

EL ERROR EN LA PERSONA EN EL ASESINATO DEL CARDENAL POSADAS CONFORME A LAS FIGURAS DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

Enrique DÍAZ-ARANDA

SUMARIO: I. *Los hechos*. II. *Análisis dogmático conforme a las figuras procesales del cuerpo del delito y la probable responsabilidad*.

Para un teórico del derecho penal, como el que suscribe este ensayo, resulta muy atractivo el análisis del asesinato del cardenal Posadas Ocampo, Francisca Rodríguez, Juan Manuel Vega, Pedro Pérez, Alejandro Aceves y dos pistoleros del “Chapo” Guzmán.¹ Pues, de acuerdo, con las investigaciones realizadas por la Procuraduría General de la República (PGR) se llegó, en periodos distintos (1993, 1995 y 1998) y bajo la dirección de diferentes procuradores (Jorge Carpizo, Antonio Lozano Gracia y Jorge Madrazo Cuellar), a la misma conclusión: el cardenal Posadas y otras cuatro personas fueron privadas de la vida durante un tiroteo entre bandas de narcotraficantes, en el cual se confundió al cardenal con uno de los hombres de Joaquín Guzmán Loera (“El Chapo” Guzmán). Tesis que también fue sostenida por los procuradores Diego Valadés y Humberto Benítez Treviño. Desde esta perspectiva surge la pregunta si la confusión del autor material sobre la víctima permite considerar a su conducta como un homicidio calificado o si existe tan sólo un homicidio simple o si hay un concurso de delitos de homicidio simple culposo en concurso con una tentativa de homicidio calificado. En términos dogmáticos, la pregunta gira en torno a la relevancia del error en la persona al realizar el juicio de tipicidad y su consecuente efecto en la pena a impo-

¹ Carpizo, Jorge, *El expediente Posadas a través de la lupa jurídica. Averno de impunidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 7.

ner al autor material. Mientras que desde el punto de vista del procedimiento penal las incógnitas giran en torno a la ubicación de las calificativas en el cuerpo del delito o la probable responsabilidad y si en ello influye el cambio de la ubicación del dolo de los elementos del tipo penal a la probable responsabilidad después de la reforma del 8 de marzo de 1999 al Código Federal de Procedimientos Penales.

Por supuesto que el “caso Posadas” puede analizarse desde otros puntos de vista como el criminológico o el político criminal. Desde el punto de vista criminológico se podría realizar una investigación independiente para determinar si efectivamente se trató de una confusión o de un “complot” del Estado para eliminar al cardenal, mientras que desde el punto de vista político criminal podríamos analizar los factores que influyeron en un suceso tan lamentable y cuales son las medidas que a raíz de esta experiencia se pueden adoptar para evitar futuros hechos similares. Pero no siendo ni la criminología ni la política criminal campos de mi especialidad, me concentraré en su análisis teórico para determinar si el error en la persona es o no relevante para calificar la conducta como homicidio calificado y, de paso, realizar una aportación en torno al conocimiento del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

I. LOS HECHOS

Como dato preliminar debo decir que los hechos de los cuales parte nuestro análisis son extraídos de los libros: *Asesinato de un cardenal. Ganancia de pescadores* y *El expediente Posadas a través de la lupa jurídica. Averno de impunidades*, el primero escrito por Jorge Carpizo en coautoría con Julián Andrade y el segundo de la autoría del primero.

El 24 de mayo de 1993 fue asesinado el cardenal Posadas Ocampo. La posición jerárquica de la víctima en la Iglesia católica hicieron de su muerte un caso relevante para la justicia mexicana dando lugar a una exhaustiva investigación por parte de la Procuraduría de Justicia del Estado de Jalisco y de la PGR, los titulares de ambas dependencias, Leonardo Larios y Jorge Carpizo, coordinaron las acciones de sus respectivas instituciones y presentaron las pruebas científico técnicas necesarias para esclarecer la forma en que sucedieron los hechos delictuosos. Conforme a los informes presentados por las citadas procuradurías podemos representar el hecho de la forma que narro a continuación.

Los hermanos Arellano Félix ordenaron a Humberto Rodríguez Bañuelos (“El Rana”) que reuniera a un grupo de sicarios para matar al Joaquín Guzmán Loera (“El Chapo”) y a Héctor Palma (“El Güero Palma”). Humberto Rodríguez reunió a veinte hombres aproximadamente, entre los cuales se encontraban: Edgar Eduardo Mariscal Rábago (“El Negro”), Juan Francisco Murillo Díaz (“El Güero Jaibo”), Juan Enrique Vascones Hernández (“El Puma”), Ramón Torres Méndez (“El Spuki”), Juan Carlos Mendoza Castillo (“El Paisa”), Jesús Alberto Bayardó Robles (“El Gory”), Rodrigo Villegas Bon (“El Roque”), Álvaro Osuna (“El Anual”), el Tiroloco, el Trazan y el Cougar, entre otros.² Quienes se trasladaron de Tijuana a Guadalajara y fueron concentrados en una casa de seguridad donde esperaron la orden de ejecución.

Mientras tanto, se recabaron datos relevantes del “Chapo” Guzmán, dentro de los cuales se encontraban la existencia de un Ford Grand Marquis blanco como uno de los vehículos que utilizaba la esposa del “Chapo”: Alejandrina Salazar Hernández, de igual forma se identificó un coche Buick color azul-verde como uno de los autos del “Chapo” Guzmán.³

Efectivamente, “El Chapo” Guzmán se encontraba en Guadalajara, estaba hospedado en el hotel Holiday Inn, lugar donde él y sus colaboradores compraron boletos de avión para salir el 24 de mayo rumbo a Puerto Vallarta.⁴ Dicho horario coincidía con la salida de otro vuelo de Guadalajara a Tijuana y con la llegada del vuelo de la ciudad de México a Guadalajara.

El 24 de mayo el nuncio apostólico Prigione se dirigía de la ciudad de México hacia Guadalajara con el objetivo de bendecir una mueblería y el cardenal Posadas Ocampo se ofreció insistentemente para recogerlo en el aeropuerto.⁵ El cardenal viajaba en un Grand Marquis blanco y llegó al aeropuerto casi al mismo tiempo que un coche Century azul conducido por Martín Alejandro Aceves Rivas, chofer del presidente municipal de Arandas y, por el otro lado, también habían llegado al aeropuerto “El Chapo” Guzmán y sus hombres, entre los que se encontraba Antonio Mendoza Cruz, quienes estaban dando una vuelta de reconocimiento en

2 Carpizo, Jorge y Andrade, Julián, *Asesinato de un cardenal. Ganancia de pescadores*, México, Nuevo Siglo Aguilar, 2002, pp. 40, 41, 46 y 87.

3 *Ibidem*, p. 42.

