

DICTAMEN SOBRE PRESUNTOS DELITOS COMETIDOS POR SERVIDORES PÚBLICOS, OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO, HOMICIDIO, LESIONES, ROBOS Y DAÑOS

Francisco MUÑOZ CONDE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Materiales y documentación*. IV. *Objetivos de la consulta*. V. *Consideraciones previas*. VI. *Los delitos de incumplimiento de deberes del artículo 214, V, y de abuso de funciones del artículo 215, V y VII del Código Penal Federal*. VII. *El delito de omisión del deber de socorro*. VIII. *Los delitos de homicidio calificado por alevosía y ventaja de los artículos 315 a 320 del Código Penal Federal. Breves referencias al robo y a los daños*. IX. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En estos últimos años han sido muchas las ocasiones en las que en mis frecuentes viajes a México para impartir conferencias o intervenir como profesor invitado en maestrías y cursos doctorales en diversas partes del país, muchas veces, bien en relación con el tema objeto de mi intervención, bien en conversaciones privadas, se me han hecho preguntas por parte de alumnos y compañeros, profesionales del derecho, en relación con casos penales emanados directamente de la reciente realidad mexicana. Estas preguntas y conversaciones dieron lugar a veces a que se me encargaran trabajos y dictámenes sobre algunos de estos casos. Surgieron así trabajos sobre el “caso Posadas” (publicado en *Las ciencias penales y el homicidio del cardenal Posadas*, México, UNAM, 2005); o sobre el “caso El Encino” (publicado en *Caso “El Encino” ¿Delito?*, México, Porrúa, 2005), y este que ahora publi-

* Catedrático de derecho penal, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España.

co como homenaje a la doctora Olga Islas sobre los sucesos que dieron lugar al llamado “caso Tláhuac”.

Considero que por encima de las repercusiones políticas y sociales que pueden haber tenido o tienen casos de este tipo, el trabajo que aquí se publica, realizado por así decir “desde la otra orilla”, sin otra pretensión que la de ofrecer una opinión jurídica “sometida a cualquier otra de mejor fundamento”, puede constituir una contribución para una solución objetiva y razonable a los problemas que por muchas que sean sus implicaciones políticas, o precisamente por eso, siempre deben ser resueltos con argumentos jurídicos y dentro de los principios y parámetros del Estado de derecho.

Agradezco al licenciado Rodolfo Félix Cárdenas su ayuda por haber puesto a mi disposición los datos y materiales sobre los que se basa este dictamen jurídico.

II. ANTECEDENTES

Con base en los hechos que seguidamente se transcriben en estos antecedentes, el Ministerio Público Federal ha imputado al señor Marcelo Luis Ebrard Casaubon los siguientes delitos:

Homicidio en agravio de Víctor Mireles Barrera y Cristóbal Bonilla Martín, lesiones que ponen en peligro la vida en agravio de Edgar Moreno Nolasco; daño en propiedad ajena en agravio de la Secretaría de Seguridad Pública y del gobierno federal; robo en agravio de la misma dependencia, y ejercicio indebido del servicio público.

Seguidamente se transcriben los antecedentes, tal como me han sido suministrados por el solicitante de este dictamen, y con base en los cuales se emite el mismo, analizando hasta qué punto las imputaciones formuladas por el Ministerio Público tienen fundamento jurídico:

1) El 23 de noviembre de 2004 tres personas que resultaron ser elementos de la Policía Federal Preventiva y que realizaban una operación en el poblado de San Juan Ixtayopan, Delegación Tláhuac, Distrito Federal, fueron detenidos por pobladores del lugar argumentando que se trataba de secuestradores y ladrones de niños, *no obstante no existen hechos de tal naturaleza reportados ante las autoridades.*

2) Estando las personas sometidas por pobladores del lugar, una persona realizó un llamado por el No. 060 (llamada de emergencia a la policía) para reportar el suceso. Alrededor de las 18.35 horas arribaron al lugar aproxi-

madamente cuatro (4) y sobre las 18.40 horas nueve (9) elementos (no capacitados en el manejo de multitudes; sin equipo adecuado para ello y superados por mas de 100 pobladores). A ese momento, los tres sujetos ya se encontraban materialmente sometidos por la población que rebasaba el número de 100 pobladores que además se incrementaba conforme el tiempo transcurría. Entre la población presente, existieron siempre numerosos niños y mujeres, así como personas de la tercera edad. Los pobladores del lugar supieron que se trataba de policías federales, no obstante no los liberaron; a ese momento, los pobladores sacaban de sus vehículos a los policías federales que gritaban que eran «policías federales», no obstante, la gente se subió al vehículo, rompió parabrisas y golpearon a los sujetos.

