

## Notas introductorias a la segunda edición

Desde los estudios de licenciatura hasta los doctorales, pasando por algunas experiencias en el ejercicio profesional, pude apreciar el mundo apasionante del estudio del Derecho penal, particularmente de la teoría del delito. También en ese trayecto pude constatar su enorme complejidad. Más aún en el terreno de la docencia y de la investigación. En variadas ocasiones veía el entusiasmo de los estudiantes de licenciatura por el tema, pero el ansia de querer profundizar hacía que retrocedieran en el análisis para ubicarse en los fundamentos. Lo propio apreciaba en algunos estudiantes de postgrado, sobre todo su impotencia al no poder avanzar en sus trabajos de investigación por carecer de las bases elementales.

Fue así como en el año de 2004 me surgió la idea de poner en texto y contexto algunas notas sobre la dogmática jurídica penal, particularmente las relacionadas con la teoría del delito.

Con la distancia de esos años, vuelvo a reiterar lo que en aquel tiempo advertí en la introducción del texto: no hay planteamientos novedosos sólo un esfuerzo sintético para cuando menos ofrecer una aproximación al tema.

Agradezco la gentileza de la Comisión Nacional de Derechos Humanos por haber acogido otra edición del libro, lo cual representa la oportunidad de hacer una divulgación más amplia y de compartir algunas anotaciones sobre el tema, asumiendo como marco de referencia el margen temporal que va de 2004, fecha de la primera edición a ésta, en 2017. Y es que en la última década se han suscitado cambios sustanciales en el sistema jurídico mexicano y enfáticamente en el sistema de justicia penal. Derivado de ello, merece la pena preguntarnos si dichas transformaciones inciden en el fondo de la dogmática jurídica penal, más aún, si implican modificaciones en la construcción de la teoría del delito.

En las siguientes líneas haremos un breve recuento de algunas transformaciones en el ámbito del sistema penal que guardan relación con nuestro objeto de estudio. Para ese fin, me basaré sobre todo en publicaciones que sobre ello he desarrollado en estos años.

## LA GRAN REFORMA CONSTITUCIONAL

El 10 de junio de 2011 se realizó en México una de las reformas más importantes a la CPEUM (en adelante: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Se modificó su artículo primero lo cual trae consigo una transformación discursiva, legal y operacional en el régimen jurídico mexicano. Entre diversos enfoques y líneas de investigación que sugieren dicha reforma, es de destacar su consistencia, armonización y aplicación en el sistema penal, tanto en su estatus general, como en reformas constitucionales previas y posteriores a la realizada en materia de derechos humanos. En esta dinámica, desde luego no es ajena, por el contrario, cobra importancia la dogmática jurídica penal. En las siguientes líneas se destacan algunas reformas que evidencian esa preponderancia.

## LA REFORMA PROCESAL PENAL

En México, por muchos años, se hizo hincapié en la urgencia de revisar y actualizar nuestro modelo procesal penal, lo cual se concretó el 18 de junio de 2008 cuando se publicó en el Diario Oficial de la Federación una importante reforma a la CPEUM. Entre otros aspectos la reforma reguló un sistema procesal penal de corte acusatorio, adversarial y oral. Esas modificaciones derivaron transformaciones a la legislación secundaria en el ámbito federal y en las entidades federativas.

Desde luego no es el espacio para profundizar en los alcances de esas transformaciones, sólo referiré dos aspectos que estimo trascendentes por su incidencia en la teoría del delito.<sup>1</sup>

### Construcción de la teoría del caso

En el sistema acusatorio la etapa de juicio oral representa el momento crucial del proceso. Es aquí cuando se pronuncia lo que se conoce como teoría del caso.<sup>2</sup>

La teoría del caso es la toma de postura que sostiene cada parte a partir de la del conocimiento e interpretación del suceso. Se construye mediante la articulación coherente y ordenada de las proposiciones fácticas que sustentan la posición jurídica correspondiente.

