

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Guía básica

Kai Ambos/ Miguel Ontiveros

Estado: Mayo de 2018

Informe para el

Programa Fortalecimiento del Estado de Derecho GIZ México*

* Los autores agradecen la ayuda de Gustavo Urquizo, LLM y doctorando de la Georg-August-Universität Göttingen, Alemania. Miembro de la Secretaría Ejecutiva del Cedpal. Actualización en mayo de 2018 con la ayuda de Rodolfo Gonzalez Espinosa, doctorando GAU.

Índice

Abreviaturas	1
A. Primera Parte: Requisitos de las formas más importantes de imputación	3
I. Autoría mediata, especialmente la autoría mediata por dominio de la organización (<i>Organisationsherrschaft</i>)	4
1. Concepto básico y fundamento legal	4
2. Formas de autoría mediata	4
3. Requisitos de la autoría mediata por dominio de la organización	5
4. Jurisprudencia relevante nacional	5
a. Caso Fujimori (Perú)	5
b. Otros casos relevantes en el ámbito nacional	6
5. Jurisprudencia internacional	6
a. ICTY	6
b. CPI	6
6. Coautoría mediata	8
II. Empresa criminal conjunta, ECC (Joint Criminal Enterprise, JCE)	10
1. Fundamento legal	10
2. Concepto básico y otras formas de JCE/ECC	10
3. Jurisprudencia relevante	10
a. ICTY:	10
b. CPI	11
4. JCE/ECC I: elementos objetivos y subjetivos	11
5. JCE/ECC III	12
6. Ámbito mexicano	12
III. Responsabilidad del superior/mando (<i>Command responsibility</i>)	14
1. Base legal	15
2. Requisitos	16
3. Jurisprudencia relevante	17
a. CPI	17
4. Ámbito mexicano	17

IV. Tipos penales: desaparición forzada de personas y tortura	19
1. Desaparición Forzada.....	19
a. Concepto básico y fundamento legal.....	19
b. Elementos	20
c. Jurisprudencia relevante internacional	20
2. Tortura	21
a. Concepto básico y fundamento legal.....	21
b. Elementos	22
c. Jurisprudencia.....	22
B. Segunda Parte: Casos y soluciones esquemáticas.....	23
CASO 1: «LOS ESTUDIANTES».....	24
Consideraciones preliminares	24
I. Reglas de competencia ¿aplicabilidad de la legislación federal o estatal?.....	24
II. Tipicidad objetiva y subjetiva	28
Solución Esquemática.....	56
A. ¿Responsabilidad del gobernador?.....	56
B. ¿Responsabilidad de la esposa del gobernador?.....	60
C. Responsabilidad del Secretario.....	61
D. ¿Responsabilidad de los policías?	63
E. Responsabilidad de “Los Rojos”	63
F. Resultado completo.....	64
CASO 2: «RESCATE».....	65
Solución Esquemática.....	65
A. ¿Responsabilidad de Escorpión?	65
B. ¿Responsabilidad de los integrantes del comando?.....	66
C. Resultado completo	66
CASO 3: «GRES» (GRUPO DE REACCIÓN ESPECIAL)	67
Solución Esquemática.....	67
A. Responsabilidad del comandante	67
B. Responsabilidad de los integrantes del GRES.....	68
C. Resultado completo	68

CASO 4: «LOS GENDARMES»	69
Solución Esquemática	69
A. Responsabilidad del jefe de la Gendarmería	69
B. ¿Responsabilidad de los gendarmes?	70
C. Resultado completo	70
Referencias bibliográficas	71

Abreviaturas

Alt	Alternativa
Art	Artículo (s)
BGH	Bundesgerichtshof (Corte Suprema alemana)
BGHSt	Jurisprudencia de la SCJ alemana en asuntos penales
CCC	Cuadernos Contra la Corrupción
Cfr.	Confrontar
CJM	Código de Justicia Militar
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
CPCDMX	Código Penal de la Ciudad de México
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CPF	Código Penal Federal
CPI	Corte Penal Internacional (ICC)
CSJ	Corte Suprema de Justicia (Perú)
DP	Derecho Penal
ECC	Empresa Criminal Conjunta (JCE)
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
Exp.	Expediente
GRES	Grupo de Reacción Especial
ICC	International Criminal Court (Corte Penal Internacional)
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, TPIY)
JCE	Joint Criminal Enterprise
JZ	Juristen Zeitung

LFDO	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada
LGMDFP	Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas
LGS	Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro
LGV	Ley General de Víctimas
LOPJF	Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación
PA	Protocolo Adicional
Párr.	párrafo (s)
PG	Parte General
R.	Número de registro en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
RDA	República Democrática Alemana
S	siguiente (s)
SIE	Servicio de Inteligencia del Ejército (Perú)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán)
Trad.	Traducción
V	Véase
VStGB:	Völkerstrafgesetzbuch (Código Penal Internacional Alemán).
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

A. Primera Parte: Requisitos de las formas más importantes de imputación^{*}

^{*} Las traducciones del alemán al español, de las obras de Urs Kindhäuser y Jens Kersten, fueron elaboradas por Miguel Ontiveros Alonso.

A continuación se realiza una revisión esquemática de las formas de imputación a superiores, a saber: autoría mediata, especialmente la autoría mediata por dominio de la organización (*Organisationsherrschaft*), la denominada Empresa Criminal Conjunta (*Joint Criminal Enterprise*) y, finalmente, la responsabilidad del superior (*Command Responsibility*).

I. Autoría mediata, especialmente la autoría mediata por dominio de la organización (*Organisationsherrschaft*)

1. Concepto básico y fundamento legal

En un sentido básico, la autoría mediata se define como aquella forma de autoría, a través de la cual, el autor actúa por medio de otro. La autoría mediata posee un reconocimiento legal explícito en diversos instrumentos normativos. En el ámbito alemán, por ejemplo, se halla prevista en el § 25 StGB¹. Por su parte, en el ámbito mexicano, está contemplada en el Art. 13.IV Código Penal Federal (CPF)². Por su parte, en el ámbito del derecho penal internacional, se encuentra contemplada en el Art. 25 (3) (a) (alt.3) ECPI³.

2. Formas de autoría mediata

En el ámbito de la autoría mediata puede distinguirse entre dos modalidades: la forma básica y la forma especial.

- a) *Forma normal/básica*: aquí el autor material es considerado como un *agente irresponsable* respecto al delito (ejemplo: ausencia de elemento subjetivo/error, defecto mental). Es decir, en esta modalidad existe un control, sobre el autor inmediato, basado en una voluntad o en un conocimiento superior.
- b) *Forma especial*: en este caso se trata de un autor mediato ubicado detrás de un autor material. A diferencia de la forma básica, si bien el autor material es totalmente responsable por el acto criminal, resulta que se halla dominado por el autor mediato. Es decir, la persona que comete el delito (autor material/inmediato), es utilizada como un instrumento por el autor mediato (por eso, éste es el “hombre de atrás”). En concreto, ese dominio tiene lugar mediante una estructura organizada jerárquicamente/aparato organizado de poder (*Organisationsherrschaft*) reconocido expresamente por el art. 25 (3) (a) alt. 3 ECPI.

¹ § 25 (1) Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por sí mismo o a través de otro. Traducción tomada de López Díaz, Claudia, Código Penal Alemán, disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf, [fecha de revisión: 20.10.2016].

² Art. 13. “IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;”.

³ Art. 25 (3) (a) alt. 3 “... por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”.

3. Requisitos de la autoría mediata por dominio de la organización

En la actualidad se reconocen cuatro requisitos de la denominada autoría mediata por dominio de la organización:

a) Poder de mando/estructura jerárquica

Es decir, el autor posee el dominio sobre una organización estructurada de modo jerárquico y vertical. Los autores mediatos pertenecen *generalmente* al nivel superior estratégico.

b) Fungibilidad del autor material

La fungibilidad del autor material (ejecutor) hace referencia a la existencia de una diversidad de autores potenciales (ejecutores intercambiables), en el sentido de una fungibilidad *abstracta*.

c) Apartamiento o desvinculación del derecho

Es decir, la organización se encuentra apartada del ordenamiento jurídico nacional o internacional, esto es, que actúa al margen de éste.

d) Predisposición al hecho

De conformidad con este requisito, el autor dejaría de actuar como ente individual y pasaría a ser parte de un todo estratégico, operativo e ideológico, que integra la organización jerárquica. Esto es defendido en la doctrina por F.C. Schroeder y, hasta ahora, ha tenido acogida en la jurisprudencia. Ello puede observarse en la conocida sentencia del caso Fujimori, en la que fue considerada como un presupuesto (y no como una mera característica).

4. Jurisprudencia relevante nacional

En el ámbito de las jurisdicciones nacionales destacan los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales:

a. Caso Fujimori⁴ (Perú)

Fujimori fue declarado culpable de homicidio calificado de 25 personas y de lesiones graves de 4 víctimas, por los sucesos cometidos en Barrios Altos (noviembre de 1991) y La Cantuta (julio de 1992), crímenes cometidos por las fuerzas de seguridad peruana, como

⁴ Específicamente la sentencia del caso Fujimori (Exp. N° AV 19-2001), 7/04/2009, Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú (Casos Barrios Altos, La Cantuta, y Sótanos SIE) y su confirmación (Exp. N° 19-2001-09-AV), 30/12/2009, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Primera Sala Penal Transitoria (CSJ-PSPT). Sobre el caso Fujimori v. ZIS, n° 11/2009 (edición especial) <www.zis-online.com>; además *Ambos/Meini*, La autoría mediata: el caso Fujimori, Ara: Lima, 2010.

también por el secuestro agravado en dos casos (abril y julio de 1992), en el caso de Sótanos SIE (Servicio de Inteligencia del Ejército).

La Sala Especial y la Sala Transitoria fundamentaron la responsabilidad penal de Fujimori en su rol como autor mediato, en virtud del dominio de la voluntad, por medio de un aparato de poder organizado. La Sala Especial fundamentó ese dominio en diversos presupuestos:

- i) *Como requisito general*: la existencia de una organización jerárquica,
- ii) *Como requisitos específicos*: el poder de mando, la desvinculación de la organización del derecho, la fungibilidad del autor directo y la predisposición del autor directo a la realización del hecho ilícito.

b. Otros casos relevantes en el ámbito nacional

En este ámbito pueden citarse el Caso *Abimael Guzmán* (Perú)⁵, líder de la organización armada Sendero Luminoso, el Caso de los *generales de la Junta Militar argentina* (Argentina)⁶, el Caso *Eichmann* (Israel)⁷, Caso “*disparos del muro*”, en la RDA (Alemania).⁸

5. Jurisprudencia internacional

En el ámbito internacional destacan los siguientes pronunciamientos:

a. ICTY

En *Stakic*⁹ se señaló que el término “cometer” también incluye la “autoría mediata”¹⁰ y se hizo referencia a un “autor detrás del autor directo/inmediato/agente” y al agente como “un instrumento inocente o herramienta”¹¹. Sin embargo, esto fue revocado en el juicio de apelación de 22/3/2006¹².

b. CPI

En la orden de arresto contra *Lubanga*¹³ se indicó que la autoría mediata “podría ser aplicable” bajo la concurrencia de tres requisitos: i) “Relación jerárquica”/“grupo jerárquicamente organizado”, ii) “Última palabra” del autor mediato respecto de las

⁵ Sala Penal Nacional, Primera Instancia, Exp. Acumulado N° 560-03, 13/10/2006, Segunda Sala Penal Transitoria de la CSJ, Sentencia de Segunda Instancia, Recurso de Nulidad No. 5385-2006, 14/12/2007.

⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital (9/12/1985).

⁷ Jerusalem District Court (12 December 1961) 36 ILR 236-237, párr. 197.

⁸ BGHSt 48, 218, 236; BGHSt 45, 270, 296; BGHSt 48, 331; BGHSt 49, 147.

⁹ *ICTY*, *Stakic*, IT-97-24-T, Juicio, Sala de Juicios (31/7/2003).

¹⁰ Ídem, párr. 439.

¹¹ Ídem, párr. 741.

¹² V. párr. 62.

¹³ *ICC*, *Lubanga*, Orden de arresto, 24/02/2006, ICC-01/04-01/06, párr. 94-96.

políticas y prácticas del grupo, iii) “Conciencia de su papel único”. Por su parte, en la confirmación de cargos contra *Lubanga*¹⁴ se indicó que la manifestación más típica del “dominio del hecho” es “la comisión de un delito a través de otra persona” por medio del control de la voluntad del autor directo.

Por su parte, en la orden de arresto contra *Bemba*¹⁵ se hizo referencia al dominio del hecho respecto de la comisión de crímenes por sus tropas, “como resultado de su autoridad dentro de la organización militar”. Por otro lado, en la confirmación de cargos contra *Katanga* y *Ngudjolo*¹⁶, se llevó a cabo un reconocimiento de la autoría mediata (normal/clásica)¹⁷ y del autor detrás del autor¹⁸ por medio del control sobre una organización¹⁹, esto es, de un aparato organizado y jerárquico de poder²⁰ y la ejecución automática de los crímenes debido al cumplimiento efectivo de las órdenes²¹. Adicionalmente a ello, se llevó a cabo un reconocimiento y aplicación de la coautoría mediata²².

En torno a la solicitud de la Fiscalía para que se girara la orden de arresto contra *Al Bashir*²³, se hizo referencia a la comisión de delitos “por medio de miembros de un aparato estatal, ejército o milicia”. Es decir, tuvo lugar un reconocimiento del aparato organizado de poder/*Organisationsherrschaft* al que se hizo referencia en la orden de arresto contra *Lubanga*. En el mismo sentido se pronunció la Sala de Cuestiones Preliminares I al emitir la orden de arresto²⁴.

En la sentencia *Katanga*²⁵ se aludió a los requisitos de la autoría mediata en los siguientes términos²⁶: “[...] Se incurre en responsabilidad penal en calidad de autor mediato cuando una persona: - Ejerce dominio respecto a un delito cuyos elementos materiales han sido realizados por una o más personas; - Satisface el elemento mental prescrito en el artículo 30 del Estatuto y los elementos subjetivos específicos del crimen en cuestión; y - Es consciente de las circunstancias fácticas que permiten a una persona ejercer el dominio del

¹⁴ ICC, *Lubanga*, Confirmación de cargos, 29/01/2007, párr. 318, 332, 339.

¹⁵ ICC, *Bemba*, Sala de Cuestiones Preliminares III, Orden de arresto, ICC-01/05-01/08, 10/06/2008, párr. 78.

¹⁶ ICC, *Katanga-Ngudjolo*, Confirmación de cargos, 30/09/2008, párr. 487 y s.

¹⁷ Ídem, párr. 495 y s.

¹⁸ Ídem, párr. 496 y s.

¹⁹ Ídem, 498, 500 y s.

²⁰ Ídem, párr. 511 y s.: relación jerárquica, suficientes subordinados, el cumplimiento de las órdenes.

²¹ Ídem, párr. 515 y s.: fungibilidad, posibilidad de reemplazarlos.

²² Ídem, párr. 519 y s. En ese sentido, que “no se necesita aplicar las figuras utilizadas en los tribunales Ad-hoc siendo necesaria la aplicación del sistema de la Corte al caso en estudio”, porque tienen diferentes sistemas legales, v. párr. 508.

²³ Solicitud de arresto contra *Al Bashir*, 14/07/2008 (publicada el 12/09/2008), párr. 248 y s.

²⁴ ICC, Orden de Arresto contra *Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, 4/03/2009, párr. 223: autor mediato o coautor mediato (en cuanto a la coautoría la Juez Ušacka en su opinión disidente).

²⁵ ICC, *Lubanga*, ICC-01/04-01/07-3436, Sentencia 7/03/2014.

²⁶ Ídem., párr. 1399.

delito.” Además de ello, se hizo referencia explícita a Roxin en los siguientes términos²⁷: “..., debe tenerse en cuenta la teoría del ‘dominio de la organización’ (*Organisationsherrschaft*), en la cual viene en consideración la responsabilidad de ‘un autor detrás del autor’ [nota al pie]. Esta teoría es obra de Claus Roxin y parece ser invocada frecuentemente en casos en los que un crimen se comete a través de otras personas que poseen responsabilidad penal.”

Así mismo, se indicó que “[...] cuando un crimen es cometido por miembros de un ‘aparato de poder organizado y jerárquico’, ‘[l]a autoridad más alta no necesita ordenar la ejecución del crimen, sino decidir en lo esencial, a través de su dominio de la organización, el sí y el cómo se comete el crimen’.[nota al pie]”²⁸ y que la “[la] clave del aseguramiento del dominio sobre el delito por parte del superior es el automatismo funcional que impulsa el aparato de poder.[nota al pie] El superior no necesita controlar la voluntad de cada uno de los ejecutores mediante, por ejemplo, coerción o engaño, puesto que él sabe que si un miembro de la organización se rehúsa a cumplir por lo general habrá otro dispuesto a hacerlo y asegurar de cualquier modo la ejecución de las órdenes emitidas. [nota al pie]”²⁹.

6. Coautoría mediata

Especial atención merecen los pronunciamientos sobre la, así denominada, coautoría mediata (*indirect co-perpetration, mittelbare Mittäterschaft*). Así, por ejemplo, en la confirmación de cargos contra *Katanga* y *Ngudjolo*³⁰ se aludió a la coautoría mediata respecto de otra(s) persona(s) en circunstancias en las que solamente uno de los coautores controla directamente a los autores inmediatos³¹, es decir, una combinación de la responsabilidad individual por autoría mediata y de la atribución mutua por coautoría³².

²⁷ ICC, Katanga, Sentencia 7/03/2014, párr. 1404, trad. libre.

²⁸ Ídem, párr. 1405, trad. libre.

²⁹ Ídem, párr. 1408, trad. libre. De acuerdo con la sentencia, “esta característica fundamental de la organización [...] asegura el dominio del superior respecto del delito, con independencia de la identidad de sus miembros. Por consiguiente, el dominio del delito resulta de la naturaleza de la organización y de su dinámica estructural [...]. [nota al pie] El aparato funciona de cualquier modo de una manera autónoma y ni su existencia, ni su permanencia, dependen de las relaciones personales de sus miembros.” Ídem párr. 1409, trad. libre. Finalmente, se señala que “[...] el criterio del dominio tiene que ser interpretado en el sentido de que exige que el autor indirecto, por lo menos, utiliza parte del aparato de poder subordinado a él, para dirigirlo a la comisión de un delito, sin dejar a alguno de los subordinados en la libertad de decidir si el crimen será ejecutado. [nota al pie]” Ídem, párr. 1411, trad. libre.

³⁰ ICC, Katanga y Ngudjolo, Confirmación de cargos, 30/09/2008, párr. 487 y s.

³¹ Ídem, párr. 493.

³² Ídem, párr. 492, lo afirma en este caso concreto respecto de crímenes de guerra, párr. 540 y ss. (la Juez Ušacka en su opinión parcialmente disidente, en cuanto a las pruebas que vinculan al acusado a los crímenes, 19 y ss.).

Adicionales referencias a la denominada coautoría mediata pueden encontrarse también en los casos *Blé Goudé*³³, *Kenyatta et al.*³⁴, *Ruto et al.*³⁵, *Saif Al-Islam Gaddafi*³⁶, *Bosco Ntaganda*³⁷ y *Gbagbo*³⁸.

³³ ICC, Blé Goudé *Decisión sobre confirmación de cargos*, Sala de Cuestiones Preliminares, ICC-02/11-02/11-186, 11/12/2014, párr. 136 y s. (*Joint indirect perpetratorship, Mittäterschaft in mittelbarer Täterschaft*) v. párr. 136, (trad. libre): ‘Se imputa a Blé Goudé haber cometido los supuestos delitos conjuntamente con Laurent Gbagbo y con el círculo íntimo de éste’, además, v. párr. 149, (trad. libre): “[haber] ejercido un dominio, conjuntamente con otros coautores, sobre las fuerzas pro-Gbagbo, las cuales se encontraban organizadas de un modo jerárquico y por medio de las cuales se cometieron los delitos imputados”.

³⁴ ICC, Kenyatta et al., *Decisión sobre confirmación de cargos*, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-01/09-02/11-382, 23/01/2012, párr. 408 (respecto a la organización Mungiki).

³⁵ ICC, Ruto et al, *Decisión sobre confirmación de cargos*, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-01/09-01/11-373, 23/01/2012 2012, párr. 315.

³⁶ Solicitud de orden de arresto a Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-01/11-3, 27/06/2011, 6.

³⁷ ICC, *Decisión sobre confirmación de cargos*, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-01/04-02/06-309, 9/06/ 2014, párr. 101.

³⁸ ICC, Gbagbo, *Decisión sobre confirmación de cargos*, Sala de Cuestiones Preliminares I, No. ICC-02/11-01/11-656-Red, 12/06/2014, párr. 230.

II. Empresa criminal conjunta, ECC (Joint Criminal Enterprise, JCE)

1. Fundamento legal

En el caso *Tadić*³⁹ se hizo referencia a que la comisión de delitos también podría ocurrir a través de la participación en la realización de un diseño o propósito común. Por su parte, hay que tener en cuenta que el artículo 7(1) de la ICTY no excluye las modalidades de participación, es decir, ella podrá admitir una previsión implícita (“cometer”). Por otro lado, la cuestión acerca de si existe un fundamento legal en el Estatuto de Roma fue objeto de controversia en la decisión de confirmación de cargos en contra de Lubanga⁴⁰.