3) Un elemento de seguridad pública de los que arribó, sin armas, dialogó con una persona de sexo femenino que lideraba a los pobladores y que se sabe por información que es pública, que se trataba de Alicia Zamora alias “La Gordá” o “La Güera” a quien la Procuraduría General de la República ha identificado junto con su esposo Eduardo Torres como los sujetos que habían planeado, ejecutado y filmado los hechos. De este diálogo, se dijo a la policía que entregarían a los tres retenidos a la Jefa Delegacional, al Fiscal de Tláhuac y en presencia de los medios de comunicación, solicitando su presencia. Así, los pobladores condicionaron la entrega de los retenidos a la presencia de aquellos, dando inicio de esta manera a un espacio de negociación.

Cabe señalar que, conforme a la normatividad internacional aplicable en México que rige respecto del uso de la fuerza física de los cuerpos policíacos; de la normatividad interna que rige la actuación de la policía preventiva de la ciudad de México y Recomendación que ha formulado al respecto la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal; el uso de la fuerza física ha de ser tenido como el último recurso pues se debe privilegiar el diálogo y la persuasión.

El lugar en que los hechos ocurrieron, presenta problemas que dificultan las comunicaciones.

4) Las comunicaciones entre la policía preventiva se conducen como si se tratara de una pirámide, en la que, de la base hacia arriba no se puede tomar contacto directo con el Secretario de Seguridad Pública del DF de no ser por alguien en lo particular que está a segundo nivel como lo es el Subsecretario de Seguridad Pública. Así, un policía de patrulla no puede dirigirse directamente al Secretario de Seguridad; tampoco un Jefe del Sector al que se encuentra adscrito ese policía etcétera, la información debe de correr de abajo hacia arriba y dependiendo del caso, por el conducto respectivo, hasta el Secretario.

De esta manera, el ex Secretario de Seguridad Pública del DF el día de los hechos solamente tuvo contacto con el Subsecretario de Seguridad Pública Gabriel Regino García quien tenía a su cargo el mando operativo.

5) El día de los hechos el entonces Secretario de Seguridad Pública del DF se encontraba presentando ante la Cámara de la Industria de Radio y Televisión un programa antisequestro. Alrededor de las 19.00 horas, el Secretario de Seguridad Pública recibió un llamada del Subsecretario Gabriel Regino García informándole lo que acontecía en Tláhuac. A ese momento, que los pobladores tenían retenidas a tres personas sosteniéndose que se trataba de secuestradores y que la población había pedido la presencia de la Jefa Delegacional, del Fiscal de Tláhuac y de los medios de comunicación para entregar a los retenidos.

La respuesta del Secretario de Seguridad Pública fue en el sentido de instruir al Subsecretario Gabriel Regino García que, de «ser necesario» se usara la fuerza policíaca disponible, autorizando en consecuencia que se concentraran los distintos agrupamientos policíacos que se encontraban en diversos servicios por toda la ciudad.

6) Cuando el Secretario había abandonado la reunión precitada y en trayecto a sus oficinas recibió una segunda llamada del Subsecretario de Seguridad Pública informándole que las autoridades requeridas por los pobladores iban camino al lugar de los hechos y los estaban esperando. Llegaron al lugar de los hechos más elementos de seguridad pública.

No obstante el contexto de esta comunicación, el Secretario de Seguridad Pública *volvió a reiterar al Subsecretario que se usara la fuerza policíaca disponible de ser necesario* y tras preguntar si ya se había concentrado a la policía y recibir una respuesta negativa, instruyó la concentración de la misma para su traslado al lugar de los hechos.