4 *Ibidem*, pp. 48 y 86.

5 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 1, p. 7.

el circuito del mismo. Este fue el punto de coincidencia de varias personas que no tenían relación entre sí.

Al parecer el grupo de sicarios reciben la orden de abortar la operación y, tal vez por eso, algunos suben a la aeronave que los llevaría a Tijuana, mientras que otros, todavía en tierra, observan la aproximación de dos vehículos de características similares a los que utilizaba “El Chapo” Guzmán: un Grand Marquis blanco y un Century azul, el cual, a simple vista, no es fácil distinguir sus diferencias con un Buick.

Al momento en que Eduardo Mariscal Rábago (“El Negro”), Juan Francisco Murillo Díaz (“El Güero Jaibo”) ven llegar al aeropuerto un Grand Marquis blanco, se acercan y por ambos costados disparan simultáneamente.⁶ Quien viajaba en la parte frontal derecha de dicho vehículo era el cardenal Posadas Ocampo, pero no era fácil reconocerlo porque no llevaba puesto su alzacuellos (lo tenía en la bolsa superior de su saco) ni se le veía la cruz pectoral debido a que la había guardado en la bolsa de su camisa, a ello hay que añadir que el cardenal iba vestido de negro, color muy utilizado por los narcotraficantes.⁷ Si a todos estos datos, le sumamos que el hecho ocurrió en fracción de segundos (de 20 a 25 aproximadamente), que los disparos fueron realizados con armas AR-15 y AK-47, capaces de disparar cientos de balas en un minuto, y que el movimiento de los sicarios fue rotatorio y diagonal de atrás hacia delante,⁸ podemos entender por qué Eduardo Mariscal, autor material de la muerte del cardenal, creyó que estaba matado a uno de los hombres del “Chapo”, ni siquiera al “Chapo” mismo.⁹ Cabe hacer notar que varios de los sicarios se encontraban en estado de ebriedad e incluso intoxicados por el consumo previo de drogas, como fue el caso de Jesús Alberto Bayardó Robles (“El Gory”), quien al ser detenido aseguraba haber matado al “Chapo” Guzmán cuando en realidad había asesinado a Martín Alejandro Aceves Rivas, chofer del presidente municipal de Arandas.¹⁰

En el mismo momento en que inició la balacera, “El Chapo” Guzmán descendía de su vehículo y de inmediato se tiro al suelo rodándose

6 *Idem.*

7 Carpizo, Jorge y Andrade, Julían, *op. cit.*, nota 2, pp. 73, 75 y 76.

8 *Ibidem*, pp. 28, 83 y 84.

9 *Ibidem*, p. 84. También Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 1, p. 8.

10 Carpizo, Jorge y Andrade, Julían, *op. cit.*, nota 2, pp. 34 y 35.

hacia la puerta del aeropuerto para ponerse a salvo y escapar de la emboscada.¹¹

Los médicos Enrique González Galván y Miguel Saldaña Torres realizaron la descripción de las heridas del cardenal y determinaron la existencia de catorce heridas.¹² Por su parte, Mario Rivas Souza, jefe del SEMEFO, dispensó la necropsia a solicitud de nuncio apostólico Prigione y con autorización del procurador de Jalisco, Leobardo Larios,¹³ fundamentando su decisión en lo dispuesto en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Jalisco

Artículo 119. Si se trata de homicidio, el cuerpo del delito se tendrá por acreditado con la inspección y descripción del cadáver, hecha en los términos de los artículos anteriores y con el dictamen de los peritos médicos que hayan practicado los exámenes correspondientes; quienes practiquen la necropsia, expresarán con minuciosidad, el estado que presente el cadáver y las causas que originaron la muerte. Si el cadáver fue sepultado se procederá a exhumarlo.

Solamente se omitirá la necropsia cuando, tanto el funcionario que practique las diligencias como los peritos médicos, estimen que no es necesaria para determinar la causa de la muerte.

Si se hubiera realizado la necropsia se tendrían más elementos científico naturales para poder determinar si la acción de los sicarios fue de atrás hacia adelante dando lugar a la confusión o si la agresión inició teniendo de frente al cardenal a quien se le quería eliminar por un complot en su contra. No obstante, las pruebas más sólidas apuntan hacia una conclusión: el homicidio del cardenal Posadas se debió a una confusión¹⁴ y sobre la base de esta hipótesis desarrollaré mi análisis teórico, es decir, en torno a la relevancia del error en la persona.

II. ANÁLISIS DOGMÁTICO CONFORME A LAS FIGURAS PROCESALES DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

El caso Posadas constituye un buen ejemplo para analizar el cuerpo del delito y determinar si en éste se deben o no analizar las calificativas

11 *Ibidem*, p. 98.

12 *Ibidem*, pp. 27 y 28.

13 *Ibidem*, pp. 28 y 29.

14 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 1, pp. 8 y 9.

del tipo base (homicidio) y si para ello es necesario el análisis del dolo. Para comenzar podríamos cuestionarnos qué se entiende por cuerpo del delito y, sobre todo, si dicha figura procesal incluye o no al dolo como se disponía en la regulación de los elementos del tipo penal.

1. *El cuerpo del delito y las agravantes*

Los antecedentes del cuerpo del delito se pueden encontrar en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, de ello nos ocuparemos a continuación.

A. *En la doctrina*

El término cuerpo del delito fue utilizado por Farinaccio a mediados del siglo XVI¹⁵ y posteriormente se puede encontrar a principios del siglo XIX en la obra de Feuerbach, quien se refiere al supuesto de hecho del delito o cuerpo del delito (*Tatbestand des Verbrechens oder corpus delicti*).¹⁶ Debemos tener en consideración que la obra de Feuerbach es anterior a la creación del sistema clásico y, por tanto, se puede sostener que dicho autor no utilizaba el término de cuerpo del delito como sinónimo de tipo penal, dado que esa categoría del sistema penal se creó casi un siglo después por Beling.¹⁷ En efecto, el cuerpo del delito para Feuerbach se puede asimilar al delito mismo. Empero, en la moderna dogmática europea no se encuentra referencia alguna al concepto de cuerpo del delito.

En la doctrina penal mexicana, la expresión “cuerpo del delito” puede tener tres sentidos:

como el hecho objetivo insito en cada delito, esto es, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción; en otras ocasiones se le ha estimado como el efecto material que los delitos de hecho permanente deja después de

15 Cfr. Mancera Espinosa, Miguel Ángel. “¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?”, *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 2, mayo-agosto de 1998, en especial p. 1.

16 Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 6a. ed., § 24 y ss. Por otra parte, conviene aclarar que actualmente se traduce el sustantivo “Tatbestand” como tipo, sin embargo, ello es producto de la posterior aportación de Beling; si Feuerbach hubiese querido hacer referencia expresa al tipo penal, entonces habría utilizado el término que se empleaba en su época: *Typus*.