2. Concepto básico y otras formas de JCE/ECC

Aquí hay que distinguir entre tres formas de empresa criminal conjunta:

- a. JCE/ECC I: que constituye la forma básica, donde los participantes actúan sobre la base de un “diseño común” y con una “intención” común,
- b. JCE/ECC II: que constituye la forma sistémica, es decir, donde los crímenes son cometidos por miembros de las unidades militares o administrativas sobre la base de un plan común (casos de campos de concentración),
- c. JCE/ECC III: que más bien constituye una forma “extendida”, donde uno de los coautores participa realmente en actos que van más allá del plan común, pero que siguen constituyendo una “consecuencia natural y previsible” de la realización del plan (¿otra contribución a un delito de grupo?).

3. Jurisprudencia relevante

a. ICTY:

En *Tadić*⁴¹ se señaló que “la mayor parte de... estos delitos no son consecuencia de los actos criminales aislados de individuos, sino que constituyen manifestaciones de criminalidad colectiva: los delitos se suelen llevar a cabo por grupos o individuos que actúan en cumplimiento de un plan criminal común”.

Por su parte, en *Brdanin*⁴² se indicó que “la Sala debe, entre otras cosas: identificar la pluralidad de las personas pertenecientes a la JCE (aunque no es necesario identificar por su nombre a cada uno de los implicados), indicando el propósito criminal común en términos del objetivo penal previsto y su ámbito de aplicación (por ejemplo, los límites temporales y geográficos de este objetivo, y la identidad general de las futuras víctimas)”. Además, que “...ese propósito criminal no es exactamente el mismo, pero es común a todas las personas

³⁹ ICTY, *Tadic*, Juicio de apelación (IT-94-1-A), 15/07/1999, §§ 188, 190.

⁴⁰ ICC, Lubanga, Sala de Cuestiones Preliminares, ICC-01/04-01/06-803, 29/01/2007, párr. 335); v. además Salas Extraordinarias de Camboya: *amicus curiae* Ambos, CLF 20 (2009), 353 ss.

⁴¹ ICTY, *Tadic*, Caso No. IT-94-1-A, Juicio, Sala de Apelaciones, 15/07/1999, párr. 191.

⁴² ICTY, *Brdanin*, Juicio de apelación, Caso No. IT-99-36-A, 3/04/2007, párr. 410 y ss., 428 y ss.

que actúan juntas en una empresa criminal conjunta, ya que caracteriza la participación de los acusados en el plan común”⁴³. Adicionalmente a ello se indicó que “lo que importa en la primera categoría de JCE no es si la persona que lleva a cabo el *actus reus*, de un delito en particular, es un miembro de la JCE, pero sí, si el delito en cuestión forma parte del objetivo común”⁴⁴. La Sala de Apelaciones consideró que, para que un miembro de la JCE sea responsable de los crímenes cometidos por sujetos no miembros de la empresa, se tiene que demostrar que el delito pudo haber sido imputado a un miembro de la empresa criminal conjunta [...] La existencia de esta relación es una cuestión que debe evaluarse caso por caso.⁴⁵

Respecto a los criterios para saber cuándo es posible una imputación por JCE, en lo esencial, hay que tener en cuenta los siguientes elementos:

i) Un miembro de la JCE “utiliza” al autor material (por ejemplo, en el caso de una estrecha cooperación entre los miembros de la JCE y el autor principal)⁴⁶, ii) Un miembro de la JCE provoca a una persona a cometer un delito⁴⁷, iii) Un miembro de la JCE, que ejerce completa influencia sobre los miembros de la JCE, quienes lo reconocen y aceptan como la única autoridad respecto de la cual siguen las instrucciones que imparte⁴⁸, iv) Un miembro de la JCE está vinculado con un autor material a través de una forma de responsabilidad (autoría mediata, JCE, y también los modos derivados de la responsabilidad, como la planeación, la asistencia o la complicidad).

b. CPI

La jurisprudencia de la CPI se ha pronunciado solamente de manera indirecta en *Lubanga*⁴⁹ señalando que: “El concepto de coautoría de conformidad con el artículo 25 (3) (a) del Estatuto difiere de la de coautoría basada en la existencia de una empresa criminal conjunta...”⁵⁰. En consecuencia, hasta ahora no se ha reconocido la figura de la ECC.

4. JCE/ECC I: elementos objetivos y subjetivos

En cuanto al tipo objetivo se exige: i) una pluralidad de personas, ii) un plan o propósito común, y, iii) participación. Por otro lado, en cuanto al elemento subjetivo se exige una

⁴³ Ídem, párr. 430.

⁴⁴ Ídem, párr. 410.

⁴⁵ Ídem, párr. 413. Así mismo, en la decisión sobre la apelación interlocutoria del caso *Brdanin*, se señaló que “... para establecer que era razonablemente previsible que el acusado de un acto especificado en el art. 4 (2) [ICTYS] ha cometido el delito y que dicha comisión fuese con la intención genocida”. V. *ICTY*, *Brdanin*, Decisión sobre la apelación interlocutoria; Caso No. IT-99-36-A, 19/03/2004, párr. 6.

⁴⁶ V. *Brdjanin* AJ 410.

⁴⁷ V. *Krajisnik* TJ 1086.

⁴⁸ V. *Seromba* AJ 171.

⁴⁹ *ICC*, *Lubanga*, Confirmación de cargos, 29/01/2007, párr. 323, 330 y s.

⁵⁰ Ídem, párr. 323.

intención con respecto a los elementos objetivos, es decir: i) participar y contribuir al plan o propósito común, ii) para cometer el delito principal.

5. JCE/ECC III

Aquí más bien se trata de la problemática sobre la responsabilidad por un crimen no comprendido en el plan común. Es decir, en lo esencial existe una JCE I o una JCE II, pero uno de los miembros de la JCE lleva a cabo un crimen que no está comprendido por el plan común, pero que era una consecuencia previsible de la ejecución del mismo. Se tiene conciencia de la posibilidad de que el crimen que estaba fuera del plan común podría llevarse a cabo y la aceptación de ese riesgo.

En cuanto al tipo objetivo se exige: i) una pluralidad de personas, ii) un plan o propósito común, y, iii) participación. Por su parte, en cuanto al elemento subjetivo se exige una intención del acusado respecto de los elementos objetivos: i) participar y contribuir intencionalmente al objetivo común, ii) tener conocimiento suficiente de que el delito adicional era una consecuencia previsible, iii) tener conciencia de que el delito que se ubica fuera del propósito común puede ser realizado, iv) tomar voluntariamente el riesgo de que el crimen podría producirse, ya sea mediante el acuerdo, o por continuar participando en la empresa criminal.

6. Ámbito mexicano

Con base en el CPF es posible plantear la cuestión respecto a la existencia de un fundamento legal de la denominada JCE I (Art. 13.III)⁵¹ y de la denominada JCE III (Art. 14)⁵². En torno a la construcción de la JCE I, la tradición jurídica mexicana se adapta sin problemas a su configuración, pues no solo el CPF, sino todos los códigos penales mexicanos contemplan la fórmula a la que se ha hecho referencia. Así, “los que lo realicen conjuntamente”, hipótesis de la que se desprende un diseño común y misma intención de los participantes en el hecho delictivo, ha dado lugar a lo que comúnmente se denomina coautoría.

Lo hasta ahora señalado se confirma con la recepción, cada vez más amplia en México, de la teoría del dominio del hecho diseñada por Roxin. Así puede verse, por ejemplo, en

⁵¹ Art. 13 (“III. Los que lo realicen conjuntamente;”).

⁵² Art. 14.- “Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurran los requisitos siguientes:

I.- Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;

II.- Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;

III.- Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito, y

IV.- Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.”

R.186058: “La coautoría, conforme a la fracción III del artículo 18 del código penal del Estado de Sinaloa, es la realización conjunta del delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente. Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de papeles, asumen por igual la responsabilidad de su realización (...)”.

Más compleja parece la configuración de la JCE III, aunque también resulta aplicable de conformidad con la legislación mexicana, tal y como se desprende de los criterios judiciales emitidos por los tribunales nacionales. Así, los ejes que configuran a esta modalidad de Empresa Criminal Conjunta, son conocidos en la tradición jurídica mexicana bajo el rubro de “*delito emergente*”, cuyo sustento legal se ubica, precisamente, en el artículo 14 del CPF. De ello se deriva que, en el ámbito federal, para integrar esta modalidad de JCE deban cumplirse los cuatro elementos que la componen⁵³ —señalados en el Art 14—, tal y como se desprende del siguiente criterio judicial:

R.101677: “ La responsabilidad criminal que se atribuye a quienes toman parte en un delito determinado, por la comisión de un delito distinto al originalmente concertado, a que se refería el artículo 11 del anterior Código Penal de Sinaloa (artículo 20 del Código actual), encuentra fundamento en que, en el hecho de participar en la empresa delictiva y de adherirse intencionalmente a ella, entra necesariamente el cálculo de la posibilidad de que el ejecutor en todo o en parte de la acción delictiva, se aleje de los términos fijados en el acuerdo y tome las decisiones tendientes a afrontar dificultades previstas o situaciones nuevas que aparezcan en el curso de la realización del delito originalmente planeado, es decir, se considera que quien coopera en una actividad delictiva puede y debe representarse la posibilidad de que alguno de los partícipes, para realizar o para asegurar el resultado perseguido por todos los concurrentes, comete un delito distinto al querido...”.

En ocasiones suele confundirse la figura del “delito emergente” o JCE III (Art. 14 CPF) con la modalidad tradicional de coautoría o JCE I (Art. 13 III CPF), tal y como sucede en el caso de los dos sujetos que deciden cometer un delito de robo a mano armada, y para evitar la detención por parte de la Policía, un sujeto le dice a otro “tírale” —en clara referencia a dispararle al agente de la autoridad—. Así puede verse en R. 2005485: “... lo que actualiza

⁵³ Acerca de la formulación en “sentido positivo” o en “sentido negativo” de los requisitos que configuran a esta modalidad de JCE —dependiendo del código penal que se aplique en México—, puede verse R. 169320: “... En segundo lugar, un enfoque histórico conduce al mismo resultado interpretativo, pues el antecedente del artículo 25 es el 14 del anterior Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, que establecía como regla general la responsabilidad por delito emergente y la única forma de evitarla era colmando los requisitos de las cuatro fracciones ahí previstas. Así, la diferencia entre ambos preceptos es que el 14 estaba redactado en sentido negativo y el 25 está en positivo...”.

la figura del delito emergente en razón de que el obrar conjunto, en la unidad de propósito delictivo en el delito de robo, en un codominio funcional del hecho y en el reparto de las tareas asignadas, al estar el quejoso presente materialmente en el hecho fáctico del homicidio tentado, no hizo nada para impedir su ejecución de carácter emergente...”.

En un caso como el reproducido, no se trata de un delito emergente JCE III, sino de una hipótesis —evidente— de coautoría, pues por un lado uno de los sujetos le dice al otro “tírale” y el otro dispara al agente de la policía, por lo que resulta poco fundado exigir al primero de los coautores que “hiciera cuanto estaba de su parte para impedirlo”, si resulta que él mismo le gritó a su compañero que procediera, en el acto, con la acción delictiva constitutiva de homicidio en grado de tentativa⁵⁴.

Resulta importante destacar que la aplicación de la JCE III es acorde con lo establecido en el CPF, pero también con el principio de exacta aplicación de la ley derivado de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tal y como ya lo han dejado claro los tribunales nacionales. Así se desprende, por ejemplo, de R. 160685: “...Al respecto, el artículo 22 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, al prever que, si varios sujetos activos toman parte en la comisión de un delito y alguno de ellos comete uno distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán considerados coautores del nuevo delito, no viola el principio de exacta aplicación de la ley contenido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...”.

⁵⁴ Acerca de la distinción entre consecuencia “necesaria” y “natural”, prevista en la fracción II del Art. 14 del CPF, puede verse R. 169321: “... necesario es aquello «que forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder», mientras que natural es lo que «regular y que comúnmente sucede y, por eso, fácilmente creíble» ...”.

III. Responsabilidad del superior/mando (*Command responsibility*)

1. Base legal

Esta se encuentra –como forma de responsabilidad penal– en varios instrumentos internacionales, especialmente en el Art. 7 III Estatuto – TPIY⁵⁵ y el Art. 28 ECPI.⁵⁶ Tiene su base en el derecho del conflicto armado (derecho humanitario internacional), esto es, en los Arts. 86⁵⁷, 87⁵⁸, 43 inc. 2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (los

⁵⁵ Art. 7 Estatuto TPIY - *Responsabilidad penal individual*

...

(3) El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores.

⁵⁶ Artículo 28. Estatuto de Roma: Responsabilidad de los jefes y otros superiores

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

⁵⁷ Artículo 86. *Protocolo I – Omisiones.*

(1) Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios y del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.

(2) El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.

⁵⁸ Artículo 87 *Protocolo I - Deberes de los jefes.*

(1) Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.

mandos militares están obligados a impedir, o en su caso a denunciar, graves violaciones contra los Convención de Ginebra y del PAI de miembros de sus tropas armadas o de otras personas sometidas a su control). En el ámbito nacional deben mencionarse, en particular, los Arts. 4⁵⁹, 13⁶⁰ y 14⁶¹ del *Völkerstrafgesetzbuch* alemán (VStGB).

2. Requisitos

Los requisitos de la responsabilidad del superior son los siguientes: i) existencia de una relación de jerarquía y subordinación, es decir, una potestad imperativa/potestad de conducción y control auténticos, ii) el superior omite la ejecución de contramedidas necesarias y apropiadas contempladas dentro de sus facultades (preventivas o represivas), c) los crímenes del inferior son consecuencia de la falta de control por parte del superior, d) conocimiento o desconocimiento culpable de los crímenes por el superior.

(2) Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.

(3) Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones.

⁵⁹ § 4. *Responsabilidad de los jefes y otros superiores.*-

- (1) Un jefe militar o superior civil que omita impedir a sus inferiores cometer un hecho descrito en esta Ley será castigado como autor del hecho cometido por el inferior. En estos casos no es de aplicación § 13 párrafo 2 del Código penal.
- (2) Se equipara al jefe militar la persona que en un grupo armado ejerza efectivamente el mando o la autoridad y el control. Se equipara al superior civil quien en una organización civil o en una empresa ejerza efectivamente la autoridad y el control.

⁶⁰ § 13. *Infracción del deber de vigilancia.*-

(1) El jefe militar que omita dolosa o imprudentemente controlar como es debido a un subordinado bajo su mando o control efectivo será castigado por infracción del deber de vigilancia cuando el inferior cometa un hecho descrito en esta ley cuya inminencia era cognoscible para el jefe y hubiera podido evitarlo.

(2) Un superior civil que omita dolosa o imprudentemente controlar como es debido a un subordinado bajo su autoridad o control efectivo será castigado por infracción del deber de vigilancia cuando el inferior cometa un hecho descrito en esta ley cuya inminencia era cognoscible sin más para el superior y hubiera podido evitarlo.

(3) Es aplicable en su caso del § 4 párr. 2.

La infracción dolosa del deber de vigilancia será castigada con la pena de privación de libertad de hasta cinco años, la infracción imprudente del deber de vigilancia será castigada con la pena de privación de libertad de hasta tres años.

⁶¹ § 14. *Omisión de la comunicación de un delito*

- (1) El jefe militar o el superior civil que omita poner un hecho descrito en esta Ley de inmediato en conocimiento del órgano competente para la investigación o persecución de tales hechos será castigado con la pena de privación de libertad de hasta tres años.
- (2) Es aplicable en su caso del § 4 párr. 2

3. Jurisprudencia relevante

a. CPI

En la decisión de confirmación de cargos contra *Bemba*⁶² se hizo referencia a cinco presupuestos que se corresponden con lo anteriormente señalado. Por otro lado, en la sentencia *Bemba*⁶³ – que se encuentra aún en apelación – se señaló que:

“La Sala es del parecer que para que un acusado sea hallado culpable y condenado como jefe militar o como una persona que actúa como tal según el artículo 28(a) tiene que cumplirse con los siguientes elementos: a. que las fuerzas hayan cometido delitos sobre los que la Corte tiene jurisdicción; b. el acusado tiene que haber sido un jefe militar o una persona que actúa fácticamente como un jefe militar; (...); el acusado tiene que haber tenido poder efectivo o dominio, o autoridad efectiva y dominio sobre las fuerzas que cometieron los delitos; d. el acusado sabía o, debido a las circunstancias de ese momento, debía haber sabido que las fuerzas estaban cometiendo o iban a cometer tales delitos; e. el acusado tiene que haber omitido tomar todas las medidas necesarias y razonables dentro de sus posibilidades para prevenir o reprimir la comisión de tales delitos o para remitir el asunto a las autoridades competentes para su investigación y persecución; y, f. los delitos cometidos por las fuerzas tienen que haber sido un resultado de la omisión del acusado de ejercer un control adecuado sobre ellas.”⁶⁴

4. Ámbito mexicano

La Responsabilidad penal del superior se reconoce recientemente en el ordenamiento mexicano en la *Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas* (LGMDFP).⁶⁵ Su art. 29 reconoce a los superiores jerárquicos como autores del delito de desaparición forzada de personas. Por ser una ley de reciente publicación aún no hay pronunciamientos sobre sus alcances⁶⁶, sin embargo ya el Poder Judicial Federal afirma que existe la responsabilidad del superior cuando tolera que una orden no se ejecute, por lo que los delitos cometidos por los subalternos con la aquiescencia del titular de la unidad son responsabilidad de éste último tal y como lo describe el siguiente criterio:

⁶² ICC, Bemba, Decisión de confirmación de cargos, 15/6/2009, párr. 407.

⁶³ ICC, Bemba, Sentencia 21/03/2016, párr. 170 y ss.

⁶⁴ Ídem, párr. 170, trad. libre. Cabe resaltar que dicha decisión se halla en la actualidad en curso de apelación

⁶⁵ Publicada en el D.O.F. 17 de noviembre de 2017

⁶⁶ Aunque la propia LGMDFP señala en su artículo Artículo 6. En todo lo no previsto en la presente Ley, son aplicables supletoriamente las disposiciones establecidas en el Código Nacional de Procedimientos Penales, el Código Penal Federal y las legislaciones civiles aplicables, así como la Ley General de Víctimas y los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

R. 2015114: “las órdenes del superior jerárquico son indiscutibles, en tanto que la desobediencia de los subalternos es inaceptable, toda vez que dichas circunstancias no son parte de la formación militar, por el contrario, la disciplina castrense es la columna vertebral de las fuerzas armadas y, por ende, el titular al mando deberá conocer a fondo a sus subordinados, a los cuales tiene la obligación de hacer cumplir las órdenes que hayan recibido, no pudiendo excusarse en modo alguno con la omisión o descuido de éstas, toda vez que por su disimulo, recaerá en él la responsabilidad, ya que debe conocer con minuciosidad las leyes militares y reglamentos relacionados con su situación en el Ejército, a fin de no ignorar las responsabilidades en que incurre si llega a cometer alguna omisión, falta o delito. Por tanto, en el delito de desaparición forzada de personas es inverosímil que un mando del Ejército Mexicano (teniente coronel de infantería de Estado Mayor), aduzca como causa exculpatoria que desconocía que sus subordinados detuvieron y mantuvieron oculta arbitrariamente a la víctima durante un mes en las instalaciones de la unidad militar a su cargo (Compañía de Infantería), toda vez que, como se advierte de los artículos mencionados, debe saber que es responsable de la omisión o descuido de las órdenes hechas a sus subordinados, de quienes debe conocer su mentalidad, su procedencia, sus aptitudes, su salud, sus cualidades y defectos, a fin de que cumplan sus órdenes, pues tolerar que una orden no se ejecute, es contrario a la disciplina militar, por lo que dicha detención y el haber mantenido oculta arbitrariamente a una persona, evidentemente son con la aquiescencia del titular de la unidad.”⁶⁷

⁶⁷ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 46, Septiembre de 2017, Tomo III, Décima Época, Registro 2015114, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Materia Penal, Tesis: XVII.1o.P.A.49 P (10a.), Página: 1814

IV. Tipos penales: desaparición forzada de personas y tortura

1. Desaparición Forzada

a. Concepto básico y fundamento legal

La desaparición forzada de personas fue recogida como crimen de lesa humanidad y su inclusión fue impulsada por la delegación argentina debido a las políticas de desaparición de persona llevadas a cabo en América Latina⁶⁸ y su persecución es considerada como *ius cogens*⁶⁹.

Según la definición legal contenida en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) de 1994 en su art. II “considerando a la desaparición forzada como la privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

Por su parte, el ECPI recoge al crimen de desaparición forzada de persona en el art. 7.2 i) “se entenderá por desaparición forzada de persona la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

En *México*, la ya citada LGMDFP señala en su art. 27 que “comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público o el particular que, con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, prive de la libertad en cualquier forma a una persona, seguida de la abstención o negativa a reconocer dicha privación de la libertad o a proporcionar la información sobre la misma o su suerte, destino o paradero”.⁷⁰

⁶⁸ Ambos, Human Rights Journal 18 (1997), pág. 1 y ss.

⁶⁹ Reconocida así en fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como en el Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, párrs. 84, 93, 128, 130/132; caso La Cantuta vs. Perú, sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C, Nro. 162, párrs. 160 y 225.