---

<sup>1</sup> Para mayor referencia sobre los alcances de dicha reforma, *vid.* GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: "Dogmática penal y proceso penal. Encuentros, desencuentros y tensiones en el sistema mexicano", en: *Revista General de Derecho Penal* (revista electrónica), *lustel*, n° 16, España, 2011.

<sup>2</sup> *Vid.* GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *Teoría del delito y argumentación jurídica. Notas para la construcción de la teoría del caso en el sistema acusatorio*, Universidad de Guanajuato, Gobierno del Estado de Guanajuato, Congreso del Estado de Guanajuato y Poder Judicial del Estado de Guanajuato, pp. 85 y ss.

La esencia de la teoría del caso se sostiene en la descripción de los hechos, pero de los hechos probados. Allí se encuentra el primer piso de su elaboración. El segundo plano es el análisis técnico jurídico del material fáctico probado. Asimismo, este segundo plano tiene dos dimensiones: una sustantiva, relativa fundamentalmente a la aplicación de las disposiciones de la teoría del delito, tanto las relativas a la parte general como a la parte especial –y es aquí donde adquiere particular relevancia la teoría del delito–. La otra dimensión es de carácter instrumental, representa el cómo vincular la descripción de los hechos probados con el tratamiento eminentemente jurídico. Es decir, la argumentación jurídica. La oralidad, a su vez, es el modo, el vehículo mediante el cual se conduce la construcción anterior.

Bajo esta consideración, es importante destacar que, en el sistema acusatorio, la dogmática jurídica penal no disminuye su trascendencia, más bien se redimensiona.

La unificación nacional en el procedimiento penal.

¿Sólo en el procedimiento penal?

Además de la reforma de 2008, mediante Decreto publicado el 8 de octubre de 2013, otra vez se reformó la CPEUM, con la finalidad de posibilitar la instauración de una legislación única en materia procedimental penal para toda la República, en el orden federal y en el orden común. Como consecuencia de ello se derivó la creación del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante: CNPP).

Indudablemente, tal regulación viene a darle mayor sentido a la reforma constitucional y a propiciar unificación en todo el país. De esa manera surge la posibilidad de estructurar de mejor manera criterios a nivel jurisprudencial y de otorgarle mayor unificación también a los programas de estudio de Derecho, al menos por lo que concierne al sistema jurídico penal.

Ahora bien, en el CNPP se regulan las bases que inciden directamente en la sistemática del delito. Por ejemplo, para la emisión de un auto de vinculación a proceso, de una sentencia condenatoria y de una absolutoria. En estricto sentido se establecen cuáles son los elementos del delito, así como cuál es la correlación entre éstos y cuál es el contenido de estos. En suma, dogmática jurídica penal tal cual.

En otros espacios se ha profundizado al respecto.<sup>3</sup> Para los fines aquí precisados la intención es destacar que la trascendencia de la dogmática jurídica penal en México no se minimiza, se reorienta en un plano más amplio.

## LA EXPANSIÓN Y ABUSO DEL DERECHO PENAL

Además de las reformas reguladoras del proceso penal se han realizado otras de diversa índole que inciden directamente en los fundamentos de la dogmática jurídica penal; en algunas ocasiones rebasándolos y en otras, en estricto sentido, transgrediéndolos.

### La regulación del estado de excepción

La reforma a la CPEUM arriba referida, además de la parte procesal, también dio lugar a la regulación constitucional de un régimen de excepción para una particular forma de delinquir: la delincuencia organizada. Desde el año de 1996 existe una ley que regulaba dicho fenómeno delictivo, lo cual deri-

---

<sup>3</sup> Vid. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe y MURILLO DE LA ROSA, Mauricio Alejandro, "¿Es constitucional la regulación de la sistemática del delito en el Código Nacional de Procedimientos Penales?", en: *Seguridad y ciudadanía*, Centro de Estudios para la Investigación en Justicia y Democracia CEIUS A. C. y Secretaría Ejecutiva del Sistema Estatal de Seguridad Pública, 2015; y, GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe y ASTRAÍN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, "Aproximación a la sistemática del delito regulada en el Código Nacional de Procedimientos Penales", en: *Revista De Jure*, año 14-15, tercera época, Nov. 2014-mayo 2015, pp. 5-32.