Concentrar la policía implicaba sacar de sus servicios a toda la policía de la capital, para que en los distintos puntos de la ciudad de México en los que se encontraba repartida se juntaran unos en un sitio, otros en otro; otros en los cuarteles, y hecho lo cual, los distintos agrupamientos de policía agrupados por distintos lugares se trasladaran al lugar de los hechos tal y como ocurrió. Hubo quienes se fueron directamente y otros que tuvieron que acudir a los cuarteles a ponerse el equipo (cascos, escudo etcétera). para poder intervenir. Se movilizó con esa orden a la policía montada, al agrupamiento femenino, al agrupamiento de granaderos, a la policía metropolitana etc. Esta orden descubrió a la ciudad de policías.

7) En la segunda llamada que hizo el Subsecretario Gabriel Regino que se ha mencionado, al entonces Secretario de Seguridad Pública; aquel le informó también que había hablado con el Almirante José Luis Figueroa Cuevas, Comisionado de la Policía Federal Preventiva *quien le dijo que ya*

conocían de los hechos y que los sujetos retenidos eran elementos de dicha corporación policial federal.

Cabe señalar que la policía federal preventiva conocía del operativo de sus elementos (no así la de Seguridad Pública del Distrito Federal). Además, sus instalaciones están más cercanas al lugar de los hechos y, son los que cuentan con más y mejor equipo para actuar. Esta policía cuando el evento se había consumado primero envió a 30 elementos y posteriormente a un contingente de alrededor de 100, pero a su llegada el linchamiento ya había ocurrido.

8) La Jefa Delegacional y los medios de comunicación arribaron al lugar, no obstante nunca existió entrega de los retenidos; por el contrario, *la población incrementó y se encontraba enardecida. No existió negociación y se mantuvo presencia de niños y mujeres en el lugar.*

Existió otra comunicación del Subsecretario al Secretario informándole, según la información que a él a su vez le llegaba, que los retenidos habían sido entregados a la Delegada, *pero la información después fue desmentida.* Frente a esa información el Secretario supuso que el conflicto había terminado, *no obstante nunca dio la orden de detener a la policía que se había concentrado y cuya intervención había instruido al Subsecretario y que, además, se dirigía cruzando la ciudad de México al lugar de los hechos; la orden persistió.*

9) En otra llamada, el Subsecretario de Seguridad Pública informa al Secretario que le había llamado la Jefa Delegacional diciéndole que la situación era extremadamente difícil. Informa también el Subsecretario al Secretario que había hablado a la Policía Federal Preventiva solicitando su intervención para efectuar una acción conjunta. El Secretario instruye al Subsecretario que pidiera un helicóptero para trasladarse al lugar, lo que ocurrió alrededor de las 21.15 horas. Ya en vuelo el Secretario es informado que había ocurrido el linchamiento y que habían quemado dos cuerpos.

Al sobrevolar el lugar, el helicóptero en que viajan Secretario y Subsecretario baja para depositar a éste último en tierra con la instrucción de coordinar desde ahí las acciones, pues como se ha mencionado, *el lugar presenta dificultades para las comunicaciones.*

10) Al sobrevolar el lugar, apenas llegaba la policía que se había concentrado. Los que más pronto llegaron lo hicieron aproximadamente en un tiempo no menor de una hora y media y los que más, aproximadamente en dos horas cuarenta y cinco minutos. Esta es la única policía entrenada para control de multitudes, no así, la policía que ya estaba en el lugar.

Desde el aire el Secretario Instruyó a granaderos acelerar el paso y estos llegaron para dar cobertura a un grupo de la policía judicial (GERI) que logró rescatar al tercer elemento que no habían aun linchado pero que

los pobladores arrastraron más de un kilómetro para llevarlo al Kiosco del pueblo con intención de ahorcarlo para luego quemarlo.

La Policía Federal Preventiva llegó después de las 22.00 horas con 30 elementos y mandó alrededor de 100 más después de las 23.00 horas cuando los hechos ya se habían consumado.

11) Se tomó control del poblado y con ello el entonces Secretario de Seguridad Pública se retiró.

Por otro lado cabe señalar que no existió otro medio material que fuera más rápido para trasladar a la policía preventiva del DF al lugar, por ello el traslado tuvo que hacerse por tierra y cruzando toda la ciudad que no sólo es conflictiva por sus distancias, sino en razón al caos vial.