⁷⁰ Algunas Entidades Federativas ya contaban con una ley de Desaparición Forzada de Personas como Guerrero con su Ley Para Prevenir y Sancionar La Desaparición Forzada de Personas en el Estado de Guerrero Numero 569 publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado el 14 de octubre de 2005, o Morelos con su Ley para Prevenir, Atender y Erradicar la Desaparición Forzada de Personas para el Estado de Morelos publicada en el Periódico Oficial el 02 de septiembre de 2015. Sin embargo con la publicación de la Ley General el 17 de noviembre de 2017 todas las autoridades deberán adecuar su normativa y aplicar la Ley

b. Elementos

Si bien de los tipos penales anteriores se desprenden diversas descripciones, lo cierto es que todos coinciden en que desde el punto de vista objetivo la conducta consiste en la privación de la libertad⁷¹ y la negativa a brindar información sobre el paradero de la víctima. Ahora bien, el delito se consuma no al momento de privar a la víctima de la libertad, ya que esta privación puede ser legal, sino precisamente cuando el autor “hace desaparecer” a la persona privada de libertad al omitir brindar información, y sustraer de este modo a la víctima de sus derechos y de la capacidad de impedir que la administración de justicia pueda ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de protección⁷².

La desaparición forzada de persona requiere la aquiescencia del Estado, el término aquiescencia es de origen latín “*acquiescentia*” que significa “consentimiento o acuerdo”; es decir, el consentimiento apoyo o complicidad del Estado para su comisión; entendida como sinónimo de aprobación, asentimiento, consentimiento, aceptación, afirmación, entre otros.

Como elemento subjetivo se trata de un delito doloso en el que los autores tienen la intención de detener a una persona y negar su paradero.

La LGMDFP considera que por su naturaleza es un delito imprescriptible⁷³

c. Jurisprudencia relevante internacional

Hasta el día de hoy no existen casos juzgados por desaparición forzada de persona en el ámbito del derecho penal internacional. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorIDH) se ha pronunciado en numerosos fallos con miras al carácter de violación de derechos humanos aunque no como tipo penal internacional⁷⁴.

General con base en su art. 1 “La presente Ley es de orden público, interés social y observancia general en todo el territorio nacional...”.

⁷¹ Cabe señalar que la detención puede ser incluso legal, es decir, en cumplimiento de una orden de aprehensión o detención. Sin embargo, el delito requiere que una vez la víctima se encuentre privada de la libertad los autores nieguen su paradero.

⁷² Ambos, Kai y Böhm, María Laura, *El tipo penal de la Desaparición Forzada de Personas. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa* en Ambos, Kai (coord.), *Desaparición Forzada de Personas. Análisis comparado e internacional*, Editorial Temis S.A., GTZ, Bogotá Colombia. 2009, p. 14.

⁷³ Artículo 14. El ejercicio de la acción penal y la ejecución de sanciones penales que se impongan judicialmente para los delitos de desaparición forzada de personas y de desaparición cometida por particulares son imprescriptibles y no están sujetos a criterios de oportunidad ni a formas de solución alterna al proceso u otras de similar naturaleza

⁷⁴ CorIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, párrs. 134/135, “En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer

Sobre el particular, el Estado mexicano ha sido condenado por la CorIDH por el caso Rosendo Radilla v. México⁷⁵ y recientemente estudia el caso Alvarado v. México⁷⁶.

2. Tortura

a. Concepto básico y fundamento legal

La tortura es reconocida como un crimen de lesa humanidad dentro del ECPI en su art. 7.1 f) y definido en el art. 7.2 e) como causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita.

Dicha definición proviene de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas Cruels, Inhumanas o Degradantes de 10 de diciembre de 1984⁷⁷. Dada su especial naturaleza se considera un crimen de persecución universal⁷⁸.

En México, el art. 24 de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (LGT)⁷⁹ considera que “comete el delito de tortura el Servidor Público que, con el fin de obtener información o una confesión, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medio de coacción, como medida preventiva, o por razones basadas en discriminación, o con cualquier otro fin cause dolor o sufrimiento físico o psíquico a una persona; cometa una conducta que sea tendente o capaz de disminuir o anular la personalidad de la Víctima o su capacidad física o psicológica, aunque no le cause dolor o sufrimiento, o realice procedimientos médicos o científicos en una persona sin su consentimiento o sin el consentimiento de quien legalmente pudiera otorgarlo.”

penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones”.

⁷⁵ CorIDH, Caso Radilla Pacheco v. México sentencia de 23 de noviembre de 2009.

⁷⁶ CorIDH, Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México convocatoria a audiencia de 23 de marzo de 2018

⁷⁷ Artículo 1. 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

⁷⁸ TPIY, sentencia de 10 de diciembre de 1998 (Furundzija, TC) parr. 144 “... *the prohibition on torture is a peremptory norm or ius cogens.*”

⁷⁹ Publicada en el D.O.F. 26 de junio de 2017

b. Elementos

De los tipos penales antes descritos se desprende como elemento objetivo la causación de un dolor o sufrimiento, ya sea físico o mental. Si bien el ECPI no exige una finalidad específica para la tortura, la legislación mexicana si lo hace y es coincidente con la definición de la Convención y de la jurisprudencia internacional⁸⁰. En el caso de los dolores o sufrimientos mentales la jurisprudencia internacional ofrece como ejemplo presenciar las torturas o ejecución de un familiar⁸¹.

En el caso mexicano existe una calidad específica en el sujeto activo, ya que tiene que ser servidor público lo que si bien no reconoce el ECPI si lo hace parte de la jurisprudencia internacional⁸².

Por su parte, el elemento subjetivo consiste en un dolo directo al tener la intención de causar un daño y obtener así como finalidad la declaración del torturado o de un tercero, para castigar al torturado por un hecho real o presuntamente cometido por él o por un tercero o para intimidar o coaccionar al torturado o un tercero⁸³.

c. Jurisprudencia

En la jurisprudencia internacional son muy pocos los casos donde sólo se acusa por tortura. Un ejemplo es el caso Furundzija del TPIY (sentencia de 10 de diciembre de 1998) donde el acusado, comandante de “Los Jokers”, una unidad especial del Consejo de Defensa Croata (HVO) en el marco del conflicto armado Bosnio-Croata, fue encontrado culpable de tortura y violación pues cooperó de modo sustancial con los autores directos para la comisión de los delitos.⁸⁴

⁸⁰ TPIY, sentencia de 10 de diciembre de 1998 (Furundzija, TC) parr. 162, TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC) parr. 594.

⁸¹ Ídem parr. 267, y TPIY, sentencia de 2 de noviembre de 2001 (Kvočka *et al.*, TC) parr. 149

⁸² TPIY, sentencia de 10 de diciembre de 1998 (Furundzija, TC) parr. 162, y TPIR, sentencia de 2 de septiembre de 1998 (Akayesu, TC) parr. 594.

⁸³ Ídem parr. 162, donde el Tribunal consideró suficiente que el acusado humillara a la víctima.

⁸⁴ Ídem parr. 126.

B. Segunda Parte: Casos y soluciones esquemáticas

CASO 1: «LOS ESTUDIANTES»

Tres estudiantes de la Universidad del Estado de Morelos fueron privados de la vida, veinticinco resultaron heridos y cuarenta desaparecieron. Las investigaciones de la Fiscalía han llevado a la detención de aproximadamente ciento veinte personas, entre las que se encuentran el ex gobernador de Morelos y su esposa, así como decenas de agentes de la Policía Estatal. También se encuentran procesados varios miembros del —así denominado— cartel de «Los Rojos». Los policías detenidos manifiestan que procedieron a realizar el operativo por una instrucción del Gobernador, quien a través del Secretario de Seguridad Pública, «mandó a decir que “ya saben lo que tienen que hacer”», pues los estudiantes habían secuestrado varios autobuses para realizar una manifestación contra el gobierno estatal.

Según la Fiscalía, se confirmó que, una vez detenidos los estudiantes, los policías recibieron la instrucción, por parte del Secretario de Seguridad Pública Estatal, de entregarlos a los miembros del cartel de «Los Rojos», —lo cual, efectivamente, sucedió—. Los miembros del cartel aseguran dos cosas. Que su líder es la esposa del exgobernador, que los policías estatales sí les entregaron a los cuarenta estudiantes, y que éstos fueron trasladados a «casas de seguridad», ubicadas en distintos puntos de la sierra, por otros miembros de la organización, aún no detenidos.

¿Responsabilidad penal por la entrega de los estudiantes al cartel de «Los Rojos»?

Consideraciones preliminares

I. Reglas de competencia ¿aplicabilidad de la legislación federal o estatal?

Antes de iniciar el análisis concreto del caso, es importante determinar qué autoridad ministerial es competente para conocer del asunto. Para estos efectos, es indispensable considerar, básicamente, cuatro ordenamientos: 1. El Código Penal Federal (CPF), 2. La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF), 3. La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO) y 4. Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (LGMDFP).

1. El CPF

El Título Preliminar, del Libro primero, del CPF establece las bases competenciales de las autoridades federales. Éstas se contemplan en los artículos 1 a 6 del ordenamiento citado, que a su vez reflejan los principios de territorialidad, personalidad y real, también denominado —este último— de protección.

De conformidad con el primero de los principios, esto es, el de **territorialidad**, el derecho penal mexicano se aplica a todas las personas que se encuentren en territorio nacional, con independencia de la nacionalidad del autor o de la víctima. Esto incluye aquellos casos en que el delito se haya iniciado en territorio mexicano, pero produzca resultados en el extranjero. De ahí que, en primer lugar, hay que atender a la legislación federal, pues ésta sienta las bases y límites de aplicación de la ley mexicana.

Así, el CPF es el primer eslabón del principio de territorialidad en el ordenamiento jurídico mexicano, tal y como se desprende del Art. 1: “Este Código se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal”. También el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) contempla, en su Art. 1, el principio de territorialidad de cara a la aplicación de la ley procesal penal mexicana: “Las disposiciones de este Código son de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana, por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales en el marco de los principios y derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte”⁸⁵.

El principio de territorialidad tiene una sólida tradición en los tribunales mexicanos. Éste se aplica igual en materia penal, procesal y ejecución de la pena (R.172002), en relación a la extradición de una persona en contra de quien se haya girado orden de aprehensión (R.1790930), o bien, para efectos de un juicio político (R. 165771), entre otra multitud de casos vinculados al sistema de justicia penal.

De conformidad con el principio de **personalidad**, el derecho penal mexicano le es aplicable a todo mexicano que, encontrándose fuera del país, haya cometido un delito tipificado y sancionado en México, con independencia de la nacionalidad de la víctima. Así mismo, este principio permite aplicar el derecho penal mexicano a extranjeros que cometan un delito en contra de mexicanos en el extranjero, tal y como se desprende del Art. 4 del CPF: “Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes:

- I. Que el acusado se encuentre en la República;
- II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró;
- III. Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.

⁸⁵ Por su parte, el Código Penal de la Ciudad de México (CPCDMX) contempla este principio en el Art. 7 (principio de territorialidad). Este Código se aplicará en el Distrito Federal por los delitos que se cometan en su territorio.

Para la eficacia de este principio, también denominado de “nacionalidad”, se requiere de los tres presupuestos legales que se desprenden del ordenamiento jurídico mexicano: 1. La doble incriminación de la conducta objeto de persecución. 2. Que exista denuncia o querrela, pero no sentencia definitiva y, 3. Que el sujeto activo se encuentre en territorio nacional.

De conformidad con el **principio real o de protección**, el derecho penal mexicano le es aplicable a cualquier ciudadano, mexicano o extranjero, que cometa uno o varios delitos en contra de bienes jurídicos del Estado mexicano o de sus nacionales. Esto es aplicable aun y cuando el hecho se inicie o ejecute fuera del territorio nacional. Como se desprende de la redacción del CPF expuesta a continuación, los principios de personalidad y real o de protección, se encuentran estrechamente vinculados, de tal forma que su interpretación debe ser conjunta. Así puede verse en el Art. 2 CPF. “Se aplicará asimismo:

- I. Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando se produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República, o bien, por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, siempre que un tratado vinculativo para México prevea la obligación de extraditar o juzgar, se actualicen los requisitos previstos en el artículo 4 de este Código y no se extradite al probable responsable al Estado que lo haya requerido (...).

Tal y como se desprende del artículo reproducido, el principio real o de protección “permite que la ley penal se aplique a todos los delitos cometidos por toda persona y en cualquier parte, siempre y cuando ataquen los bienes jurídicos o intereses del Estado o de sus nacionales”.⁸⁶

2. *La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*

En armonía con el CPF, la LOPJF establece criterios específicos para las autoridades federales en relación con su competencia penal. Así, por ejemplo, del artículo 50 se

⁸⁶ Velásquez Velásquez, Fernando. Derecho Penal. Parte General; 4ª edición, completamente reelaborada y puesta al día; Librería Jurídica Comlibros, Medellín, 2009 p. 306. También el —así denominado— principio de justicia universal establece criterios competenciales. Así, de conformidad con este principio, que encuentra su fundamento en la solidaridad recíproca entre Estados-Nación, le será aplicable la ley penal a toda persona, como sostiene la doctrina, “sin importar el sitio ni el bien jurídico afectado, por eso se habla de una «competencia universal de la ley penal» o del «sistema de universalidad del derecho a castigar»; Velásquez, Velásquez, Fernando; Derecho penal...; p. 306. Lo anterior significa que una persona, humana o jurídica, podrá ser imputada, procesada y sentenciada, con independencia del territorio en el que se encuentre, sin importar el lugar en el que se produjo el resultado, y sin que resulte trascendente su nacionalidad o el lugar en el que fue jurídicamente inscrita. Este principio tiene una relevancia especial en materia de investigación criminal de delitos como el genocidio, la desaparición forzada de personas, la esclavitud o la trata de personas.

desprenden decenas de hipótesis de competencia, dentro de las cuales destacan las relativas a los “delitos federales”. Así, la fracción I del referido artículo describe una relación de criterios para determinar cuándo un delito es del orden federal; por ejemplo: 1. Los previstos en leyes federales y tratados internacionales, 2. Los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, 3. Los cometidos en embajadas y legaciones extranjeras, 4. Aquellos en que la federación sea sujeto pasivo, 5. Los cometidos por —o en contra de— un servidor público o empleado federal.

El Ministerio Público de la Federación deberá hacer una lectura cuidadosa de este ordenamiento, pues además de las múltiples hipótesis competenciales —aquí solo se han descrito algunas—, éstas también han sido objeto de interpretación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para realizar este ejercicio, siempre será recomendable acudir a los criterios jurisprudenciales emitidos en torno a la Fracción XXI, del artículo 73, de la CPEUM.

Una interpretación de la LOPJF aludida, ajustada al texto constitucional, establecería —por exclusión— las competencias de las fiscalías locales y la federal. Así, por ejemplo, además de las leyes generales y nacionales, que son de aplicación a escala local y federal, serán de competencia federal las hipótesis establecidas en el artículo 50 al que se ha hecho referencia, las derivadas del Art.73 XXI de la CPEUM, lo relacionado con delincuencia organizada, cuando un delito del fuero común tenga conexidad con uno federal, o tratándose de casos que afecten a personas que ejercen el periodismo, así como aquellas que aborden materias concurrentes.

3. La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

A la CPEUM, el CPF y la LOPJF, se suma la LFDO que, junto a las leyes generales y nacionales, también contiene criterios competenciales que deberá tomar en cuenta el Agente del Ministerio Público de la Federación. Así, es el Art. 2 el que establece el primer parámetro competencial, pues éste contiene un catálogo de delitos que, en armonía con su párrafo primero, restringen la competencia a la Federación: terrorismo, financiamiento del mismo o falsificación de moneda son solo tres ejemplos.

A estas disposiciones se suma lo establecido en el Art. 3 de la misma Ley, que señala las bases competenciales de los Agentes del Ministerio Público de la Federación, cuando se ejerza la facultad de atracción o la competencia originaria. En estos casos, como se desprende del párrafo primero de dicho artículo, las autoridades federales serán las competentes para conocer del asunto, pero aplicarán la legislación local, esto es, la de la entidad federativa correspondiente.

4. LGMDFP

De conformidad con el artículo 73, XXI, a) de la CPEUM las LGMDFP tiene observancia general en el territorio de la república, delimitando la competencia de la Federación según el art. 24 cuando el sujeto activo o el sujeto pasivo del delito sean servidores públicos federales, se actualice alguna hipótesis que así le otorgue la competencia, exista una decisión internacional que determine la responsabilidad del Estado mexicano para investigar, se trate de delincuencia organizada o el Ministerio Público de la Federación solicite la remisión de la investigación. En los demás casos, será obligación de las Entidades Federativas la investigación y sanción de los delitos previstos en esta ley.

Por su parte, el artículo Décimo transitorio de la LGMDFP especifica las reglas de aplicación del ordenamiento, donde iniciada una investigación o procedimiento las autoridades deberán trasladar el tipo penal a lo dispuesto por esta ley.

Supletoriamente serán aplicables las disposiciones establecidas en el CNPP, CPF, LGV y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte.

II. Tipicidad objetiva y subjetiva

1. El análisis de la tipicidad, así como su acreditación, se realiza desde lo que la teoría del delito denomina tipo objetivo (también llamada tipicidad objetiva) y tipo subjetivo (que también recibe el nombre de tipicidad subjetiva). A la parte objetiva del tipo pertenecen los elementos externos a la persona, es decir, aquellos elementos que están fuera de la psique del autor, por ejemplo, el objeto de la acción o el resultado. A la parte subjetiva del tipo pertenecen aquellos elementos que dotan de significación personal a la realización del hecho⁸⁷, por ejemplo, el dolo del sujeto activo, así como el ánimo o tendencia que le guiaron hacia la ejecución del delito. En ese sentido, como señala Kindhäuser: “Los elementos objetivos del tipo describen la parte externa del hecho”⁸⁸ mientras que los elementos subjetivos del tipo “...hacen referencia a los elementos del ámbito psíquico-espiritual del autor, así como su visión del mundo...”⁸⁹.

2. Forman parte del *tipo objetivo* los siguientes elementos: a) la acción, b) el sujeto activo, c) el sujeto pasivo, d) el objeto de la acción, e) En su caso, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, f) los elementos descriptivos y normativos del tipo y, g) el resultado (en los delitos de resultado).

⁸⁷ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Arroyo Zapatero, Luis; Ferré Olivé, Juan Carlos, Serrano-Piedecasas, José Ramón y García Rivas, Nicolás; Lecciones de Derecho Penal, Parte General; 2ª edición; Praxis, Barcelona, 1999; p. 126.

⁸⁸ Kindhäuser, Urs. Strafrecht. Allgemeiner Teil; 7ª edición, Nomos, Baden-Baden; 2015, § 9 nm. 2 s., 73 s., , identificando entre ellos al sujeto activo, el objeto de la acción, la acción, la situación y la modalidad.

⁸⁹ Kindhäuser, Strafrecht..., § 9 nm. 5 s., 73 s., mencionando al dolo, la imprudencia, los motivos especiales, las tendencias especiales y los ánimos.

2.1. Todo tipo penal describe una *acción o una omisión*. Algunos tipos complejos describen más de una acción, o bien, la suma de una acción y una omisión. Esto depende de qué es lo que el legislador quiere impedir, o qué acción quiere que el destinatario de la norma realice. A este elemento del tipo suele denominársele núcleo del tipo. Lo que no puede permitirse es un tipo penal que no describa de forma clara la acción prohibida o exigida.

En contraposición al derecho penal de autor, el derecho penal del hecho solo considera acción a la *manifestación de la personalidad* que se actualice mediante tres dimensiones: física, espiritual y emocional. Por eso se excluye la acción cuando uno de estos tres factores es objeto de una injerencia externa. Esto sucede cuando se actualiza una causa excluyente de la acción por ausencia de la voluntad:

«A», quien trabaja como operador de las vías del tren, no realiza el cambio de vías y provoca un choque de trenes en el que mueren 100 personas. El agente habría omitido ejecutar el cambio de vías debido a que un comando de 10 sujetos, fuertemente armados, ingresó a su oficina y lo amordazó, impidiendo al sujeto activo siquiera moverse.

En un caso como este, no se verifica el primer elemento del delito —que a su vez es también el primer elemento del tipo objetivo—, pues se actualiza una excluyente de la acción, esto es, una fuerza física, exterior e irresistible (*vis absoluta*) que excluye, en consecuencia, la tipicidad y por ello el injusto.

2.2. *Sujeto activo* es la persona —humana o jurídica—, que realiza el tipo. Normalmente se identifica en las redacciones de los tipos de la parte especial mediante el artículo determinado «el», o el pronombre relativo «quien»: *comete el delito de robo el que se apodere...; quien prive de la vida a otro será sancionado...* Al sujeto activo también suele denominársele «agente» o «autor». Esto no debe interpretarse en el sentido de que solamente aquella persona que introduce el cuchillo en la espalda de la víctima sea sujeto activo del delito. La teoría de la autoría y participación amplía y establece las bases para que «otra u otras» personas, además de quien materialmente ejecuta el hecho, sean consideradas como sujetos activos:

Existen tipos penales que exigen una *calidad especial* en el sujeto activo. En este tipo de delitos, llamados especiales, solo podrán ser sujetos activos quienes posean la calidad exigida por el tipo⁹⁰. Este es el caso de los delitos cometidos por «servidores públicos», por «médicos», por «juzgadores» o «abogados». Así, solo quienes posean dicha calidad podrán ser considerados autores, de tal forma que si esa cualidad falta en el agente, podría verificarse —en el mejor de los casos—, una traslación del tipo.

⁹⁰ A su vez, los delitos especiales se subdividen en «delitos especiales propios» y «delitos especiales impropios»; al respecto, Kindhäuser; Strafrecht...; § 8, nm 16 s, p. 69.

