

Tohil

REVISTA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO



MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO¹

GABRIELA GUSIS.²

NADIA ESPINA.³

El Manual de Derecho Penal Mexicano –parte general– de E. Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar y Fernando Tenorio Tagle, constituye un gran aporte al saber penal y abre el debate en el derecho penal del siglo XXI. Ello porque no sólo refleja antiguos debates en la doctrina penal, sino que nos permite observar un claro panorama de los puntos controvertidos en la actualidad.

Se trata de la continuación del Tratado de Derecho Penal –parte general– de los juristas Zaffaroni, Alagia y Slokar, que sintetiza de forma clara las ideas centrales del mismo, profundizando la línea del derecho penal liberal y de garantías. El gran aporte de Fernando Tenorio Tagle, permite que este Manual haya sido adaptado a la legislación y realidad mexicana. Como destaca Zaffaroni en el prefacio a la edición que se presenta: “sólo puede llevarla a cabo quien conoce con profundidad el derecho y la historia nacionales”.

El Manual contiene en un solo libro toda la estructura teórica,
1 Zaffaroni, Tagle, Alagia, Slokar, Manual de Derecho Penal Mexicano-Parte general, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2013; Síntesis adaptada de la presentación desarrollada en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán en el marco de las jornadas de Derecho Penal y política criminal “El sistema de justicia penal: realidad y prospectivas” realizadas durante los días 31 de marzo y 1 de abril de 2017.

2 Docente de Derecho Penal y Criminología de las Universidades Nacionales de Buenos Aires, La Plata, Avellaneda y San Martín. Consejera consultiva del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires.

3 Directora General de Capacitación del Ministerio Público Fiscal de la Nación y docente de Derecho Penal de las Universidades Nacionales de Buenos Aires y Rosario.

dividida en tres partes: 1) Teoría del Derecho Penal: responde a la pregunta ¿Qué es el Derecho Penal?; 2) Teoría del delito: responde a la pregunta ¿Bajo qué presupuestos puede habilitarse la sanción penal?, y 3) Teoría de la responsabilidad punitiva: responde a la pregunta: ¿Cómo debe responder la agencia judicial al requerimiento de habilitación de la sanción penal?

En relación a la primera teoría, observamos que los autores comienzan delimitando el horizonte de proyección del saber penal. Este horizonte comprende a las leyes penales, que son las normas jurídicas habilitantes del ejercicio del poder punitivo estatal. Con lo cual, distinguen, inicialmente, el “saber penal” de su objeto de estudio focalizando el derecho penal liberal y de garantías en clave del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos: “las normas jurídicas”. Asimismo, diferencian el saber penal del poder punitivo.

En su construcción, el saber penal posee una intencionalidad manifiesta, cual es la de contención y reducción del poder punitivo a través de decisiones racionales de las agencias judiciales, aspirando al progreso del estado constitucional de derecho y, a su vez, garantizando la seguridad jurídica.

Presentan un saber con profundas raíces filosóficas y jurídicas, que se traduce con originalidad en la teoría agnóstica y negativa de la pena, para cuya elaboración desarrollan una explicación histórica-criminológica y genealógica de los pensamientos que tiñeron los discursos en torno a la cuestión penal comenzando en los siglos XII y XIII con la confiscación del conflicto y la víctima.

La explicación en clave dialéctica de la tensión constante entre los estados de derecho y de policía, su definición como estados puros teóricos que conviven en la realidad (en forma impura o difusa) brinda un esquema claro de explicación para la dinámica afirmando la

necesidad de reforzar el estado de derecho real.

El estado de derecho, constantemente, intenta contener al poder punitivo ejercido por el estado de policía y serán las agencias judiciales, las encargadas de reducirlo.

Así, se reelabora el concepto de seguridad jurídica, resultando más que la mera previsibilidad de las decisiones judiciales, y reforzando la vigencia efectiva de los bienes jurídicos de los sujetos.

Por lo tanto, el saber penal no se dedica a legitimar, racionalizar y justificar el ejercicio del poder punitivo, lo que Francesco Carrara calificaría como *schifosa scienza* (una ciencia asquerosa)⁴, sino que por el contrario, su finalidad es contenerlo para lograr una mayor efectividad del estado de derecho. Esta posición es sustentada por la diferenciación que realizan entre los conceptos de derecho penal y de sistema penal (resaltando el carácter selectivo de este último).