vó críticas importantes aduciendo sobre todo su inconstitucionalidad. Ahora tiene su regulación en la propia constitución. De esta manera, en el artículo 16 de la CPEUM prácticamente se regula un tipo penal.<sup>4</sup> Esta figura delictiva, de un lado representa un adelanto de la barrera de punibilidad y de otro, es la que da lugar a la aplicación de una serie de medidas –como el arraigo, las intervenciones privadas, decomiso, etc.—contrarias a principios que sustentan un estado constitucional de derecho.<sup>5</sup> Con ello se ponen a prueba los propios fundamentos de la dogmática jurídica penal.

### La dispersión y adulteración

En los últimos años, mientras la atención se ha centrado principalmente en el diseño e implementación del proceso penal de corte acusatorio, en la parte sustantiva ha existido una proclividad, tendencia, tentación: aumentar las penas y construir tipos penales reguladores de comportamientos específicos, aún y cuando en estricto sentido ya se encuentren regulados en otros tipos penales vigentes. Y es que el protagonismo político, encuentra su oportunidad u oportunismo en el Derecho penal el cual, contrario a su elevado nivel técnico, es proclive a su *popularización* bajo el discurso falaz del mayor rigor punitivo a costa de la adulteración de la dogmática jurídica penal o, incluso, a pesar de que dichas reformas resulten contrarias a los fines que las motivan. De esta manera se evidencia la inercia a modificar la parte especial de los códigos penales –como en el caso del femini-

---

<sup>4</sup> El párrafo noveno de dicho precepto señala: “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.

<sup>5</sup> Vid. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *La delincuencia organizada*. (Algunos aspectos penales, criminológicos y político criminales), segunda edición, UBIJUS y Universidad de Guanajuato, 2012. En su primera parte (pp. 27-60), se encuentra un marco de referencia al respecto, poniendo de relieve las principales transformaciones de 2001 (año de la primera edición del libro) a 2012 (año de la segunda edición).

cidio<sup>6</sup> a incorporar figuras delictivas en leyes especiales donde el Derecho penal no tendría por qué estar presente –como por ejemplo en la Ley General de Cultura Física y Deporte– o crearlas para tal fin –como la Ley General en Materia de Delitos Electorales–.

## PUNTO DE PARTIDA Y DE LLEGADA

Como se mencionó al inicio de este apartado, la reforma al artículo primero de la CPEUM, es un referente para todo el sistema jurídico mexicano. Desde luego lo es para el Derecho penal. Esta referencia es indispensable para este libro porque en él se hace hincapié en la doble finalidad de la dogmática jurídica penal: la de carácter técnico –para contar con herramientas suficientes al momento de resolver los casos y no solo basarnos en el sentido común o en *corazonadas*—y, sobre todo, la finalidad garantista. Es decir, que el respeto a los derechos humanos prevalezca de manera subyacente en la construcción del Derecho penal.

En este sentido, nos encontramos ante un gran reto: el control de convencionalidad –uno de los principales soportes del artículo 1º de la CPEUM– representa la obligación teórica y jurídica de tener a la vista un marco jurídico no solo nacional, sino también internacional, lo cual conlleva hacer un trabajo dogmático más elaborado y consistente. No basta referir principios, convenios o tratados, sino sistematizarlos y orientarlos atendiendo a fines superiores como la libertad y la dignidad de la persona –del imputado y de la víctima–. Si así no sucede podemos caer en la paradoja de violar Derechos humanos con la bandera de proteger Derechos humanos.

LUIS FELIPE GUERRERO AGRIPINO

---

<sup>6</sup> Vid. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: “Consideraciones sobre la tipificación del feminicidio”, en: *Revista General de Derecho penal*, Iustel, número 20, España, 2013. (RI §413968)