2.3. El *sujeto pasivo* es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el sujeto activo. Si bien la definición es lo suficientemente clara, resulta que en ocasiones se confunde con la víctima del delito: Si «A» presta su auto a «B» y a éste se lo roban, entonces «A» es el sujeto pasivo (titular del bien jurídico patrimonio) y «B» es la víctima (quien sufrió directamente la agresión por parte del autor). Ambas figuras pueden coincidir: si «A» es víctima de un abuso sexual será sujeto pasivo (titular del bien jurídico libertad sexual), así como víctima (por haber sufrido directamente la agresión).

Sujeto pasivo puede ser una persona humana o jurídica, como ambas pueden ser también sujetos activos. En el marco del proceso penal mexicano, la víctima puede denunciar cualquier delito y ser sujeto de medidas de protección, pero en algunos casos se requerirá la acreditación, por parte del sujeto pasivo, de la titularidad del bien jurídico: así sucede en el caso del robo de un automóvil, donde será indispensable la acreditación de la propiedad del objeto de la acción por parte de su dueño.

Lo mismo sucederá en el caso de una persona jurídica, de tal forma que deberá acreditar el derecho de patente o el registro de la marca vinculada al hecho delictivo. En torno a esta temática, está aún pendiente el desarrollo en México de una teoría de la persona jurídica como víctima, que lleve aparejada una reforma a la LGV para reconocer a los entes colectivos los mismos derechos, tal y como sucede con las personas humanas.

2.4. El *objeto de la acción*, también denominado *objeto material*, es aquello sobre lo que recae físicamente la acción-típica⁹¹, es decir, «la cosa», «persona física o jurídica» o «ente inanimado». Éste no debe confundirse con el objeto jurídico, denominación que también recibe el bien jurídico: el auto robado es el objeto material u objeto de la acción, mientras que el patrimonio será el bien jurídico u objeto jurídico. Dependiendo del tipo de delito, pueden llegar a coincidir los tres: en los delitos de secuestro, trata de personas, así como en el de distintas modalidades de explotación humana, la persona secuestrada, tratada o explotada es víctima, sujeto pasivo y objeto de la acción.

Que los tres elementos del tipo objetivo coincidan en una persona no significa que el injusto sea más grave o que merezca mayor pena. Debe traducirse, solamente, en una correcta individualización de cada uno por parte del ministerio público y el juzgador.

Identificar el objeto de la acción puede, sin embargo, no ser tan fácil. Piénsese en aquellas constelaciones de casos —así denominados por Kersten—, de «simbiosis» entre seres humanos y máquinas, en los que hay una relación personalizada entre ambos. Desde el punto de vista jurídico, las máquinas pierden su esencia como «cosas» y pasan a formar parte de la personalidad del ser humano que las porta. Este sería el caso de un corazón

⁹¹ Berdugo Gómez de la Torre; Lecciones...; p. 126.

artificial que le es implantado a un ser humano, de tal forma que de ser una «cosa», pasa a formar parte del cuerpo de un ser humano, cuya dignidad está protegida⁹².

Algo similar sucedería en el caso del agente que toma los dos pedazos de madera, los avienta y destruye, resultando que éstos son las «piernas» de la persona discapacitada que se encuentra sentada a un lado ¿Se trata de una acción impune, de daños en propiedad ajena o de un delito de lesiones? Más claro sería el caso del agresor que lanza un bat en contra de las piernas de la víctima y las destroza, pero éstas son prótesis de plástico fácilmente reemplazables. En los tres casos habría que estar de acuerdo con la Corte Suprema alemana (*Bundesgerichtshof*, BGH), cuya resolución expone Kersten, afirmando que «ciertamente, desde el punto de vista biológico, las prótesis no son parte del ser humano. Sin embargo, el BGH no se decanta por la materia, sino por la persona para sustentar normativamente su argumentación. Si bien las prótesis pueden quitarse y ponerse nuevamente en el cuerpo, éstas configuran junto a su portador una unidad funcional y constituyen parte del «ser» en el campo de la personalidad...»⁹³.

2.5. Las *circunstancias de tiempo, modo y lugar* son elementos que se contemplan en algunos tipos penales. Éstos hacen referencia al ámbito temporal, a la manera de ejecutar la acción delictiva y a la dimensión espacial en que ésta se lleva al cabo: los adverbios «antes de o después de», hacen referencia al momento (temporal); la expresión «mediante el engaño o aprovechamiento del error», exige un modo específico de comisión del delito, mientras que la afirmación «en lugar cerrado», establece un espacio específico para la comisión del hecho:

Al analizar los hechos, es posible que el operador jurídico observe que no se acredite alguno de estos elementos del delito. Esto significa, primero, que en el caso específico se estaría ante una hipótesis de atipicidad. Esto no se traduce, necesariamente, en que el hecho no sea sancionado. Así, puede suceder que se acredite un tipo penal diverso al originalmente planteado. Así, lo que en un principio parecería un fraude, puede terminar como un abuso de confianza. Lo mismo sucedería en el caso de una violación en grado de tentativa inacabada, que en realidad resulta ser un caso de abuso sexual. A este tipo de cambios en la imputación suele denominársele «traslación del tipo».

En el marco del análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, puede resultar relevante el momento del hecho, que debe distinguirse del lugar del hecho. Así, para definir el *momento del hecho* “resulta importante el momento de la acción, por ejemplo, en los delitos de omisión, el momento en el que el autor debió actuar, para lo cual el momento del resultado es irrelevante. Este momento no es solo importante para establecer el derecho vigente al momento del hecho, sino también para determinar la existencia de determinadas cualidades en el autor ... [o] para determinar si se verifica una causa de justificación o

⁹² Kersten, Jens; *Menschen und Maschinen*; JZ 2015, p. 4.

⁹³ *Menschen...*; p. 5.

exculpación...”⁹⁴. Por su parte, el momento del hecho hace referencia a la dimensión temporal, y no como el lugar del hecho, que se identifica con la dimensión espacial. Determinar el *lugar del hecho*, tiene una importante función de cara a la vinculación entre derecho penal y nuevas tecnologías.

2.6. La opinión dominante distingue entre *elementos descriptivos y normativos* del tipo. Según Kindhäuser los *elementos descriptivos* se refieren a propiedades vinculadas a la naturaleza de las personas o las cosas. Éstos, advierte, pueden acreditarse empíricamente, por ejemplo, «persona menor de 14 años de edad», «pertenecer», «eléctrico»⁹⁵. Estos elementos se derivan del ser, es decir, expresan una realidad naturalística en condiciones de ser aprehendida por los sentidos. El ejemplo más recurrente para mostrar qué es un elemento descriptivo es el del homicidio: «privar de la vida». Casos como este no requieren una posterior valoración, pues su significado es comprendido empíricamente.

Según Roxin, “se entiende por elementos descriptivos aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo (cognitivo) por el juez». Así, por ejemplo, los términos «edificio» o «sustraer» son elementos descriptivos⁹⁶.

Por su parte, los *elementos normativos* hacen referencia a propiedades que a su vez se basan en reglas sociales o jurídicas. Éstos se acreditan a través del análisis de las normas o reglas⁹⁷: «crédito» o «donante». A diferencia de los elementos descriptivos, los normativos requieren una valoración posterior y pueden ser objeto de fuertes polémicas: es el caso del adjetivo «ajeno» o «mueble», que forman parte de la descripción típica del delito de robo. Lo mismo sucede con los términos «situación de vulnerabilidad» o «engaño» en el delito de trata de personas.

Los elementos normativos, a su vez, pueden subdividirse en elementos normativos de *interpretación jurídica* y elementos normativos de *interpretación social o cultural*. Los primeros son objeto de interpretación desde el ordenamiento jurídico. Esto incluye cualquier rama del derecho —civil, laboral o fiscal, por ejemplo—. Ejemplos de esta modalidad de elementos son «arrendatario», «comprador» o «dueño». Los segundos

⁹⁴ Strafrecht...; § 4, nm. 4, p. 44.

⁹⁵ Strafrecht...; § 9, nm. 10, p. 74. Véase además Kindhäuser, Urs; Hechos brutos y elementos normativos del tipo; Traducción de Orlando Humberto de La Vega Martinis; InDret; abril, 2014, p. 14: «Los elementos descriptivos del tipo se refieren a propiedades naturales y son adscritos a los objetos en el marco de juicios teóricos. Los elementos normativos del tipo se refieren a propiedades convencionales y son adscritos a los objetos en el marco de juicios prácticos»;

⁹⁶ Roxin; DPPG; p. 306. “... hay algunos elementos que son inequívocamente descriptivos y que no admiten ningún cambio de significado, como por ejemplo, “persona menor de 16 años” o “radiación iónica”...”; Kindhäuser; Hechos brutos ...; ob. cit. p. 19.

⁹⁷ Kindhäuser, Strafrecht...; § 9, nm. 11, p. 75. Véase además Kindhäuser; Hechos brutos...; p. 14: “Los elementos normativos del tipo se refieren a propiedades convencionales y son adscritos a los objetos en el marco de juicios prácticos”;

requieren de una interpretación ajena al derecho que se realiza con base en normas sociales o culturales de una comunidad determinada: «actos sexuales», «odio» o «violencia».

Para que el operador jurídico pueda desentrañar el contenido de un elemento normativo, puede acudir a la exposición de motivos que dio origen al tipo penal (código, ley general o ley federal, por ejemplo). Sin embargo, cada vez resulta más complejo entender las razones técnicas y político-criminales que dan origen a las reformas legislativas. Para suplir estas deficiencias, el mejor instrumento que existe es la doctrina, seguida de la jurisprudencia. Estas dos fuentes del conocimiento resultan indispensables para un mejor entendimiento del sistema penal vigente en México.

Así puede verse, por ejemplo, en relación al elemento normativo «estado de ebriedad» y la conducción automovilística (R.2010733), respecto del elemento normativo, de interpretación cultural, denominado «pareja», para acreditar el delito de violación (R. 2010700). Lo mismo sucede, por citar otro ejemplo, en relación con el delito de violencia familiar (R.2008872): «Por ello, al elemento normativo de este ilícito, relacionado con la referencia espacial, consistente en que la conducta de despliegue “dentro o fuera del domicilio o lugar que se habite”, debe dársele una interpretación extensiva, en el sentido de que se lleve a cabo dentro o fuera del domicilio de la víctima».

Más complejo resulta —aún—, el estudio de aquellos elementos normativos de dudosa legitimidad, como sucede en el caso del tipo penal de «operaciones con recursos de procedencia ilícita». De ahí que la jurisprudencia se haya visto obligada a determinar qué es lo que configura ese delito, tal y como se desprende de R.159814: “El precepto citado, al prever que son producto de una actividad ilícita los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia, no vulnera el principio de presunción de inocencia, pues la determinación de tal elemento normativo exige comprobar que la actividad de la que proceden los recursos es ilícita...”⁹⁸.

⁹⁸ En sentido similar —aunque con un argumento debatible—, R. 191220 (Operaciones con recursos de procedencia ilícita, delito de. Para su configuración se requiere la comprobación, entre otros, de un elemento normativo): «De ahí que en el caso se estime el concepto aludido como un elemento normativo por definirlo así el propio tipo penal». Acerca de si el tipo penal aludido vulnera o no el principio de presunción de inocencia; Aguilar López, Miguel Ángel; El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita y el principio de presunción de inocencia; «el hecho de que el precepto establezca expresamente que el inculpado acredite la legítima procedencia de sus recursos, está en realidad previniendo la forma en que dicho sujeto pueda adoptar su defensa frente a las pruebas aportadas por el Ministerio Público; pero no significa que dicho representante quede relevado de la carga probatoria por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita». En torno a la comisión imprudente de este tipo penal; Fabián Caparrós, Eduardo A; Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doctrinales y jurisprudenciales); en; (CCC) Cuadernos Contra la Corrupción, número 1; El derecho penal y la política criminal contra la corrupción; «Comenzando por el primero de los problemas citados, es cierto que el hecho de que todos los

2.7. El *resultado* es el último elemento del tipo objetivo. Dependiendo del tipo de delito, cuya clasificación básica se divide en delitos de resultado y delitos de mera actividad, el operador jurídico deberá utilizar o no los criterios de la teoría de la imputación objetiva de cara a su acreditación. Para estos efectos, es necesario conocer cómo se configura la clasificación anotada.

Así, los delitos de resultado requieren que a la acción descrita en el tipo le siga un resultado. Este resultado exigido por el tipo debe ser separable espacio-temporalmente de la acción que le dio origen. Para que pueda apreciarse un delito de resultado, el operador jurídico debe acreditar dos elementos básicos: la relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado⁹⁹ a la acción del sujeto activo:

Si «A» coloca un veneno mortal en la bebida de «B» y éste muere, «A» sería responsable de homicidio (delito de resultado), siempre que previamente se acrediten la causalidad y la imputación objetiva del resultado a la acción desplegada por «A». Lo mismo sucede, por ejemplo, en el fraude, pues después del engaño o aprovechamiento del error debe seguir la lesión del patrimonio.

Es importante considerar que todos los delitos, y en todas sus clasificaciones, son delitos de resultado: aunque se trate de un delito de peligro —abstracto o concreto—, ese peligro es considerado el resultado en materia penal. La clasificación a la que hacemos referencia en este primer punto, se refiere a delitos de resultado material, que como ya se advirtió, producen una consecuencia separada —en el espacio y en el tiempo—, de la acción del sujeto activo: homicidio, lesiones o daño en propiedad ajena, son delitos de resultado material.

El resultado en materia penal no es sinónimo de «mutación o cambio en el mundo exterior» perceptible por los sentidos. El derecho penal entiende que hay un resultado donde un concepto natural de resultado lo rechazaría de plano: en la tentativa, por ejemplo, también hay un resultado desde la óptica del derecho penal (el peligro al que ha sido expuesto el bien jurídico. De conformidad con lo hasta ahora señalado, los delitos de resultado se subdividen, a su vez, en *cuatro modalidades diferentes*, dependiendo del *momento de su consumación*:

(i) En los *delitos instantáneos*, la consumación se verifica en el mismo momento en el que se produce el resultado previsto en el tipo penal: la privación de la vida en el delito de homicidio, por ejemplo. El artículo 7.II del CPF lo define de la siguiente manera: «cuando

comportamientos intencionales de referencia exijan que el sujeto activo conozca el origen de los bienes no es fácil de conciliar con la idea de imprudencia»; p. 83.

⁹⁹ Una exposición —sencilla y digerible—, en torno a esta teoría, puede verse en Roxin Claus; *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*; trad. de Miguel Ontiveros Alonso, Colección Vanguardia en Ciencias Penales, número 1, Instituto de Formación Profesional/UBIJUS, México, 2009, pp. 23 y ss.

la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal». También, por ejemplo, el delito de «falsedad ante autoridad», tal y como lo establece R.2005905:

«Consecuentemente, no deben considerarse para su actualización elementos como la trascendencia, el ánimo de afectar, la amenaza para la certeza del juicio y su influencia en la valoración de elementos probatorios al momento de resolver, así como la posibilidad de obtener un beneficio, pues el tipo penal no requiere elemento alguno de finalidad para su configuración; de ahí que deba considerarse instantáneo».

(ii) En los *delitos permanentes* o *continuos* la situación antijurídica, generada por el sujeto activo, trasciende en el tiempo por decisión propia del autor: la desaparición forzada de personas o el secuestro, por ejemplo. El artículo 7.II del CPF lo define de la siguiente forma: «cuando la consumación se prolonga en el tiempo». También el delito de allanamiento de morada es un delito permanente o continuo, pues aunque queda consumado con el acceso del sujeto activo, la situación antijurídica se mantiene mientras el agente esté presente en el lugar. Lo mismo sucede con delitos más graves, como la explotación en el trabajo o servicio forzado.

También el «encubrimiento por receptación» es un delito permanente (R.2010292), como lo es el delito de «delincuencia organizada» (R.2009876), la privación ilegal de la libertad (R.2004963) o el incumplimiento de los deberes alimentarios (R.166415).

Un buen ejemplo de lo antes dicho puede verse en la siguiente resolución judicial: «En autos quedó acreditado que estando la víctima restringida de su libertad ambulatoria, fue llevada hasta la casa de su madre por el imputado; y, ante ella, exigió una suma de dinero para respetar su vida, así como que, pese a la petición de la progenitora, el imputado se negó a entregársela en ese momento. La privación ilegal de la libertad es un ilícito permanente, en el que el estado antijurídico se prolonga en tanto permanezca o subsista la restricción a la libertad ambulatoria»¹⁰⁰.

(iii) Al igual que en los delitos permanentes, en los *delitos de estado* la situación antijurídica, provocada por el sujeto activo, trasciende en el tiempo. Sin embargo, la consumación del delito se verifica con la generación del estado antijurídico descrito en el

¹⁰⁰ Y continúa: «De igual forma, la privación ilegal de la libertad, seguida de una exigencia específica para liberar a la víctima, puede constituir un ilícito específico, diverso a los hasta ahora imputados. Sin embargo, con independencia de que el artículo 475, segundo párrafo, del código adjetivo así lo prevea, no procede reconducir o reclasificar en esta instancia el hecho imputado, ya que, en primer término, tal institución tiene como objetivo la reconsideración de la subsunción o calificación de los hechos materia de consignación, mas no puede abarcar o comprender hechos diversos que no fueron objeto del ejercicio —concreto— de la acción penal...». Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán; 1ª Sala Penal; Toca I-360/2013.

tipo, sin que sea necesario acreditar su mantenimiento: “se denominan delitos de estado los hechos que están concluidos con la provocación de un determinado estado (por regla general, el resultado en los delitos de resultado)”¹⁰¹.

Los delitos contra la vida y la integridad personal son el ejemplo clásico: así, el homicidio, las lesiones. También el daño en propiedad ajena o el matrimonio forzado.

(iv) El *delito continuado* se verifica cuando mediante unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad del sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal. El artículo 7.III del CPF lo define de la siguiente manera: “cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal”. El delito continuado no debe confundirse con el delito continuo —expuesto arriba—, tal y como sucede con el criterio judicial R.2001634, relativo a la desaparición forzada de personas:

“De los artículos 12 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y I a III y VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, se advierte la obligación de los Estados y el correlativo derecho de la víctima a la denuncia e investigación efectiva, exhaustiva e imparcial sobre los hechos relacionados con la desaparición forzada, así como el que este delito es considerado como continuado o permanente, mientras no se establezca el paradero de la víctima”.

2.8. Los *delitos de mera actividad* —también conocidos en la literatura penal como delitos de mera conducta—, son aquellos en los que basta la realización de la acción para que el delito quede consumado, de tal forma que no requieren de un resultado posterior a la ejecución de la acción-típica. En esta modalidad de delitos, basta que el juzgador acredite que el sujeto activo realizó la acción señalada en el tipo.

Son delitos de mera actividad la portación de arma prohibida, el allanamiento de morada, la difamación o la calumnia —que acertadamente contemplan aún algunos códigos penales mexicanos—. También la falsedad de declaraciones ante una autoridad entra en esta categoría. No deben confundirse, sin embargo, con los delitos de peligro, pues en éstos debe acreditarse el peligro al que fue expuesto el bien jurídico.

En algunos casos resulta complejo determinar si nos encontramos ante un delito de resultado o de mera actividad. En cualquier caso, es necesario insistir que en esta modalidad de delitos no hay causalidad alguna y, por lo tanto, tampoco es aplicable la teoría de la imputación objetiva. Basta para acreditarlo, como ya se advirtió, que el sujeto activo realizó la conducta descrita en el tipo. Como sostiene Roxin, la distinción entre

¹⁰¹ Roxin; DPPG; p. 329. Al respecto v. también Kindhäuser; Strafrecht...; §8, nm. 25, p. 71.

delitos de resultado y de mera actividad no siempre es tan clara. Esto sucede, por ejemplo, en las lesiones: “son un delito de mera actividad si consisten en una bofetada, pero son un delito de resultado si se producen lanzando una piedra”¹⁰². Con base en lo referido, es que puede compartirse el siguiente criterio judicial:

«El delito de violencia familiar, previsto en la legislación estatal es, a partir de la reforma de febrero de 2012, un ilícito de mera actividad que no precisa de un resultado —lesión, o menoscabo físico, psíquico, patrimonial o económico del sujeto pasivo— espacio-temporalmente separable de los comportamientos prohibidos, que en forma indistinta o conjunta pueden —por acción u omisión— configurarla: agresión física, psicológica, patrimonial o económica»¹⁰³.

3. Como se advirtió más arriba, a diferencia del tipo objetivo, al *tipo subjetivo* pertenecen aquellos elementos que muestran la parte psíquica y espiritual del autor, así como su visión del mundo, por ejemplo, el dolo, la imprudencia y los elementos subjetivos del injusto distintos al dolo¹⁰⁴.

3.1. Mayoritariamente se defiende la existencia de un elemento intelectual y un elemento volitivo como componentes del dolo¹⁰⁵. Es decir, que para que una persona actúe dolosamente deben concurrir, por lo menos, dos elementos: 1. Conciencia de lo que se hace (elemento intelectual) y 2. Voluntad de realizar aquello de lo que se es consciente (elemento volitivo). De ahí que el dolo se defina como la conciencia y voluntad de realizar el hecho típico. Éste, que es un concepto doctrinal del dolo, puede conciliarse con la *definición legal*:

El artículo 9 del CPF lo define de la siguiente forma: “obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”.

¹⁰² DPPG; p. 329.

¹⁰³ Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán; 1ª Sala Penal, toca penal I-17/2015. Ponente: Alejandro González Gómez.

