

EL DELITO DE CRIMEN ORGANIZADO Y EL PROBLEMA DEL ERROR EN LA PERSONA

Luis FERNÁNDEZ DOBLADO

Una breve parte de los conceptos que a continuación transcribiremos están contenidos en el reporte general que la Sección Nacional Mexicana de la Asociación Internacional de Derecho Penal incluye con el título *El crimen organizado en la doctrina penal contemporánea*, con vistas al coloquio preparatorio de su XVI Congreso Internacional *Los sistemas penales a prueba del crimen organizado*.¹

La delincuencia organizada no es un tipo delictivo, la delincuencia organizada es una expresión genérica que remite al *modus operandi* de ciertos grupos de delinquentes en la sociedad moderna. Se trata de un modo operativo sustentado en estructuras de organización empresarial, con cuerpos de seguridad propios, con sistemas de comunicación altamente sofisticados y con un apoyo logístico en equipos, armamento, medios de transporte, casas de seguridad y otro tipo de instalaciones. El modelo convencional que suele ser citado es la producción y tráfico de estupefacientes, sin embargo, una vez que la organización queda establecida, el ámbito de la misma puede ser modificado. La misma estructura organizativa que sirve para el tráfico de drogas puede ser utilizada para el tráfico de armamento o de personas. Según estimaciones derivadas de estudios y encuestas internacionales se considera que los participantes en la delincuencia organizada son personas que se asocian de un modo más o menos constante para dedicarse, actuando como empresa a la promoción de puntos de desarrollo mediante el lavado de dinero y a la creación de gigantescas infraestructuras de comunicación y de comercialización

¹ Fernández Doblado, L., "El crimen organizado, en la doctrina penal contemporánea", *Revue Internationale de Droit Penal*, section I: *Droit pénal général*, Colloque Préparatoire, Naples, 18-20, septiembre de 1997.

que sólo tienen dentro del flujo económico una mera apariencia de legalidad.

El fenómeno de la delincuencia organizada es tan grave que no sólo puede corromper las estructuras empresariales, los órganos de poder y los cuerpos de seguridad legales, sino que, en sus niveles inferiores atrae hacia su ámbito a la delincuencia convencional así como a las pandillas y los grupos delictuosos que diversifican poco a poco su actividad y terminan cumpliendo el trabajo sucio o tareas de distribución o información de las complejas estructuras propias de la delincuencia organizada.

Lo anterior explica el acierto de la legislación italiana al tipificar como delito la simple participación dentro de la delincuencia organizada y sin tomar en cuenta la orientación delictiva de cualquier mafia. Extrapolando este ejemplo a México, pudo sostenerse que a un lado de los tipos convencionales la asociación delictuosa y la pandilla, nuestra legislación crea una nueva figura, un nuevo tipo delictivo, a saber la participación dentro de la delincuencia organizada, la que penetra en la sociedad desde los niveles inferiores hasta los superiores, su red se entrelaza con los bajos fondos del hampa tradicional y con la élite del poder económico y político y de ahí la razón por la cual se trata de una amenaza que pone en riesgo el equilibrio y la estabilidad sociales.

En la conferencia ministerial mundial sobre la delincuencia transnacional organizada que convocó en 1994 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, se afirmó que el poder y la eficacia reales de la delincuencia organizada residen en sus cualidades amorfas. En lugar de parecerse a una estructura empresarial corriente, la delincuencia organizada se asemeja más estrechamente a una red de intercambio social en el seno de la comunidad. La nueva delincuencia organizada tiene formas y figuras nacionales propias de cada país, sustentadas en infraestructuras y apoyos logísticos específicos, en tradiciones productivas muchas veces ancestrales como es el caso de la coca en varios países sudamericanos.

De ahí la recomendación de las Naciones Unidas en proponer a los países que realicen un esfuerzo intenso para conocer la naturaleza, las causas, la extensión y la profundidad de la delincuencia organizada según su expresión particular. Pero al mismo tiempo el combate a este tipo de ilícitos exige de la colaboración internacional, pues es cada vez más fuerte y agudo su carácter transnacional.

La delincuencia organizada constituye un grave problema para la sociedad contemporánea. Pero su debilitamiento y extinción jamás podrá

ser fruto de medidas puramente represivas encuadradas en situaciones de emergencia opresivas de los derechos humanos fundamentales. La moderna delincuencia organizada se encuentra en medio de la opulencia y de la miseria. Muchas de sus figuras prosperan gracias al atraso, la ignorancia y la depauperación de amplios grupos sociales. El tráfico de personas, el comercio con niños, la venta de partes del cuerpo humano y el tráfico de migrantes ilegales, tienen su caldo de cultivo en el atraso y en el deterioro de la calidad de vida de los países del sur. Son un producto natural del fracaso de las políticas de desarrollo y de los modelos de crecimiento que subordinan sus estrategias a los intereses de los centros financieros internacionales y de capital internacional. No bastan políticas preventivas ni modernos dispositivos legales, ni un sistema penal de avanzada técnica para liquidar a la delincuencia organizada; son necesarias estrategias que eleven la inversión productiva, abran fuentes de trabajo, garanticen la salud, la vivienda, la cultura y la recreación y promuevan oportunidades y expectativas a las nuevas generaciones. La sociedad y cada uno de sus miembros pueden asumir actividades y conductas participativas si identifican sus anhelos personales con objetivos generales de prosperidad.

