

DOGMÁTICA PENAL Y PROCESO PENAL. ENCUENTROS, DESENCUENTROS Y TENSIONES EN EL SISTEMA MEXICANO

Por

LUIS FELIPE GUERRERO AGRIPINO*

Profesor del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno
Universidad de Guanajuato

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Penal 16 (2011)

A MANERA DE INTRODUCCION

El día 6 de mayo del 2011 la Universidad de Guanajuato otorgó el doctorado Honoris Causa al profesor doctor Francisco Muñoz Conde. En el marco de esa distinción, el día 5 de mayo se desarrolló el *II Coloquio Hispano Mexicano de Derecho penal*. Las siguientes líneas constituyen el contenido básico de la ponencia que presenté en la mesa redonda: “Dogmática penal y proceso penal”.

Por muchos motivos estimo oportuno retomar algunas de las grandes líneas de la contribución científica del profesor Muñoz Conde. Por lo pronto destaco dos: porque una manera idónea de rendirle homenaje es por medio de la difusión de su pensamiento científico. Y también lo hago convencido de que, precisamente, a partir de dichas bases podemos generar grandes ámbitos de análisis, acordes a la situación en la que se encuentra el sistema penal de nuestro país: México.

I. PUNTO DE PARTIDA

Cuando referimos la contribución académica de Muñoz Conde, invariablemente decimos que fue el primero en traducir la obra de Roxin: *Sistema penal y política criminal*, en la década de los sesenta. No obstante, creo que es necesario darle su justa connotación científica a ese hecho. Fue mucho más que la traducción de una obra del alemán al castellano. Además de eso, concretó el *desideratum* roxineano en cuanto al posicionamiento de la dogmática, atendiendo a cuestiones político criminales, en razón

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Rector del Campus Guanajuato.

de los auténticos fines de la pena, a los auténticos fines del derecho penal, destrabando la disertación ensimismada en aspectos eminentemente ontológicos.

Esa concreción la hizo en el contexto de un país y en una época determinada: España en la dictadura de los setenta. Planteó postulados del derecho penal de un estado social y democrático de derecho, antes de la Constitución Española de 1978. Después lo hizo en América Latina y luego en otras latitudes. Lo hizo, primeramente, mediante la formación de sus discípulos y de manera directa, mediante la divulgación de su obra, bien mediante su producción literaria o bien mediante la disertación directa.

Muñoz Conde divulgó y aplicó la base del planteo de Roxin: para que la dogmática sea fructífera debe ubicarse en la realidad y adaptarse a las situaciones cambiantes de dicha realidad. Así debe construirse la dogmática para que no se convierta en un ejercicio tautológico y para que el penalista no viva encerrado en una "urna de cristal", como bien lo ha referido el propio Muñoz Conde.

II. EL CONTEXTO MEXICANO

En el contexto jurídico penal mexicano, como en el resto de los países latinoamericanos, sus sistemas jurídicos se construyen bajo una doble influencia: la anglosajona y la del derecho continental europeo, mediante la construcción de la dogmática jurídica.

Pero todo parece indicar que en México tenemos algunas particularidades dignas de resaltarse. Resulta oportuno formularnos algunas interrogantes: ¿Cómo ha sido la evolución de la dogmática jurídica penal en nuestro país? Y, siguiendo la línea temática del panel ¿cómo ha sido su proyección en el ámbito del proceso penal y viceversa? A continuación daremos algunas pinceladas al respecto.

II.1 Algunos rasgos

1. Nuestra constitución federal desde su vigencia, en 1917, contemplaba un modelo de estado social y democrático de derecho. Nótese el dato, 1917, antes de la Constitución de Weimar, de 1919.

2. Contamos con un modelo federal, no siempre bien orientado. En el caso del sistema penal, tengo entendido que somos el único país de Latinoamérica que posee una legislación penal para cada entidad federativa y una de orden federal. Sobre esta peculiaridad, el problema no es tanto la falta de unificación sino la falta de armonización. Esta disparidad, desde luego, trae complicaciones en la enseñanza y en la aplicación del ordenamiento jurídico penal.

3. En la década de los ochenta del siglo pasado, comienza a ponerse de relieve la necesidad de asumir un tratamiento jurídico penal específico en torno a la protección jurídico penal de la salud pública. Particularmente, fue llamando la atención el consumo de psicotrópicos y estupefacientes y, en consecuencia, su mercado.