A partir de conocimientos provistos por otras disciplinas como la criminología y la sociología, destacando los trabajos de criminólogos críticos como Baratta y Aniyar de Castro, se afirma la selectividad del ejercicio del poder punitivo, que termina recayendo siempre —o de modo más frecuente— sobre ciertos estereotipos. Selectividad que no sólo opera en la criminalización secundaria, sino también en la policización y victimización.

Resulta interesante que estos datos tomados de la realidad, luego van a ser aplicados en la segunda y tercera parte del Manual para orientar con mayor racionalidad las decisiones de los jueces.

Es un cambio fundamental en el saber penal, marcando un hito, ya que se descarta un paradigma puramente teórico para adoptar un nuevo paradigma que toma en cuenta la realidad desde un modo crítico y limitativo.

A partir de la elaboración de la teoría agnóstica y negativa de la
4 CARRARA, Francisco, “Vicisitudes del fundamento del derecho de castigar”, en Opúsculos de Derecho Criminal, Vol. I, Bogotá, 2000, p. 143.

pena, los autores sostienen que la misma se define por exclusión. Es aquella que no tiene una finalidad reparadora, restitutiva, ni detiene las lesiones en curso, ni tampoco neutraliza los peligros inminentes.

En cuanto a su carácter agnóstico, los juristas manifiestan su utilización metafórica pero con verdadera intención; la pena y su utilidad no es ni puede ser una cuestión de fe. Es agnóstica en cuanto a su función, pues parten de su desconocimiento.

Las frecuentes respuestas: yo creo, yo no creo, relevan que el poder punitivo ocupa en cierta medida el lugar de la religión en la actualidad.

Por ello, adoptan un concepto jurídico de pena con referencia óptica y entienden que ésta se define como una coerción que impone una privación de derechos o un dolor, lo que amplía significativamente el concepto de pena de las teorías tradicionales o legitimantes, incorporando al horizonte de proyección del saber penal, las penas latentes y eventuales.

En la crítica a las teorías tradicionales de la pena (legitimantes), se observa una influencia clara de las ideas del abolicionismo, que se afirman como un norte posible, a pesar de reconocer que son aspiraciones irrealizables en la actualidad. Las referencias a Hulsman se hacen presentes.

Se niega así la validez de los discursos justificantes de la pena y rechazan su fundamento racional. La relación entre la pena, la venganza y el tiempo en su concepción lineal refleja la crítica de Nietzsche “La venganza es contra lo que fue y ya no puede ser de otro modo ni volver a ser”⁵. Esta es la línea de análisis profundizada y continuada por el Prof. Alagia en su tesis doctoral “Hacer Sufrir”⁶.

Los autores optan por construir un sistema dogmático que acote racionalmente el ejercicio del poder punitivo oponiendo a la

5 Así habló Zarathustra.

6 Alagia, Alejandro, Hacer sufrir, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2013.

irracionalidad y selectividad del sistema penal, una contraselectividad racional.

Este sistema no es estático sino que deberá ser desarrollado progresivamente para contener cada vez más al ejercicio del poder punitivo realizando así los principios constitucionales e internacionales limitadores y de los derechos humanos. Retoman a Tobías Barreto y afirman que si la pena es como la guerra, el Derecho Penal debe asumir una función como la que asume la Cruz Roja, es decir, se debe reconstruir sobre un modelo similar al del Derecho Humanitario (limitativo de las aflicciones que produce el poder punitivo).

En este apartado, la presencia y puntos de unión con el garantismo de Ferrajoli⁷ y el minimalismo de Baratta son nítidos.

Debemos señalar la completa coherencia y lógica que utilizan metódicamente los autores para derivar los principios de la teoría del derecho penal a las restantes teorías.

Los capítulos históricos y filosóficos de la primera parte nos llevan por un camino que enuncian como pensante y no pensante o discursos legitimantes o críticos, considerando que el contenido pensante disminuye cuando se desprecia a la filosofía y su interrogante acerca del ser.

Esta forma de mostrar la evolución del saber penal, en relación con un contenido pensante, permite advertir la influencia de las diferentes situaciones políticas. El pensamiento de Foucault en cuanto a la relación existente entre saber y poder, se encuentra presente en esta evolución.

