

EL CASO DEL HOMICIDIO DEL CARDENAL POSADAS Y LA DOGMÁTICA PENAL

Edgardo DONNA

SUMARIO: I. *Planteo del tema*. II. *El caso*. III. *Posibles soluciones dogmáticas*. IV. *Solución dogmática al caso*.

I. PLANTEO DEL TEMA

El caso del cardenal Juan José Posadas Ocampo, muerto junto a seis personas más, en el aeropuerto de Guadalajara, investigado por la procuración del Estado mexicano, nos lleva a plantear su solución dentro de la dogmática penal, que es nuestro saber como profesor universitario.

De ahí que hemos buscado la solución jurídica que tendría este caso. Teniendo en cuenta esencialmente al derecho penal argentino.

En cuanto a los hechos, vamos a tomar los que se han dado por cierto por la Procuraduría General de la República de México (PGR).

II. EL CASO

El caso es el siguiente: el 24 de mayo de 1993, en el aeropuerto de Guadalajara, cuando se había desatado una batalla entre dos bandas opuestas llegó al aeropuerto el automóvil del cardenal. El relato que se ha dado es el siguiente, realizado por Jorge Carpizo:¹

¹ Tomamos el relato del libro de Carpizo, Jorge, *El expediente Posadas a través de la lupa jurídica. Averno de impunidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 7. Existe además otro libro de Carpizo, Jorge y Andrade, Julián, *Asesinato de un cardenal*, México, Nuevo Siglo Aguilar, 2002.

Dos bandas de narcotraficantes escenificaron, el 24 de mayo de 1993, un nuevo episodio de sus continuos enfrentamientos. Los hermanos Arellano Félix habían preparado una emboscada para eliminar a su enemigo, “El Chapo” Guzmán. Casi simultáneamente a la llegada del cardenal Posadas Ocampo al aeropuerto de Guadalajara, había empezado en ese lugar un enfrentamiento armado. Las huellas de los disparos estaban en todas partes —en el edificio, en varios vehículos, en letreros, incluso en algún árbol del lugar—. Varios inocentes fueron heridos... o muertos... además de dos pistoleros del “El Chapo”. A todas luces se trataba de un enfrentamiento.

La llegada del cardenal al aeropuerto se debió a decisiones de ese mismo día, ya que por la mañana el nuncio Prigione intentó convencerlo de no asistir al aeropuerto a recibirlo, en virtud de que se verían posteriormente en la inauguración de una mueblería. Posadas insistió en ir al aeropuerto.

El auto del cardenal se estacionó: era un Grand Marquis muy parecido a uno que pertenecía al “Chapo” Guzmán, dato que los gatilleros de los Arellanos Félix conocían. Éstos se percataron de la presencia del vehículo y se dirigieron a él. Por los dos costados, el auto fue atacado simultáneamente con armas AR-15 y AK-47 que portaban dos criminales: “El Negro” y “El Güero Jaibo”. En una acción envolvente, de atrás hacía adelante, 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, afirma Carpizo: por desgracia, en una confusión de vehículos, que se convirtió en una confusión generalizada, víctima de la violencia incontrolada y ciega del narcotráfico”.²

Es con base en estos hechos, tal como ha sido narrado, que vamos a trabajar, tal cómo debe hacerse. No se puede modificar el caso si se quiere dar su encuadre jurídico. Si mañana, por ejemplo, surgieran nuevos hechos debería hacerse un nuevo análisis. Digo esto para fijar claramente el método que se utiliza.

² Carpizo, *op. cit.*, nota 1, pp. 7 y 8.

III. POSIBLES SOLUCIONES DOGMÁTICAS

1. *El homicidio*³

A. *El bien jurídico en el delito de homicidio*

El bien jurídico en el delito de homicidio es la vida humana, que se concreta en la existencia de todo hombre, y por ende es el objeto de la acción del homicidio.⁴ Es habitual que no se proponga una definición de lo que se entiende por vida humana porque ello resulta obvio.⁵ La protección se extiende a todo ser humano, aunque sea monstruoso. Sigue riñendo la afirmación de Liszt: “todo lo parido por la mujer hay que considerarlo, a partir del parto como humano”.⁶

Bien ha dicho Díaz Aranda

...que el derecho a la vida es un derecho fundamental reconocido en el artículo 15 de la C. E., ello se deriva de su ubicación sistemática en el capítulo segundo, sección 1a. “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Aunado a lo anterior y dada su importancia, el derecho a la vida ha sido objeto de protección en diversos ordenamientos jurídicos entre los cuales se puede citar la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Convenio Europeo sobre la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales.