En un clima de progreso y cultura, en una atmósfera de seguridad y tranquilidad sociales, la delincuencia puede ser aislada y combatida; no así en un medio de incertidumbre, desconfianza y seguridad frente al presente y frente al porvenir, frente a la comunidad y frente a las autoridades. La carencia de un rumbo para la sociedad genera desconfianza, violencia y crimen. El caso de Colombia ilustra dramáticamente este hecho.

¿Qué bienes jurídicos lesiona la delincuencia organizada?, ¿qué amenazas levanta frente a la sociedad?, ¿qué institución, qué prácticas, qué normas pone en peligro? En el Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente se produjo una respuesta acertada a lo anterior al precisarse:

...que la delincuencia organizada es una amenaza directa para la seguridad y la estabilidad nacionales e internacionales y constituye un ataque frontal contra las autoridades políticas y legislativas planteando a los Estados problemas fundamentales, trastorna y compromete a las instituciones sociales y económicas y causa una pérdida de fe en los procesos democráticos, socava el desarrollo y desvirtúa los beneficios que éste ha alcanzado con grandes esfuerzos, víctima a poblaciones enteras valiéndose para ello de la vulnerabilidad huma-

na... y es ante todo una amenaza a la soberanía, a las sociedades, a las personas, a la estabilidad nacional y al control del Estado, a los valores democráticos y a las instituciones públicas, a las economías nacionales y a las instituciones financieras, a la democratización, al desarrollo y a los ordenamientos y códigos de conducta mundiales.²

La delincuencia organizada entraña, por su propia naturaleza, la violación de las fronteras nacionales, constituye un desafío directo de la soberanía y seguridad de los Estados que por mucho tiempo parecieron infranqueables e inmovibles. El concepto de soberanía que en la sociedad moderna conserva su utilidad jurídica como sustento de la sociedad internacional de los Estados, ya no refleja, en rigor el control real sobre sus dimensiones territoriales. La delincuencia transnacional ha puesto de manifiesto la vulnerabilidad y la permeabilidad de las fronteras nacionales. El tráfico abierto de armas, drogas y personas reduce a la soberanía a un valor simbólico, carente en gran medida de significado real.

El establecimiento, la consolidación y la expansión de la delincuencia organizada, independientemente de sus actividades, amenaza gravemente a la sociedad considerada de conjunto, ataca sus valores básicos, tanto morales y jurídicos como políticos y sociales, quebranta su cohesión y socava los cimientos que aseguran una conducta organizada en las clases, los grupos sociales y las personas.

A nivel personal, la delincuencia organizada pone en peligro la existencia de un entorno seguro para que cada miembro de la comunidad desarrolle su actividad cotidiana sin temor *a la violencia o a la intimidación*, para que pueda ejercer su libertad, su derecho a la vida y a la propiedad sin que acciones violentas las lesionen. La seguridad y la tranquilidad en las comunidades rurales y urbanas, son la base del trabajo y de la productividad. Cuando las calles se transforman en *escenarios de violencia*, cuando mujeres, niños y jóvenes son tratados como productos, la delincuencia organizada lleva el pánico y la inseguridad al clima cotidiano que rodea la vida de personas y familias.

Antes de examinar el problema de la delincuencia organizada en México y en su legislación especial, repasemos a nivel internacional los reportes y las resoluciones que se tomaron en el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal que tuvo verificativo en la ciudad de Budapest

² *Ibidem*, p. 886.

(Hungría) del 5 al 11 de septiembre de 1999.³ Dicho Congreso fue precedido por varios coloquios preparatorios que se celebraron sucesivamente en la ciudad de Nápoles. Posteriormente el que tuvo lugar en Alejandría organizado por el grupo nacional egipcio y que se ocupó de la parte especial del derecho penal en su reto al crimen organizado.

El tercer coloquio preparatorio, *en el que tuve oportunidad de intervenir y presidir algunas sesiones, se celebró en octubre de 1997 en la ciudad de Guadalajara* y organizado por el Grupo Nacional Mexicano, se dedicó a las cuestiones relativas al proceso penal. El último de los coloquios preparatorios celebrados, el tema fue relativo al derecho penal internacional y fue organizado por el grupo nacional holandés en la ciudad de Utrecht.

Junto a los coloquios preparatorios tuvo lugar en septiembre de 1997, en el Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales de Siracusa (Italia), un coloquio de jóvenes penalistas sobre los mismos temas.

Los trabajos de cada una de las cuatro secciones del XVI Congreso se centraron en el debate y aprobación de los proyectos de resoluciones precedentes de los coloquios preparatorios, elevándolas para su aprobación por parte de la Asamblea General de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). Ésta las aprobó en su sesión quinquenal celebrada el 11 de septiembre de 1999, en Budapest, y al finalizar el congreso se reiteró la plena disposición de la AIDP a colaborar con las Naciones Unidas en la lucha contra el crimen organizado, cumpliéndose así con el Congreso de Budapest la resolución 53/111 de la Asamblea General de la ONU del 9 de diciembre de 1998 que decidió la creación de un comité *ad hoc* intergubernamental con objeto de la elaboración de una convención internacional contra el crimen organizado transnacional.

El conjunto de las resoluciones aprobadas por el Congreso de Budapest sobre “El derecho penal frente al reto del crimen organizado”, fueron el resultado de la posición compartida por una amplia mayoría de cuantos desde la teoría y la práctica trabajan por el desarrollo de una justicia penal perfectamente respetuosa de los principios que deben inspirarla, pero, al mismo tiempo plenamente adecuada a las necesidades de nuestros tiempos y pueda contribuir en la orientación y desarrollo eficaz de los importantes esfuerzos que la comunidad internacional se encuentra desplegando en la actualidad en ese campo.