El rescate de la figura de Friedrich Von Spee, jesuita crítico de la inquisición y contradictor del *Malleus Maleficarum* de Sprenger y Kramer, como uno de los primeros discursos críticos del sistema penal que sienta definitivamente las bases del discurso limitador del Derecho

7 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, 1995.

Penal. Así se retoma la influencia de figuras reconocidas del iluminismo penal (tales como Beccaría, Filangieri, Voltaire, Carrara, entre otros), tanto como el recuerdo de Marat, un personaje controvertido que sin embargo propuso una mirada que integraba las realidades desiguales en su Plan de Legislación Criminal.

Lamentablemente en el siglo XIX, ocurrió una decadencia del pensamiento, con un discurso ligado al positivismo criminológico asociado con el poder policial.

En este aspecto, es sumamente rico el desarrollo y análisis que realizan los autores entre los discursos europeos centralistas el control social vertical y sus consecuencias tremendas para el colonialismo y neocolonialismo de América y África fundamentalmente. El desarrollo de las ideas han sido también trabajadas por el maestro Zaffaroni en “La Palabra de los Muertos”⁸ tanto como su reciente texto “Derecho Penal Humano y Poder en el Siglo XXI”⁹. También sobre estas líneas de pensamiento Alagia, Slokar y Tenorio Tagle han analizado en un reciente seminario de INACIPE la vigencia de los derechos humanos en nuestra región, particularmente con una mirada de nuestro margen latinoamericano.

En cuanto a la teoría del delito, reafirman la función reductora que va a cumplir su construcción a través de la verificación de la existencia de ciertos presupuestos requeridos para que la agencia judicial habilite el ejercicio del poder punitivo. Lo explican a través de un sistema inteligente de compuertas que se traducirá en los distintos estamentos lógicos de la teoría del delito.

En relación a la acción se adopta un concepto jurídico-penal que respeta la realidad y acata los límites ónticos. Este concepto es

8 Zaffaroni, Eugenio R, La palabra de los muertos –conferencias sobre criminología cautelar-, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2011.

9 Zaffaroni, Eugenio R, Derecho Penal Humano y Poder en el siglo XXI, Editorial Ibañez, 2016.

pretípico. Para la construcción del mismo y para cumplir la función reductora, abarca la finalidad. Se afirma que todo delito es conducta humana, lo que se deduce del *nullum crimen sine conducta*. Introducen así una limitación importante al afirmar que existe una incapacidad de acción de las personas jurídicas.

En el desarrollo de la tipicidad, observamos que se define al tipo como la fórmula usada por la ley para señalar los pragmas conflictivos cuyas acciones son amenazadas con pena. El concepto de pragma conflictivo se afirma cuando una acción reconfigura el mundo de cierta manera conflictiva. Este concepto refuerza la necesidad de que la conducta deba ser trascendente, al incluir la acción y su obra en el mundo.

En cuanto al análisis de la tipicidad objetiva dolosa se distinguen las dos funciones: la sistemática y la conglobante.

La opción por relevar el disvalor de resultado y la lesividad signa el análisis típico, rechazándose el *versari in re illicita*. Ello se complementa con la creación de una categoría analítica propia, la tipicidad conglobante, que permite verificar la conflictividad del pragma. Esto implica que será necesario comprobar: la lesión de un bien jurídico y la posibilidad de imputar al agente la obra como propia a partir de la dominabilidad. Se desvirtúan así análisis vinculados a la insignificancia, la conducta realizada por el agente cuando cumple con un deber jurídico, las acciones fomentadas por el Derecho o los supuestos en donde media consentimiento por parte del sujeto pasivo.

El concepto limitador del bien jurídico es utilizado para cumplir la función teleotógica del derecho penal y no para justificar su ejercicio. Es definido como una relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto. El uso del concepto de sujeto en vez de persona, implica que admite que el sujeto pueda ser no-humano (animales). Esta idea es desarrollada con posterioridad por Zaffaroni en su obra “La pachamama

y el humano”¹⁰.

La tipicidad subjetiva tiene como núcleo central al dolo. Dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración. En el dolo, este conocimiento es siempre efectivo y recae sobre los elementos del tipo sistemático objetivo, como los imputativos del tipo conglobante.