17 Cfr. Bustos Ramírez, Juan, *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Temis, 1986, p. 105.

su perpetración, así por ejemplo, un cadáver, un edificio dañado, una puerta rota, y finalmente, una tercera acepción, como cualquier huella o vestigio de la naturaleza real que se conserve respecto de la acción material realizada (un puñal, una joya, etcétera).¹⁸

La doctrina penal mayoritaria en nuestro país se pronuncia a favor del primer concepto de cuerpo del delito, es decir, lo concibe como el tipo penal objetivo,¹⁹ aunque muchos autores agregan, a los elementos objetivos del tipo, los elementos normativos y los elementos subjetivos distintos del dolo, cuando el tipo así lo requiere.²⁰

B. En la legislación

El Código Procesal de 1880 establecía en el artículo 121 que para acreditar el cuerpo del delito sólo requería *la probación de hecho o de la omisión que la ley reputara como delito*. Posteriormente el código adjetivo de 1894 dispuso que era necesario *comprobar todos los elementos del delito, teniendo siempre implícita la presunción de dolo*. El Código Procesal de 1909 estableció que para comprobar el cuerpo del delito se deberían justificar los elementos del hecho delictuoso; al paso que el Código de 1929 dio preponderancia a las reglas especiales y dispuso que los delitos se acreditaban con la *comprobación de sus elementos constitutivos*.²¹ Después de la reforma del 27 de diciembre de 1983, el artículo 168 del Código adjetivo establecía:

Artículo 168...

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho de-

18 Luna Castro, José Nieves, *El concepto de tipo penal en México (un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional)*, México, Porrúa, 1999, p. 90.

19 Cfr. Luna Castro, José Nieves, obra citada en la nota anterior, p. 91. En contra de esta afirmación: Zamora Jiménez, Arturo, *Cuerpo del delito y tipo penal*, 2a. reimpr., México, Ángel editor, 2000, esp. pp. 40 y 41.

20 Cfr. para la cita de varios autores, Romero Tequextle, Gregorio, *Cuerpo del delito o elementos del tipo (causalismo y finalismo)*, 3a. ed., Puebla, OGS, 2000, esp. pp. 39-45.

21 Mancera Espinosa, Miguel Ángel, “¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?”, *Criminalia*, cit., nota 15, p. 6.

lictuoso, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código...

Dicha regulación generaba diversos problemas prácticos, a saber:

1) Se discutía si dentro de los elementos que integran la descripción de la conducta, debía o no de considerarse al dolo y a la culpa, o si éstos deberían analizarse en el capítulo de la responsabilidad.

2) El tema de la eventual autoría mediata, y la participación *stricto sensu* en el delito, comprendido en ésta a todos los sujetos que sin realizar por sí la acción típica (autor o coautores materiales) concurrían en la comisión del ilícito: Autor intelectual, instigador y cómplice; era materia que debía analizarse en el capítulo de la responsabilidad.

3) Las circunstancias agravantes o atenuantes del delito no eran consideradas dentro del concepto del cuerpo del delito, sino datos para determinar el grado de responsabilidad.

4) Existían las denominadas reglas especiales para la acreditación del cuerpo del delito de determinados ilícitos.

5) La identidad del autor o autores y/o, en su caso, partícipes con el o los inculpados era abordada sólo en el capítulo de la responsabilidad.²²

Conviene hacer hincapié en que la doctrina se pronuncia por el análisis de las agravantes en la probable responsabilidad, lo cual será objeto de análisis más adelante. La falta de criterios unánimes sobre el cuerpo del delito y los problemas prácticos para identificar lo que se debía probar en el cuerpo del delito y en la probable responsabilidad,²³ llevaron al legislador penal en 1993 a reformar la Constitución y el Código Federal de Procedimientos Penales a efectos de propiciar mayor certeza jurídica durante la procuración e impartición de la justicia penal.²⁴ De esta guisa, se sustituyó el término cuerpo del delito por los elementos del tipo penal, quedando regulado en el código adjetivo en los términos siguientes:

22 Sosa Ortíz, Alejandro, *Los elementos del tipo penal (la problemática de su acreditación)*, México, Porrúa, 1999, pp. 2 y 3.

23 Por el contrario, García Ramírez sostiene que el concepto del cuerpo del delito era muy claro en México. *Cfr.* García Ramírez, Sergio, "Una reforma constitucional inquietante (la iniciativa del 9 de diciembre de 1997)", *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 1, enero-abril de 1998, esp. pp. 7-9 y 15 y 16.

24 *Cfr.* Moreno Hernández, Moisés, "Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)", *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 1, enero-abril de 1998, esp. pp. 86 y 87.

Artículo 168. El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculcado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos activos; y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditará, si el tipo lo requiere: *a)* las calidades del sujeto activo y del pasivo; *b)* el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; *c)* el objeto material; *d)* los medios utilizados; *e)* las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; *f)* los elementos normativos; *g)* los elementos subjetivos específicos y *h)* las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculcado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.²⁵

Con esta nueva regulación se determinaba el análisis de las agravantes del delito como parte de los elementos del tipo penal, dentro de los cuales también se ubicó al dolo. Esto último generó gran confusión en la práctica forense y fue necesaria otra reforma para volver al concepto de cuerpo del delito. Así, a partir de la reforma del 8 de marzo de 1999, el Código Federal de Procedimientos Penales dispone:

Artículo 168. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

²⁵ *Compilación de leyes*, compilador Horacio Sánchez Sodi, México, Greca Editores, 1997, pp. 232 y 233.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

Como se puede observar, el cuerpo del delito es un término empleado en la legislación procesal de nuestro país desde finales del siglo XIX; pero su concepto se ha ido restringiendo de todos los elementos del delito (conducta típica, antijurídica y culpable) a sólo el tipo objetivo conformado por elementos objetivos y normativos cuando el tipo así lo requiera ¿contemplan dichos elementos a las agravantes del delito? De ello nos ocuparemos más adelante.

Por otra parte, el término cuerpo del delito no se ha empleado en el código penal sustantivo; por ende, el término cuerpo del delito es propio del derecho procesal penal mexicano.

C. *En la jurisprudencia*

En diversas tesis jurisprudenciales de 1930 se identificó al cuerpo del delito con el tipo objetivo en los términos siguientes:

Quinta época; Instancia: Primera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; Tomo: XXVIII; p. 209.

CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito, no debe entenderse el delito mismo, pues esta conclusión sería antijurídica, ya que por delito, según el artículo 4o. del Código Penal, se entiende la infracción voluntaria de una ley penal, requiriéndose, por tanto, para que exista delito, elementos psicológicos o subjetivos; mientras que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos, físicos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito.