Y agrega:

...es evidente, que tanto en la Constitución como en los tratados internacionales, el derecho a la vida constituye una garantía del individuo frente al Estado, el cual tendrá la obligación de respetar la vida del individuo y, a su vez, protegerla de posibles ataques de terceros. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional de las sentencias 120/1990, de 27 de junio, fs. 4,6 y 7 y, 143, 137/1990, de 19 de julio, fj. 4 y 5, con los votos de Rodríguez Pineiro y Leguina Villa.⁷

3 Se toma como base en el tema de los homicidios al libro de Donna, Edgardo, *Parte especial*, 2a. ed. actualizada, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, t. I, pp. 17 y ss.

4 Gössel, Karl Heinz, *Strafrecht, Besonderer Teil, Band I*, Heidelberg, C. F. Müller, 1987, par.2,I.

5 Bacigalupo Enrique, “Los delitos de homicidio”, *Estudios sobre la parte especial de derecho penal*, Madrid, Akal Editores, 1991, p. 13.

6 Liszt, *cit.* por Gössel, *op. cit.*, nota 4, par 2,I,a).

7 Díaz-Aranda, Enrique, *Del suicidio a la eutanasia*, 2a. reimp., México, Cárdenas Editor Distribuidor, 1997, pp. 108 y 109.

Romeo Casabona afirma que una primera aproximación indica que se protege la propia existencia físico-biológica del ser humano. Se trata, por tanto, de un bien jurídico individual, del que son titulares cada uno de los seres humanos.⁸

Con estos conceptos, es claro que la vida humana adquiere no solo un nivel natural, por decirle de alguna manera sino normativo, que comprende a aquél, pero va, sin duda, más lejos.⁹

B. *Los límites, especialmente el máximo de protección de la vida humana*

La vida se protege desde la concepción hasta la muerte. Cómo bien se sabe, ambos conceptos han y son discutidos. No he de entrar en este problema, pero me interesa, habida cuenta del caso que se estudia, hacer una breve referencia al momento de la muerte. Como dice Díaz Aranda, “en realidad el único signo cierto de la muerte es la descomposición del cadáver, pero como no podemos esperar hasta ese momento para determinar si alguien ha muerto o no, se tiene que partir de otros criterios”.¹⁰

Tradicionalmente “se ha considerado como muerte la paralización irreversible de los sistemas circulatorios sanguíneos y respiratorios, vinculada con la pérdida de toda actividad del sistema nervioso central, y seguida de toda célula y tejido del organismo”.¹¹ En palabras de Lüttger, la muerte es “un estado de reposo definitivo de la circulación y la respiración, conectado con el cese de la actividad del sistema nervioso central y seguido de la muerte todas las células y tejidos del organismo”.¹²

8 Romeo Casabona, Carlos María, “Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética”, en Romeo Casabona, Carlos María, *Estudios de derecho penal*, Granada, Comares, 2004, p. 6.

9 En igual sentido, Donna, *op. cit.*, nota 3, t. I, pp. 20 y ss., con bibliografía allí citada, en especial el trabajo de Keller, Reiner, “Der Verlust von orientierungskräftiger Gegenständlichkeit im Strafrecht un der Normativismus”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 107, Heft 3, Band 1995, p. 469; Romeo Casabona, *op. cit.*, nota 8, p. 7.

10 Díaz Aranda, *op. cit.*, nota 7, p. 144.

11 Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal*, Lima, Sector, 1982, t. I, p. 25.

12 Lüttger, Hans, *Medicina y derecho penal*, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, pp. 63 y 138, citado por Díaz Aranda, *op. cit.*, nota 7, p. 144.

Debido a los diversos problemas surgidos con este concepto, como son los de los trasplantes, las nuevas técnicas de reanimación, las legislaciones tomaron el criterio de muerte cerebral.¹³ Con base en esa idea el legislador argentino optó por un criterio valorativo, que es el de tomar el momento de la muerte cuando las células cerebrales se han destruido, que se plasmó en la ley 21541 y posteriormente en la ley 23464 (artículo 21), que regula específicamente el tema de los trasplantes.

