversas —a menudo contrarias— visiones comprensivas del bien, en la integración de los pueblos indígenas en *la justicia penal central* en sociedades pluriculturales como México, es difícil —conceptualmente, insisto— encontrar argumentos “culturalmente neutrales o que ellos fijen un estándar

¹⁶ González Díaz, M. [28 de abril de 2020]. Bukele contra las maras: las impactantes imágenes con las que El Salvador anunció que juntó a presos de diferentes pandillas en las celdas para combatir la violencia (y qué riesgos conlleva). *BBC News Mundo*. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52450557>

¹⁷ Mejías Rodríguez, C. A. “Interpretación y fundamentos de la prisión provisional en el sistema penal acusatorio”, en Vidaurri Aréchiga, M. y Cuarezma Terán, S. J. (Dirs.), *op. cit.*, p. 135. p. 333.

¹⁸ García-Pablos de Molina, A. (2003). *Tratado de criminología*. 3a ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 112.

¹⁹ Sandel, Michael J. (2020). *The Tyranny of Merit. What's Become of the Common Good?* Reino Unido: Penguin Random House UK / Allen Lane, p. 26.

para el derecho y la política que sea igualmente aceptable desde los puntos de vista político-morales más importantes”.²⁰ Como sea, el caso mexicano implica un reto por crear un modelo de justicia penal atento al modo de vida, tradición y costumbre de los pueblos indígenas, en un intento por reforzar la dignidad de estos, pero dignidad no a la manera del aura kantiano de la segunda formulación del imperativo categórico, sino como un asunto de pertenencia, una “cuestión de estatus [...] como un miembro ordinario de una sociedad decente [...]”,²¹ lo cual no se obtendrá únicamente a base de empatía, sino mediante una fina técnica y entendimiento del problema desde la filosofía del derecho y la política criminal, donde el trabajo de Vidaurri Aréchiga cobrará singular relevancia, pues, como refiere, “el principal límite de naturaleza jurídica que puede oponerse a la Política criminal será el [contenido] en la Constitución y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos”²², sucedáneos estos de un proyecto filosófico humanista y liberal, tal y como lo reflejan las intervenciones de Bailone y Torres Ortega. También dentro de estas áreas del derecho debe fraguarse una cólera frente a las medidas regresivas que el derecho penal moderno ha tomado, pero una cólera motivada por la razón humana.

De mi padre aprendí que es fácil sentarse a la mesa de la metáfora, pero en ocasiones puede ser complicado levantarse de ella. Esta inquietud no se presenta en la cólera como hilo conductor del trabajo científico contenido en esta obra, pues explica la angustia e ira de funcionarios, víctimas, comunidad y el mismo público penal respecto al fenómeno criminal. Es por ello por lo que considero *El Derecho Penal en tiempos de cólera* como la última gran metáfora de las prácticas regresivas en el derecho penal moderno.

²⁰ Beitz, Charles R. (2012). *La idea de los derechos humanos*. Trad. de Hugo Omar Seleme y Cristián A. Fatauros. Madrid: Marcial Pons, p. 222.

²¹ Waldron, J. (2012). *The Harm in Hate Speech*. Harvard University Press, pp. 219 y 220.

²² Vidaurri Aréchiga, M. “Introducción a la Política criminal”, en Vidaurri Aréchiga, M. y Cuarezma Terán, S. J. (Dirs.), *op. cit.*, p. 135. p. 433.

Referencias

- Beitz, Charles R. (2012). *La idea de los derechos humanos*. Trad. de Hugo Omar Seleme y Cristián A. Fatauros. Madrid: Marcial Pons
- Carrancá y Rivas, R. y Polaino-Orts, M. (2016). *Cervantes, Wilde, Azorín. Tres escritores ante el derecho penal*. México: Editorial Flores
- Finchelstein, F. (2018). *Del fascismo al populismo en la historia*. Trad. de Alan Pauls. México: Penguin Random House / Taurus
- García-Pablos de Molina, A. (2003). *Tratado de criminología*. 3a ed. Valencia: Tirant Lo Blanch
- Christakis, N. A. (2020). *Apollo's Arrow. The Profound and Enduring Impact of Coronavirus on the Way We Live*. Nueva York: Little, Brown Spark
- Duff, A. (2015). “¿Quién es responsable por qué ante quién?” En *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores
- Harari Yuval, N. (2018). *21 Lecciones para el Siglo XXI*. Trad. de Joandomènec Ros. Barcelona: Penguin Random House / Debate, parte III, cap. 10.
- Kahneman, D. (2015). *Pensar rápido, pensar despacio*. Trad. de Joaquín Chamorro Mielke. México: Penguin Random House / Debate
- Kucharski, A. (2020). *The Rules of Contagion. Why Things Spread — and Why They Stop*. Gran Bretaña: Profile Books
- Sandel, Michael J. (2020). *The Tyranny of Merit. What's Become of the Common Good?* Reino Unido: Penguin Random House UK / Allen Lane
- Shapiro, S. J. (2014). *Legalidad*. Trad. de Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña. Madrid: Marcial Pons
- Vidaurri Aréchiga, M. y Cuarezma Terán, S. J. (Dirs.). (2020). *El Derecho Penal en tiempos de cólera*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch
- Waldron, J. (2012). *The Harm in Hate Speech*. Harvard University Press