¹⁰⁴ El tipo subjetivo es la base para distinguir —claramente—, entre los delitos de secuestro, desaparición forzada de personas o privación ilegal de la libertad, por ejemplo. Al respecto, en México, Dondé Matute, Javier, *Política Criminal y Derecho Internacional. Tortura y desaparición forzada de personas*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2014, pp. 137 y ss.

¹⁰⁵ Defendido sobre todo por la jurisprudencia y parte de la doctrina alemanas, cfr. al respecto Kindhäuser; *Strafrecht...*; §13, nm. 1, p. 125. Según el mismo autor el dolo comprende «una situación que sugiere, de un modo reconocible, una voluntad de negación del derecho. El autor se encuentra actualmente en posición de poder seguir la norma, pero a través de su comportamiento expresa no querer seguir la norma»; en *¿Qué es la imprudencia?*, Traducción de Juan Pablo Mañalich R, en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*; CEDPE, Perú, No. 2, 2012, p. 241.

Para que una persona actúe dolosamente deben verificarse los dos elementos —intelectual y volitivo— conjuntamente en el momento de la acción: «el *dolus antecedens* y el *dolus subsequens* son irrelevantes»¹⁰⁶. Esto significa que no actúa con dolo quien quiere ejecutar la acción —privar de la vida— y para ello se prepara con las herramientas necesarias que más tarde utilizará en la realización del hecho y, sin embargo, durante su transporte produce el resultado de muerte sobre su víctima (*dolus antecedens*).

Tampoco actúa dolosamente quien dispara con su escopeta sobre un supuesto venado, que en realidad resultó ser «*el tuercas*» —un reconocido plagiaro de la zona—, y solo después de ello se congratula por el resultado producido (*dolus subsequens*)¹⁰⁷. En un caso como el anterior, el dolo se excluye por encontrarse el sujeto activo en un *error de tipo*. La misma solución, por exclusión del dolo, se verifica cuando se priva de la vida al enemigo de forma imprudente, y solo después de ello, el autor aplaude el hecho acaecido.

De conformidad con lo señalado, solo actúa dolosamente quien, al momento de la acción, conoce todos los elementos del tipo objetivo que realiza. Como afirma Roxin “por dolo típico se entiende, según una usual fórmula abreviada, el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo”¹⁰⁸. Esto incluye la calidad del sujeto pasivo, los elementos normativos y descriptivos, el objeto de la acción, las modalidades y medios de comisión exigidos por el tipo y el resultado. No basta para ello un conocimiento potencial, sino que éste debe ser real y actual¹⁰⁹. Esto, que configura el elemento intelectual, debe estar acompañado por el elemento volitivo, lo que significa que el sujeto debe querer realizar los elementos descritos anteriormente:

Quien se apodera, sin derecho y sin consentimiento de quien puede disponer de ello con arreglo a la ley, de un teléfono móvil ajeno —que confundió con el suyo—, no puede ser sancionado por robo, toda vez que no conoce uno de los elementos normativos del tipo, esto es, el de la *ajenidad*, y por ello falta el dolo.

¹⁰⁶ Kindhäuser; Strafrecht...; §13, nm. 8, p. 127. También, Jakobs; “No basta que el tipo subjetivo concurra solo *antes* de la acción ejecutiva (no existe el dolo antecedens); ejemplo: Si el autor es consciente antes de consumir bebidas alcohólicas de que después conducirá un automóvil (§ 316 StGB), pero al conducir ha olvidado que tomó alcohol, la conducción en estado de embriaguez, por falta de consciencia actual, no constituye un hecho doloso...”; Derecho penal...; p. 310.

¹⁰⁷ «Tampoco el correlato subjetivo del tipo que aparece *tras* la realización del hecho complementa el acontecer objetivo hasta convertirlo en tipo de delito; en especial el “dolo” posterior no puede completar la previa acción ejecutiva (no existe el *dolus subsequens*)», Jakobs, Günther; Derecho penal...; p. 310.

¹⁰⁸ Roxin; DPPG; p. 308. También puede verse R.175605: «El dolo directo se compone de dos elementos: el intelectual y el volitivo. El primero parte de que el conocimiento es el presupuesto de la voluntad, toda vez que no puede quererse lo que no se conoce, por lo que para establecer que el sujeto activo quería o aceptaba la realización de un hecho previsto como delito, es necesaria la constancia de la existencia de un conocimiento previo; esto es, el sujeto activo debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como típica...”.

¹⁰⁹ Para una opinión distinta v. Kindhäuser; Strafrecht...; §13, nm. 2, p. 125.

Por ello es que —en torno a la configuración del dolo—, hay que compartir el criterio expuesto en R.175606: “Así, la comprobación del dolo requiere necesariamente la acreditación de que el sujeto activo tiene conocimiento de los elementos objetivos y normativos del tipo penal y quiere la realización del hecho descrito por la ley”.

3.1.1. Doctrina y jurisprudencia han debatido durante décadas acerca de las *distintas modalidades* de dolo, así como en torno a los límites entre la acción dolosa y la imprudente. Hoy existe un acuerdo mayoritario —no libre de cuestionamientos—, acerca de la existencia de dos clases de dolo: el dolo directo y el dolo eventual. La distinción entre estas dos clases de dolo, y sus correspondientes clasificaciones, es de una importancia práctica incuestionable, tal y como puede verse —con algunas reservas— en R.175604.

Así, el grado de injusto será mayor en el caso de del dolo directo que en el eventual. Lo mismo sucede con la imprudencia, pues el grado de injusto que corresponde a esta modalidad delictiva, es menor que la relativa a cualquier grado de injusto doloso.

En armonía con Kindhäuser, “actúa con dolo directo (*dolus directus*) respecto a un elemento del tipo quien está seguro de que éste se producirá como consecuencia segura de un comportamiento que el ha querido”¹¹⁰. Lo anterior significa que obra con dolo directo quien tiene como objetivo el resultado típico (privación de la vida, por ejemplo) y tiene plena seguridad de que su acción habrá de producirlo. El dolo directo se subdivide, a su vez, en a) dolo directo de primer grado y, b) dolo directo de segundo grado —también denominado indirecto—.

a) El *dolo directo de primer grado* se verifica cuando los dos elementos del dolo —intelectual y volitivo—, coinciden con el resultado producido por el sujeto activo. Se trata del caso más grave de dolo, pues el agente quiere producir el resultado (en los delitos de resultado), o realizar plenamente el hecho típico (en los delitos de simple actividad). Así, según Roxin, en el dolo directo de primer grado sucede “lo que el sujeto persigue; por el dolo directo (de segundo grado) son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad”¹¹¹.

Piénsese en el caso de quien quiere apoderarse de los ahorros que la víctima tiene en su caja fuerte. Para ello se dispone a matarla en su domicilio y solo después, con el tiempo suficiente en el interior de la morada, abrir la caja fuerte y apoderarse del dinero. Ambos resultados son el objeto perseguido por el sujeto activo.

¹¹⁰ Cfr. Kindhäuser; Strafrecht...; §14, nm. 8, p. 130.

¹¹¹ Roxin; DPPG; p. 415.

b) El *dolo directo de segundo grado*, también llamado dolo indirecto, se verifica cuando el resultado producido no constituye el objetivo principal del sujeto activo, pero el agente sabe que el resultado es una consecuencia necesaria para alcanzar aquel objetivo principal. En esta tipología de dolo, las dos dimensiones —intelectual y volitiva—, abarcan los resultados necesarios que producirá su acción para alcanzar el objetivo principal del agente: Quien quiere privar de la vida a su enemigo colocando un aparato explosivo en su automóvil, para que éste estalle mientras lleva a sus hijos al colegio. En tal caso, el sujeto activo prevé como segura la muerte de los hijos de su enemigo, aunque esto último no constituye su objetivo principal.

Como afirma Roxin “el dolo directo (de segundo grado) representa un ‘querer’ la realización del tipo, aun cuando el resultado sea desagradable para el sujeto. Las consecuencias de la acción que se reconocen como necesarias son asumidas en su voluntad por el agente, aun cuando no tenga interés en esas consecuencias»¹¹². “La delimitación entre el dolo directo (de segundo grado) y el dolo eventual es sencilla: cuando falta la intención y el sujeto no está seguro de si una determinada circunstancia del hecho concurre o de si se producirá una consecuencia típica, no existe en ningún caso *dolus directus* (de segundo grado), sino a lo sumo dolo eventual, que habrá de distinguirse aun de la imprudencia consciente”¹¹³.

Como ya se anotó, la distinción entre las modalidades de dolo, así como con la imprudencia, tiene efectos importantes a escala de la consecuencia jurídica que se impondrá al autor: mayor será el grado de injusto en el dolo directo que en el indirecto. También será mayor en este último en comparación con el dolo eventual.

c) “Actúa con *dolo eventual* quien sabe que posiblemente produzca el resultado típico —privación de la vida, por ejemplo—, y a pesar de ese conocimiento continúa con la ejecución de la acción. La definición del dolo eventual no es un problema menor, pues su delimitación con la imprudencia consciente ha generado un debate doctrinal que aún continúa:

“Hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así —de buena o de mala gana— a la eventual realización de un delito, se conforma con ella. En cambio, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se lo toma en serio y

¹¹² Roxin; DPPG; p. 424.

¹¹³ Roxin; DPPG; p. 424.

en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo”¹¹⁴.

3.1.2. Con la finalidad de explicar las consecuencias que puede tener la actualización de determinadas circunstancias al momento de los hechos, la doctrina ha generado una segunda clasificación —que denominamos *subcategorías*—, en torno al dolo. Es importante advertir, como lo hace Kindhäuser, que no se trata de «clases o tipos de dolo»¹¹⁵, en el sentido de que sean formas autónomas, sino que se trata de «modalidades derivadas» o «subcategorías» de las clases de dolo expuestas anteriormente. Estas modalidades se subdividen de la siguiente forma: *dolus alternativus* y *dolus generalis*¹¹⁶.

a) El *dolus alternativus*, también conocido como dolo alternativo, se verifica cuando el sujeto activo tiene dos o más posibilidades de ejecutar el hecho típico y para cualquiera de éstas se actualiza el dolo: “si el cazador furtivo duda si el objeto divisado entre la maleza es una pieza de caza o un paseante”¹¹⁷. En un caso así, para cualquiera que sea el resultado final se estará ante una acción dolosa. Lo mismo sucede si, por ejemplo, apunta “a la pieza de caza, pero cuenta seriamente con que podría alcanzar a una persona que está al lado de ella”¹¹⁸.

Kindhäuser lo ejemplifica de la siguiente forma: “A dispara al jinete R, asumiendo como posible impactar a R o solo al caballo. El disparo impacta y priva de la vida a R”¹¹⁹. Así, sucede que en esta modalidad de dolo, el autor tiene claro que realizará uno de los varios tipos penales posibles, en el caso, el que sanciona la privación de la vida a una persona, o el que sanciona matar a un animal.

b) El *dolus generalis*, también denominado *dolo general*, se verifica cuando el sujeto activo produce el resultado que se propuso, pero yerra en torno a la vía y al momento para lograrlo (por eso es un caso de error): «Y» apuñala a «Z» para matarlo y cree haber producido el resultado. Para ocultar lo que considera un cuerpo sin vida, «Y» arroja a «Z» al río, donde éste muere por ahogamiento. En un caso como este, surge el interrogante de si puede hacerse responsable al sujeto activo por un delito de homicidio doloso, cuando en realidad dicho dolo —de muerte—, ya no existe en el momento en que arroja a su víctima al río:

“Con el —inexacto— concepto de “*dolus generalis*” se designan desde hace mucho tiempo sucesos en dos actos, en los que el sujeto cree haber producido el resultado con la primera parte de la acción, mientras que

¹¹⁴ Roxin; DPPG; p. 427.

¹¹⁵ Strafrecht...; §14, nm. 33, p. 137.

¹¹⁶ En torno a esta clasificación; Kindhäuser; Strafrecht...; §14, nm. 31-37, pp. 136-138.

¹¹⁷ Roxin; DPPG; p. 455.

¹¹⁸ Roxin; DPPG; p. 455.

¹¹⁹ Kindhäuser; Strafrecht...; §14, nm. 31, p. 136.

en realidad solo tiene lugar mediante la segunda parte de la acción, que según la representación del sujeto, solo debería servir para encubrir el hecho ya consumado anteriormente”¹²⁰.

Al respecto, ya se advirtió que los elementos del dolo —intelectual y volitivo—, deben verificarse al momento de la acción, y esto no sucede aquí. Es por ello que la solución correcta, como afirma la doctrina dominante, será imputar el homicidio doloso con base en una desviación inesencial del curso causal¹²¹. Esto se traduce en que el *dolus generalis* es intrascendente y su verificación no altera la responsabilidad del autor.

3.2. Existe un grupo de delitos que contienen *elementos típicos adicionales de corte subjetivo*. Esto significa que además del dolo, el operador jurídico debe acreditar una segunda dimensión subjetiva. A estas circunstancias adicionales se les denomina *elementos subjetivos del injusto* distintos al dolo. Se trata de ánimos o tendencias específicas que deben estar presentes en el autor —conjuntamente con el dolo—, al momento del hecho. En ese sentido, ellos no son relevantes para la existencia del dolo¹²².

Piénsese en el delito de trata de personas, que además de ser evidentemente doloso, exige que el sujeto activo reclute a la víctima con la *finalidad de explotarla*, por ejemplo, en el trabajo o servicio forzado. Lo mismo sucede con el delito de desaparición forzada de personas, cuya esencia radica no solo en la privación de la libertad —pues esto sucede igualmente en el secuestro—, sino también en que el autor ejecute esa acción con la finalidad (elemento subjetivo del injusto), de impedirle el acceso a la justicia.

Si en casos como los señalados no logra acreditarse el elemento subjetivo del injusto existirá atipicidad, de tal forma que no podrá sancionarse al autor por el delito planteado. Esto no excluye la posibilidad de que le sea imputado un delito diferente que no requiera del elemento subjetivo aquí abordado. Para esto será importante tomar en cuenta, como afirma Roxin, que “un elemento subjetivo puede caracterizar el tipo delictivo al referirse al bien jurídico protegido, pero también puede cooperar a determinar el tipo delictivo caracterizando el objeto de la acción típica, la forma de su menoscabo o tendencias relevantes para el injusto. En cambio, cuando un elemento no se refiere al tipo delictivo, sino que únicamente describe motivos, sentimientos y actitudes internas independientes de aquél (y agravantes por regla general), se trata de elementos de la culpabilidad”¹²³.

¹²⁰ Roxin; DPPG; p. 498.

¹²¹ Roxin; DPPG; p. 499. En España —como lo advierte Pérez Álvarez—, «La doctrina y el Tribunal Supremo deciden que el error sobre el nexo causal es irrelevante cuando hay dolo inicial de muerte (teoría del *dolus generalis*): si el sujeto tenía intención inicial de dar muerte y mató aunque mediante otro mecanismo o relación causal, responderá de homicidio»; Derecho Penal. Parte Especial; Méndez Rodríguez/Pérez Álvarez/Zúñiga Rodríguez (autores) y Daunis Rodríguez/Díaz Cortés/Sánchez Díez (colaboradores); CISE, Salamanca, 2011; p. 43.

¹²² En el mismo sentido, Kindhäuser; Strafrecht...; §13, nm. 6, p. 126.

¹²³ Roxin, DPPG; p. 132.

El ánimo de dominio en el delito de robo, o el de lucro en el tipo de fraude, son elementos subjetivos del injusto. Lo mismo sucede con la finalidad de explotar a la víctima en el delito de trata de personas. Por el contrario, no constituyen elementos subjetivos del injusto, sino de la culpabilidad —y de esta forma la agravan—, el odio en los delitos de género, o saña, en el homicidio.

Aunque con algunas reservas, la jurisprudencia mexicana asume lo hasta ahora señalado. Así puede verse, por ejemplo, en R.169187, al distinguir el secuestro de otras modalidades delictivas, con base en el elemento subjetivo del injusto exigido por este delito. También en materia probatoria tiene una trascendencia fundamental, tal y como se desprende de R.175123, pues para que una confesión pueda considerarse como tal, “debe comprender el reconocimiento del elemento subjetivo específico requerido por el tipo penal”. Lo mismo sucede en delitos contra la salud, como se apunta en R.182538, donde resulta indispensable acreditar “lo que el activo pretendía realizar con el estupefaciente que poseía”.

3.3. *Imprudencia*

3.3.1. *Definición.* Comete un delito imprudente quien, al infringir una norma de cuidado, crea un riesgo no permitido, que se realiza en un resultado previsible, dentro del fin de protección de la norma¹²⁴. Al delito imprudente corresponde un menor desvalor de acción en comparación con el delito doloso y, por lo tanto, una consecuencia jurídica menos grave. Esto se debe a que el desvalor de acción del delito imprudente se fundamenta en la acción descuidada y no —como sucede en el delito doloso—, en la conciencia y voluntad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico:

Quien ejecuta de tres disparos en la nuca a su víctima comete un delito de homicidio doloso, mientras quien al conducir su auto rumbo al estadio no pone la debida atención y atropella al aficionado, comete un homicidio imprudente.

El tipo de injusto imprudente excluye al tipo de injusto doloso, y viceversa. Esto se debe a que el núcleo del tipo de injusto imprudente es una acción que crea un riesgo no permitido, que se realiza en el resultado, dentro del fin de protección de la norma, sin que se actualice alguna de las dos dimensiones del dolo, esto es, la conciencia y voluntad de infringir la norma. Es por ello que, acertadamente, la doctrina considera al tipo de injusto imprudente como una expresión de los, así denominados «tipos abiertos»¹²⁵, en tanto que una característica del tipo debe ser completada por vía de la interpretación: para determinar si el conductor ha cometido un injusto imprudente, el juzgador debe acudir al reglamento de

¹²⁴ Según Kindhäuser, *Strafrecht...*; §33, nm. 3, p. 278 “a la lesión de las expectativas respecto del conocimiento del peligro y respecto de su control se le denomina imprudencia”.

¹²⁵ Así, por ejemplo, Muñoz Conde/García Arán; DP; pp. 301-304.

tránsito y contrastar éste con la acción desplegada por el sujeto activo. Lo mismo se hará respecto de las reglas administrativas que regulan la construcción, cuando un trabajador pierde la vida al ser impactado por un ladrillo que cayó desde el segundo piso de la obra.

En su dimensión *objetiva*, el delito imprudente se configura por la creación de un riesgo no permitido —generado por superar los límites establecidos en la norma de cuidado¹²⁶—, que pone en peligro el bien jurídico (desvalor de acción); mientras que en los delitos de resultado, se suma la producción del resultado exigido por el tipo (desvalor de resultado). En su dimensión *subjetiva*, el delito imprudente se edifica con la capacidad individual de prever el peligro de realización del resultado típico.

El artículo 9, segundo párrafo, del CPF define al delito imprudente de la siguiente forma: “obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.

3.3.2. *El tipo objetivo del delito imprudente.* Al igual que en el delito doloso, también el tipo de injusto imprudente se configura con base en dos dimensiones: una objetiva y otra subjetiva. En lo referente a la fase objetiva, la doctrina mayoritaria considera a la *creación de un riesgo no permitido* —generado por superar los límites establecidos en la norma de cuidado—, como el núcleo del tipo de injusto imprudente y, por lo tanto, como el basamento de la desvalorización de la acción.

Para estos efectos, la doctrina reconoce la siguiente clasificación del deber de cuidado: 1. Deber de cuidado interno o intelectual (deber de previsión) y, 2. Deber de cuidado externo.

a) El *deber de cuidado interno o intelectual* —también conocido como deber de previsión—, sienta las bases de la denominada imprudencia inconsciente o sin representación. El deber de cuidado interno, que es un juicio normativo, exige al ciudadano advertir la creación o presencia de peligros para bienes jurídicos, de tal forma que de no hacerlo, se le considera como un actuar imprudente: el origen de esta determinación está en actuar sin haber siquiera advertido el peligro para el bien jurídico.

El deber de cuidado interno tiene como presupuesto la *previsibilidad objetiva*, en el sentido de que una acción crea un riesgo no permitido —primer elemento de la imputación objetiva—, o de que incrementa un riesgo generado previamente por un tercero. De no verificarse la previsibilidad objetiva no habrá fundamento para exigir al ciudadano deber de cuidado alguno, por lo que tampoco habrá lugar para apreciar un injusto imprudente. Para determinar la previsibilidad se realiza un juicio objetivo, esto es, el juicio de un observador

¹²⁶ Al respecto, con ejemplos; Kindhäuser; Strafrecht...; §33, nm. 16 ss., p. 282 ss.

desde una perspectiva *ex ante* en la misma posición y con los mismos conocimientos que el autor al momento de los hechos.

Los datos obtenidos desde la perspectiva *ex post* son relevantes, pero parciales para la determinación del tipo de injusto imprudente. El juzgador debe analizar el hecho, primero, desde la perspectiva *ex ante* —previa a los hechos enjuiciados—, para lo cual utiliza el baremo del observador que se encuentra en la misma posición y con los mismos conocimientos que el autor —ni más, ni menos— al momento de los hechos. Esto debe incluir, como resulta evidente, las mismas circunstancias que giraban en torno al hecho valorado: no será lo mismo determinar la probable imprudencia del conductor a medio día y con amplia visibilidad, que de noche, con neblina y en un clima adverso tal y como sucedió el día de los hechos.

