

CRIMINALIA
EXPRESS

CRIMINALIA **EXPRES**

Rodolfo Félix Cárdenas
Director General de Criminalia

Diseño digital
Armando Téllez Reyes

Diagramación
Felipe Luna

Criminalia Exprés
Año I • 2024 • 014

Sitio web: www.criminalia.com.mx

<https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/announcement>

© Academia Mexicana de Ciencias Penales
Twitter @AcadMexCienPen
www.academiamexicanadecienciaspenales.com.mx

Las opiniones expresadas en este artículo son responsabilidad exclusiva del autor y no necesariamente reflejan la postura de la editorial.

¿Para qué sirve la dogmática penal?

(porque sin dolo no hay hecho que la ley señala como delito)

Miguel Ontiveros Alonso*

I. LOS HECHOS

La entrada en vigor del sistema acusatorio trajo consigo múltiples beneficios para la protección de los derechos de las personas vinculadas al sistema penal. Pero también causó heridas y desnudó carencias muy nuestras. Me refiero, claro está, al abandono de la dogmática penal y su producto más acabado: la teoría del delito. Instituciones gubernamentales —como la SETEC y el INACIPE, por ejemplo— enfocaron sus baterías en la formación de cuadros para el —aún denominado— nuevo sistema penal. Mientras tanto, los Tribunales del país invirtieron grandes recursos en el diseño y puesta en marcha de “salas de juicio oral”. Se adquirieron togas para todas las juezas y jueces de la República y empezó a operar el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Pronto se presentaron los primeros desafíos. Éstos no fueron relativos al presupuesto, la iluminación, el uso de las cámaras o ajustes de sonido, sino técnicos y con una fuerte carga dogmática: para vincular a proceso a una persona, el nuevo proceso mexicano exige como requisito *“datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito”* ¿y eso qué es? El reto resultó mucho mayor, sin embargo, debido a las consecuencias de ser vinculado a proceso. Así, enfrentado con la naturaleza del sistema acusatorio —en el que la libertad es la regla y la prisión la excepción— el modelo mexicano consignó un listado de delitos que merecerían prisión preventiva oficiosa: o sea, si a una persona se le atribuye la probable comisión de uno de esos delitos, no hay vuelta de hoja y se queda en prisión. Definir qué es eso de *“hecho que la ley señala como delito”* cobró, entonces, una importancia vital, pues de ello dependía mantener o perder la libertad.

Academia y doctrina lo tenían claro: no puede haber reacción penal— mucho menos prisión preventiva de ningún tipo— sin dolo o imprudencia. Sea lo que sea que configure a ese *“hecho que la ley señale como delito”*, debe incluir el tipo subjetivo. “Esto no es derecho administrativo”, se afirmó, “esto es penal y no derecho policial”, se insistió. Entonces se comprendió que el famoso “hecho que la ley señale como delito” no era otra cosa que el injusto penal. Esto es, que aquella figura estaba

* Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales

integrada por la acción, la tipicidad y la antijuridicidad y que sólo después de éste seguía la culpabilidad (juicio sobre el hecho y juicio sobre la persona que lo cometió, respectivamente).

Tampoco se trataba del “gran desafío dogmático y procesal” del nuevo milenio, pues el legislador lo intuyó —y muy bien— al establecer en el artículo 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales lo siguiente: *“en la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público se especificará el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente”*. La referencia directa a la “naturaleza dolosa o culposa de la conducta” fue contundente: si desde la investigación inicial se exige el estudio del tipo subjetivo, más aún debiera exigirse a escala del auto de vinculación a proceso.

Y efectivamente así lo consideró el legislador pues, en el artículo 316. IV del mismo ordenamiento advirtió que, para vincular a proceso a una persona, era indispensable que —además del famoso hecho que la ley señale como delito— *“no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito”*. Ahora sí estaba todo muy claro: si además de la exigencia de clasificar jurídicamente el hecho con base en el dolo o la imprudencia, el ordenamiento procesal rechaza que se pueda vincular a proceso a una persona si acude a su favor una excluyente del delito, entonces no habría duda alguna: para vincular a proceso se debe entrar al estudio, no sólo del dolo o la culpa, sino de todas las categorías del delito, desde la tipicidad hasta la culpabilidad.