Tomo XXVIII, p. 209. Aguilar Anastasio. 14 de enero de 1930.²⁶

²⁶ En el mismo sentido:

A) Quinta época; Instancia: Primera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; tomo XXVI; p. 1982.

CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito no debe entenderse el delito mismo, pues esta confusión sería antijurídica, ya que delito es la infracción voluntaria de una ley penal, requiriéndose, por tanto, para que exista, un elemento psicológico, o subjetivo, el cuerpo del delito debe entenderse que es el conjunto de los elementos objetivos, físico o externos, que constituyen el delito; con tal abstracción de la voluntad o dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad.

Dicho criterio fue reiterado en posteriores tesis jurisprudenciales, por ejemplo en 1950:

Quinta época; Instancia: Primera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; Tomo CIII; Página 1242.

CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito, debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito.

Amparo penal en revisión 8798/49. Villarelo Fernando. 2 de febrero de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Como se puede observar, el cuerpo del delito se identificó en la jurisprudencia como el tipo objetivo. Si trasladamos lo anterior a los términos del proceso penal en México durante la primera mitad del siglo XX, podemos decir que el cuerpo del delito era equivalente al tipo objetivo y todo lo demás quedaba encuadrado en la probable responsabilidad.

De este guisa, para dar contenido a las figuras procesales: cuerpo del delito y probable responsabilidad, se atendió a la estructura del sistema clásico y neoclásico, los cuales ubicaban primero al tipo objetivo, después la antijuridicidad (o ausencia de causas de justificación) y posteriormente la culpabilidad, dentro de la cual concebían al dolo y la culpa.

Lo anterior se constata con la tesis jurisprudencial siguiente:

Quinta época; Instancia: Primera Sala; fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; Tomo CXXII; p. 115.

RESPONSABILIDAD PENAL. Todo acto jurídico tiene las siguientes características: puede ser constitutivo del delito, modificativo del tipo penal, agravante del contenido del injusto típico o excluyente del mismo, esto es, del he-

Tomo XXVI, p. 1982, Pérez Nieto Florisel, 21 de enero de 1930.

B) Quinta época; Instancia: Primera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; tomo XXIX; p. 1295.

CUERPO DEL DELITO. Por cuerpo del delito no debe entenderse el delito mismo, ya que esta confusión sería antijurídica pues, por ello, según el artículo 4o. del Código Penal del Distrito se entiende la infracción voluntaria de una ley penal, lo cual implica la existencia de un elemento psicológico o subjetivo; en tanto que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos, físicos o externos que constituyen el delito, con tal abstracción de la voluntad o dolo que se refieren solo a la culpabilidad.

Tomo XXIX, p. 1295, Ramos Téllez José María, 29 de junio de 1930.

cho de poner en peligro o de la lesión de un interés protegido por el Derecho. Ahora bien, es bien sabido conforme al Derecho material que el delito ante todo, es acción típica, antijurídica y culpable, cuando no concurre una causa excluyente de incriminación. Desde este punto de vista cabe decir que cuando una conducta determina con su acción la lesión al bien jurídico, esto es, a la integridad corporal o a la privación de la vida de la parte lesa, tal comportamiento se subsume en un tipo penal; pero no es esto suficiente; un juicio de valor por parte del juez del conocimiento, sino que debe contemplarlo en orden al dolo que matizó tal comportamiento y, por lo mismo, a las circunstancias especiales, ya tengan el carácter de agravantes o atenuantes que puedan modificar el juicio de valor, por parte del Juez *a quo*.

Amparo penal directo 3106/54, por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente, 6 de octubre de 1954, Unanimidad de cinco votos, Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

Como se puede apreciar, el criterio jurisprudencial anterior ubica tanto al dolo como a las agravantes dentro de la probable responsabilidad. No obstante, también se pueden encontrar criterios en los cuales se negó la acreditación del cuerpo del delito debido a la ausencia del dolo específico requerido en el tipo. Así por ejemplo, se determinó la falta de integración del cuerpo del delito de secuestro debido a la ausencia del dolo del autor.

Séptima época; Instancia: Primera Sala; fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; Tomo 133-138, Segunda Parte; p. 174.

PLAGIO O SECUESTRO (ROBO DE INFANTE) NO CONFIGURADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUERÉTARO). El artículo 336, del Código Penal del Estado de Querétaro, prevé el delito de plagio o secuestro (conceptos que en esta materia denotan lo mismo), que consiste en términos generales, en la privación ilegal de la libertad, acompañada de móviles o medios peligrosos, que fundamentan el grave aumento de penalidad. La fracción V de dicha disposición contempla el robo de infante. El núcleo del tipo penal lo constituye el apoderamiento de un infante menor de siete años, por un extraño al mismo o por un familiar del infante, con el propósito: a) de obtener dinero por su rescate; b) o bien, de causarle un daño o perjuicio cualquiera en su persona, en sus bienes, en su reputación, etc., c) o bien, de causar iguales daños a una persona cualquiera que esté en relaciones de cualquier especie con el plagiado. Así, si el bien protegido con el delito de secuestro es la libertad externa de la persona, la libertad de obrar y moverse, por ende, *el dolo o elemento psíquico consiste en la conciencia y voluntad del delincuente para privar ilegítimamente a alguno de la libertad personal, ya con el fin de pedir rescate o bien de causar*

daño en los términos anotados, y si no media ninguno de estos supuestos, no puede concluirse que se configure el cuerpo del delito de secuestro.

Amparo directo 5163/78, Rubén Pérez Cárdenas, 3 de enero de 1980, Mayoría de 4 votos, Ponente: Raúl Cuevas Mantecón, Disidente: Mario G. Rebolledo F.

El mismo criterio fue seguido en la tesis jurisprudencial siguiente:

Sexta época; Instancia: Primera Sala; fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; Tomo CXXXVI, Segunda Parte; p. 13.

BEBIDAS ALCOHÓLICAS ADULTERADAS. SU VENTA Y DISTRIBUCIÓN. (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 296 DEL CÓDIGO SANITARIO). En el artículo 296 del Código Sanitario se dispone que: “Los que fabriquen bebidas alcohólicas con substancias extrañas, o las agreguen a las genuinas, capaces de alterar la salud o producir la muerte, serán sancionados con prisión de uno a cinco años. La misma pena se impondrá a los que con conocimiento de esta circunstancia las vendan o distribuyan”. Los elementos del delito por tanto, son: a) que el sujeto venda bebidas alcohólicas, b) a sabiendas de que contienen substancias extrañas capaces de alterar la salud o producir la muerte. Cabe observar que el tipo es de dolo específico, en cuanto recoge en su descripción un elemento subjetivo del injusto. En efecto, no basta que el agente activo venda las bebidas adulteradas, sino es preciso que tenga conocimiento de que estas bebidas se han adulterado por substancias capaces de alterar la salud o producir la muerte. Por ello, *para tener por comprobado el cuerpo del delito, es requisito indispensable que se demuestre en autos que el inculcado vendió o distribuyó las bebidas alcohólicas con conocimiento de su adulteración por substancias capaces de afectar la salud o causar la muerte.*

Amparo directo 4903/67, Ranulfo Silva Cruz, 11 de octubre de 1968, 5 votos, Ponente: Ezequiel Burguete Farrera.