Por lo tanto, el error sobre los aspectos de la tipicidad conglobante, que determinan la antinormatividad de la conducta, constituirá un error de prohibición. Resulta destacable que en su construcción, no todo error que recae sobre los elementos del tipo objetivo constituye un error de tipo. También es interesante el análisis de dos situaciones específicas contenidas en los casos de error de tipo para circunstancias psíquicamente condicionadas, y error de prohibición culturalmente condicionado para el caso, por ejemplo, de las comunidades originarias.

En cuanto al desarrollo de la tipicidad omisiva, debemos destacar que plantea la inconstitucionalidad de los tipos omisivos impropios no escritos, ya que afectan el principio de estricta legalidad.

La culpabilidad como tercer carácter específico del delito es definido como un juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona el paso y la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre este. Es decir, funciona como puente entre el injusto y la pena. Los autores entienden que el juicio de culpabilidad, debe ser un juicio personalizado, considerando el ámbito de autodeterminación en el que actuó, pero además exigen que el juicio de reproche incorpore en el análisis el esfuerzo personal que realizó el agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad. Esto permite que el Derecho Penal actúe con una contraselectividad racional.

El concepto de culpabilidad por la vulnerabilidad como corrección

10 Zaffaroni, Eugenio R., *La pachamama y el humano*, editorial Colihue, Buenos Aires, 2013.

a la teoría de la co-culpabilidad y de la tradicional culpabilidad liberal, que parte de la premisa de la igualdad (que no es real) permite arribar al análisis del-ámbito de autodeterminación, y niega la posibilidad de realizar ponderaciones como la de la reincidencia *in malam partem*.

En relación a la teoría de la respuesta punitiva, es interesante el capítulo dedicado a las manifestaciones formales del poder punitivo, los autores sostienen que deben aplicarse los principios constitucionales e internacionales de los tratados de derechos humanos para determinar si aquella manifestación del poder punitivo es cualitativamente lícita: retomando trabajos previos vinculados al tiempo cuantitativo de prisión y su correlato con la realidad de las vivencias de las cárceles, proponen un análisis que incluye la medida cualitativa del castigo, lo que permite diferenciar a las penas lícitas de las ilícitas o prohibidas, lo que se puede verificar en supuestos de: (1) penas que deben ser prohibidas; (2) penas que debido a su forma de ejecución son inconstitucionales, y (3) límites y formas de ejecución de las penas legales para no violar la prohibición de la imposición de penas crueles, inhumanas o degradantes.

Este planteo, de profunda trascendencia, y que retoma ideas elaboradas ya en “En busca de las penas perdidas” y trabajos posteriores como “las penas crueles son penas” nos obliga a reflexionar sobre la posibilidad de compensaciones de tiempo de prisión durante el transcurso de la ejecución penal, abriendo una posibilidad de revisión de la cantidad de tiempo de prisión o su modo de ejecución (o aun progresividad) para el juez con función de contralor y de resguardo de derechos y garantías. Esto importa que, en caso de haber sufrido una pena ilícita o prohibida, un trato cruel, inhumano o degradante un detenido dentro de la prisión, por ejemplo, esta podría ser compensada por el juez en descuento de tiempo de pena. Desde la universidad de Buenos Aires, bajo la dirección de los maestros Zaffaroni y Slokar, se viene trabajando sobre el particular hace ya más de siete años en pos

de reelaborar la interpretación del principio de proporcionalidad en la faz de la ejecución de la condena, por todos los trabajos, la medida del castigo¹¹.

También es una nota interesante el análisis de mínimo legal con su interpretación como meramente indicativo, pues implica que la agencia judicial pueda fijar una pena inferior al mínimo legal, cuando se encuentre en juego el principio de humanidad de la pena (ejemplo de ello, cuando la persona está disminuida notoriamente, o las perspectivas de vida son breves, por enfermedad o por la edad avanzada).

Otro punto destacable es la consideración de la pena perpetua como inconstitucional, de las medidas de seguridad al oponerse fundamentalmente a la dignidad de la persona. Así como también se afirma que la pena de reclusión revierte los designios de la Constitución y los derechos humanos por ser una pena infamante.