12) De esta manera, la conducta asumida por el Secretario de Seguridad Pública en todo momento y desde el inicio que conoció del conflicto fue:

a) Instruir al mando operativo el uso de toda la fuerza policiaca disponible, de ser necesario, así como que se concentrara a la misma para ser trasladada al lugar de los hechos. Esta es la acción que el podía realizar.

b) El Secretario de Seguridad Pública con ello depositó tal y como los ordenamientos legales lo prevén, la operación de las acciones en su mando operativo, delegando en él las funciones quedando en éste último su coordinación.

c) El único contacto respecto de los hechos que mantenía el Secretario, lo era cuando recibía información del Subsecretario de Seguridad Pública en quien había delegado las funciones operativas y siempre y, en todo momento, mantuvo su instrucción de usar toda la fuerza disponible de ser necesario y, por ende, la autorización de concentrarla y su traslado al lugar de los hechos.

d) Existe imposibilidad material para que toda la fuerza policiaca disponible que se concentró se trasladara en menor tiempo al lugar de los hechos, pues no existió otro medio posible que el terrestre.

e) El Secretario de Seguridad Pública no actuó instruyendo directamente a los mandos policiacos ni a policías que se encontraban en el lugar de los hechos o se trasladaban. Actuaba a través del Subsecretario de Seguridad Pública, quien a su vez era quien mantenía contacto con las cadenas de mando inferiores.

f) La Procuraduría General de la República ha hecho público que se encontró una video al realizar un cateo en la casa de Eduardo Torres y de su esposa Alicia Zamora alias “La Gorda” o “La Güera”, a quienes se dice presuntamente forman parte de grupos radicales de movimientos de masas y ligados a venta de droga al menudeo señalando que estos planearon, ejecutaron y filmaron el linchamiento de los tres elementos. Que se dejó co-

rrer la versión entre los pobladores que los retenidos eran secuestradores y ladrones de niños para instigarlos a la violencia. Que hubo autores intelectuales que son ordenados y tenían bien definidos sus objetivos; que incluso se instaló en el lugar una cámara con camarógrafo, al que otro sujeto le señalaba las imágenes que debía captar. Que había un plan inicial que era quemarlos.

III. MATERIALES Y DOCUMENTACIÓN

Elementos que se ponen a mi disposición para la elaboración de este dictamen:

1. *Normativa aplicable al caso*

A. *Nacional mexicana*

- a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- b) Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.
- c) Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal.
- d) Ley Orgánica de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal.
- e) Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal.
- f) Reglamento de la Policía Preventiva del Distrito Federal.
- g) Manual Administrativo de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal.

B. *Normas internacionales*

- a) Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado en la 10a. sesión plenaria de la ONU, del 17 de diciembre de 1979.
- b) Los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptados por el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana, el 27 de agosto al 7 de septiembre 1990.

C. Recomendación

Recomendación de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal 1/2003.

2. Cinco cassettes en formato VHS

- a) Videograbación que contiene la transmisión en vivo de los hechos por distintos medios de comunicación (23-11-2004) (núm. 1).
- b) Copia de la videograbación completa encontrada en la diligencia de cateo efectuada por la PGR en casa de “La Gorda” o “La Güera” (núm. 2) (10 minutos).
- c) Videograbación de la presentación por TELEVISIA el día 14 de diciembre de 2004 en el noticiero de Joaquín López Dóriga, que presenta la versión editada por la PGR del vídeo encontrado en el cateo referido (núm. 3).
- d) Videograbación de la comparecencia de Ramón Martín Huerta, secretario de Seguridad Pública Federal, ante la Cámara de Diputados el 13 de diciembre de 2004 (núm. 4).
- e) Videograbación que contiene la transmisión en vivo por distintos medios de comunicación de hechos ocurridos el 25 de noviembre de 2004 en el cuartel de la PFP localizado en calzada de las Bombas, en la ciudad de México, en la que aparecen entrevistas a diversos elementos de esa corporación policiaca que señalan que sabían lo que estaba aconteciendo desde las 18.00 hrs. y que no obstante no les ordenaron intervenir.