En igual sentido se ha dado en otros países. Según Díaz Aranda, con cita en Lüttger, define a la muerte cerebral como “la destrucción anatómica gruesa o estructural del cerebro en su totalidad (corteza cerebral y encéfalo)”. El citado autor acude a la ley 30/1979, del 27 de octubre sobre Extracción y Trasplante de Órganos en España, que dispone que la muerte se comprueba con la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales. Esos datos se encuentran en el artículo 10 del Real Decreto 426/1980, del 22 de febrero, por el que se desarrolla la ley antes enumerada. En el artículo 10 se enumeran esos datos:

...la constatación y concurrencia, durante treinta minutos, al menos y la persistencia seis horas después del comienzo del coma, de los siguientes signos: 1) ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; 2) ausencia de respiración espontánea; 3) ausencia de reflejos cefálicos con hipotonía muscular y midriasis y 4) electroencefalograma plano, demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral...¹⁴

El criterio elegido por la ley, para determinar el momento de la muerte de una persona, es sin duda el que más se ajusta a la esencia de lo que es el ser humano. Así lo expresa Hurtado Pozo, al decir que la destrucción de las células cerebrales:

...trae como consecuencia el irremediable y progresivo proceso de destrucción de todo el organismo. Por esto, y no tan sólo por su rol en el aspecto psico-espiritual del hombre, la destrucción de las células cerebrales es el hecho decisivo para la determinación del momento en que la persona muere. La vida del hombre es algo diferente a la vida de algunos de sus órganos o de sus células y, también, al mantenimiento artificial de alguna de sus funciones. Luego, el hombre como unidad bio-psicológica está muerto aun cuando alguno de sus

13 Donna, *Teoría del delito y de la pena*, Buenos Aires, Astrea, t. I, p. 2; Díaz Aranda, *op. cit.*, nota 7, p. 145.

14 Díaz Aranda, *op. cit.*, nota 7, p. 146.

órganos, por sí mismo, continué funcionando, o aisladas funciones vegetativas sea, artificialmente, mantenidas en actividad.¹⁵

Agrega Romeo Casabona que los avances de la ciencia médica han puesto de manifiesto que un deterioro sustancial del cerebro es completamente irrecuperable, por eso cuando se produce la destrucción del cerebro puede entenderse muerta a una persona.¹⁶

C. *El tipo objetivo en delito doloso de homicidio*

Entre otras definiciones, el homicidio consiste en matar a otra persona, y, con más propiedad, a un ser humano ya nacido vivo. Se puede definir como la causación de la muerte de otra persona física, si bien parte de la doctrina también afirma que la acción de matar consiste en acortar la vida de otro, esto es, adelantar la muerte en el tiempo. De todas formas, ambas ideas expresan sustancialmente la misma cosa.¹⁷

Esto exige que se dé, como mínimo, una relación de causalidad entre la acción de matar, por parte del autor, y el resultado muerte, teniendo en cuenta la teoría de las equivalencias de las condiciones. Romeo Casabona la define: “una acción es causal de un resultado cuando eliminada mentalmente la primera desaparece el segundo”.¹⁸

Sin embargo, se ha criticado a esta teoría que contiene un concepto naturalístico, prejurídico y que presupone que se ha establecido científicamente una ley causal determinada y, en consecuencia, no resulta aplicable cuando no se dispone de la evidencia científica que pueda trasladarse a la situación concreta.¹⁹ Esta idea había sido dada por Armin Kaufmann cuando decía que las afirmaciones generales que conciernen al campo de las ciencias naturales deben adoptarse siempre y solamente si están aseguradas en el aspecto científico, o sea, si se las acepta en general.²⁰

15 Hurtado Pozo, *op. cit.*, nota 11, p. 25.

16 Romeo Casabona, *op. cit.*, nota 8, p. 19.

17 Donna, *op. cit.*, nota 3, t. I, p. 38.

18 Romeo Casabona, *op. cit.*, nota 8, p. 28.

19 *Idem.*

20 Kaufmann, Armin, “Tipicidad y causación en el procedimiento”, *Nuevo Pensamiento Penal*, año 2, núm. 1, enero-marzo de 1973, p. 24.

Últimamente se ha acudido a una categoría normativa, la llamada imputación objetiva del resultado²¹ o la llamada más específicamente teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta.²²

D. Tipo subjetivo

El homicidio es un delito doloso de acuerdo a la técnica legislativa del artículo 79, Código Penal. El objeto del dolo comprende los elementos del tipo penal objetivo, abarcando los medios utilizados. De ese modo el autor debe conocer que su acción produce muerte de una persona y, además debe haber querido tal resultado.

Se acepta tanto el dolo directo de primer grado, como el de segundo grado y el eventual, salvo los casos de homicidios agravados, en donde por la forma de comisión del hecho se exige el dolo directo.