Y es que no se trata de “comprobar el delito antes del juicio”, como se afirmó en algunas fiscalías, sino de entrar al estudio de todas las categorías —lo que indudablemente incluye el dolo y la imprudencia—, pues de lo contrario habría que preguntarse ¿cómo apreciar un error de tipo sin analizar el dolo en sede de tipicidad? ¿Cómo afirmar una legítima defensa sin estudiar la antijuridicidad, o un error de prohibición, sin entrar a la culpabilidad? Más claro: ¿cómo distinguir un abuso sexual consumado de una violación en grado de tentativa sin analizar el dolo del sujeto activo? o bien ¿cómo distinguir la privación ilegal de la libertad del secuestro, o a éste de la desaparición forzada sin entrar al estudio del dolo? Así, profesorado y alumnado trabajaron en los Institutos, centros de entrenamiento y Universidades, convencidos de la profunda configuración dogmática del hecho que la ley señala como delito. Hasta que llegó la interpretación judicial.

II. LA TRAGEDIA

Publicada el 17 de febrero de 2017 en el Semanario Judicial de la Federación, la Tesis Aislada con número de Registro 2013696 significó el retorno al causalismo clásico, pero en el siglo XXI. En ésta se afirma lo siguiente:

¿Para qué sirve la dogmática penal?

Ahora bien, en los delitos que requieren para su actualización del acreditamiento del dolo, corresponde al Ministerio Público de la Federación su comprobación, atento al principio de presunción de inocencia; **pero dicho elemento, al ser de carácter subjetivo, deberá ser valorado por el juzgador hasta el dictado de la sentencia**, atento a las pruebas que al efecto haya aportado el Ministerio Público. Así, la demostración plena del dolo es innecesaria para dictar el auto de vinculación a proceso, pues será en el juicio oral donde podrán allegarse los datos para la plena demostración de tal elemento subjetivo del tipo penal correspondiente.

El destacado en negro es mío, pues no pretendo reproducir toda la tesis, sino enfocar la crítica en lo que ahí se resalta. A favor de quien emitió este criterio, hay que decir que al final del párrafo reproducido se afirma que no es necesaria la *comprobación plena del dolo*, —dando a entender que quizás sí se debe comprobar, aunque no del todo—. Pero eso no justifica lo afirmado antes: sostener que “*dicho elemento, al ser de carácter subjetivo, deberá ser valorado por el juzgador hasta el dictado de la sentencia*”, resulta inaceptable en materia penal.

Intitulé “la tragedia” al punto II de este breve escrito porque precisamente eso es. Con una amplia difusión, esta tesis ha servido de pretexto a fiscales y jueces para “saltarse” el estudio del tipo subjetivo —ya ni hablar de exigirles entrar al análisis de la antijuridicidad o la culpabilidad—, y vincular a proceso, por igual a personas humanas o jurídicas—, con el puro resultado, como si de materia administrativa se tratara.

Y efectivamente, detrás de esas personas vinculadas a proceso hay tragedias familiares, como las que viven las madres con sus hijas e hijos en prisión, debido a que la materia penal es confundida con la civil, la mercantil o la administrativa. Fiscalías y Órganos Jurisdiccionales no pueden olvidar que en materia penal no existe responsabilidad objetiva: o entran al estudio del dolo, la imprudencia, las causas de atipicidad, justificación y exculpación, o faltarán a su deber de procurar e impartir justicia.