Kindhäuser, sin embargo, va más allá y prescinde de la utilización de la “figura baremo” antes señalada, pues se trataría de una construcción ficticia, además de cuestionable desde la perspectiva constitucional: “La figura de un observador ficticio que sólo es construido *ex post*, de conformidad con determinadas representaciones de adecuación, no puede en todo caso tener relevancia para la decisión del destinatario de la norma. Pues el destinatario de la norma sabe, ni más ni menos, aquello que sabe, y tiene que decidir cómo actuar sobre la base de este saber. Por lo mismo, solo este saber puede ser determinante para la pregunta de si el autor se ha comportado de la manera en que debería y podría esperarse de él como destinatario de la norma fiel a derecho en la situación concreta”¹²⁷. La postura de Kindhäuser tiene solidez, pero también un anclaje garantista indiscutible ¿Por qué juzgar a una persona con base en lo que pudo conocer un tercero —que en todo caso—, no existe?

De ahí que la interpretación expuesta en el siguiente criterio judicial resulte cercana a lo antes sostenido: «La atribución normativa del resultado lesivo está restringida, como se desprende del propio artículo 112 del ordenamiento instrumental del estado, al comportamiento humano imputado al inculpado, mas no a un sujeto indeterminado o universal; tan es así que la parte final de este artículo, prescribe que ambas exigencias normativas (relación de causalidad y atribución normativa del resultado lesivo), son independientes de la culpabilidad subjetiva que, eventualmente pudiera establecerse; y, ésta, la culpabilidad no puede fijarse —conforme al principio de personalidad de la pena y la prohibición constitucional de penas trascendentes (artículo 22)— respecto de otra persona que no sea, precisamente, el imputado»¹²⁸

b) El *deber de cuidado externo* exige al ciudadano comportarse de conformidad con la norma de cuidado y se expresa en las siguientes tres vertientes: (i) deber de omitir acciones

¹²⁷ El tipo subjetivo...; ob. cit. p. 29. También (más recientemente), en; Zur Funktion von Sorgfaltsnormen...; p. 156; «la prognosis de riesgo debe formularse en relación con los conocimientos del autor concreto».

¹²⁸ Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán; 1ª Sala Penal; Toca I-697/2009. Ponente: Alejandro González Gómez.

peligrosas, (ii) deber de preparación e información previas y (iii) deber de actuar prudentemente en acciones peligrosas.

(i) Mir sostiene que “hay acciones cuya peligrosidad es tan elevada que no pueden ser emprendidas sin lesionar ya el deber de cuidado. Ello sucede como regla en los casos de *falta de preparación técnica* para cierta actividad”¹²⁹. Se trata de casos en que el sujeto activo no debe ejecutar la acción, pues debido a que no cuenta con las herramientas teóricas o prácticas, pondrá en peligro —o lesionará—, el bien jurídico. Este sería el caso del estudiante de primer semestre de medicina que decide realizar una cirugía, o de quien tiene gran experiencia en la conducción de motocicletas, pero nunca ha manejado un camión de redilas que está a punto de echar a andar.

“Quien pretende emprender algo que probablemente ponga en peligro bienes jurídicos, y no es capaz de hacer frente a los peligros debido a insuficiencias físicas o por falta de práctica o habilidad, debe omitir la conducta; en caso contrario existe ya en el emprendimiento o asunción de la actividad una imprudencia (la llamada provocación culpable por emprendimiento o asunción)”¹³⁰. En suma: “quien no sabe algo, debe informarse; quien no puede hacer algo; debe dejarlo”¹³¹.

(ii) El *deber de preparación e información previa* se traduce en que “antes de emprender ciertas acciones que puedan resultar peligrosas, deben ser tomadas medidas externas de preparación e información”¹³². Así, por ejemplo, el médico que atiende a la mujer enferma, debe cerciorarse de que no está embarazada antes de inyectarle penicilina, como también debe asegurarse que no sea alérgica al yodo antes de tomar placas de rayos X. Roxin lo expone de la siguiente forma:

“Quien se dispone a realizar una conducta cuyo riesgo para bienes jurídico-penalmente protegidos no puede valorar, debe informarse, si no es posible o parece que no servirá para nada informarse, se debe abstener de la conducta”¹³³.

(iii) Además de los dos deberes antes expuestos, existe otro universo de hipótesis que generan el deber de actuar con extremo cuidado (*deber de actuar prudentemente en acciones peligrosas*). Así, como expone Mir, “la vida moderna permite, e incluso obliga a

¹²⁹ Derecho penal...; p. 290.

¹³⁰ Roxin; DPPG; p. 1010.

¹³¹ DPPG; p. 1010. Con palabras de Kindhäuser; «Los riesgos que no pueden ser completamente controlados (dominados) no deben ejecutarse»; Zur Funktion von Sorgfaltsnormen; p. 153.

¹³² Mir Puig, Santiago; Derecho Penal. Parte General; 10ª edición (actualizada y revisada); con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Ibáñez; Editorial Reppertor, Barcelona, 2015, p. 290.

¹³³ DPPG; pp. 1009-1010.

afrontar numerosas situaciones de peligro cuya realización se considera más útil para la sociedad que su prohibición (riesgo permitido). Aquí no rige, pues, el deber de omitir dichas acciones peligrosas, pero sí el deber de realizarlas con la máxima atención, para evitar que el peligro se convierta en lesión”¹³⁴.

3.3.3. *El tipo subjetivo del injusto imprudente y las modalidades de imprudencia.* El tipo subjetivo del delito imprudente se configura por la capacidad individual del sujeto activo para prever peligros para bienes jurídicos. Conforme a esta capacidad, la doctrina suele reconocer dos modalidades de imprudencia: a) imprudencia *inconsciente* (también denominada imprudencia sin representación), y b) imprudencia *consciente* (también denominada imprudencia con representación). El párrafo segundo del artículo 9 del CPF, en su primera parte, hace referencia a la imprudencia (tradicionalmente denominada culpa) inconsciente o sin representación: «obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible...». La segunda hipótesis, del mismo párrafo, se refiere a la imprudencia (culpa) consciente o con representación: «obra culposamente el que produce el resultado típico que previó confiando en que no se produciría...».

La distinción entre ambas modalidades de imprudencia tiene cierta relevancia —aunque sea solo para efectos de sistematización—, en tanto que permite delimitar el hecho frente a otro cometido con dolo eventual. En realidad, determinar el nivel de gravedad de una acción imprudente depende, como advierte Muñoz Conde, del grado de participación subjetiva del autor en el hecho y de conciencia del peligro que supone la acción que realiza¹³⁵, esto es, como lo señalamos más arriba, de la capacidad individual de prever el peligro de realización del resultado típico: a mayor capacidad individual, mayor gravedad de la imprudencia.

Esta fórmula deja claro que los términos utilizados —en ocasiones indistintamente— como lo son, *consciente* o *inconsciente*, *con representación* o *sin representación*, no justifican del todo el interés que se les ha dado si se tiene claro que lo importante para la determinación del grado del tipo de injusto imprudente, es la capacidad individual de prever el peligro de realización del resultado típico.

De esta opinión es Roxin, para quien “la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente no posee en cambio gran relevancia, pues el legislador nunca vincula a ella diferentes consecuencias jurídicas”¹³⁶. Tan grave puede resultar advertir un peligro y continuar, como no haberlo advertido y ejecutar la acción. Sí resulta trascendente, por el contrario, la consecuencia que se asuma en aquellos casos donde el sujeto activo no tiene

¹³⁴ Mir Puig; Derecho Penal...; p. 291.

¹³⁵ Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes; Derecho Penal. Parte General; 9ª edición; Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 307.

¹³⁶ DPPG; p. 1019.

capacidad de advertir el peligro, esto es, una hipótesis de incapacidad del agente. Piénsese en el caso, expuesto por la doctrina, del “alumno de autoescuela que por falta de experiencia no podía advertir el riesgo para la circulación derivado de su conducta y que también por falta de práctica en la conducción no podía evitar la realización típica que acababa de producirse”¹³⁷; ¿Se trata aquí de un caso de atipicidad o de inculpabilidad?

Según Roxin, “para responder penalmente por delito imprudente, el sujeto debe no solo haber realizado un peligro no permitido que se encuentre dentro del ámbito de protección de la norma; además la creación de peligro no permitido y el nexo o conexión con el fin de protección deben haber podido ser advertidos subjetivamente por él y el resultado debe haber sido evitable por él”¹³⁸.

3.3.4. *El papel de la teoría de la imputación objetiva en la acreditación del tipo objetivo de injusto imprudente.* Kindhäuser sostiene que, “al igual que en el delito doloso, también en el imprudente rigen los criterios de la teoría de la imputación objetiva”¹³⁹; de tal forma que una vez acreditada la causalidad, el juzgador procederá a determinar si el sujeto activo ha creado con su acción un riesgo no permitido. Una vez aplicada la fórmula anterior, deberán acreditarse los dos elementos básicos que restan de la teoría de la imputación objetiva, esto es, que el riesgo no permitido se ha realizado en el resultado y que éste se ubica dentro del fin de protección de la norma.

Al igual que en el delito doloso, en el delito imprudente será necesario acreditar la relación de causalidad existente entre acción y resultado como condición mínima de responsabilidad penal.

Por lo tanto, como lo advierte Roxin, “lo que está amparado por el riesgo permitido, no es por tanto imprudente, pero lógicamente un riesgo permitido no puede estar solo disculpado, sino que ha de hacer que desaparezca ya el injusto”¹⁴⁰. Lo dicho hasta ahora confirma que acudir al criterio de *deber objetivo de cuidado* no es indispensable para acreditar la imprudencia. Sin embargo, resulta muy útil para la indagación, sobre todo si se atiende a que los códigos penales mexicanos fundamentan —expresamente—, el tipo objetivo del injusto imprudente en dicho baremo. Como ejemplo está el párrafo segundo, del artículo 9, del CPF:

¹³⁷ DPPG; p. 1037.

¹³⁸ DPPG; p. 1037.

¹³⁹ Strafrecht...; § 33, nm. 10, p. 280. Con ejemplos; Ontiveros Alonso, Miguel, Legítima Defensa e Imputación Objetiva (especial referencia a los mecanismos predisuestos de autoprotección), 2ª ed, Colección Investigación, número 1, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2010, pp. 269 y ss.

¹⁴⁰ DPPG; p. 998; “En realidad, tras la característica de la infracción del deber de cuidado se esconden distintos elementos de imputación que caracterizan los presupuestos de la imprudencia de manera más precisa que tal cláusula general”; pp.999-1000.

«Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud a la violación de un deber de cuidado, que debía y podría observar según las circunstancias y condiciones personales».

a) *El riesgo permitido y la configuración del tipo de injusto imprudente.*

Quien se conduce de conformidad con el riesgo permitido no infringe norma de cuidado alguna, de tal forma que se excluye desde un principio el tipo objetivo. Así, no se requiere mayor análisis cuando el sujeto activo conduce el automóvil y se ve sorprendido por quien cruza corriendo —sin precaución alguna—, la Avenida Insurgentes y resulta lesionado por atropellamiento. De conformidad con lo anterior, parte de la doctrina considera prescindible el criterio de deber objetivo de cuidado: “el elemento de la infracción del deber de cuidado no conduce más allá que los criterios generales de imputación. Es más vago que éstos y por tanto, prescindible”¹⁴¹. Por eso, como ya se advirtió, el propio concepto de deber de cuidado no puede hacer referencia a otra cosa más que a los criterios de imputación objetiva. Aquí, específicamente, al de riesgo permitido.

Por tanto, como afirma Roxin, “para constatar la realización imprudente de un tipo no se precisa de criterios que se extiendan más allá de la teoría de la imputación objetiva”¹⁴². Lo hasta ahora señalado puede resumirse con otras palabras: la valoración efectuada por el Agente del Ministerio Público para la acreditación del riesgo permitido hace innecesaria la referencia al *deber objetivo de cuidado*, pues los presupuestos de ambas figuras son los mismos. Esto es: para acreditar el deber objetivo de cuidado, el operador jurídico implementa la misma operación que en el riesgo permitido. Así puede verse en la siguiente resolución judicial:

“Las normas de tránsito de vehículos disminuyen, a través de su cumplimiento, el riesgo implícito en esta actividad; éstas, si bien de naturaleza administrativa, son relevantes para constatar, en una actividad altamente regulada por el riesgo que su desarrollo conlleva para los bienes jurídicos de las personas, como lo es el tráfico de vehículos: a) cuál es, por una parte, el nivel o parámetro en que esa actividad, estadísticamente riesgosa pero socialmente necesaria, puede llevarse a cabo [riesgo permitido]; y, b) la violación de esa normativa administrativa implica

¹⁴¹ DPPG; p. 1000, “en rigor, es incluso erróneo desde el punto de vista de la lógica de la norma, pues produce la impresión de que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del cuidado debido, lo que sugiere su interpretación errónea como un delito de omisión”; Idem.

¹⁴² DPPG; p. 1001.

materialmente el incremento de ese riesgo permitido, más allá de lo socialmente tolerado...”¹⁴³.

El propio Roxin orienta la decisión aquí asumida, esto es, que aunque sea prescindible, conviene no abandonar el deber objetivo de cuidado, pues como ya lo hemos advertido, no solo la legislación mexicana lo contempla expresamente, sino que hay un desarrollo científico y jurisprudencial abundante en la materia: “no obstante, en la determinación de lo que se ha de considerar ‘creación de un peligro no permitido’, se puede y se debe tener en cuenta todo lo que la jurisprudencia y la doctrina científica han ido precisando para la constatación del deber objetivo de cuidado”¹⁴⁴.

b) Directrices para determinar la creación de un riesgo no permitido en el tipo de injusto imprudente

Las fuentes para determinar la permisibilidad —o no— de un riesgo a escala del tipo de injusto imprudente, son las mismas de la teoría de la imputación objetiva y que aplican también para el tipo de injusto doloso. Se trata de las siguientes: a) el ordenamiento jurídico, b) la *lex artis* y; c) la evolución histórica de la actividad riesgosa (ponderación de intereses). No obstante, doctrina y jurisprudencia han generado directrices específicas para el delito imprudente, que no excluyen, sino que se suman a las fuentes antes señaladas.

Es importante destacar —y aquí un dato importante para establecer como eje rector el riesgo permitido y no solo la infracción al deber objetivo de cuidado—, que la vulneración de estos preceptos es “es efectivamente un indicio de una creación de peligro prohibido, pero no necesariamente lo fundamenta”¹⁴⁵. Como sostiene Roxin en relación a las normas de tráfico:

“Ni tal infracción fundamenta por sí sola y necesariamente el reproche de la imprudencia, ni este reproche se excluye forzosamente mediante el respeto de los preceptos sobre circulación”¹⁴⁶. Con otras palabras: conducir por encima de la velocidad permitida no se traduce, automáticamente, en la creación de un riesgo prohibido, como tampoco respetar los límites de velocidad debe considerarse, directamente, como un riesgo permitido.

De entre las directrices básicas para acreditar el tipo de injusto imprudente destacan las siguientes: (i) el principio de confianza, (ii) la posición del autor en el tráfico jurídico, (iii)

¹⁴³ Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán, 1ª Sala Penal; Toca 538/2006. Ponente: Alejandro González Gómez.

¹⁴⁴ Roxin; DPPG; p. 1001.

¹⁴⁵ Roxin; DPPG; pp. 1001-1002.

¹⁴⁶ Roxin; DPPG; p. 1002.

el deber de información previa y de omisión.¹⁴⁷ Estas directrices son utilizadas por el Fiscal o Juzgador como criterios rectores de solución —solo en el marco del delito imprudente— y no sustituyen a los criterios de imputación objetiva:

(i) El *principio de confianza* es una directriz —sólida— para orientar la acreditación del tipo de injusto imprudente. Por un lado, es relevante en el ámbito del *tránsito vehicular*. “En su forma más general afirma que quien se comporta debidamente en la circulación, puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario”¹⁴⁸. Así, por ejemplo, cualquier conductor puede confiar en que quienes circulan en el sentido contrario respetarán la línea que divide ambas vías. Por regla general esto sucederá así. Puede pasar, sin embargo, que otro conductor manifieste una absoluta despreocupación por salvaguardar esta regla y conduzca de forma evidentemente errónea, invadiendo la mitad del carril contrario. Con palabras de Jakobs:

“Un conductor que adelanta a un ciclista no tiene porqué contar con que éste gire a la izquierda inesperadamente, (principio de confianza), pero tampoco puede descartar que su trayecto oscile algunos decímetros hacia la izquierda. Correlativamente, el ciclista no tiene porqué contar con que quien le adelante deje sólo unos pocos centímetros de distancia de seguridad (principio de confianza), pero no le está permitido dar por supuesto que puede usar hasta el último centímetro de la distancia de seguridad, sin daño para sí”¹⁴⁹.

En un caso como el antes referido, el principio de confianza ya no rige, es contra fácticamente refutado, de tal forma que el conductor precavido deberá esforzarse y hacer todo lo posible para evitar un impacto, tal y como se desprende del siguiente criterio judicial: “Aun suponiendo que derivado de la mayor afluencia vehicular —como actualmente establece el reglamento de la ley de tránsito y vialidad del estado (artículo 62, fracciones IV y siguientes) — la avenida por la que circulaba el vehículo del querellante tuviese preferencia, tal circunstancia no puede considerarse, en una actividad altamente riesgosa, pero legalmente tolerada y regulada como lo es el tráfico vehicular, absoluta, ya que en situaciones de riesgo permitido, es de esperarse que todos los participantes actúen con diligencia debida (principio de confianza en el tráfico rodado). En el caso concreto, si como expresamente reconoce el querellante, advirtió que la inculpada había iniciado su incorporación a la intersección de referencia, el principio aludido —ya— quebrantado por

¹⁴⁷ Véanse, más arriba, los puntos 3.3.2.b, (i) y (ii).

¹⁴⁸ Roxin; DPPG; p. 1004. Por ejemplo, Jakobs, «Del motivo mencionado en último lugar se sigue que decae la posibilidad de confianza permitida cuando al competente en sí le falte el conocimiento (cognoscible) de las reglas o la posibilidad de seguirlas; así, a un conductor no le está permitido confiar en el comportamiento correcto de personas achacosas o de niños que no están al cuidado de alguien o de quienes participan en un desfile de carnaval»; Derecho penal...; p. 255.

¹⁴⁹ Derecho penal...; p. 255.

dicha maniobra, le impone, por una parte, mayor diligencia y, por otra, no puede deducirse de una situación preferencial, formal o de facto, una autorización para actuar sin la diligencia debida o, incluso, para lesionar bienes jurídicos ajenos”¹⁵⁰.

El principio de confianza tampoco ampara al conductor frente a la acción de un niño que cruza por un lugar indebido la calle, así como tampoco tiene los efectos señalados en casos de acciones desplegadas por personas adultas mayores y personas con alguna discapacidad mental¹⁵¹.

Por otro lado, el principio de confianza tiene relevancia, aunque menor, en el ámbito de la *división de trabajo*. Sin embargo, esto requiere que la actividad realizada sea más específica o, por decirlo de otra forma, más sutil. De ahí que el ámbito donde más se aplique sea en la actividad médico-quirúrgica: “los médicos especialistas que intervienen en ella pueden confiar en la colaboración correcta del colega de la otra especialidad”¹⁵².

El cirujano confía en el buen desempeño del anestesista y éste en el diagnóstico de presión arterial brindado por el cardiólogo.

El principio de confianza, aplicado a la división de trabajo, debe tomar como baremo la *lex artis*, pues ésta fija —aunque de manera limitada—, criterios básicos de competencias por especialidad. Un ámbito menos explorado, pero que tomará fuerza con el paso del tiempo, es el relativo a la aplicación de este principio al interior de las personas jurídicas —empresas, consorcios o entes colectivos— de corte internacional, pues el cumplimiento de estándares mínimos en la elaboración de productos riesgosos —como pueden ser medicamentos— parten también de una división responsable del trabajo.

En estos ámbitos juegan un rol fundamental los programas de *compliance*, su difusión al interior de la empresa y los cursos de capacitación profesional en torno a sus contenidos.

También es relevante el principio de confianza *frente a un delito doloso cometido por un tercero*. Aquí se trata de casos en los que se confirma la solidez del riesgo permitido, como criterio rector para acreditar el tipo objetivo, en el tipo de injusto imprudente: “finalmente, el principio de confianza ha de regir también en cuanto que por regla general se puede confiar en que otros no cometan delitos dolosos, pues la venta de cuchillos, cerillas, mecheros, alcohol de quemar, de hachas y martillos y la transmisión de tales objetos no

¹⁵⁰ Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán; 1ª Sala Penal; Toca: 177/2003. Ponente: Alejandro González Gómez.

¹⁵¹ Así lo sostiene Roxin, quien incluye también, en casos como estos, a personas “manifiestamente desorientadas”. “Según la jurisprudencia el principio de confianza debe retroceder también en caso de infracciones de tráfico que se cometen con tanta frecuencia que un conductor consciente ha de contar razonablemente con ellas”; DPPG; p. 1005.

¹⁵² Roxin; DPPG; p. 1006; «Por otro lado, también se corresponde, sin embargo, con el principio de confianza el que se deba objetar y, en su caso, corregir los errores manifiestos de otros». Idem.

serían posibles si se hubiera de contar con la comisión de delitos dolosos por los compradores o por los demás receptores”¹⁵³.

No obstante lo señalado, el principio de confianza decae —y pierde su operatividad—, cuando el autor sabe que su acción resulta ser el medio para la comisión de un fin delictivo: si «A», deprimido por haber sido engañado por su mujer, le pide prestada su pistola a «B» para «hacer lo que tengo que hacer». En un caso así no hay principio de confianza que valga.