En igual modo se afirma a la prisión preventiva como pena anticipada por sus efectos detereorantes y estigmatizantes y el adelantamiento de la sanción previa al juicio, lo que importa de por sí un estado de mayor vulneración a los derechos humanos. Para afirmar que ésta se comporta como pena anticipada, realizan un detalle minucioso de los efectos que la prisión genera en los detenidos en general y los preventivos en particular, en los que se afirma que hay pena sin delito.

En relación a la individualización y cuantificación de la pena, sostienen es un momento esencial en donde la agencia judicial agota su capacidad jurídica para mantener dentro de los límites más tolerables los impulsos expansionistas de la selectividad de la criminalización secundaria. Esta cuantificación no se agota con en la sentencia formal sino en el acto de penar, es decir, culmina con el agotamiento de la pena, porque la cuantificación no puede ignorar las modificaciones de la pena en perjuicio del condenado durante su ejecución.

11 Zaffaroni, Eugenio R., La medida del castigo, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2012.

Para que la cuantificación sea posible, se requiere de un momento previo que es la determinación. En esta tarea de determinación, debe tenerse en cuenta que el mínimo de la escala penal es inconstitucional en los siguientes casos: pena natural; cuando se ha ejecutado sobre la persona una pena ilícita contrariando el principio de prohibición de la doble punición; cuando hay emoción violenta, ya que la considera causante de una menor culpabilidad del agente; si la aplicación de la pena afecta gravemente a la familia y a otras personas violando el principio de intrascendencia o trascendencia mínima de la pena; si hubo una sanción por parte de una comunidad indígena, lo cual, contraría el principio de prohibición de la doble punición, y si existe disparidad con los mínimos de otros delitos.

Según los autores el poder punitivo debe tener proporcionalidad con la culpabilidad normativa. Esta culpabilidad es un proceso valorativo dialéctico que sintetiza la reprochabilidad por el acto y el cálculo del esfuerzo realizado por el agente para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad.

El fundamento dogmático de la culpabilidad por la vulnerabilidad se encuentra en una interpretación constitucional del concepto de peligrosidad.

En relación a la reincidencia, la consideran inconstitucional por violar el non bis in ídem (prohibición de doble punición). Sostienen que en lugar de una mayor consciencia de la antijuricidad, en la reincidencia habría una menor culpabilidad en virtud del aumento del nivel del estado de vulnerabilidad, generado por un anterior ejercicio del poder punitivo, siempre estigmatizante, lo que obliga en término de la teoría de la responsabilidad a acotar el marco de la respuesta frente al delito; si el efecto más trascendente de la prisionización es la reincidencia, el estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar.

Para finalizar, el manual, resulta ser un ejercicio de humanismo ya que a través de la razón se asume una postura ética frente al estudio y ejercicio del Derecho Penal, el sistema penal, y las funciones que estos tienen.

Nuevamente muy agradecidas de este enorme honor que nos han asignado, no quedan más que palabras de admiración académica y personal para los cuatro autores del Manual comentado, los que centraremos –por todos- en el nombre del maestro Raúl Zaffaroni.

Maestro, maestro de maestros, Zaffaroni nos brinda un pensamiento coherente en la mirada de nuestro margen, desde nuestra América Latina y nos advierte del marco actual del poder mundial en el momento del tardocolonialismo signado por las corporaciones transnacionales que debilitan cuando no destruyen estados. Una vez más nos obliga a interrogarnos sobre el rol del poder punitivo y el saber penal en el siglo XXI y nos advierte sobre la necesidad político-penal de prevención de las masacres, nos recuerda lo delicado de los discursos de emergencia en materia penal, los discursos bélicos y del enemigo y sus consecuencias trágicas para la humanidad. El jurista nos interpela y nos obliga a preguntarnos qué derecho penal anhelamos. La respuesta es evidente, un derecho penal humano, respetuoso de la dignidad de todos y cada uno de los seres humanos y también de otros seres vivos con igual derecho y dignidad. Nos hace reflexionar sobre el derecho al desarrollo y el obligado y necesario resguardo de los recursos naturales, y nos invita a reflexionar sobre la dogmática penal “aséptica” y sus “sucias” consecuencias.

Recepción: 02-10-2017 / Dictamen: 14-01-2018