Como se puede observar, contrario a lo señalado por el legislador penal de 1999, no estaba del todo claro si el cuerpo del delito se acreditaba con los puros elementos objetivos del tipo o si también incluía a los elementos normativos, los elementos subjetivos específicos distintos al dolo o si incluso requería del dolo mismo.

Algunos procesalistas analizaban el supuesto de hecho siguiendo la sistemática clásica o neoclásica, analizando en el cuerpo del delito al tipo objetivo y después, en la probable responsabilidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, dentro de esta última el dolo o la culpa. Otros, en cambio y tal vez sin ser conscientes de ello, empleaban la sistemática finalista ana-

lizando en el cuerpo del delito los elementos objetivos del tipo y el dolo del autor y en seguida, en la probable responsabilidad se ocupaban de la antijuridicidad y la culpabilidad del autor.

La situación anterior se debe a que los conceptos de cuerpo del delito y probable responsabilidad son términos procesales cuyo contenido varía según al sistemática aplicada: clásica, neoclásica, final o funcional.

Los sistemas penales nos indican el orden sistemático en los que se debe analizar un supuesto de hecho; en otras palabras, con los sistemas se sabe qué analizar primero y qué después. Desde la perspectiva anterior, la reincorporación del cuerpo del delito en la legislación mexicana con la reforma de 1999 sólo significa que todos los elementos del tipo penal (tipo objetivo y subjetivo, dispuestos con la reforma de 1994) se restringen a los elementos objetivos del tipo (tipo objetivo). Sin embargo, aún con dicha restricción sigue vigente la sistemática del finalismo, porque después del cuerpo del delito (tipo objetivo) se coloca al dolo y la culpa (tipo subjetivo) antes de la antijuridicidad (ausencia de causas de licitud o propiamente de justificación) y de la culpabilidad (causas que la excluyen).

Volviendo al caso Posadas, la interpretación del cuerpo del delito como elementos objetivos y normativos cuando el tipo lo requiere nos permite sostener la existencia de una hecho de privar de la vida a otro que se ubica en el tipo básico de homicidio, pero que al cometerse por varias personas y con armas de grueso calibre se agrava y da lugar al homicidio calificado dada la premeditación, la ventaja y la alevosía con que se realizaron los hechos. No obstante, ¿procede aplicar dichas agravantes cuando el autor material quería privar de la vida a otra persona?

Para empezar debemos sostener la existencia de la premeditación dado que los sicarios fueron informados desde su viaje de Tijuana a Guadaluajara que el objetivo era asesinar al “Chapo” Guzmán y el tiempo transcurrido entre esa noticia y la ejecución del hecho fue de varios días durante los cuales deliberaron, mantuvieron su propósito y tomaron la decisión de hacerlo. La existencia de la premeditación se puede sostener con los siguientes criterios jurisprudenciales:

Instancia: Primera Sala; fuente: *Semanario Judicial de la Federación* Parte 175-180 Segunda Parte, p. 117.

PREMEDITACIÓN, HOMICIDIO CALIFICADO CON (ARTÍCULO 121 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ). La premeditación, según

la doctrina ideológica, acogida por el artículo 121 del Código Penal vigente en el Estado de Veracruz, se da cuando el agente, en un intervalo de tiempo, persevera con más o menos continuidad en su determinación delictuosa, durante el cual espera la oportunidad de realizarla, lo que equivale a afirmar que entre la resolución de delinquir y la ejecución, existe reflexión constante sobre el hecho a cometer, que se traduce en la persistencia del propósito.

Amparo directo 5855/83. Rosalío Herrera Díaz. 24 de noviembre de 1983. 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretario: Fernando Hernández Reyes. NOTA (1): En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: “Reitera Tesis de Jurisprudencia No. 235, Apéndice 1917- 1975, Segunda parte, Pág. 510”. NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1983, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 39, p. 32.²⁷

27 En el mismo sentido podemos citar las siguientes tesis jurisprudenciales:

1) Instancia: Primera Sala Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Parte: 199-204, segunda parte, p. 46.

PREMEDITACIÓN, ESTRUCTURA DE LA CALIFICATIVA DE. Es indebido sostener que “hay premeditación, porque los delincuentes al ir en busca de la víctima se proveyeron de armas de fuego (M-1), las cuales sirvieron para atacar al occiso, implicando en ello una reflexión previa”, pues para que entre en juego la premeditación es menester un marco temporal suficiente, para que en él tenga lugar la porfía homicida, lo que implica determinar el momento en el cual el sujeto activo, luego de haber deliberado sobre el ilícito, toma la decisión de concretar en el mundo histórico o fenoménico lo que hasta ese instante era una mera idea delictuosa; y asimismo, fijar el término de ese lapso temporal, esto es, el momento en que se realiza el homicidio. Y, en el caso, no puede determinarse que haya premeditación, aunque esté precisado el hecho delictuoso en cuanto al tiempo de su ejecución, si no hay dato alguno en el sumario respecto de cuándo el inculpa resolvió privar de la vida al ofendido.

Amparo directo 374/84, Antelmo (Entelmo) Santamaría Segura, 31 de octubre de 1985. Unanimidad de 4 votos, Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos, Secretario: Tomás Hernández Franco.

2) Instancia: Primera Sala Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Parte 187-192 Segunda Parte, p. 54

PREMEDITACIÓN, REITERACIÓN DE UNA CONDUCTA QUE NO IMPLICA. Si las constancias de autos no indican dato alguno que permita afirmar que hubo en el inculpa la determinación de privar de la vida al ofendido y que los golpes que le infirió en varias ocasiones demuestren la existencia de tal propósito, no puede señalarse la presencia de la calificativa de premeditación, pues la reiteración de una conducta no implica la mencionada calificativa. La premeditación propia, llamada también premeditación, tiene como contenido una resolución que se mantiene durante un lapso más o menos largo y que sea superior al de la inmediata ejecución; esto es, tiene que haber un lapso entre la resolución y la ejecución (criterio cronológico) pero durante todo ese tiempo debe permanecer la determinación criminal (criterio ideológico).

Amparo directo 4330/84, Miguel Osuna Rivera, 3 de agosto de 1984, Unanimidad de 4 votos, Ponente: Luis Fernández Doblado.