4. En la primera mitad de la década de los noventa, surge una reforma constitucional que cambia un concepto: *cuerpo del delito* por *elementos del tipo*. Esta transformación incide, a su vez, en una modificación al Código Federal de Procedimientos Penales. Esta modificación conceptual de la constitución a una legislación procesal desencadenó una gran discusión eminentemente dogmática. Produjo, a mediados de los noventa -de manera tardía en nuestro País, hay que decirlo- la discusión entre las bondades del *finalismo* en contrapartida con el *causalismo* y viceversa. Sin embargo, se pretendió poner fin a esa discusión, mediante otra reforma constitucional, en 1999, para retornar al concepto de cuerpo del delito.

5. En 1996, se formaliza el tratamiento especial a una particular forma de delinquir: *la delincuencia organizada* mediante la creación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (en adelante: LFCDO). Ese tratamiento se tradujo en la regulación de un auténtico régimen de excepción, con repercusiones en los ámbitos sustantivo, procesal, de ejecución de sanciones, entre otros. Esta regulación derivó una intensa discusión. Por un lado, surgieron las argumentaciones político-pragmáticas para justificar el combate a una delincuencia especialmente peligrosa. Por otro lado, proliferaron los argumentos tendentes a poner en evidencia la inconstitucionalidad de gran parte de las instituciones contempladas en dicha legislación.

Cabe decir que la discusión se gestionó de una forma muy particular: se modificó la constitución -en 2008- para "regularizar" cuestiones con respecto de las cuales se aducía su inconstitucionalidad, como por ejemplo la figura del arraigo. Así se pretendió "callar" la "insistencia", sobre todo del sector académico.

1. En el año 2004, surge un intento del ejecutivo federal para propiciar una reforma integral. No se materializó.

2. En 2008, se concretó una reforma constitucional que, fundamentalmente, regula el régimen de excepción que antes se comentaba. Además incorpora los principios inherentes al sistema procesal de corte acusatorio. Sobre este último punto, más adelante haré una anotación.

3. Aunado a lo anterior, destaco, con particular énfasis, la política criminal en el ámbito legislativo. Ubico tres dimensiones:

a. La inflación penal. Es decir, la tendencia generalizada a incrementar las penas y a tipificar una gran diversidad de comportamientos para colmar las

expresiones sociales, sin mayor cuidado técnico garantista.

b. El reconocimiento de modalidades delictivas diferentes a la criminalidad convencional y, en muchos de los casos, la tendencia a flexibilizar principios garantistas que antes parecían inamovibles. Piénsese, por ejemplo, en los delitos de peligro abstracto, protección de bienes jurídicos colectivos, para delitos como el medio ambiente, delitos informáticos, etc.

c. La dispersión. Me refiero a la tendencia a regular instituciones dogmáticas cada vez de manera más frecuente en leyes específicas diferentes al Código Penal. Llegamos al caso extremo de regular una parte del supuesto de hecho típico en la Constitución Federal (artículo 16).

II. 2. La tensión

Me detendré en el último punto al que hacía referencia. Tradicionalmente, se construye la parte general de los códigos penales para aplicarla a la parte especial, es decir a las figuras específicas. No obstante, ahora la tendencia es más compleja. En la parte especial, se realizan transformaciones sistemáticas que tensan la parte general de los códigos, particularmente en la teoría de delito. Esta situación repercute no sólo en la parte técnica, sino también garantista. Es decir, las fronteras que se construyen desde la parte general, se rebasan en la parte especial, lo cual deriva posiciones político criminales que merecen llamar la atención. Pondré algunos ejemplos.

1. En la LFCDO se regula la figura del *agente infiltrado*. Es decir, la posibilidad de que miembros de la unidad especial para la delincuencia organizada se involucre en los grupos delincuenciales para obtener información. El actuar de esos agentes, no siempre será de un mero observador imparcial. Suele cometer el hecho delictivo. Así, la diversidad de formas de su actuación desde ese ámbito y la afectación de bienes jurídicos, nos ubican en una gran variedad de escenarios sistemáticos dignos de considerarse.