Desde nuestro punto de vista, el dolo es algo más que “conciencia y voluntad” de realización de los elementos objetivos del tipo y se debe avanzar en el sentido que lo han hecho Roxin,²³ Hassemmer,²⁴ Díaz Pita,²⁵ Armin Kaufmann,²⁶ y ahora Díaz Aranda,²⁷ en el sentido que hay que partir de un concepto más genérico del dolo que permita explicar coherentemente todas sus formas. Existe dolo —de acuerdo a este criterio— cuando hay una “decisión voluntaria y consciente del autor en contra del bien jurídico”. Resulta sumamente ilustrativo el caso del Tribunal Supremo Alemán:²⁸ K y J querían robar a M, con quien uno de ellos mantenía

21 Sobre el tema hay mucha bibliografía: desde los trabajos de Claus Roxin, pasando por el funcionalismo. Son valiosos los trabajos de Frisch, Jakobs, Gimbernat Ordeig, En sentido crítico, véase los trabajos e Hirsch, en sus *Obras completas* (Rubinzal Cuzoni) Cerezo Mir, Donna.

22 Díaz Aranda, *Derecho penal, parte general*, México, UNAM-Porrúa, 2003, p. 200.

23 Roxin, *Derecho penal. Parte general*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña et al., Madrid, Civitas, 1997, p. 425.

24 Hassemmer, *Los elementos característicos del dolo*, p. 909.

25 Díaz, Pita, *El dolo eventual*, p. 301.

26 *Der Dolos eventuales im Deiktaufbau. En Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Pert*, Berlín-Bonn-Manchen, 1982.

27 Díaz Aranda, al afirmar “que desde mi punto de vista, se entiende por dolo: el obrar con el propósito de violar la norma del tipo penal”. *Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, 4a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 115.

28 El caso puede verse en Esser, Albin y Burkhardt, Björn, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencia*, trad. por Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Colex, 1995, pp. 157 y ss.

una relación sentimental. Al principio habían pensado estrangularlo con una correa de cuero hasta que perdiera el conocimiento y sustraerle entonces sus pertenencias. Como se percataron de que el estrangulamiento podría conducir a la muerte de la víctima, que no querían y preferían evitar, resolvieron golpearlo con un saco de arena en la cabeza y hacerle perder la conciencia de ese modo. Durante la ejecución del hecho reventó el saco de arena y se produjo una pelea con M. Entonces K y J recurrieron a la correa de cuero que habían llevado por si acaso. Hicieron un lazo en torno al cuello de M y tiraron de ambos extremos hasta que dejó de moverse. Seguidamente se apoderaron de las pertenencias y al surgirles dudas sobre si M estaba aún vivo, realizaron intentos de reanimación que resultaron inútiles. Los autores no “querían” matar: no deseaban la muerte. Al contrario, preferían evitarla. Sin embargo, existe dolo eventual porque al escoger conscientemente el medio más peligroso se han decidido en contra del bien jurídico. Para ellos fue más importante robar que evitar el riesgo de la muerte.²⁹

El concepto de dolo como decisión del autor en contra del bien jurídico parece adecuado porque permite explicar e incluir sin contradicciones ni incoherencias todas sus formas: sin duda existe una decisión en contra del bien jurídico en los casos de dolo directo, dolo indirecto o de consecuencias necesarias y también, en el caso del dolo eventual. En el dolo eventual la decisión contra el bien jurídico es evidente porque para el autor es más importante la consecución del fin que el eventual riesgo de lesión del bien jurídico. Como sostiene Díaz Pita:

En el dolo eventual el sujeto se encuentra ante las siguientes opciones: seguir adelante con su plan, que lleva aparejado el riesgo concreto e inminente de lesión de un bien jurídico, o abstenerse de actuar. En la adopción de esta decisión, el sujeto se guiará por una escala de valores y unas máximas de riesgo. Si prefiere la posibilidad de lesión de un bien jurídico, anteponiendo así sus particulares intereses, estaremos ante un actuar doloso. El sujeto se habrá decidido en contra del bien jurídico en la forma prevista en el tipo penal.³⁰

a. Un especial caso de error de tipo

Existe un caso de error que hemos de tratar especialmente debido a que, a nuestro juicio, es el que define el presente caso. Se trata del llama-

²⁹ *Idem*.

³⁰ Díaz Pita, *op. cit.*, nota 25, p. 310. En igual sentido Teresa Rodríguez Montañez, D.

do error en la persona, que la doctrina afirma que se trata de una variante del error en el objeto. Son casos en que el error es irrelevante. Es el supuesto en que una persona decide matar a A y sin embargo mata a B. En estos casos es claro que el error es irrelevante debido a la equivalencia de los valores en juego. La equivalencia del valor de las personas hace que tal error sea irrelevante. El sujeto quiere matar a una persona y lo hace.