No obstante lo anterior, seguimos sin responder a la pregunta sobre la posibilidad de aplicar la agravante de la premeditación cuando la resolución de privar de la vida a una persona determinada culminó con la muerte de otro sujeto distinto. En este sentido existen tesis jurisprudenciales que sostienen la procedencia de la calificativa de premeditación aunque exista error en la víctima.

Séptima época; Instancia: Primera Sala; Fuente: Apéndice 2000; Tomo II, Penal, P.R. SCJN; Tesis: 2254; p. 1058.

PREMEDITACIÓN, ERROR EN EL GOLPE QUE NO INVALIDA LA. Resulta irrelevante, para que opere la calificativa de premeditación que exista error en el golpe, porque la intención del inculpado fuera disparar a persona distinta del ofendido, ya que es suficiente que el sujeto activo persista en el propósito de delinquir, para que se integre plenamente la calificativa de referencia, aun cuando, por error en el golpe, el pasivo sea distinto a la persona representada en la mente del autor.

Amparo directo 8948/83, Isidro Delgado González, 31 de mayo de 1984, Cinco votos, Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.

Séptima época, Segunda Parte, Volumen 67, p. 17, Amparo directo 5975/71, Andrés Rodríguez Pérez, 11 de julio de 1974, Unanimidad de cuatro votos, Ponente: Manuel Rivera Silva.

Semanario Judicial de la Federación, Séptima época, Volúmenes 181-186, Segunda Parte, p. 87, Primera Sala.

Tenemos, entonces, confirmada la calificativa de la premeditación, ahora correspondería determinar si también procede aplicar la ventaja, la cual se configura en aquellos supuestos en los cuales el sujeto activo no corre peligro alguno de ser lesionado por la víctima, tal como se verificó en el caso Posadas dada la situación de indefensión del cardenal. En este sentido podemos acudir al siguiente criterio jurisprudencial:

Instancia: Primera Sala Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Parte 187-192 Segunda Parte, p. 91.

VENTAJA, ESTRUCTURA DE LA CALIFICATIVA DE. La calificativa de ventaja se integra no solamente en función de la superioridad del sujeto activo sobre el ofendido, sino que es necesario que aquél no corra riesgo alguno, esto es, que obre en situación de invulnerabilidad.

Sexta época, Segunda Parte: Volumen VI, p. 249. Amparo 5921/55, Medardo Hernández Santos, 6 de noviembre de 1957, Mayoría de 4 votos, Ponente: Luis Chico Goerne, Disidente: Rodolfo Chávez S., Volumen XXXVII,

p. 184. Amparo directo 6524/51, Florencio Zamarripa Marín, 7 de julio de 1960, Unanimidad de 4 votos, Ponente: Juan José González Bustamante, Séptima época, Segunda Parte: Volúmenes 133-138, 210. Amparo directo 3140/79, Héctor Zamora Torres, 23 de enero de 1980. 5 votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena, Volúmenes 187-192, p. 77. Amparo directo 2546/83. Martín Armando Chaydez Avitia, 4 de octubre de 1984, Unanimidad de 4 votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Volúmenes 187-192, p. 77. Amparo directo 2146/83, Rey Cuén Martínez o José Luis Rubio Martínez. 4 de octubre de 1984, Unanimidad de 4 votos, Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Volúmenes 187-192, p. 77. Amparo directo 5771/83. Héctor Zamora Berones, 4 de octubre de 1984, Unanimidad de 4 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. NOTA (1): Se elimina la leyenda que aparece en la publicación original “Sostiene la misma tesis” para los asuntos 2546/83 y 5771/83. NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Apéndice 1917-1985, Segunda Parte, Tesis 293, p. 645.

Al igual que la premeditación, la confusión sobre la víctima no elimina la ventaja tal y como se desprende de la siguiente tesis jurisprudencial.

Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Parte 157-162 Segunda Parte Página: 153.

VENTAJA, ERROR EN EL GOLPE Y CALIFICATIVA DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA). Es suficiente que el sujeto activo del homicidio tenga superioridad absoluta, en relación a su víctima, y por ello no corra riesgo alguno de ser muerto o herido por ésta, para que se de plenamente la calificativa de ventaja, aun cuando el pasivo resulte ser una persona distinta a la individualizada en la representación del autor. No beneficia el que diga que no era su intención matar a la víctima, pues la calificativa en cuestión se da desde el momento en que existe voluntad de ejecutar el hecho delictuoso dentro de los supuestos de la norma que prevé la calificativa de ventaja, para que, independientemente de quien resulte ser pasivo, el delito sea calificado, pues dicha calificativa se da en función del tipo y no en razón del afectado por el delito, además de que el mero error en el golpe no hace variar la culpabilidad del autor.

Amparo directo 471/82, Lucio Valle Ramírez, 7 de junio de 1982, Unanimidad de 4 votos, Ponente: Fernando Castellanos Tena, Secretario: Oscar Vázquez Marín.

De acuerdo con lo anterior, en el caso Posadas procede tanto la calificativa de premeditación como la de ventaja sin que para ello afecte la in-

toxicación ética o por drogas de los autores al momento de realizar el hecho, tal y como se desprende de la siguiente tesis jurisprudencial.

Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Parte: 199-204, Segunda Parte, p. 47.

PREMEDITACIÓN Y VENTAJA. Si se advierte que el activo concibió la idea de matar a su víctima y que se colocó en estado de ebriedad para tener ánimo de ejecutar el homicidio, habiendo transcurrido un lapso razonable para meditar sobre su decisión criminal, en la que persistió y realizó, se configuró la premeditación. Además, operó la ventaja, si la víctima estaba sentada e inerte en el porche de su domicilio, cuando fue sorprendida por el agresor, quien le disparó desde un vehículo con un rifle, sin correr el riesgo de ser muerto o herido.

Amparo directo 3840/85, Jesús Orozco Burciaga, 11 de septiembre de 1985, 5 votos, Ponente: Luis Fernández Doblado, Secretaria: María Edith Ramírez de Vidal.

Así como no hemos tenido problema alguno para sostener la existencia de la premeditación y la ventaja en el caso Posadas, mucho menos los tenemos para sostener la existencia de la alevosía, pues el cardenal fue sorprendido por los disparos sin tener ninguna posibilidad de defenderse o ponerse a salvo, de ahí que se pueda aplicar el siguiente criterio jurisprudencial.

Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* Parte 133-138 Segunda Parte, p. 12.

ALEVOSÍA, INTEGRACIÓN DE LA CALIFICATIVA DE. Se presenta como acreditada la calificativa de alevosía si el inculpado sorprendió intencionalmente a su víctima, de improviso, y sin darle lugar a defenderse o que pudiera evitar el mal inminente, obrando en forma insidiosa, con astucia, ocultación y felonía, tomando a la víctima desprevenida.