3 Carta Informativa de la Asociación Internacional de Derecho Penal, 1999/2, p. 81.

Por exceder los límites de este trabajo no podríamos incluir todas las resoluciones que se aprobaron en las cuatro secciones del Congreso de Budapest y cabe señalar que por primera vez en un Congreso Internacional de Derecho Penal, se dedicaron las cuatro secciones del trabajo al mismo tema de la delincuencia organizada, habiéndose declarado solemnemente que el crimen organizado presenta, a menudo, características específicas que pueden frustrar el tratamiento de este fenómeno a través de los conceptos tradicionales de la justicia penal.

Son características de este crimen por ejemplo:

- La división del trabajo y la disolución de la responsabilidad individual en el seno de la organización.
- La intercambiabilidad de los individuos.
- El secreto.
- La mezcla de actividades legítimas e ilegales.
- La capacidad de neutralizar los esfuerzos de aplicación de la ley, por ejemplo, por medio de la intimidación, la corrupción y todo género de violencia.
- La capacidad especial de transferencia de las ganancias.

En lo que se refiere a este último renglón, cabe destacar que en la lucha por abatir el crimen organizado cobra especial importancia el examen de bloqueo de dinero o bienes de procedencia delictiva, puesto que es con el conocimiento de la procedencia delictiva de esos bienes y de su confiscación, como se puede afectar el reciclamiento de los productos del crimen organizado y el sucesivo financiamiento que con aquéllos se hace de las operaciones delictivas.

En efecto, la realidad muestra que en la mayoría de las ocasiones los delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de dinero o bienes procedentes de los mismos aparecen entrelazados íntimamente, al generar enormes beneficios económicos que necesitan ser introducidos en el circuito económico, comercial y financiero hasta darles apariencia de licitud; y, además, como consecuencia de la apertura internacional de los mercados financieros estos delitos extienden sus efectos en un ámbito que va más allá del espacio territorial de un país.

Es por lo anterior que los Estados, ante el propio sentir social sobre la peligrosidad de las actividades financieras realizadas por grupos de criminalidad organizada, cuyos efectos desestabilizadores se dejan sentir

sobre el propio sistema financiero, intentan dar respuesta positiva y eficaz al fenómeno con una labor legislativa global en la adopción de medidas, fundamentalmente de coordinación, que van más allá de la necesaria represión penal de los delitos de tráfico, en fin, y junto a la creación de nuevas figuras delictivas, mecanismos preventivos jurídico-administrativos y procesales, para de esta forma garantizar la homogeneidad de la legislación en la lucha contra este tipo de delincuencia.

Los esfuerzos internacionales para luchar contra el blanqueo de capitales se encuentran plasmados en numerosas convenciones bilaterales y multilaterales entre las naciones y en ese amplio contexto merecen destacarse la Convención de Viena de Naciones Unidas, del 20 de diciembre de 1988, que obliga a los Estados contratantes a castigar el blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas; el amplio documento del Consejo de Europa del 8 de noviembre de 1988 sobre “blanqueo, descubrimiento, secuestro y confiscación de los capitales procedentes de los delitos”; la Declaración de Principios de Basilea del 12 de diciembre de 1988; la Convención de Estrasburgo del 8 de noviembre de 1990, a la que se han adherido todos los Estados de la Unión Europea, así como Australia, Canadá y Estados Unidos de América.

En nuestro país el combate al delito del blanqueo de capitales ha tomado las siguientes características.

Inicialmente las operaciones con recursos de procedencia ilícita fueron establecidas como delito fiscal en el artículo 115 bis del Código Fiscal de la Federación, precepto que tuvo nula aplicación en sus aproximadamente cinco años de vigencia, habida cuenta de que la naturaleza de este delito rebasa con mucho las características de una evasión de impuestos y así por razón de ello en la Convención Internacional contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Psicotrópicos, celebrada en Viena en el año de 1988, se estipuló que el delito de blanqueo de capitales no debía ser considerado, entre otros, como un delito fiscal.

De esta suerte, quienes asesoramos, como el suscrito, al Ministerio Público federal, logramos que se extirpara este delito del Código Fiscal de la Federación y se llevara al Código Penal Federal (que es su sitio adecuado) en el título denominado *encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita*. La redacción que sugerimos es la que ac-

tualmente conforma el capítulo segundo de este título vigésimo tercero del Código Penal Federal que a continuación transcribimos:⁴

Artículo 400-bis. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que por sí por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

La misma pena se aplicará a los empleados y funcionarios de las instituciones que integran el sistema financiero, que dolosamente presten ayuda o auxilios a otro para la comisión de las conductas previstas en el párrafo anterior, sin perjuicio de los procedimientos y sanciones que correspondan conforme a la legislación financiera vigente.

La pena prevista en el primer párrafo será aumentada en una mitad, cuando la conducta ilícita se cometa por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos. En este caso, se impondrá a dichos servidores públicos, además, inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

En caso de conductas previstas en este artículo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Cuando dicha Secretaría, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de los delitos referidos en el párrafo anterior, deberá ejercer respeto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y, en su caso, denunciar hechos que probablemente pueden constituir dicho ilícito.

Para efectos de este artículo se entiende 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.

4 Código Penal Federal, México, Sista, 2003, p. 131.

Para los mismos efectos, el sistema financiero se encuentra integrado por las instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades financieras de objeto limitado, uniones de crédito, empresas de factoraje financiero, casas de bolsa y otros intermediarios bursátiles, casas de cambio, administradoras de fondos de retiro y cualquier otro intermediario financiero o cambiario.