El caso más notable es el llamado “caso Rose-Rosahl”, juzgado por el Tribunal Supremo de Prusia:

El trabajador Rose fue inducido por su patrón, el tratante de maderas Rosahl, a matar de un disparo al carpintero Schliebe. Rose se puso emboscado al acecho (el 19 de septiembre de 1859) por la noche después de las 21 horas. En la oscuridad tomó erróneamente por Schliebe al estudiante de derecho de diecisiete años y lo mató de un disparo. Cuando poco después apareció en el lugar de los hechos Schliebe y encontró el cadáver, sospechó enseguida que la bala estaba destinada a él”.³¹

Roxin afirma que en esos casos el error es irrelevante, de modo que tanto Rose debe ser castigado por el delito de homicidio doloso consumado.

La fundamentación puede ser distinta. Advierte Roxin que la tesis que sostiene que el dolo abarca las circunstancias de hecho en la cualidad propia de su especie no es sostenible si se califica de relevante el carácter general de la *aberratio ictus*.³² Roxin acude a su tesis de realización del plan del autor, en el cual, en este caso se llega a la solución que el autor de que el plan del sujeto se ha realizado, de acuerdo a parámetros normativos, cuando quien actúa alcanza a la víctima concreta a la que había apuntado. Agrega Roxin: “Se ha de considerar por tanto decisivo para la valoración jurídica únicamente el conocimiento del sujeto de la situación del objeto en el momento del hecho e irrelevante según parámetros objetivos su representación errónea del identidad de la víctima”.³³

Cerezo Mir afirma que en estos casos el error es irrelevante, siempre y cuando las personas lo sean, desde el punto de vista de la protección penal en los distintos tipos de injusto. Más problemático es el caso de la persona que quiera matar a una persona que goza de protección especial y sin embargo mata a otra. En este caso, habrá homicidio calificado ten-

31 Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 23, §12, núm. 168.

32 *Ibidem*, § 12, núm. 169.

33 *Idem*. En similar sentido Díaz Aranda, *Derecho penal, parte general, cit.*, nota 22, p. 299.

tado y homicidio simple consumado.³⁴ Sin embargo, un sector doctrinal muy minoritario afirmaba que, aplicando las reglas del *aberratio*, en este caso el error sería relevante porque ha fracasado el plan del autor y sólo debería ser castigado el hecho como tentado.³⁵

Jürgen Wolter, sostiene esta posición afirmando que se trata de un caso impropio de *aberratio ictus*. Afirma Wolter:

En dicho caso, T, disfrazado de camarero, lleva coñac envenenado a la habitación que su enemigo mortal X habría de ocupar en un hotel; efectivamente, oye ruido de un cliente en el baño, pero, sin embargo, de trata de Y, con quien X, por precaución, ha intercambiado la habitación. Tanto el cambio de habitaciones como la muerte de Y —concretemos así el ejemplo, de momento— sólo puede ser conocido por el espectador objetivo a posteriori; es decir, *ex ante* resultan objetivamente imprevisibles. Por ello en mi opinión, debe excluirse la concurrencia de un hecho doloso consumado. En efecto el comportamiento de T, contemplado *ex ante*, constituye una tentativa de homicidio contra X, idónea, dolosa, adecuada y objetivamente imputable; sin embargo, la misma no se realiza (en un resultado) en forma adecuada ni objetivamente imputable. En lugar de X, quien muere es Y, lo cual resultaba objetivamente imprevisible en el momento de la tentativa acabada (en el que se dispuso y se ofreció el coñac). Por tanto —en tales términos podría formularse un segundo principio general de imputación—, falta aquí la adecuada relación objetiva de injusto (relación de riesgo) entre acción y resultado. El resultado no es el desarrollo consecuente, objetivamente imputable, del riesgo creado de modo imputable. Por el contrario —contemplado desde el momento del comportamiento peligroso—, constituye un mero azar, no adecuado a la acción. Debido a la falta de previsibilidad objetiva del proceso global, la muerte de Y no puede imputarse ni a un hecho consumado doloso (no hay siquiera una tentativa), ni a uno imprudente.³⁶

Está claro que este caso, que estudiamos, y sin perjuicio de la agravante, no hay duda, es uno de los temas que de seguro habrá de discutirse en un hipotético juicio.

34 Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español, parte general, II: Teoría jurídica del delito*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 1997, pp. 134 y 135.

35 Roxin, *op. cit.*, nota 23.

36 Wolter, Jürgen, “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*”, en Schünemann, Bernd, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 127 y ss.

2. Los homicidios agravados

A. *El homicidio por precio, promesa remuneratoria* (artículo 80, inciso 7, Código Penal)

Pareciera que éste es la agravante que se aplica al caso tal como se dirá en la síntesis. La cuestión es interesante, ya que la responsabilidad es la misma para el autor, que para el hombre de atrás, que sería el instigador.