Amparo directo 6418/79, José Refugio González O., 18 de febrero de 1980, Unanimidad de 4 votos, Ponente: Fernando Castellanos Tena. NOTA (1): En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: “Véanse: Apéndice al Semanario Judicial 1917-1985, Segunda Parte, Tesis de Jurisprudencia 16, 17 y 18 y sus relacionados, pp. 52 y ss.”.²⁸

²⁸ En el mismo sentido, las siguientes tesis jurisprudenciales:

1) Instancia: Primera Sala Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Parte 66, segunda parte, p. 15.

Todo lo anterior nos arroja una primera conclusión: procede aplicar las calificativas en el delito de homicidio aunque se prive de la vida a una persona distinta a la que se quería matar.

Conforme a lo anterior se puede emplear la siguiente tesis jurisprudencial como criterio general:

Séptima época; Instancia: Primera Sala; fuente: Apéndice 2000; Tomo II, Penal, P.R. SCJN; Tesis: 553; p. 262.

CALIFICATIVA. ERROR EN EL GOLPE. Es suficiente que exista la voluntad de ejecutar el hecho delictuoso dentro de los supuestos de las calificativas, para que, independientemente del pasivo, el delito sea calificado. O dicho en otras palabras: las calificativas se dan en función del tipo y no en función del afectado por el delito. Es decir, basta que el sujeto activo haya premeditado la ejecución del homicidio o lesiones, por un lapso superior al indispensable para su inmediata ejecución y que haya utilizado la acechanza como medio para llevar a cabo su propósito, para que el Juez natural pueda afirmar que se demostró plenamente la premeditación y la alevosía aun cuando el pasivo sea persona distinta a aquella a quien se pretendía privar de la vida o lesionar. Pero en función de estas calificativas no basta simplemente la voluntad de penetrar al terreno delictivo, sino que es indispensable que tal voluntad tenga como finalidad la ejecución de los delitos de lesiones y homicidio. El error accidental puede no traer aparejada la existencia de la calificativa, si es que la voluntad

ALEVOSIA, EXISTENCIA DE LA. La alevosía consiste en la acción improvisadamente sufrida por la víctima, pero preparada y procurada en esta forma por el sujeto activo. Amparo directo 4006/73, Francisco García Sánchez, 5 de junio de 1974, 5 votos, Ponente: Ezequiel Burguete Farrera. NOTA (1): En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: “Véase: Tesis de Jurisprudencia números 14, 15 y 16, Apéndice 1917-1965, Segunda Parte, pp. 53, 55 y 56.

2) Instancia: Primera Sala Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Parte : 217-228 segunda parte página: 11

ALEVOSIA, CARACTERÍSTICAS DE LA CALIFICATIVA DE (LEGISLACIÓN PENAL DEL ESTADO DE JALISCO). De conformidad con lo dispuesto por el artículo 219 del Código Punitivo del Estado de Jalisco (de redacción semejante al 318 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal), hay alevosía “cuando se sorprende intencionalmente a alguien de improviso o empleando asechanza”. Ello implica que mientras para la víctima el ataque resulta inesperado, respecto al agente se trata de una acción preparada o procurada, aprovechando la imprevisión incluso momentánea del pasivo, condiciones que no se dan si el acusado entró a robar a la casa de la víctima porque pensó que no había nadie, y al verse descubierto por ella decidió privarla de la vida para evitar ser delatado, de manera que el sujeto activo no buscó ni propició el encuentro con su víctima, sino éste fue casual, obrando súbitamente por un impulso emotivo, lo cual impide la configuración de la agravante a estudio.

Amparo directo 5716/86, Sixto Ruiz Chavarín, 27 de mayo de 1987, 5 votos, Ponente: Francisco Pavón H. Vasconcelos, Secretario: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz.

delictiva tenía como contenido la afectación de un bien jurídico distinto a la vida o la integridad corporal, como sería el caso de quien tras de larga premeditación destruye mediante un disparo un objeto preciso de un tercero y para no ser descubierto se oculta. Si el disparo yerra y priva de la vida a un ser humano no podrá afirmarse que hubo premeditación y alevosía, porque dichas calificativas no se refieren a la tipicidad genérica, sino a dos tipos específicos (homicidio, lesiones).

Amparo directo 5975/71, Andrés Rodríguez Pérez, 11 de julio de 1974, Unanimidad de cuatro votos, Ponente: Manuel Rivera Silva.

Semanario Judicial de la Federación, Séptima época, Volumen 67, Segunda Parte, p. 17, Primera Sala.

Pero esto nos da lugar a una segunda conclusión: las calificativas se analizan dentro del cuerpo del delito a pesar de que el dolo se analice en la probable responsabilidad.

La conclusión anterior es trascendente para nuestro procedimiento penal dado que en muchos pliegos de consignación, sentencias e incluso libros de autores se puede encontrar el análisis de las calificativas dentro de la probable responsabilidad y ello, después de la reforma de 1999, supone que no se necesita su plena acreditación para solicitar la orden de aprehensión. Sin embargo, con la conclusión a la que hemos llegado podemos sostener que las circunstancias agravantes deben ser plenamente acreditadas al integrar el cuerpo del delito como sustento para el ejercicio de la acción penal.

2. *El dolo como elemento de la probable responsabilidad*

Como hemos señalado con anterioridad, después de la reforma del 8 de marzo de 1999 al Código Federal de Procedimientos Penales de transfirió el análisis del dolo de los elementos del tipo a la probable responsabilidad.

Antes de realizar mayores honduras conviene acercarnos al concepto del dolo. Al efecto, Roxin es de “la opinión de que «la realización del plan» constituye la esencia del dolo: un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva”.²⁹ Siendo definido el dolo como la “de-

²⁹ Roxin, Claus, *Derecho penal parte general (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, traducción de la 2a. ed. alemana, por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997. pp. 416 y 417.

cisión en contra del bien jurídico tutelado”,³⁰ concepto compartido por Frisch³¹ al paso que Schrot considera que el dolo es la “asunción de las condiciones constitutivas del injusto”³² o, del mismo autor, como “negación explícita que realiza el individuo agente de una situación protegida por una norma jurídico-penal”.³³ Hassemer concluye: “el dolo es decisión a favor del injusto”.³⁴

Por otra parte, el dolo eventual plantea problemas debido a que el resultado no es querido por el autor, pero existe una gran probabilidad de provocarlo con la conducta realizada, con lo cual difícilmente puede quedar encuadrado dentro de un concepto general de dolo. Lo anterior ha dado lugar a la formulación de conceptos creados *ad hoc*. Así Phillips lo concibe como una “decisión adoptada en una situación de riesgo”.³⁵ Incluso la Gran Comisión de Derecho Penal lo definió como “conformarse con la realización del tipo considerada como posible”.³⁶

Desde mi punto de vista, el concepto de dolo parte de un elemento cognitivo y uno intencional. Así, desde el punto de vista cognitivo, el sujeto activo debe conocer las circunstancias que concurren al momento de realizar la conducta, mientras que desde la óptica subjetiva debe tener la intención de materializar dicho comportamiento. En esta última afirma-

30 Roxin, Claus, “Zur abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit”, *Strafrechtliche Grundprobleme*, Berlín, 1973, pp. 222 y ss.