III. LA TÉCNICA (AÚN HAY JUECES EN BERLÍN)

Con antecedentes en las Tesis con número de registro: 2026276 y 2026277, el 9 de febrero de 2024, se publicó el criterio judicial con número de registro 2028160 bajo el rubro: “Hecho delictivo. Sus componentes básicos se obtienen de la confronta del hecho atribuido con la conducta descrita como delictiva en el tipo penal respectivo, a fin de justificar su diferencia con hechos no relevantes para el derecho penal (función garantista del tipo)”. En esencia, ahí se afirma lo siguiente:

De ello se sigue, por lógica elemental, que cada una de las descripciones típicas representa la fuente de obtención de los elementos o peculiaridades del hecho o conducta que se pretende considerar como delictiva y encuadrable; por tanto, en el marco del tipo

penal de que se trate. **Así, la exigencia de elementos de carácter objetivo, normativo o subjetivo, ya sean genéricos (como el dolo o la culpa, según el caso), o bien de carácter específico (como intenciones, ánimos, finalidades o conocimientos), y su existencia, habrá de evidenciarse** (se insiste, al menos a título preliminar, según la etapa procesal en que se exija dicha labor de constatación elemental), de acuerdo con la aportación de los datos de prueba que justifiquen que en el mundo fáctico se ha cometido un comportamiento o hecho que cuenta con esas condiciones indispensables para poder considerarlo, asimilarlo o identificarle como “hecho delictivo”, es decir, como “hecho que la ley señale como delito” al que como garantía se refieren los citados artículos 16 y 19 constitucionales y cualquier otra normativa derivada de ellos.

Resulta entonces indiscutible que las determinaciones sobre la presencia o no de un “hecho delictivo”, aun en etapas preliminares, no pueden dejar de hacerse en función de comparar o atender como parámetro, el marco de referencia obligado que no es otro que el que resulta del **conocimiento, al menos básico, del contenido del tipo penal**, pues basta con advertir de esa manera el potencial encuadramiento aludido, tal como lo ha determinado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 35/2017 (10a.)¹.

Intitulé este escrito ¿para qué sirve la dogmática jurídico penal? La respuesta salta a la vista en el texto arriba reproducido: la dogmática penal sirve para crear libertad, para proteger los derechos de todas las personas y para impartir justicia —pero también para distinguir la materia policial, administrativa y la civil de la penal²—.

Regreso al inicio de este breve escrito: que las instituciones mexicanas hayan enfocado todas sus baterías en capacitar al personal en el nuevo sistema, profundizó las heridas causadas por el déficit en el estudio de la teoría del delito. Hoy tenemos a personas privadas de la libertad (muchas ya sentenciadas), con base en criterios que fueron superados hace décadas en otros países. Que órganos jurisdiccionales mexicanos acrediten el resultado con la pura causalidad —aplicando la teoría de la *conditio sine qua non*—, ubiquen el dolo en la culpabilidad y sostengan una férrea concepción retributiva de la pena, no abona a la legitimidad del sistema de justicia penal de México³.

¹ Ya antes los registros 160185 (relativo a la teoría del caso) y 2015188 (en relación con la audiencia inicial), evidenciaron las potentes implicaciones de la teoría del delito en la labor jurisdiccional.

² No es de extrañar la destacada postura de del ponente que originó esta Jurisprudencia. José Nieves Luna Castro se formó en España, bajo la dirección de Miguel Polaino Navarrete y con la compañía de Miguel Polaino Orts. Padre e hijo son Profesores de la Universidad de Sevilla y ambos, también, Miembros Correspondientes de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

³ Apenas hace unos meses se tuvo que emitir la Tesis Aislada con número de registro 2027277, para indicarle al Juzgador que el auto de vinculación a proceso para una persona jurídica se debe dictar de conformidad con el procedimiento especial para personas jurídicas, contemplado en el CNPP, y no resolver —como lo hizo el juzgador—, como si se tratara de una persona física ...

¿Para qué sirve la dogmática penal?

Afortunadamente, cada vez son más las Juezas y Jueces que hacen uso de herramientas teóricas modernas para dictar sus resoluciones. Así, la teoría del dominio del hecho, o la relativa a la imputación objetiva —incluyendo algunas pinceladas de victimodogmática—, son tomadas en cuenta por nuestros órganos jurisdiccionales. La tesis comentada más arriba, que confirma la necesidad de estudiar el dolo al interior del hecho que la ley señala como delito ¡desde la audiencia inicial! evidencia que nuestra ruta sigue las coordenadas correctas.