Además de su tipificación penal se han producido una serie de disposiciones reglamentarias por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ordenando a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores a los bancos e intermediarios financieros, que: *a)* en operaciones que excedan diez mil dólares deban identificar a sus clientes; *b)* conservar en sus archivos los documentos de identidad relativos a cada operación; *c)* introducir un régimen obligatorio de notificación a las autoridades sin alertar al cliente, y *d)* instaurar procedimientos adecuados de control interno y establecer programas de formación para el personal.

Lo anterior constituye el desarrollo de respuestas normativas al crimen organizado, susceptibles de constituirse en alternativas efectivas a las sanciones penales. Las sanciones de carácter no penal deben evitar que se eluda el respeto de las garantías del derecho penal sustantivo y/o del proceso penal.

Deben establecerse además controles efectivos para evitar que las organizaciones criminales puedan hacerse con el control de actividades legítimas o infiltrarse en las administraciones públicas.

Cuando han existido personas jurídicas implicadas en actividades criminales organizadas, con independencia de la responsabilidad penal de las personas físicas que actúan a nombre y con los medios de estas entidades, deberá procederse a la disolución de estas entidades, la confiscación de sus bienes y/u otras medidas dirigidas contra ellas pueden ser medios efectivos para combatir el crimen organizado.

Como ya lo hemos afirmado, entre las sanciones contra el crimen organizado la confiscación de bienes, e incluidos los productos derivados, constituirá un útil instrumento para atacar a las ganancias ilícitas y reducir la base operativa de las asociaciones criminales. La confiscación, independientemente de las medidas cautelares, deberá ser tratada como una sanción penal en que se exija el respeto a todas las garantías del proceso penal.

En relación con el crimen organizado deberá ser posible la confiscación, judicialmente decidida, cuando se hayan encontrado bienes que aparentemente provienen de actividades criminales, aun cuando no puedan atribuirse a un delincuente en particular. Si se aporta la prueba de su posesión legal, los bienes deben ser devueltos al poseedor. La confiscación no debería dificultar o impedir la reparación del daño a la víctima. Si para asegurar la reparación fuera necesario, los bienes confiscados deberían ser empleados con tal fin.

Durante la averiguación y el proceso penal, los bienes pueden ser embargados provisionalmente por orden judicial si existen indicios suficientes de que serían susceptibles de confiscación y de que podían sustraerse a la disponibilidad de las autoridades, si no fueran capturados inmediatamente.

En nuestro país se expidió y se encuentra vigente la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de noviembre de 1996. Dicha ley ha sido motivo de opiniones muy encontradas: hay quienes la elogian por ver en ella un instrumento normativo que ha dado lugar y sigue dando lugar a la represión de las organizaciones criminales, particularmente de aquellas que se vinculan al narcotráfico y al lavado de dinero.

Amén de lo anterior, se han pronunciado numerosas críticas de quienes estiman que esta ley no ofrece una respuesta concreta a los problemas concretos que implican una amenaza contra los bienes jurídicos conquistados por la sociedad a lo largo de toda su historia. La iniciativa opta por la vía represiva y no constituye una garantía adecuada para el sistema jurídico mexicano que se sustente en el principio de legalidad.

Como antecedente de esta ley existe la reforma constitucional de 1993, que llevó a la carta fundamental la expresión *delincuencia organizada*; en efecto se estableció en el párrafo 7 del artículo 16 que el plazo de detención podría duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Posteriormente, la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales de 1994 introdujo, en el artículo 194 bis de este ordenamiento, la expresión delincuencia organizada y por todo ello se creó más que un tipo delictivo especial un instrumento para el exclusivo objeto de retener a una persona en los casos urgentes y de delito flagrante por el doble del término señalado en el párrafo 7 del artículo 16 de la Constitución federal.

Se ha sostenido que la mencionada ley federal carece de un sustento metodológico y no tomó en cuenta ni la experiencia nacional ni la internacional y lejos de clarificar el ámbito legal mexicano lo complica con una propuesta de disposiciones aberrantes.

La exposición de motivos que precedió a la iniciativa de la ley que comentamos resume su concepción en los términos siguientes:⁵

En síntesis, a nivel internacional se destaca que la delincuencia organizada se identifica por los siguientes atributos: *a)* no tiene metas ideológicas. Sus metas son el dinero y el poder sin connotaciones políticas (salvo en caso de terrorismo); *b)* tiene una estructura jerárquica vertical y rígida con dos o tres órganos máximos y permanentes de autoridad; *c)* limitación o exclusividad de membresía con diferentes criterios de aptitud y proceso de selección riguroso; *d)* permanencia en el tiempo, más allá de la vida de sus miembros; *e)* *uso de violencia y corrupción* como recursos reconocidos y aceptados para el cumplimiento de los objetivos; *f)* operan bajo un principio desarrollado de división del trabajo mediante células que sólo se relacionan entre sí a través de los mandos superiores. Cuenta con posiciones perfectamente perfiladas con relación a las cualidades de sus miembros, y en caso de ser necesario subcontratan servicios externos; *g)* siempre pretende ejercer hegemonía sobre determinada área geográfica o sobre determinada “industria” (legítima o ilegítima), y *h)* reglamentación interna oral o escrita que los miembros están obligados a seguir, entre otros.