El fundamento del mayor castigo se encuentra en un mayor reproche que se debe hacer a quien mata por un puro interés.³⁷ En este sentido todas las personas están menos seguros frente a quien mata sin odio, sin pasión o motivo conocido.

El pacto puede ser escrito u oral, pero siempre debe tener un precio, que puede ser el salario del que mata mensual por ejemplo, si ya estaba en los planes de la persona. La agravante exige un pacto o convenio, por lo cual, el motivo o causa de la muerte debe ser el precio o la recompensa. De este modo, el precio pagado o la recompensa futura debe ser el motivo, la razón por la cual el autor material del homicidio interviene y comete el hecho.

El contenido del convenio o pacto debe ser de carácter económico, ya que éste es el sentido que se esconde dentro del precio o promesa remuneratoria. También la limitación tiene sentido porque con ello se limita el tipo y se evita que todo homicidio entre en esta agravante.

Algunos autores opinan que tal extremo no se daría en el caso en que la ventaja patrimonial que obtiene el autor “no es una consecuencia derivada de la muerte sino del hecho de matar: la obtención del beneficio no depende del resultado mortal cuanto de la realización de la acción homicida. En otras palabras no se obtiene el beneficio con la muerte, sino por producirla”.³⁸

La norma exige un pacto, por precio o promesa remuneratoria entre el que manda matar y el autor que va a realizar la acción material de matar. De acuerdo a la forma en que está redactada la norma, la agravante alcanza tanto al autor, como a quien lo manda. Si bien alguna parte de la doctrina ha llegado a sostener que la agravante solo alcanza al autor ma-

37 González Rus, Juan José, *Manual de derecho penal, parte especial*, Madrid, Ederesa, p. 69.

38 *Idem*.

terial (Muñoz Conde), en nuestro ordenamiento la cuestión no puede sostenerse ya que quien paga es inductor, y de acuerdo a las reglas de la participación responde por el hecho del autor principal (artículo 45, Código Penal). La doctrina mayoritaria, y nosotros mismos, hemos sostenido que la agravante es tanto para quien paga, como para quien recibe la recompensa.³⁹

Tema interesante es el concepto de precio en la ley. Pareciera ser que abarca aquello que se paga antes y debe tener un contenido pecuniario, esto es de orden económico. En cambio la promesa remuneratoria consiste en un ofrecimiento de pago posterior al hecho. Y en este punto consiste la agravante, en la idea de matar teniendo en cuenta el pago, la parte económica. Obsérvese que sería distinta la cuestión si el motivo de matar estuviera en servicios sexuales, que sólo sería el delito de homicidio.

Lo esencial de la agravante es el pacto económico con el fin de dar muerte a alguien. Pero debe tenerse en cuenta que el pacto como tal debe considerarse un acto preparatorio, y por tanto no punible, de acuerdo a las reglas generales de la participación.

B. El concurso de dos o más personas: (artículo 80, inciso 6, Código Penal)

El fundamento de la agravante consiste en que el matar mediante el concurso de personas, se disminuye la defensa de la víctima.

Laje Anaya ha sostenido que, tal como está redactado el tipo penal, se exige que además del que mata, existan dos o más personas, o sea que como mínimo deben ser tres personas.⁴⁰ La actuación de los intervinientes debe ser tanto en el carácter de autores, como de cómplices, en tanto se debilita la defensa de la víctima. De esa manera está claro que el inductor no puede llevar la agravante, si no participa en el hecho.

La ley exige desde el punto de vista subjetivo, que las personas se reúnan a los efectos de matar, ésto implica que exista una predeterminación para matar, o sea que las personas se reúnan a los efectos de realizar el homicidio y con ello disminuir la defensa de la víctima.

³⁹ Donna, *op. cit.*, nota 3, t. I, p.104.

⁴⁰ Laje Anaya, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1978, t. 1; Creus, Carlos, *Derecho penal, parte especial*, 4a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 32.

IV. SOLUCIÓN DOGMÁTICA AL CASO

1. *Análisis general*

Hay que volver al caso, tal como está planteado en el apartado II. Se trata, desde nuestra perspectiva, de un homicidio doloso consumado, agravado por el precio y por la cantidad de personas intervinientes, ya que fueron más de dos, si bien sólo dos fueron los que dispararon.

Descartamos que el error sobre la persona tenga alguna relevancia, ya que se trata de una persona y a una persona se quiso matar.