31 Cfr. Frisch, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko (Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhalten und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen)*, Berlín, Carl Heymanns Verlag K.G., 1983, p. 482.

32 Schroth, “Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des *dolus eventualis*”, *NSiZ*, 1990, p. 325, cita en Díaz Pita, Ma. del Mar, *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

33 Schroth, *Theorie des straflichen Vorsatzes*, escrito de habilitación inédito, Munich, 1986, cap. 5.8. Cita en Hassemer, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XLV, fasc. III, septiembre-diciembre de 1990, p. 916.

34 Hassemer, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 931. Para la cita de los conceptos ofrecidos por Stratenwerth y Köhler cfr. *ibidem*, pp. 916 y 917.

35 Phillips, “Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko”, *ZStW*, 85, 1973, p. 38, cita en Díaz Pita, Ma. del Mar, *op. cit.*, nota 32.

36 Welzel, Hans, *Derecho penal alemán (parte general I*, 11a. ed.), 4a. ed., castellana, traductor Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañes Pérez, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 85.

ción nos apartamos de los postulados del finalismo que incluía el querer el resultado, pues ello sólo ocurre en los supuestos de dolo directo en los que al autor consigue provocar el resultado querido, pero ello no acontece en los supuestos de dolo indirecto o de consecuencias necesarias en los que el autor quiere un resultado determinado pero sabe que su conducta provocará necesariamente otros resultados no deseados, como sucede con la persona que quiere cobrar el seguro de un autobús y lo hace estallar cuando transporta pasajeros, pues aunque lo que quiere es el dinero y no la muerte de los pasajeros, también se debe incluir en su dolo esa consecuencia necesaria de su acción. En el mismo sentido, el terrorista que pone una bomba en un supermercado a la hora de mayor afluencia de clientes y llama a la policía para advertirles, sin el tiempo necesario ni los datos precisos para desactivarla, y explota la bomba causando decenas de muertes (caso Hipercor) ha querido su conducta de causar terror en la población pero ello no implica necesariamente el querer matar a todas esas personas. Empero, la alta probabilidad de provocar esas muertes debe ser suficiente para atribuírselas a título de dolo eventual.

Partiendo de las premisas anteriores, en el caso Posadas los sicarios sabían y querían realizar la conducta de disparar sus armas contra una persona, con lo cual se puede confirmar la existencia del dolo.

Ahora bien, que los asesinos hayan matado al cardenal Posadas y no al “Chapo” Guzmán o a uno de sus hombres como querían, no desvirtúa el que hayan querido la conducta porque la confusión en el víctima se circunscribe al resultado y, como he manifestado, ello no afecta a la existencia del dolo.

En efecto, la doctrina mayoritaria considera irrelevante el error en la persona. En este sentido Roxin manifiesta que:

...cuando el sujeto ve ante sí a una persona concreta y la mata a tiros exactamente de la manera planeada, el apreciar que el mismo sólo ha intentado el homicidio planeado y que no lo ha consumado además contradiría el contenido de significado social del suceso, del que las construcciones jurídicas tampoco se deben desligar sin necesidad. El fijarse en el objeto percibido sensorialmente y al que se apunta pasa a primer plano en la imputación dolosa de manera tan evidente que otros criterios (como la identidad u otras propiedades de la víctima) pasan a segundo término como irrelevantes.³⁷

37 Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 29, p. 505.

En el mismo sentido se pronuncia Jescheck al señalar:

...en el error sobre el objeto de la acción (*error in persona vel in objecto*) el autor yerra sobre las características y, en especial, sobre la identidad del objeto de la acción. Aquí lo que importa es saber si la valoración jurídicopenal cambiaría en caso de ser acertada la representación del autor. Cuando el verdadero objeto del hecho tiene igual valor que el representado, o el autor se equivoca en la equiparación, el error carece de relevancia, ya que entonces tan sólo se trata de un error de motivación.³⁸

Por su parte Mir Puig aclara que el error en la persona sólo es relevante cuando el error versa sobre una persona que goza de protección penal especial como sucede, en España, con el rey. Empero, estando protegida por igual la vida del cardenal como la del “Chapo” Guzmán o la de alguno de sus hombres, “el error será irrelevante, porque para el tipo de homicidio, es suficiente que se mate voluntariamente a —otro— ... Quien mata a Pedro creyendo matar a Juan, ha querido —matar a otro—, igual que si se hubiera acertado en la identificación. Con o sin error deberá apreciarse, pues, el mismo tipo de homicidio”.³⁹ Este criterio de la irrelevancia del error en la persona en el homicidio también se puede sustentar con el criterio jurisprudencial siguiente:

Sexta época; Instancia: Primera Sala; Fuente: Apéndice 2000; Tomo II, Penal, Jurisprudencia Histórica; Tesis: 86; p. 693.

ERROR EN EL GOLPE. La presunción de intencionalidad establecida en la ley, no se destruye por el error en el golpe, que recae en persona u objeto distinto al que estaba dirigido.

Sexta Época: Amparo directo 933/57, Rafael García Silva, 10 de junio de 1958, Unanimidad de cuatro votos, Ponente: Rodolfo Chávez Sánchez.

Amparo en revisión 4509/57, Pedro Murillo Zermeño, 13 de junio de 1958, Unanimidad de cuatro votos, Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Amparo directo 2152/58, Raúl González Rodríguez, 5 de marzo de 1959, Unanimidad de cuatro votos, Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Amparo directo 6632/59, Pablo Mata González, 12 de febrero de 1960, Unanimidad de cuatro votos.

38 Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal (parte general)*, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993, p. 279.

39 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal (parte general)*, 4a. ed., Barcelona, PPU, 1996, p. 258. En el mismo sentido *cfr.* Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal (parte general)*, Madrid, Editorial Universitas, 1996, t. I, esp. pp. 454 y 455.

Amparo directo 9067/61, Sóstenes Zaragoza Flores, 29 de marzo de 1961, Unanimidad de cuatro votos, Ponente: Alberto R. Vela.

Apéndice 1917-1995, Tomo II, Tercera Parte, p. 556, Primera Sala, tesis 869.

En conclusión: los autores materiales de la muerte del cardenal Posadas Ocampo deben ser sancionados por el delito de homicidio calificado dado que es irrelevante el que lo hayan confundido con “El Chapo” Guzmán o con alguno de sus hombres.