Los detractores de la ley estiman que con ella se abre la puerta a las medidas puramente represivas y omite por ignorancia la importancia que tiene la prevención y desconoce y descalifica la capacidad de la sociedad civil para participar en mecanismos colectivos de defensa social que permitan aislar, bloquear y frenar las acciones y actividades del crimen organizado. Estiman que se elude en dicha ley la compleja e intrincada red de vínculos que la delincuencia organizada tiene dentro de la administración pública. Y los esquemas específicos que opera para estimular y desarrollar la corrupción entre los servidores públicos, soslaya el intenso trabajo de los delincuentes para penetrar y controlar las estructuras de poder, desconoce de hecho que la delincuencia organizada busca el poder, le interesa el control directo y el mando sobre los cuerpos de seguridad del Estado.

5 Fernández Doblado, L., *op. cit.*, nota 1, p. 893.

En un enfoque unilateral e insuficiente elaborado al margen de las justas demandas de la sociedad civil que reclama orden y seguridad, las medidas meramente represivas condujeron inevitablemente a una muy lamentable limitación del catálogo de delitos que son propios de la moderna delincuencia organizada. Así quedaron fuera de la iniciativa de ley los siguientes ilícitos: hurto y saqueo de objetos y artículos culturales; hurto de bienes intelectuales; secuestro de aeronaves; piratería marítima; fraudes financieros, y en sistemas de seguros; delitos informáticos; delitos ambientales; comercio de partes del cuerpo humano; infiltración en negocios lícitos; soborno y cohecho de funcionarios públicos; algunos delitos electorales; etcétera.

Con independencia de las críticas anteriormente señaladas y con el debido respeto a los autores que las formulan, queremos señalar que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada constituyó un primer intento de lucha normativa contra el grave fenómeno de la delincuencia organizada y resulta incuestionable que deba ser objeto de reformas y ajustes que aconseje la experiencia que se ha tenido con la aplicación de esta ley; pero también, que dado el carácter trasnacional de los delitos que se cometen bajo esta forma y *modus operandi* de delincuencia y atendida la innegable globalización de las normas punitivas, resulta imperativo que se enriquezca dicha ley y las que deriven de ella con las recomendaciones que derivan de las modalidades internacionales que cobran este tipo de ilícitos fortaleciendo el estudio de derecho comparado para aprovechar las experiencias de los Estados y gobiernos y recoger las enseñanzas de los congresos internacionales sobre la materia; como el ya comentado Congreso Internacional de Derecho Penal de Budapest, y la magna y más reciente convención de las Naciones Unidas, contra la criminalidad trasnacional organizada de diciembre de 2000 en Palermo (Italia).

A la luz de las mencionadas experiencias y convenciones habrán de revisarse las disposiciones existentes en México para hacer frente al desafío del crimen organizado y los conceptos y medios que han rebasado a los tradicionales de la justicia penal, alguno de los cuales han sido objeto de duras críticas, como lo son: la protección de testigos y la autenticidad de sus atestados; la infiltración de agentes al interior de las organizaciones criminales; el uso de arrepentidos que deciden colaborar con las autoridades judiciales y obtener una reducción de la pena; la intervención de comunicaciones privadas, previa autorización judicial; y en general que los resultados de la *investigación proactiva* a que se ha aludido

respeten la presunción de inocencia y el principio de legalidad y la necesidad jurídica de que el o los inculpados no puedan ser condenados únicamente con base de los resultados de una investigación proactiva, ajena a la utilización de una sana y completa prueba circunstancial.

Por lo demás, la legislación especial mexicana respeta el criterio de considerar como delito autónomo la mera pertenencia a una asociación criminal, con la doble sanción, además, por el o los delitos cometidos al amparo de la organización criminal.

Problemática del error sobre elementos esenciales del tipo penal

En la doctrina tradicional de la teoría del delito, se maneja la cuestión del error como circunstancia excluyente de la culpabilidad y se clasificaba el error en de hecho y de derecho. Con el advenimiento de nuevas doctrinas jurídico penales sobre la estructura del delito, se abandonó esa antigua clasificación y se prefiere utilizar ahora para aludir a esta excluyente de responsabilidad, con la denominación *error de tipo* distinguiéndolo del error de prohibición. La razón del cambio en esta terminología y de este desplazamiento consistió básicamente en que el tipo penal puede contener tanto elementos de hecho como de derecho (elementos normativos jurídicos) y el error sobre todos ellos merece el mismo tratamiento con independencia de si son de hecho o de derecho.⁶

En México, la distinción aludida se halla acogida generalmente no sólo por la doctrina sino también por el Código Penal federal, que en su artículo 15, inciso VIII, párrafos A y B, aluden respectivamente al error de tipo y al error de prohibición. La doctrina coincide también en entender que sólo esta distinción puede ofrecer la base para la solución de los problemas que plantea el error.

Al error de tipo se contraponen el error sobre la antijuridicidad.⁷

Constituye error de tipo el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto; en cambio el error de prohibición consiste en que no supone el desconocimiento de alguno o todos los elementos de tipo de injusto; en cambio este error consiste en que no supone el desco-

6 Fernández Doblado, L., *Culpabilidad y error*, tesis de licenciatura, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1950, prólogo de Mariano Ruiz Fuentes.