Igual calificación se debe aplicar a quien mandó a matar, debido a que a juzgado de instigador, de acuerdo a nuestra posición sobre este punto.⁴¹

2. *Especiales problemas de autoría*

Se podría plantear, habida cuenta el caso, que al intervenir una especie de mafias organizadas, que es procedente la teoría de Roxin sobre los aparatos de poder, haciendo jugar su especial concepto de autoría mediata en estos casos.⁴²

Para explicarnos mejor: la autoría mediata no estaría limitada a una acción defectuosa del instrumento como son los casos clásicos, sino que se daría aún, frente a un actuar plenamente responsable del intermediario, en el caso a estudio de las personas que matan al cardenal.

En otras palabras, las posibilidades de autoría mediata no se agotarían con las formas básicas conocidas, esto es, la voluntad de dominio del inspirador o manipulador, que descansa sobre una coacción o sobre un error del manipulado, sino que hay otra modalidad del dominio mediato de las acciones, caracterizada por la circunstancia de que el inspirador tiene a su disposición personal un “aparato” —generalmente organizado por el Estado— con cuya ayuda puede consumir sus delitos sin tener que transferir a los ejecutores una decisión autónoma sobre la realización.

Para que ello se dé, tiene que cometer el delito activamente en el desempeño de un dominio de configuración superior relevante, o no haber-

⁴¹ Donna, *Autoría y participación*, 2a. ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 30 y ss.

⁴² Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2a. ed., traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Barcelona, Marcial Pons, 1998, pp. 691 y ss.

lo impedido pese a su deber de garante. El dominio de configuración superior relevante no viene dado por el binomio autoridad-subordinación, ni tampoco por un poder directivo en una organización jerárquicamente instrumentada. La sujeción a un puesto de subordinación merma la libertad de los subordinados, merma su poder de formar su voluntad autónomamente e imponerla contra resistencia. Esto hace que, gracias a la conexión institucional entre sometimiento, obediencia y poder directivo, el subordinado sea instrumentalizable solo por el superior o jefe.

Para analizar este tipo de autoría se debe pensar, por ejemplo, en la matanza de los judíos por parte del régimen nazi, en la dictadura militar en la Argentina de la década de los setenta y, porque no, en las estructuras mafiosas de poder. En estos supuestos es difícil interpretar estos hechos con los parámetros normales de autoría.

Esta situación fue la que llamó la atención de algunos autores, en especial de Roxin. sobre las figuras de la autoría, la instigación y la complicidad, quien intentó dar una explicación que se ajustara a la realidad del fenómeno. En los casos de exterminio de judíos hubo autoridades “competentes” y, en segundo caso que se puede poner como testigo útil, el llamado “caso Stachynski”, que tenía como base a un servicio secreto extranjero, a cuyas directivas se remitía el autor directo. No hay duda de que en ambos casos, los autores mediatos de ambas muertes fueron, según Roxin, las autoridades competentes y el servicio secreto extranjero, aunque no existió en el hecho, dominó la voluntad, por medio del error o de la coacción.

Para avalar su posición, Roxin recurre a los expedientes del juicio de Núremberg, de los cuales no surge que alguno de los autores directos haya sido amenazado de sufrir un mal grave, si se negaba a cumplir la orden de ejecución. Iguales consideraciones se pueden hacer con respecto a Stachynski. En ambos casos el autor inmediato tenía la posibilidad de apartarse de las órdenes que se le impartieron, por lo cual queda descartado tanto el error, como la coacción.

Al existir libertad en quien actúa, es decir, ni coacción ni error, Roxin debe dar un nuevo argumento para poder fundar la autoría mediata; y éste es que se trata de un mecanismo funcional del aparato en que ellos ejercen su actividad.

Una organización de este tipo desarrolla, justamente, una vida que es independiente de la cambiante composición de sus miembros. Ella funciona sin

estar referida a la persona individual de los conductores; digamos que funciona automáticamente. Sólo es preciso tener a la vista el caso, para nada inventado, de que en un régimen dictatorial la conducción organice un aparato para la eliminación de personas indeseables o de determinados grupos de personas

Cuando suceden estos acontecimientos, en los cuales, para hablar gráficamente, el manipulador aprieta un botón y se pronuncia una orden de ejecución, se puede confiar en que el ejecutor va a cumplir el objetivo, sin necesidad de llegar a conocer a quienes va a ejecutar. Tampoco es necesario que recurra a los medios de la coacción del engaño, puesto que sabe que cuando uno de los muchos órganos que colaboran en la realización de los delitos no cumpla con su tarea, inmediatamente va a entrar otro en su lugar, sin que se vea perjudicada, en su conjunto, la ejecución del plan.