2. En la propia LFCDO, se regulan no sólo atenuantes, sino una suerte de *excusas legales absolutorias*; a miembros de la delincuencia organizada que proporcionen información. El mensaje legislativo es claro: la posibilidad, no de *facto*, sino legalizada, de que el estado negocie con miembros de la delincuencia organizada (artículo 35, f.I LFCDO).

3. Otro ejemplo. En la Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Federal, vamos a encontrar situaciones interesantes. La tendencia que prevalece, es incrementar las penas de manera significativa en torno al delito

de secuestro. En algunos casos, se llegan a superar los límites que en las reglas concursales de la parte general existen para posibilitar un principio garantista básico del Estado democrático: no sancionar dos veces el mismo delito. En esta Ley, por ejemplo, en su artículo 10 regula una sanción de 25 a 50 años de prisión, cuando en contra de la víctima se hayan ejercido actos de tortura o de agresión sexual. Pero el mismo precepto establece que esta sanción, en todo caso, sería independiente de la que se le impusiera por el delito que por el mismo supuesto de hecho típico derivara de la agravante. En contrapartida, se regula una forma *sui generis* del *desistimiento*. Si dentro de los tres días se libera a la víctima, sin que se actualicen los fines para los cuales se le privó de su libertad y no se dan las agravantes, la sanción se reduce al margen de 2 a 6 años de prisión.

4. Si hacemos un análisis de los delitos que están en el Código Penal Federal y los delitos que están regulados en las leyes especiales, nos vamos a encontrar con una importante vulneración al principio de proporcionalidad. Y, por otro lado, si analizamos las instituciones de la parte general del Código Penal Federal, con el tratamiento de las instituciones de la parte especial del mismo Código y de sus leyes especiales, nos vamos a encontrar con construcciones sistemáticas de diverso tenor que superan los principios garantistas y sistemáticos de la teoría del delito.

III. ULTIMA CONSIDERACION

Dejé hasta el final un comentario general en torno a la reforma constitucional de 2008, que marca la pauta para la construcción de un sistema procesal de corte acusatorio. Trataré de vincular dicho tema con mis reflexiones anteriores.

Desde hace muchos años era casi unánime el sector de la doctrina y del foro jurídico mexicano, en cuanto a la necesidad de hacer una reforma integral al sistema procesal penal. Con justa razón se decía que la política legislativa y la discusión académica, estaban estancadas en la parte sustantiva. Se aducía que faltaba la otra, sin la cual el sistema no podría funcionar de manera adecuada: la parte adjetiva.

Cuanta razón se tenía. Ahora, en los últimos años en México, la discusión y más aún, los esfuerzos institucionales se ha orientado precisamente a la parte adjetiva. Bajo ese estado de cosas, es oportuno destacar que las instituciones dogmáticas de la parte sustantiva y las instituciones procesales, finalmente son parte de un todo. Que su separación obedece a criterios fundamentalmente técnicos, meteorológicos -y lo mismo sucede con la parte general y especial de la parte sustantiva-. ¿Cómo decir, por ejemplo, que la prisión preventiva es un asunto sólo de carácter procesal? ¿O cómo separar los

requisitos señalados en la ley adjetiva, de las construcciones de la teoría del delito, para someter a proceso a una persona o para dictarle una sentencia condenatoria?

Esta reflexión me lleva a otra. Mientras hemos discutido cómo implementar el nuevo sistema procesal, en México ha habido reformas en materia penal. El derecho penal, en México, es mucho más que la regulación de robos, homicidios y secuestros. Entonces, el gran reto será integrar, conducir, toda esta tendencia en el nuevo modelo procesal. No sólo debemos plantearnos los juicios orales con manifestaciones delictivas sencillas. Es menester tener presente casos más complejos: intervención de varios en un hecho delictivo, los delitos de peligro abstracto, cómo vincular las leyes especiales a la parte general y cómo conducir el material probatorio en esos casos, y un largo etcétera.

Es necesario reconocer lo que puede y lo que no puede hacer el Derecho penal. No dar falsas expectativas. Y en eso debemos ser claros con los actores políticos, para que no tensen más al Derecho penal. Que entiendan que la historia no termina cuando se aprueba una ley o una reforma penal. Por lo regular ahí, apenas, inicia la historia.