(ii) *La posición del autor en el tráfico jurídico.* Para determinar si el sujeto activo ha creado o no un riesgo prohibido, el juzgador requiere, en ocasiones, de un criterio estándar. Esto es, una herramienta que le permita acreditar en qué casos sí, y cuándo no, el agente ha superado los límites máximos de riesgo. Fundamentada en la posición que el autor guarda en el tráfico jurídico, esta figura-baremo¹⁵⁴, en palabras de Roxin, le permite resolver el interrogante “¿cómo se habría comportado en la situación concreta una persona consciente y cuidadosa perteneciente al sector del tráfico del sujeto?”¹⁵⁵. Se trata de un ejercicio de contrastación, a realizarse entre la acción ejecutada por el sujeto activo, y la que habría realizado otra persona, consiente y cuidadosa, en su misma posición:

Si el mecánico lesiona con su acción un bien jurídico, como lo puede hacer también un herrero o técnico de la construcción, se realiza un ejercicio de contrastación entre la acción original objeto de juicio, frente a la de un mecánico, herrero o técnico consiente y cuidadoso.

La figura-baremo, utilizada por la doctrina a escala del tipo imprudente, tiene la misma utilidad que las fuentes para la determinación de la permisibilidad del riesgo en el marco de la teoría de la imputación objetiva. De especial relevancia es en este contexto la *lex artis* y a la *evolución histórica de la actividad riesgosa*. Esto significa que la forma en que debiera conducirse el *sujeto activo consciente y cuidadoso*, no debe ser otra que la derivada de las fuentes antes señaladas: comenzando por la establecida en el ordenamiento jurídico hasta las dos restantes. Así, de acudir a la figura-baremo, la acción de ésta —contrastada por el juzgador—, deberá sustentarse en una actuación acorde a las fuentes para la determinación de la permisibilidad del riesgo —siempre a éstas y no a otras—.

¹⁵³ Roxin; DPPG; p. 1006.

¹⁵⁴ Kindhäuser rechaza la posibilidad de sustentar la imprudencia en «figuras-baremo». Por el contrario, sostiene, «Aquí es posible, especialmente por la pretensión de desempeño en actividades especializadas, que capacidades especiales se conviertan en el estándar al cual el destinatario de la norma ha de orientar sus capacidades individuales. Con ello, puede mantenerse como resultado intermedio: la figura estandarizada de cuidado se identifica con el destinatario de la norma leal al derecho y capaz de decisión racional, que es presupuesto por el fin de la pena, dotado de la constitución física e intelectual del autor»; ¿Qué es la imprudencia...; ob. cit. p. 244.

¹⁵⁵ Roxin; DPPG; p. 1009.

Una alternativa diferente a la aquí expuesta, es la sostenida por Kindhäuser, quien considera que acudir a una figura baremo o estándar para valorar la forma en la que se condujo el autor al momento de los hechos, resulta inútil: “una sustitución del autor concreto por una figura estándar no solo no es posible, sino que tampoco es jurídicamente interesante. Que una persona distinta del autor se hubiera comportado de un modo diferente a éste, no podría jamás fundamentar el reproche de que el autor se ha comportado incorrectamente. Pues el autor podría con razón aducir que él no es idéntico a la persona en cuestión y que sus disposiciones son, en variados órdenes, distintas”¹⁵⁶.

La postura de Kindhäuser resulta plausible, en tanto se aleja de la utilización de figuras modelo, cuya configuración ciertamente puede resultar compleja. Es congruente, además, con su opinión acerca de la trascendencia que pueden tener los conocimientos especiales del autor para la atribución de responsabilidad: “el argumento de la igualdad de trato estaría justificado si la orientación a la capacidad individual efectivamente condujese a una carga más intensa para el autor especialmente dotado. Este no es, sin embargo, el caso, porque por principio no se toman en consideración capacidades especiales potenciales, sino capacidades especiales actuales”¹⁵⁷. Con sus mismas palabras:

“Antes bien, en el delito imprudente también es necesario atender el saber individual del autor en la imputación de la producción del resultado. Así, las exigencias de cuidado esperado se dirigen a los conocimientos de la situación de hecho que posee el autor individual”¹⁵⁸.

c) La realización del riesgo en el resultado

¹⁵⁶ Y agrega: “La imprudencia siempre presupone, ciertamente, una figura estándar, pero solo en cuanto a las exigencias normativas dirigidas al comportamiento del autor. En cambio, el conocimiento al cual se encuentran referidas estas exigencias sólo puede ser el conocimiento del cual efectivamente dispone el agente individual. La imprudencia es, en otras palabras, un uso deficitario de la concreta capacidad intelectual de evitación del autor individual que se valora como descuidado según estándares objetivos”; El tipo subjetivo...; p. 20.

¹⁵⁷ “Determinante solo puede ser el saber efectivamente disponible en la situación de decisión respectiva. Por ello, un sujeto especialmente capaz también puede despreocuparse de la subsistencia de sus capacidades especiales si en el momento relevante carece de indicios de tener que estar en posición de evitar el resultado”; El tipo subjetivo...; p. 22.

¹⁵⁸ “Por esto, merece aprobación la opinión doctrinal que refiere el estándar de cuidado a la capacidad de acción del autor individual. La imprudencia se da, entonces, si la realización del tipo objetivo hubiese sido evitable para el concreto autor, de haber observado el cuidado de él esperado según su nivel de conocimiento”; ¿Qué es la imprudencia...; p. 243. Entre nosotros, también, Herrera Bazán, Simón; La participación imprudente; en, La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro homenaje a Claus Roxin, tomo I; Ontiveros Alonso, Miguel/Peláez Ferrusca, Mercedes (coordinadores); Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), México, 2003.

Las tres fases de la teoría de la imputación objetiva – creación de un riesgo no permitido, realización de este riesgo en el resultado, la prevención de ese mismo riesgo como fin de la norma relevante – aplican por igual al delito doloso y al imprudente. Por ello, una vez acreditada la causalidad, se procederá a probar que, mediante la infracción al deber objetivo de cuidado, el agente ha creado un riesgo no permitido. A éste, que es el primer elemento de la teoría de la imputación, deberá seguirle la realización del riesgo en el resultado. Éste, que es el segundo escalón de la teoría de la imputación objetiva, debe referirse al riesgo previamente creado y no a otro.

Finalmente es necesario que dicho resultado sea de aquellos que la norma infringida quiere evitar (pregunta por el *fin de la protección de la norma*). Con palabras de Roxin: “no se puede negar que p.ej. el homicidio imprudente de un ser humano puede poner en peligro también la salud de personas allegadas al mismo. Pero, con independencia de la cuestión de la compensación jurídico-civil de las consecuencias del daño, el pretender imputar jurídicopenalmente tales consecuencias al primer causante supondría ir demasiado lejos. El fin de protección de la prohibición penal de matar o lesionar no consiste en preservar a personas distintas del afectado de las repercusiones físicas de conmociones psíquicas”¹⁵⁹.

El ejemplo expuesto por Mir, relativo al tráfico vehicular, muestra con claridad lo que aquí se sostiene: “conduciendo a velocidad excesiva, A atropella a un suicida que se echa bajo sus ruedas. La prohibición de velocidad excesiva no se dirigía a evitar el atropello del suicida. Un conductor carece de permiso de conducir y de los necesarios conocimientos, lo que hace imprudente su conducción, pero la colisión que sufre se debe al hecho de que otro vehículo se salta un stop”¹⁶⁰.

También Kindhäuser utiliza el tráfico vehicular para resolver —como se ha expuesto y se asume aquí—, la exclusión de la imputación en casos similares: “el conductor “A” que circula por la calle a 90 Km/hr —siendo que la velocidad máxima permitida es de 60 Km/hr—, se encuentra repentinamente con el peatón “F” quien cruza la calle por un lugar prohibido. “A”, quien ya no alcanza a frenar ni a desviarse, impacta a “F” causándole la muerte. “A” no hubiera podido evitar el accidente aún y cuando hubiese respetado los niveles de velocidad permitidos¹⁶¹”. En un caso como este, el resultado no se puede atribuir al exceso de velocidad en que incurrió «A», por lo que no le puede ser imputado el resultado de muerte¹⁶².

¹⁵⁹ DPPG; p. 1012.

¹⁶⁰ Roxin; DPPG; p. 297. «Según la doctrina dominante, lo mismo sucederá cuando el resultado se haya causado por la conducta imprudente, pero *se hubiese causado igual* con otra conducta no imprudente (casos de comportamiento alternativo correcto). Idem.

¹⁶¹ Strafrecht...; § 33, nm. 33, p. 288.

¹⁶² Strafrecht...; § 33, nm. 35, p. 288.

Solución Esquemática

Punto de partida: analizar la estructura del caso y pensar sobre una posible estrategia de persecución/teoría del caso: ¿en contra de quién debe enfocarse la investigación? ¿Quién es el probable responsable de mayor rango? ¿Cuáles son los delitos más graves que se imputan? ¿Hay una estructura criminal y/o un contexto criminal específico que deba considerarse? ¿Cuántos sujetos activos hay? ¿Cuál es la relación entre ellos: coautores, autores paralelos, autores/participes?

A. *¿Responsabilidad del gobernador?*

Nota preliminar: es posible examinar a los participantes uno por uno, aunque también se puede hacer conjuntamente, desde un principio, en su calidad de posibles coautores. En el último caso, sin embargo, el examen se complica si se observa que falta un elemento de la coautoría. Por razones de claridad, parece más sensato —en este caso—, comenzar con el gobernador en su calidad de autor individual y después tomar en cuenta la relación (de corte jurídico y penal) con su esposa y el Secretario de Seguridad.

I. *¿Punibilidad del gobernador según Art. 27 Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Persona, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas?*

Tipicidad (tipo penal objetivo y subjetivo)

a) Gobernador: es “servidor público”

b) Verbos rectores: “autorizar”, “apoyar” o “dar aquiescencia”

- “autorizar”, “apoyar” o “dar aquiescencia” se traducen en permitir, consentir, favorecer o facilitar la ejecución de algo

- “abstención de reconocer la privación de la libertad” presupone “una vez detenidas evitar dar información o aceptar la detención”, en este caso, detener a las víctimas

- Aquí se trata, en principio, de autorizar o dar aquiescencia, pues la actividad/instrucción del gobernador de facilitar la detención y, de esa forma, “abstenerse de reconocer la privación de la libertad” de las víctimas bajo detención secreta/oculta. Sin embargo, es *discutible* si la declaración del gobernador consistente en “ya saben lo que tienen que hacer”, puede ser interpretada como “autorizar” una desaparición forzada, en el sentido del Art. 27. Es posible que el juez de control no acepte esta interpretación, por lo que resulta importante tener una propuesta de imputación alternativa (esto es, un “plan B”).

c) “abstención o negativa a reconocer dicha privación de la libertad o a proporcionar la información sobre la misma o su suerte, destino o paradero” (+) – se trata de un elemento

positivo en el que la autoridad debe negarse o abstenerse aún sin que se lo pidan de señalar el paradero de las víctimas.

2. Antijuridicidad (+)

- ausencia de causas de justificación (contempladas en el artículo 15 del CPF)

3. Culpabilidad (+)

- ausencia de causas de exculpación, causas de exclusión de la responsabilidad (contempladas en el artículo 15 del CPF, art. 17 LGMDFP)

4. Otros factores que excluyen responsabilidad penal (-)

- ej. inmunidad,

- ¿Fueros especiales o necesidad de juicio de procedencia?

5. ¿Responsabilidad como superior?

En caso de no poder acreditar una autoría mediata, la responsabilidad como superior establecida por el art. 29 que supletoriamente se construye con el art. 28 ECPI según dispone el art. 6 LGMDFP

II. Art. 9 I c) Ley General de Secuestro

Nota preliminar: La reforma al artículo 73, Fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, generó las bases para el diseño y entrada en vigor de las leyes generales en materia de secuestro, desaparición forzada de personas y tortura. Éstas cobran relevancia en la materia que nos ocupa, pues varios de los tipos penales, contemplados en dichas leyes generales, requieren la privación de la libertad de la víctima para integrar el tipo.

De ahí que sea necesario resaltar dos factores: 1. Que las leyes generales mencionadas, son de aplicación a escala nacional por cualquier Agente del Ministerio Público, independientemente de que ésta sea local o federal. 2. Que el análisis —cuidadoso— del tipo subjetivo, inclinará la balanza hacia una u otra ley y, por consiguiente, hacia uno u otro tipo penal.

Especial relevancia tienen aquí los tipos penales contemplados en la LGS, pues sí incluyen elementos subjetivos del injusto distintos al dolo. Este es el caso del Art. 9, cuya fracción I, inciso a), sanciona como secuestro —con pena mínima de 40 años de prisión—, cuando la privación de la libertad se efectúe con el propósito de “obtener, para sí o para un tercero, rescate o cualquier beneficio”. Así mismo, en el inciso b) se contempla una finalidad distinta —sancionada con la misma pena—, cuando la privación de la libertad se verifique

con la finalidad de “obligar a sus familiares, o a un particular, a que realice o deje de realizar un acto cualquiera”.

Mayor relevancia tiene, sin embargo, el inciso c) del mismo artículo, pues sanciona como secuestro —con la misma pena—, la privación de la libertad con el propósito de “causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a terceros”. Esta es, al parecer, la hipótesis que mejor se ajusta al caso objeto ahora de análisis. De conformidad con lo señalado, es procedente realizar las siguientes consideraciones:

- Art. 9 para. I c): con el propósito (elemento subjetivo especial/transcendental, finalidad) de causar daño (+) => el daño no tiene que ser demostrado objetivamente, sino que basta la demostración del propósito del autor para causarlo.

- Agravantes: Art. 10 I a), b), e), II a)

III. Art. 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

- Elementos de organización: 3 o más personas (+) actuación permanente o reiterada -> con fines de realizar cualquiera de los delitos mencionados -> se podría tratar de una organización, en el sentido del Art. 2, a pesar de que en el caso concreto no se han realizado los delitos enumerados. Lo anterior se desprende del texto mismo del Art. 2, pues la redacción típica exige que exista una organización “para realizar”, de forma permanente o reiterada, “conductas con una finalidad”, de tal forma que no se exige la efectiva comisión de cualquiera de los delitos señalados en el propio Art. 2.

- ¿A que “organización” se refiere?: “Los Rojos” o la organización (la empresa criminal) que se formó para (con el propósito de) desaparecer estudiantes?

- También vale la pena recordar que la definición de una organización, en el sentido de la Ley citada, se verifica vía decisión judicial, tal y como se desprende del párrafo tercero, del Art. 41, de la ley de referencia: “en los procedimientos penales se tendrá por acreditada la existencia de una organización delictiva determinada, cuando exista una sentencia judicial irrevocable, emitida por cualquier tribunal nacional o extranjero, que tenga por acreditada dicha existencia.

- Si se define la organización así, independientemente del delito concreto del caso bajo examen, los miembros del respectivo grupo (de la organización) serán sancionados por el “solo hecho” de su *pertenencia*; si la organización de referencia es la denominada “Los Rojos”, es cuestionable afirmar que el gobernador pertenezca a la misma, pero si él fue el mayor responsable de la empresa criminal conjunta; de todos modos, para ser responsable con base en el Art. 2 sería necesario la existencia de uno de los delitos contemplados en la lista. Como se observa, este no es el caso.

IV. Art. 364 CPF privación ilegal de libertad

- Gobernador como “particular”: si bien no es particular, sino servidor público, se aplicará la norma a través de un *argumentum a maiore ad minus* (conclusión *a fortiori*, o “el que puede lo más, puede lo menos”, ya que el estatus base es el de particular).

- Autoría (mediata)?: el gobernador no “priva” a nadie de la libertad con sus propias manos, es decir, él no realiza directa ni materialmente el delito; más bien, se sirve de otros (Art. 13 IV CPF) – de los policías –, pero ellos actúan como autores plenamente responsables, por lo cual de nuevo surge la pregunta acerca de si el dominio del hecho puede fundamentarse en la teoría de los aparatos organizados de poder (para los requisitos ver arriba A.I.). Si se rechaza esta teoría, el gobernador sería instigador (Art. 13 V CPF).

V. Art. 215 VII, XVI CPF abuso de autoridad

1. El gobernador podría haber incurrido en la conducta del párrafo VII, por haber tenido conocimiento de la privación ilegal de libertad de los estudiantes y no haber denunciado ni hecho cesar dicha privación, a pesar de que eso sí estaba dentro de “sus atribuciones”. El hecho de que el gobernador fue quien ordenó la detención, no excluye la tipicidad, pues quien ordena también sabe, y con más razón tiene la obligación de intervenir para salvar a las víctimas (*argumentum a maiore ad minus*, ver arriba).

2. Por otro lado, su conducta cumple con la configuración de la omisión, contemplada en el párrafo XVI pues —de nuevo *argumentum a maiore ad minus*— el gobernador no solo no hace lo que debe hacer (impedir la ejecución de delitos), sino que él mismo ordenó y, de esa forma, autorizó la comisión de los delitos respectivos.

VI. Concurso de leyes

- Art. 27 LGMDFP es *lex specialis* que desplaza a los otros tipos penales. Para resolver esta cuestión, existen criterios judiciales que abonan, por un lado, en la aplicación de la *lex specialis*, tal y como se desprende de R. 2012830, conforme al cual “el concurso aparente de normas se actualiza cuando diversas disposiciones, en un mismo tiempo y lugar, regulan una idéntica situación de hecho. Por ello, la primera parte del segundo párrafo del artículo 2º del Código Penal para el Estado de Chiapas abrogado —correlativo del artículo 8 del vigente—, prevé que la concurrencia de normas se resuelve atendiendo al principio de especialidad o *lex specialis derogat legi generali*, el cual estriba en que cuando una misma materia está regulada por dos leyes o disposiciones de ley, será aplicable la legislación o disposición especial (...)”.

También habrá que atender a las reglas contenidas en los artículos 18 y 19 del CPF, que definen el concurso de delitos —ideal o real—, así como a los artículos 64 y 64Bis del mismo ordenamiento, conforme a los cuales, “en caso de concurso ideal, se impondrán las

sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, siempre que las sanciones penales sean de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza, podrán imponerse las consecuencias jurídicas señaladas para los restantes delitos (...)¹⁶³.

- Si se rechaza el Art. 27 LGMDFP entra, como el segundo delito más grave, el Art. 9 de la LGS

- Art. 364 CPF es un tipo subsidiario frente a Arts. 27 LGMDFP y Art. 9 de la LGS

- La LFDO es una ley autónoma que desplaza los tipos básicos de los Art. 164 y 164-Bis del CPF.

B. ¿Responsabilidad de la esposa del gobernador?

Nota preliminar: dada la relación horizontal entre el gobernador y la esposa, así como la posición de ella como jefa de “Los Rojos”, es recomendable examinarla primero a ella y más tarde al Secretario.

I. Art. 27 LGMDFP ¿en coautoría?

- Si bien la esposa del gobernador no es servidora pública, el art. 27 LGMDFP contempla que un particular con la autorización, apoyo o aquiescencia de un servidor público prive de la libertad a una persona; es decir, el tipo penal mexicano de la DPF no requiere de un estatus específico en el sujeto activo;

- Entre la esposa y el gobernador existe una relación de coautores, pues actúan con base en un acuerdo —por lo menos tácito— y realizaron el delito en forma conjunta (división funcional de trabajo). Es posible imputar el elemento especial de servidor público del gobernador a la esposa, invocando la imputación recíproca consecuencia de la coautoría? En otras palabras más generales: ¿Permite la co-autoría la imputación de elementos especiales del tipo? En el derecho y la doctrina alemana la respuesta es claramente no, pues para ser autor, éste debe tener el elemento especial.¹⁶⁴ A la misma consecuencia debiera llegarse en el sistema penal mexicano, pues de conformidad con el Art. 54 del CPF, “El aumento o la disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél. Son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas”. Si estas reglas

¹⁶³ También habrá de considerarse lo referido en la última parte, del primer párrafo, del Art. 64 del CPF, que contiene reglas especiales de aplicación del concurso en materia de secuestro y trata de personas.

¹⁶⁴ Veanse, en vez de muchos, Joecks, en Münchener Kommentar zum StGB, 2nda ed. 2001, § 28 nm. 4.

rigen para circunstancias agravantes, más aún deben aplicar en materia de delitos especiales.

- ¿La LGMDFP otorga competencia al Estado de Morelos?

Si lo procedente es considerar un delito de desaparición forzada de personas, entonces la normativa aplicable es la LGMDFP, que en primer lugar corresponde a la competencia del Estado de Morelos pues no se actualiza, en un primer momento, alguna causal de competencia federal establecida en el art. 24. Esta determinación se desprende que la competencia de la Procuraduría General de la República se deriva de haber ejercido la facultad de atracción. Esta facultad se puede ejercer “en cualquier momento” y lo que cambia es “la autoridad que conoce del asunto”, pero no el “derecho aplicable”.

II. Art. 9 I c) Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos de Secuestro en coautoría

- La esposa persigue el mismo propósito que el gobernador, siendo coautora

III. ¿Ley Federal contra la Delincuencia organizada?

- Como jefa de “Los Rojos” la esposa pertenece claramente — a diferencia de su esposo (gobernador) — a una organización criminal, ver arriba A. III.

IV. Art. 364 CPF privación ilegal de libertad

- La esposa es un “particular”

- como coautora junto con el gobernador, actuando a través de los policías (autoría mediata, arriba A.IV.), es coautora mediata de la privación de libertad de los estudiantes.