Sobre la base de estos argumentos, Roxin concluye que: “El factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en este tipo de casos, que deben situarse frente a los de coacción y de error, es una tercera forma de autoría mediata, que radicaría en la fungibilidad de los ejecutores”.⁴³

En este último caso, nada falta en la libertad y responsabilidad del ejecutor inmediato, que es punible como culpable por mano propia. Pero estas circunstancias son irrelevantes en cuanto al dominio del inspirador, porque según sus expectativas respecto del actuante, él no aparece como una persona responsable individualmente, sino como una figura anónima y cambiante. El ejecutor es, en la medida en que se escarbe un poco en el dominio de su acción, al mismo tiempo y en cada instante, una ruedita cambiante en la máquina del poder, y esta doble perspectiva coloca al inspirador junto a él en el centro de los acontecimientos.

La doctrina está de acuerdo que, para explicar e interpretar estos asesinatos llevados a cabo por la maquinaria nacionalsocialista de exterminio, no bastan los conceptos corrientes de la dogmática penal; sino que el genocidio es un delito de todo punto inimaginable como hecho individual. Esto es una novedad, pues los delitos de guerra, estatales y de organizaciones no pueden ser aprehendidos adecuadamente si se manejan sólo los criterios que rigen para el hecho individual, y es por ello que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad no podrían adaptarse, sin más, a un acontecimiento delictivo así.

⁴³ Roxin, *op. cit.*, nota 23 pp. 267-278.

Los autores alemanes que han tomado posición sobre el tema, tienden a ampliar la autoría, apoyándose en la teoría del dominio del hecho. También Peters había afirmado que “El que, ordenando y dirigiendo, toma parte en la empresa es, sea el que sea el grado jerárquico que ocupe, autor. A él le corresponde la plena responsabilidad, aunque, por su parte, esté subordinado a su vez a otra instancia que emita órdenes”.⁴⁴

Por su parte, Maurach-Gössel incluye dentro de los casos de autoría mediata a aquéllos en que los hechos punibles del “hombre de atrás” son controlados o dominados mediante aparatos delictivos de poder, organizados estatalmente (KGB en la Unión Soviética), delitos violentos del régimen nacionalsocialista o de otro modo (por ejemplo la mafia).⁴⁵

La posición de Roxin ha terminado imponiéndose, especialmente en Alemania, con el fallo del Tribunal Supremo Alemán en la sentencia del 26 de julio de 1994.⁴⁶ Con citas en Roxin, Wessels, Dreher —Tröndle, y Maurach-Zipf— Gössel, el tribunal sostuvo que “el autor de detrás debe ser considerado autor mediato, así como todo aquel que en el marco de la jerarquía transmite las órdenes delictuales porque la fungibilidad del ejecutor brinda el dominio del hecho al autor de escritorio”.⁴⁷

Por nuestra parte, nos hemos expedido de manera crítica sobre esta posición de Roxin, basado en la idea de acción libre que sustentamos y de la imputación subjetiva. Pero no es el caso insistir sobre ello.⁴⁸

Vista así la cuestión no hay duda que se aplicaría al que ordenó el crimen la responsabilidad a título de autor y no de instigador.

3. Breve referencia al derecho penal de México

Cuando iniciamos este trabajo dijimos que sólo nos referiríamos al derecho penal argentino, debido que es el que conocemos. No podemos dejar de hacer una muy breve referencia al Código Penal de México.⁴⁹

44 Eckart-Jahrbuch, 1961/1962, p. 241, citado por Gimbernat Ordeig.

45 Maurach / Gössel, *op. cit.*, nota , § 48, II, 88.

46 BGHSt, 40, 218. Hay traducción y comentario de Gustavo Aboso en Suplemento de jurisprudencia penal, 2 de diciembre de 1999, pp. 19 y ss.

47 *La Ley*, traducción de Gustavo Aboso.

48 Donna, *op. cit.*, nota 41, pp. 71 y ss.

49 Tomamos para ello el libro de Díaz de León, Marco Antonio, *Vademécum penal federal*, México, Indepac Editorial, 2002.

Dejamos de lado cualquier otro concurso con los delitos de posibles asociaciones ilícitas, tenencia de armas de guerra, ya que no es el objeto de este trabajo.

Nos parece que son de aplicación los artículos 13 y 14 del Código Penal federal, que regulan la autoría y la participación.

En cuanto a la parte especial, y en concreto, serían de aplicación el artículo 302, que es el homicidio, pero en este caso lo sería los artículos 316 y 317, en cuanto a la superior ventaja del autor frente a la víctima.

Puede ser discutible y esto merecería conocer más el concepto de alevosía que tiene la jurisprudencia de México y si el concepto se resume en la idea de matar sobre seguro y sin riesgo.⁵⁰

⁵⁰ Donna, *Derecho penal, parte especial*, pp. 98 y ss.