7 Sobre los problemas que plantea esta diferenciación de error de tipo y error de prohibición, ver la interesante obra *Dolo* de Enrique Díaz Aranda, pp. 72 y 73.

nocimiento de la situación descrita por el tipo, sino sólo el hecho de estar prohibida su realización. El tratamiento del error de tipo, como lo ha señalado Jescheck,⁸

...descansa en un sencillo principio fundamental: puesto que el dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta este conocimiento total o parcialmente, *el mismo excluye el dolo*. Si lo que falta es el conocimiento de los elementos de un delito calificado, deberá aplicarse únicamente el tipo básico. Si el error de tipo responde a imprudencia el autor deberá ser castigado por la modalidad imprudente, siempre que exista el correspondiente tipo de imprudencia.

Lo que nos interesa en este estudio es subrayar en cuanto al error de tipo, la distinción del error sobre elementos esenciales y elementos accidentales del tipo y también las nociones de error vencible de error invencible. Error vencible es aquel que se hubiese logrado evitar aplicando la debida diligencia. El error vencible excluirá el dolo pero no la imprudencia, la que procederá de ser punible ésta en el delito de que se trate. El error invencible excluirá tanto el dolo como la imprudencia dando lugar a la impunidad atípica. Estos conceptos se refieren al error sobre elementos esenciales, esto es sobre los *hechos constitutivos* de la infracción penal, como por ejemplo quien dispara sobre un cazador tomándolo equivocadamente por una pieza de caza (un venado) incurre en error de tipo esencial pues desconoce el elemento esencial del tipo de homicidio; que requiere que se mate a “otro” hombre.

Por el contrario, el desconocimiento de elementos accidentales del tipo, por ejemplo el que mata a Juan equivocadamente creyendo que era Pedro, deja incólume el dolo típico de homicidio.

Las modalidades más importantes del error sobre elementos accidentales consiste en el llamado error sobre el objeto de la acción (error *in persona* y la *aberratio ictus* o desviación del golpe).

En el primero el autor yerra sobre las características y en particular sobre la *identidad* del objeto de la acción, esto es: se confunde a la víctima tomándola por otra persona. En este caso no se excluirá el dolo respecto al homicidio producido pues lo que se requiere es matar a un hombre que es la esencia del delito de homicidio.

⁸ *Tratado de derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1981, vol. I, p. 415.

Respecto a modalidades particulares de este error, en el posible concurso ideal de delitos, numerosos autores aceptan la posibilidad de este concurso, y al respecto y sobre esta línea de tratamiento escribe el distinguido penalista hispano Santiago Mir Puig, la siguientes hipótesis:⁹

Ejemplo, creyendo que se mata al rey se da muerte a un ciudadano que no goza de protección penal especial (según el Código Penal español). En este ejemplo no se excluirá el dolo respecto al homicidio producido, porque se quería matar al rey, y ello implica que se quería matar a un hombre (porque el rey también lo es), pero el error *in persona* obligará a castigar además de por homicidio doloso, por tentativa inidónea de un delito contra la corona (en concurso ideal de delitos).

En el caso contrario, del que queriendo matar a un particular mata al rey, el error impedirá apreciar un regicidio doloso. Concurrirá solamente un homicidio doloso porque se quería matar a un hombre y el rey también lo es.

Igualmente en el caso de la *aberratio ictus*, se distingue del error en la persona en que el autor no supone la confusión del objeto por otro sino sólo que se yerra la dirección del ataque. Por ejemplo, se apuntaba a Pedro y se mata a Juan, lo que a nuestro juicio posee también, como en el anterior caso, la misma significación jurídico penal.

Nuestro Código Penal federal¹⁰ incluye entre las causas de exclusión del delito al solo error de tipo si recae sobre elementos esenciales que integran el tipo penal y se trata de un error invencible y también se alude al error de prohibición invencible en el artículo 15, inciso VIII, párrafos a y b: “Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: a) sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o b) respecto de la ilicitud la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o por que crea que está justificada su conducta”.

El caso del homicidio del cardenal Juan Jesús Posadas Ocampo y seis personas más ante la opinión pública

El asesinato del señor cardenal Juan Jesús Posadas Ocampo ocurrido el 24 de mayo de 1993 conmovió verdaderamente a la opinión pública,

⁹ Mier Puig, S., *Derecho penal, parte general*, 4a. ed., Barcelona, TEC FOTO S. L., 1996, p. 257.

¹⁰ *Idem*.

no sólo por los continuos enfrentamientos que se venían escenificando entre las bandas y organizaciones de narcotraficantes, o por la calidad de las víctimas de las balaceras, sino porque resultó masacrado un prelado mexicano de la más alta jerarquía católica, el señor cardenal Posadas Ocampo.

Según las iniciales noticias que los medios dieron a conocer sobre las investigaciones preliminares y las informaciones contenidas en los libros: *Asesinato de un cardenal ganancia de pescadores* y *El expediente Posadas a través de la lupa jurídica* del doctor Jorge Carpizo, el cruento ataque fue planeado y ejecutado por los hermanos Arellano Félix, a través de una emboscada que tenía el propósito de eliminar a sus rivales, comandados por “El Chapo” Guzmán, pero el infortunio se presentó cuando simultáneamente a la llegada del cardenal Posadas Ocampo al aeropuerto de Guadalajara, donde se escenificaron los hechos, se había comenzado el enfrentamiento armado. Los cuantiosos disparos estaban en todas partes y resultaron heridos y muertos varias personas inocentes y algunos pistoleros del “Chapo”.

La llegada del cardenal Posadas al trágico lugar se debió a que en la mañana del mismo día el entonces nuncio apostólico señor Prigione intentó convencerlo de que no asistiera al aeropuerto a recibirlo, en virtud de que posteriormente se verían en la inauguración de una mueblería. Empero, el prelado mexicano insistió en guardarle la cortesía y en ir a recibirlo.