C. Responsabilidad del Secretario

I. ¿Art. 215A CPF en coautoría?

- si bien el secretario ocupa un nivel jerárquico menor que el gobernador, es posible una coautoría entre ambos bajo los requisitos (acuerdo, división funcional del trabajo) explicados arriba.

- Al igual que ya se señaló más arriba, pero considerando que el verbo “autorizar” es aún más más claro (el mismo Secretario giró las instrucciones).

- Causa de justificación “obediencia debida” (frente a gobernador) -> no se actualiza, pues el LGMDFP explícitamente niega en su art. 17 esta excluyente de responsabilidad y para el caso de los Códigos y Leyes estatales, que todavía la contemplan, exigen que las órdenes/instrucciones sean legítimas. Así se desprende, por ejemplo, del Código Penal para el Estado de Morelos, que en su artículo 23, relativo a las causas excluyentes de

incriminación, no contempla la obediencia debida como eximente. Por el contrario, y para abonar mayor certeza al asunto, el Art. 4 de la Ley para Regular el Uso de la Fuerza por parte de los Elementos de las Instituciones Policiales del Sistema de Seguridad Pública del Estado de Morelos, mandata claramente lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la seguridad de su persona y a no ser sometida a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, por lo que no se admiten excepciones ni excusas para el uso ilegítimo de la fuerza”.

¿Responsabilidad como superior?

-Véase A.5

II. Art. 9 I c) Ley General de Secuestro

Por su carácter general, la LGS es aplicable, por igual, para Agentes del Ministerio Público locales o federales. De conformidad con lo anterior, el primer paso a realizar es determinar cuál de las hipótesis delictivas, ahí contenidas, se ajusta a los hechos objeto de investigación. Esta labor depende básicamente —aunque no solo— del elemento subjetivo del injusto distinto al dolo, pues las víctimas fueron privadas de su libertad, por servidores públicos y particulares.

Conforme a ello, parece que la hipótesis adecuada es la establecida en el Art. 9.I. c), esto es, privar de la libertad con el propósito de causar un daño o perjuicio a las personas privadas de la libertad. Resta aún, como se verá, aplicar las agravantes contempladas en el mismo ordenamiento, así como las hipótesis derivadas en la LFDO, de conformidad con su Art. 2.VII.

- A. II en coautoría, tal y como se efectuó más arriba.

III. Art. 2 Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

- Aquí se presentan los mismos problemas planteados más arriba en A.III: ¿Pertenece el Secretario a la organización? ¿Cuál?

IV. Art. 364 CPF privación ilegal de libertad

- Posiblemente coautor mediato, al igual que se afirmó en el apartado A.III

V. Art. 215 VII, XVI CPF abuso de autoridad

- El Secretario, siendo servidor público, comete los mismos delitos que el Gobernador. Ver arriba A.V.; de hecho, actuaron como coautores

VI. Concurso de leyes

- Véase el punto A. VI.

D. ¿Responsabilidad de los policías?

I. Art. 27 LGMDFP?

- servidores públicos (+)

- autorizar, apoyar (+)

- justificación (-) Art. 15 CPF “legalmente”. Aquí se debe analizar el Art. 15 del CPF para determinar la posibilidad de que se actualice alguna excluyente de la antijuridicidad. Al respecto, es importante advertir que el CPF y la LGMDFP no solo no contemplan la “obediencia debida” como excluyente del delito, sino que en caso del CPF la Fracción VI exige, a escala del “cumplimiento de un deber”, que éste se ejecute con base en la necesidad racional del medio empleado.

II. Art. 215 VII, XVI CPF abuso de autoridad

- Los policías son servidores públicos y también pueden incurrir en las infracciones cometidas e imputadas a fuerzas paramilitares, carteles o grupos del crimen organizado. VII, XVI

III. Otros delitos, con especial referencia al Art. 9 I c) LGS: subsidiarios/consumados

E. Responsabilidad de “Los Rojos”

I. ¿Art. 27 LGMDFP?

(-) no son “servidores públicos”

(+) “autorización”, “apoyo”, “aquiescencia” de servidores públicos

II. ¿Art. 9 I c) LGS?

- propósito de causar daño (+)

III. Art. 364 CPF privación ilegal de libertad

- es plenamente aplicable como tipo subsidiario, pues son “particulares”

IV. ¿Otros delitos?

También se deberá analizar el resto de la información, de tal forma que se pueda determinar la posibilidad de atribuir homicidios o tortura, por ejemplo.

F. Resultado completo

I. *El Gobernador* responde penalmente por la comisión del Art. 27 LGMDFP, si se considera que su declaración puede ser interpretada como “autorizar”; también es responsable de conformidad con el Art. 9 I c) de la LGS. Tal vez, también, por el Art. 2 de LFDO, así como por el Art. 215 VII, XVI CPF; subsidiariamente es aplicable Art. 364 CPF.

II. Su *esposa* es coautora del delito contemplado en el Art. 27 LGMDFP y del Art. 9 I c) LGS. También es responsable, en su calidad de jefe de “Los Rojos”, según el Art. 2 de la LFDO; subsidiariamente es aplicable el Art. 364 CPF (coautora mediata).

III. El *Secretario* es responsable, a título de coautor, de la comisión del delito contemplado en el Art. 27 LGMDFP , así como del Art. 9. I c) de la LGS; es discutible su responsabilidad por el Art. 2 de la LFDO pues no pertenece formalmente a “Los Rojos”; es coautor del Art. 215 VII, XVI CPF; asimismo, responde subsidiariamente como coautor mediato del Art. 364 CPF.

IV. Las *policías* responden por el Art. 27 LGMDFP y Art. 215 VII, XVI CPF.

V. Los *Rojos* son responsables según Art. 27 LGMDFP, Art. 9 I c) LGS y Art. 364 CPF.

CASO 2: «RESCATE»

Después de la aprehensión del líder del cartel de Jalisco nueva generación (CJNG), su hijo —apodado «Escorpión» (E) — quedó al frente de la organización criminal dedicada al narcotráfico. Después de un enfrentamiento armado con miembros del CJNG, miembros del ejército logran la detención del «Kélin» (K), quien es el jefe del brazo armado del cartel. «Escorpión» ordena rescatar «a sangre y fuego» al «Kélin». En la madrugada, durante el traslado del «Kélin» a un hospital para atenderlo por las heridas derivadas del enfrentamiento, un comando armado compuesto por 30 miembros del CJNG ataca el convoy militar con lanzagranadas y rifles Barret calibre 50. Cinco soldados mueren calcinados, otros 10 quedan gravemente heridos, mientras que el «Kélin» es rescatado por los miembros del cártel.

¿Responsabilidad penal por los muertos y heridos?

Solución Esquemática

A. *¿Responsabilidad de Escorpión?*

I. *Art. 302, 13 IV CPF por las muertes*

1. Tipicidad

a) Autor material (-) pero ¿autor mediato?

(p) Los autores materiales actúan con plena responsabilidad -> ¿dominio de hecho sobre sujetos autónomos? -> ¿dominio en virtud de aparato organizado de poder? (ver arriba Primera Parte, I) <-> determinación según Art. 13. V (instigación)

b) Dolo según el Art. 9 CPF

2. Antijuridicidad (+)

3. Culpabilidad (+)

II. *Art. 302, 13 V CPF por las muertes*

- si se rechaza la autoría mediata, queda aún la instigación

- subjetivamente E actuó dolosamente por la instigación como tal y por el resultado final (muertos, por lo menos, por dolo eventual)

III. *Art. 289, 13 IV / V CPF por las lesiones*

- Dado que 10 víctimas quedaron “gravemente heridas”, se trata de lesiones graves, según el Art. 289 del CPF.

- E podría ser autor mediato de los delitos de lesiones graves si se acepta la posibilidad de un dominio a través de una organización

IV. Art. 150 CPF

- E ordenó el rescate, es decir, ha hecho más que “favorecer” la evasión; su comportamiento incluye la conducta del Art. 150 CPF, a través del ya mencionado argumento *a maiore ad minus*, esto es, el que puede lo más, puede lo menos
- E actuó también dolosamente (dolo directo)

V. Art. 2 de Ley Contra la Delincuencia Organizada

- Mientras que, efectivamente, el cartel de Jalisco es una organización, en el sentido del art. 2, no hay conducta subsumible de los delitos enumerados.
- Siguiendo la argumentación arriba expuesta, se podría considerar que basta que exista una organización, y que el sospechoso pertenece a ella; aquí E pertenece – es el líder – del CJNG

VI. Concurso de leyes

En principio, la autoría mediata/instigación de los muertos/gravemente heridos, subsume los otros delitos, pues abarca completamente el injusto realizado.

Tal vez se puede argumentar que el Art. 150 CPF protege un bien jurídico diferente – la administración de justicia penal a través de la ejecución de penas – que los Art. 302, 289 por lo cual existe un concurso ideal entre ellos.

B. ¿Responsabilidad de los integrantes del comando?

I. Art. 302, 13 CPF por las muertes

- autores materiales de cinco homicidios calificados

II. Art. 289 CPF por las lesiones

- autores materiales de lesiones graves en 10 personas

III. Art. 150 CPF evasión de presos

- Al igual que más arriba : el rescate incluye “favorecer la evasión”

IV. Concurso de leyes

Como arriba, concurso ideal entre Art. 302, 289 y 150 CPF.

C. Resultado completo

1. E es autor mediato o instigador de los Art. 302, 289 CPF y cumple por sí mismo – en concurso ideal – el Art. 150 CPF.
2. Los integrantes del comando son autores materiales de los Art. 302, 289 CPF y cumplen – en concurso ideal – el Art. 150 CPF.

CASO 3: «GRES» (GRUPO DE REACCIÓN ESPECIAL)

El GRES, grupo de las fuerzas armadas, recibe entrenamiento especializado para luchar en contra del crimen organizado. El comandante del grupo militar informa a todos los miembros que «hay que hacer lo que sea necesario» para acabar con la organización delictiva denominada «Los Zetas» dedicada al secuestro. Para ello, advierte que «lo mejor sería no dejar con vida a miembro alguno de dicha organización criminal». El día de los hechos, 40 miembros del GRES rodean una bodega ubicada en la ciudad de Reynosa, donde una célula de 25 miembros de «Los Zetas» mantiene secuestrados a un grupo de civiles. Elementos del GRES ingresan mediante la fuerza liberando a los civiles y deteniendo a todos los miembros de la organización criminal. Una vez detenidos, los obligan a colocarse en distintas posiciones y ejecutan a los 25 miembros de «Los Zetas» con disparos en diversas partes del cuerpo. Una mujer, quien fue víctima de violación sexual y sobrevivió a los hechos, ha confirmado la imputación en calidad de testigo de cargo.

¿Responsabilidad penal por los muertos?

Solución Esquemática

A. Responsabilidad del comandante

I. Art. 302, 13 CPF

- Las ejecuciones ilegales, cometidos en situación de paz, constituyen homicidios simples en el sentido del Art. 302 CPF
- El comandante ordenó/determinó estas ejecuciones con su declaración consistente en “lo mejor sería no dejar con vida a miembro alguno ...”. Si bien la primera parte de esta declaración (“lo mejor sería ...”), deja un cierto margen de interpretación, se le debe interpretar como una orden/instrucción de asesinar a los miembros de “Los Zetas”, tomando en cuenta la autoridad del comandante como superior militar del GRES.
- La jerarquía militar, y el control de la organización militar GRES por el comandante, sugiere una autoría mediata (Art. 13 IV CPF) de éste, basada en la teoría del dominio de organización (ver Primera Parte I).
- Si uno rechaza la autoría mediata por la falta de un control total/naturalístico sobre los autores materiales, se aplicaría el Art. 13 V CPF (determinación/instigación).

II. Art. 215 II CPF abuso de autoridad

El comandante abusó de su posición y funciones para ejercer “violencia” (mortal) sobre varias personas “sin causa legítima”.

III. Concurso de Leyes

Art. 302 y 215 II CPF están en concurso ideal pues protegen diferentes bienes jurídicos.

B. Responsabilidad de los integrantes del GRES

I. Art. 302 CPF

- Los integrantes del GRES son autores materiales de 25 homicidios
- ¿Obediencia debida / justificación derecho militar?

De entrada, conforme al Art. 100 del CJM, habría que considerar la probable imputación, a los miembros del GRES, por una omisión, pues de dicha disposición se desprende la obligación de todo militar de hacer del conocimiento de las autoridades militares la comisión de un probable delito que sea competencia de aquéllas.

Por otro lado, el Art. 110 del ordenamiento citado establece claramente que, “siempre que el cumplimiento de una orden del servicio implicare la violación de una Ley Penal, serán responsables el superior que hubiere dictado esa orden y los inferiores que la ejecutaren (...)” Además, si bien es cierto el Art. 119 VI contempla como una circunstancia excluyente de responsabilidad, “obedecer a un superior aun cuando su mandato constituya un delito”, también es claro que a continuación se señala: “excepto en los casos en que esta circunstancia sea notoria o se pruebe que el acusado la conocía”. En otras palabras, si los subordinados conocen la ilicitud de su conducta – situación bastante evidente aquí – no pueden invocar la obediencia debida.

Lo hasta ahora señalado se robustece con el criterio judicial, expuesto en R. 204295, que establece: “Para que se constituya la causa eximente de responsabilidad a que se refiere la fracción VII del artículo 12 del Código Penal de Michoacán, es necesario que la obediencia del subordinado a la orden superior, como una manifestación del imperium de los funcionarios públicos con mando, se funde en la firme creencia por parte del inferior de que el acto que se le manda ejecutar es justo, lo que no acontece cuando el inculpado asume una actitud de soslayar el atentar contra la vida de una persona, pues ello evidencia más bien, una postura de complacencia en la comisión de un delito que una orden jerárquica”.

C. Resultado completo

1. El *comandante* responde como autor mediato/instigador por las muertes (concurso real) y además por el Art. 215 II CPF.
2. Los integrantes del GRES son responsables, a título de autores materiales, de las ejecuciones según el Art. 302 CPF (concurso real).

CASO 4: «LOS GENDARMES»

Tres miembros de la Gendarmería son emboscados mientras realizan tareas de patrullaje en la ciudad de Apatzingán, Michoacán. Como consecuencia del atentado, el Jefe de la Gendarmería, adscrito a la comandancia de esa Ciudad, ordena realizar tareas de inteligencia y detectar a los autores materiales del homicidio, quienes resultan ser miembros de la organización criminal autodenominada «La Familia». Una vez ubicados los autores junto con otros 39 miembros de la organización criminal, el comandante de la Gendarmería ordena realizar un operativo, con helicópteros artillados, para «vengar la memoria de los compañeros», de tal manera que «no queden testigos de los hechos». Los helicópteros rodean el rancho y disparan directamente a quienes ahí se encontraban sin quedar sobrevivientes, mientras que un Gendarme —quien se había opuesto a disparar en contra de gente desarmada— resultó herido de muerte en el lugar.

¿Responsabilidad penal por los muertos?

Solución Esquemática

A. Responsabilidad del jefe de la Gendarmería

I. Art. 302 CPF por las muertes de los integrantes de “La Familia”.

1. Como más arriba: autoría mediata (dominio de la organización; ¿Gendarmería como organización?) vs. instigación.

II. Art. 302 CPF por muerte del gendarme

Causalidad (+): si el jefe no hubiese ordenado el asalto a “La Familia”, no habría muerto el gendarme (formula “*conditio sine qua non*”)

(P) Imputación objetiva

-- creación de un riesgo prohibido:

→ fuentes para la determinación del riesgo: derecho positivo, ley del arte, ponderación de intereses (costo/beneficio) -> aquí, la instrucción ilegítima está prohibida = riesgo no permitido / prohibido.

-- ¿realización del riesgo prohibido en el resultado? Es discutible si la muerte del gendarme (resultado) es un reflejo de la realización del riesgo prohibido (instrucción de atacar al cartel denominado “La familia”); más bien uno podría alegar que la realización de *este* riesgo se limita a la muerte de los miembros de “La Familia”

-- En cuanto al fin de protección de la norma (para algunos un requisito adicional de la imputación objetiva, para otros parte de la realización del riesgo prohibido), surge la pregunta acerca de cuál es el fin de la protección de la norma de conducta (¿no debes

matar!). ¿Quiere esta norma evitar el riesgo de que alguien muera casualmente–, esto es, por una falla de él o sus compañeros? (la relación de hechos lo deja abierto) – o solamente casos de una muerte (de un homicidio) planificada/intencionada. La respuesta está abierta a discusión.

II. Art. 215 II CPF abuso de autoridad

El jefe de la Gendarmería abusó su posición y funciones para ejercer “violencia” (mortal) sobre varias personas “sin causa legítima”.

III. Concurso de Leyes

Art. 302 y 215 II CPF están en concurso ideal pues protegen diferentes bienes jurídicos.

B. ¿Responsabilidad de los gendarmes?

I. Art. 302 CPF

Autores materiales de los homicidios, en concurso real.

C. Resultado completo

El jefe de la Gendarmería es autor mediato/instigador de las muertes. Es discutible si también se puede imputar a él la muerte del gendarme.

Los miembros de la Gendarmería responden penalmente como autores materiales del Art. 302 CPF.

Referencias bibliográficas

- **Ambos, Kai.** La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia. 2006.
- **Ambos/Meini,** La autoría mediata: el caso Fujimori, Lima: Ara, 2010; reproducido en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, n° 11/2009, 549-690
- **Ambos, Kai,** (coord), Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, 2° ed, Bogotá: Temis, 2009.
- **Ambos, Kai** (coord.), Desaparición Forzada de Personas. Análisis comparado e internacional, Editorial Temis S.A., GTZ, Bogotá Colombia. 2009.
- **Ambos, Kai,** Sobre la «organización» en el dominio de la organización, en *InDret* 3/2011.
- **Ambos, Kai,** El juicio a Fujimori: Responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3° época, n° 5 (2011), 231-271
- **Ambos, Kai,** Treatise on international criminal law, Vol. 1, Foundations and general part, Oxford: Oxford Univ. Press, 2013.
- **Ambos/Malarino/Steiner,** coords., Análisis de la primera sentencia de la CPI: el caso Lubanga, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014.
- **Ambos, Kai,** Article 25. Individual criminal responsibility, en: Triffterer/Ambos, The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, München/Baden-Baden/Oxford: Beck/Nomos/Hart, 3era ed. 2016.
- **Ambos, Kai,** Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe, München: Beck, 5. Auflage 2018.
- **Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio,** Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, Serrano-Piedecasas, José Ramón y García Ricas, Nicolás; Lecciones de Derecho Penal. Parte General; 2ª ed, Praxis, Barcelona 2009.
- **Dondé Matute, Javier;** Política Criminal y Derecho Internacional. Tortura y desaparición forzada de personas; Colección Investigación, número 15, Inacipe, México, 2014.
- **Fabián Caparrós, Eduardo A,** Algunas Consideraciones sobre el Blanqueo Imprudente de Capitales (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales); en CCC, número 1, Instituto Nacional de Ciencias Penales/Universidad de Salamanca/Ubijus, México, 2010.
- **Herera Bazán, Simón,** La participación imprudente, en, La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Iberoamérica. Libro homenaje a Claus Roxin, Tomo I, Ontiveros Alonso Miguel/Peláez Ferrusca, Mercedes (coordinadores), Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003.
- **Jakobs, Günther,** Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo; 2ª ed, corregida, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- **Kersten, Jens,** Menschen und Maschinen; JZ, 2015.

- **Kindhäuser, Urs**, El tipo subjetivo en la construcción del delito; Traducción de Juan Pablo Mañalich; InDret; 4, Barcelona, 2008.
- **Kindhäuser, Urs**, ¿Qué es la imprudencia?; Traducción de Juan Pablo Mañalich R; en, Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa, CEDPE, Perú, No. 2, 2012, p. 241.
- **Kindhäuser, Urs**, Strafrecht. Allgemeiner Teil; 7ª edición, Nomos, Baden-Baden; 2015.
- **Kindhäuser, Urs**, Hechos brutos y elementos normativos del tipo; Traducción de Orlando Humberto de la Vega Martinis, InDret; Abril de 2014.
- **Kindhäuser, Urs**, Zur Funktion von Sorgfaltsregeln, en; Streitbare Strafrechtswissenschaft; Festschrift für Bernd Schünemann; Hefendehl/Hörmler/Greco; Walter de Gruyter, Berlin, 2014.
- **Mir Puig, Santiago**, Derecho Penal. Parte General; 10ª ed; (actualizada y revisada), con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Ibáñez, Editorial Reppertor, Barcelona, 2015.
- **Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes**. Derecho Penal. Parte General, 9ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- **Ontiveros Alonso, Miguel**, Legítima defensa e imputación objetiva (especial referencia a los mecanismos predisuestos de autoprotección; 2ª ed, Colección Investigación, número 1, Instituto Nacional de Ciencias Penales; México, 2010. **Pérez Álvarez Fernando/Méndez Rodríguez, Cristina/Zúñiga Rodríguez, Laura**, Derecho Penal. Parte Especial, CISE, Salamanca, 2011.
- **Roxin, Claus**, Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana por, Diego-Manuel Luzón Pela, Miguel Díaz y García y Conlledo y Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- **Roxin, Claus**, Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania, Traducción de Miguel Ontiveros Alonso, Colección Vanguardia en Ciencias Penales, número 1, Instituto de Formación Profesional/UBIJUS, México, 2009.
- **Velásquez, Velásquez, Fernando**, Derecho Penal. Parte General; 4ª edición, completamente reelaborada y puesta al día. Librería Jurídica Comlibros, Medellín, 2009.