Infortunadamente, el auto del cardenal era un Gran Marquis muy parecido a uno que pertenecía al “Chapo” Guzmán, dato que conocían los sicarios de los Arellano Félix, quienes al percatarse de la presencia del vehículo se dirigieron a él. Por ambos costados, el auto fue simultáneamente atacado con armas de alto poder que portaban y accionaron los criminales, identificados como “El Negro” y “El Güero Jaibo”:

En una acción envolvente, de atrás hacia delante, los gatilleros dispararon contra el coche del cardenal y a él mismo, a una distancia un poco mayor de un metro, así como también a su chofer. Mientras, “El Chapo”, se tiró al piso y, rodando y a gatas, se introdujo al edificio del aeropuerto.

Así murió el cardenal: por desgracia, en una confusión de vehículo, lo que se convirtió en una confusión generalizada, víctima de la violencia incontrolada y ciega del narcotráfico.

Las evidencias materiales confirman esta verdad, continua señalando el doctor Carpizo, había impactos de bala por todas partes, hay varios inocentes muertos y heridos por el tiroteo, hay doce declaraciones de participantes en los hechos, y treinta y nueve declaraciones de testigos que tuvieron, directa o indirectamente, conocimiento de los hechos y que confirman esa circunstancia, dictámenes periciales y, sobre todo, la confesión ministerial y judicial de uno de los asesinos materiales: “El Negro”; y otra igualmente relevante hecha por Álvaro Osorio, “El Nahual”, uno de los gatilleros que perseguían ese día a “El Chapo” en el aeropuerto de Guadalajara.

“El Negro”, detenido en 1995, cuando Antonio Lozano Gracia fungía como procurador, confesó:

...Al ver... un vehículo Grand Marquis de color blanco y modelo reciente, que coincidía con las características del automóvil que usaba Joaquín Guzmán Loera, alias “El Chapo Guzmán”, según se nos había informado y por tal motivo de inmediato se acercó al Marquis [su] mi paisano, “El Güero Jaibo”, y con su arma larga que llevaba consigo, al igual que el declarante, le efectuamos disparos a los ocupantes de tal vehículo, percatándonos que la persona que iba sentada en la parte frontal derecha, vestía de color negro e intentaba descender del vehículo, lo cual fue impedido por los disparos que “en ráfaga” le hice...¹¹

Las conclusiones de la primera averiguación demuestran de modo palpable que los trágicos hechos fueron producto de un *error in persona* e *in objecto* puesto que por confusión los sicarios erraron en la identidad de los ocupantes del vehículo: el cardenal Posadas y su chofer, pensando que se trataba del “Chapo” Guzmán y posibles acompañantes.

Esta primera averiguación fue desarrollada en el año de 1993, cuando era procurador general de la República el doctor Jorge Carpizo; pero posteriormente a ella se efectuó una segunda investigación (1995), bajo la jerarquía del entonces procurador federal, de filiación panista, Antonio Lozano Gracia, la cual después de un concienzudo trabajo arribó a la misma conclusión.

No obstante lo anterior, se inició en la Procuraduría General de la República en el año de 1998 una nueva investigación, por un grupo de esa

11 Carpizo, J., *El expediente Posadas a través de la lupa jurídica. Averno de impunidades*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 7 y 8.

Procuraduría, al que se integraron los obispos juristas Luis Reynoso Cervantes y José Fernández Arteaga, quienes llegaron a la misma conclusión de 1993 y 1995, en el sentido de que los lamentables y criminales hechos fueron producto de una confusión.

Debo decir que todos los ciudadanos procuradores que han tenido la responsabilidad de la investigación, son destacados juristas no comprometidos más que con la fidelidad que protestaron guardar al iniciar sus elevados encargos.

He leído con atención los dos volúmenes debidos básicamente a la pluma de Jorge Carpizo, a saber: *Asesinato de un cardenal. Ganancia de pescadores*; y el posteriormente editado con el nombre de *El expediente Posadas a través de la lupa jurídica. Averno de impunidades*.

En dichos volúmenes, magistralmente descritos y que contienen las experiencias personales directas del destacado jurista, amén de sus reflexiones sobre los delicados problemas de la justicia penal en nuestra patria, se defiende categóricamente la tesis de que la confusión (*error in persona e in objecto*) fue la causa del desdichado asesinato del cardenal Posadas Ocampo y de otras numerosas personas.

Ahí se relatan y se dice que:

La investigación del cardenal Posadas Ocampo y seis personas más, en aquel fatídico 24 de mayo, constituye un éxito extraordinario de la procuración de justicia en nuestro país: a la semana conocíamos las principales circunstancias y a muchos de los autores de esos crímenes y las detenciones ya habían comenzado. La investigación que prosiguió en el propio 1993 y en 1994, así como la efectuada en 1995, precisaron muchos aspectos, como era natural. La cantidad de peritajes y estudios técnicos fue impresionante y permitieron conocer, con profundidad, diversas cuestiones.

Las detenciones de los implicados en los asesinatos continuaron, y aquéllos ratificaron con sus testimonios, el contenido de los otros testimonios que obran en la averiguación previa.

La conclusión de la confusión del vehículo, que se conoció una semana después de los trágicos acontecimientos, no sólo subsistió y se corroboró, sino que se fortaleció con los nuevos elementos y declaraciones.

En los volúmenes de marras, se detallan e incorporan, además, documentos relacionados con la larga lucha, defensas y respuestas de Carpizo frente a las imputaciones que le han hecho algunos miembros de lo que él denomina el Grupo Jalisco, que dice lo integran el señor cardenal Juan

Sandoval Íñiguez, sucesor de Posadas Ocampo, en la arquidiócesis de Guadalajara, el señor Fernando Guzmán Pérez Peláez, diputado dirigente de la fracción panista en el Congreso de Jalisco, y el abogado José Antonio Ortega Sánchez. A ese grupo Carpizo asocia a María de la Luz Lima Malvido, quien entonces era subprocuradora en la Procuraduría General de Justicia de la República, que encabeza actualmente el ciudadano procurador Rafael Macedo de la Concha.

Se da cuenta detallada en los mencionados volúmenes de numerosas noticias, datos, documentos, promociones y denuncias, y presentación de pruebas diversas por los mencionados personajes señalados en primer término.

Muchas de estas informaciones ya se habían divulgado por los medios de difusión, dando cuenta de la larga batalla legal (en más de diez años) del doctor Carpizo en contra del llamado Grupo Jalisco, cuyos miembros han sostenido, contrariamente a la tesis oficial de la confusión, que el atentado en que perdió la vida el cardenal Posadas Ocampo fue el resultado de un “complot” (desdichado galicismo) del que surgió un crimen de Estado dirigido precisamente para privar de la vida al prelado Posadas, en el ámbito de los oscuros intereses que se generan en el narcotráfico. Se llegó incluso a imputarle a Carpizo ser el autor intelectual del mencionado “complot”, y de haber maniobrado en su cargo para tal fin, ocultando pruebas. Esta postura fue la que ocasionó que la averiguación del falaz crimen fuera sacada varias veces de la reserva, para impulsar nuevas actuaciones del Ministerio Público federal.

Sería imposible en este opúsculo resumir siquiera el contenido de los mencionados volúmenes, pero lo que sí podemos afirmar es que la larga batalla de Jorge Carpizo y los opositores a su tesis y conclusiones, *ya oficiales*, han llegado a un tremendo encono, con imputaciones y diatribas, la más de las veces mortificantes, y batalla en la que el llamado Grupo Jalisco sigue empeñado y empecinado en sostener su posición y su tesis en contra de la que ya es oficial. Sería absurdo, impropio y fuera de toda razonable explicación y justificación, el que yo pretendiera emitir y siquiera asomar alguna opinión sobre las enconadas y contrarias posiciones aquí reseñadas, tomando partido por alguna de ellas. Nada más lejos y aventurado de mi quehacer como abogado y maestro universitario, el pretender sustituirme en la recta valoración de probanzas a los órganos encargados de la justicia penal en mi patria y quienes tienen los autos y

la encomienda de su examen. Tengamos fe y confianza en su recto y honesto proceder.

Pero lo anterior no me impide sino me obliga por un elemental deber moral a emitir las siguientes reflexiones y remembranzas.

Conozco al doctor Jorge Carpizo desde mucho tiempo atrás, lo admiro y respeto por su sólida formación profesional y científica. Su bien ganado prestigio como constitucionalista, investigador de altos vuelos y jurisconsulto eminente, quien trasciende nuestras fronteras y es un orgullo para México. Actualmente imparte lecciones y enseñanzas en la prestigiosa Universidad Complutense de Madrid.

Cuando realmente tuve la oportunidad de conocerlo y tratarlo en esa dimensión fue cuando juntos colaboramos como ministros en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En aquella época remota recuerdo sus magníficas intervenciones en el Pleno, dichas con lucidez y claridad notables.

Conozco ya no tan de cerca su magnífica actuación en los altos cargos y encomiendas que ha desempeñado en la función pública con rectitud acrisolada, eficacia manifiesta y elevado patriotismo.

Junto con otros muy destacados juristas (no podemos dejar de mencionar al ilustre doctor Héctor Fix-Zamudio, el eminente jurista doctor Diego Valadés, al actual director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, también antiguo correligionario en la Suprema Corte de Justicia y al notable penalista y compañero académico doctor Sergio García Ramírez), han formado un verdadero y encomiable equipo de trabajo de consulta obligada para el aparato público y privado, algo así como la *conciencia jurídica de México*.

Por otra parte, debo decir que no conozco a los integrantes del llamado Grupo Jalisco, ni al señor cardenal Juan Sandoval Íñiguez, por lo que omito hacer valoración alguna de esas personalidades.

Pero aquí debo hacer una reflexión por separado, y me refiero a María de la Luz Lima Malvido, quien renunció a su cargo como subprocuradora y actualmente se desempeña en el servicio exterior mexicano. María de la Luz y su cónyuge, el doctor Luis Rodríguez Manzanera, son miembros de número, igual que el suscrito, de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, y juntos, y con relevante actuación nacional e internacional, han profesado enjundiosa especialidad por los estudios criminológicos, produciendo obras de necesaria consulta. Juntos fundaron la Sociedad Mexicana de Criminología, importante institución que trabaja paralela-

mente a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, que celebra eventos y congresos de gran resonancia y utilidad en el país. Con ellos colabora, entre otros, la doctora Emma Mendoza Bremaunts, prestigiosa académica y criminóloga, actualmente secretaria general de nuestra Facultad de Derecho.

No puedo olvidar que la doctora Lima Malvido fue una de las mejores alumnas que tuve en el posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y en los exámenes de oposición a la cátedra, recibiendo por todo ello las mejores calificaciones. Con ellos hemos asistido a congresos y reuniones internacionales en que se han destacado por su eminente vocación.