3. Versión estenográfica

- a) De la conferencia de la PGR a través del subprocurador de Control Regional, Procedimientos Penales y Amparo, Gilberto Higuera Bernal, en la que se presenta el vídeo que dura 10 minutos mencionado en el inciso b).
- b) Grabación que contiene la entrevista del periodista Carlos Loret de Mola en el programa de radio “Hoy por Hoy”, de la estación WRadio, a un elemento de la Policía Federal Preventiva de nom-

bre Rodrigo Carrillo Rodríguez el día 25 de noviembre de 2004, así como la transcripción de la misma.

4. *Declaraciones del señor Ebrard Casaubon en calidad de testigo*

13 diciembre 2004, y de inculpado el 6 enero 2005.

IV. OBJETIVOS DE LA CONSULTA

De conformidad con los antecedentes que han sido expuestos, así como con la documentación, materiales y vídeos proporcionados, el licenciado Rodolfo Félix Cárdenas, abogado defensor de Marcelo Luis Ebrard Casaubon, me solicita en sendas cartas del 20 diciembre 2004 y 6 de enero 2005, respectivamente, que emita un dictamen legal, en su aspecto eminentemente penal, con relación a los siguientes aspectos:

1) Si en la actuación que tuvo el día de los hechos el ex Secretario de Seguridad Pública del Distrito Federal Marcelo Luis Ebrard Casaubon es posible apreciar la comisión de un delito doloso.

2) Si es posible conforme a la actuación del ex Secretario de Seguridad Pública del Distrito Federal Marcelo Luis Ebrard Casaubon, considerar que el mismo incurrió en un delito de omisión de auxilio o socorro.

3) Si es posible conforme a la actuación del ex Secretario de Seguridad Pública del Distrito Federal Marcelo Luis Ebrard Casaubon, considerar que el mismo actuó en comisión por omisión culposa, particularmente respecto de los delitos (dos) de homicidio calificado con alevosía y ventaja respecto de dos de los elementos de la policía federal preventiva que perdieron la vida y fueron quemados; homicidio en grado de tentativa calificado (o, según la acusación, de lesiones) con alevosía y ventaja respecto del elemento de la policía federal preventiva que fue salvado del linchamiento, robo y daño en propiedad ajena.

4) Si la falta de actuación de los policías preventivos que estuvieron presentes en el lugar de los hechos durante su desarrollo y que no actuaron para hacer cesar la privación de libertad (había policías preventivos de la Secretaría de Seguridad Pública y también policías judiciales respecto de los cuales la Secretaría de Seguridad Pública no tiene el mando al pertenecer éstos a la Procuraduría General de Justicia del D.F.); es atribuible bajo algún título de imputación a Marcelo Luis Ebrard Casaubon.

V. CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de entrar en el objeto central de este dictamen, que no es otro que el decidir si resultados delictivos provocados dolosamente por terceros pueden ser también atribuidos y, por tanto, fundamentar la responsabilidad penal, bien directa o indirectamente, por dolo o culpa, de quienes tienen, como era el caso, entre otros responsables de Seguridad y jefes policiales, del señor Marcelo Ebrard, a la sazón secretario de seguridad, por razón de su cargo, el deber de evitar, dentro de ciertos límites, el comportamiento de esas terceras personas, e impedir los hechos que realizaron, conviene precisar algunas cuestiones generales que están en la base de los hechos que aquí se valoran en su estricta dimensión jurídico-penal.

Para responder a esta cuestión hay que dejar claro, en primer lugar, que uno de los deberes principales de la policía y, por tanto, de sus jefes y responsables de la misma, es, en cualquier país civilizado, mantener el orden público, entendido como “tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana”.¹ Este deber genérico de la policía se subdivide a su vez en deberes más específicos, que van desde la prevención y persecución de la criminalidad hasta funciones más apegadas a la vida cotidiana, como facilitar y dirigir el tráfico automovilístico y el tránsito de personas y vehículos por la vía pública, evitar las molestias y el ruido que perturba el descanso, el ensuciamiento de las calles y fachadas de los edificios, de los jardines y parques, los daños al alumbrado y a las instalaciones públicas, etcétera. Para ello, la policía dispone de unos medios técnicos y humanos, y puede llegar a emplear la coerción y la fuerza, si bien dentro de unos límites dictados por los principios de necesidad, proporcionalidad y congruencia, tal como se establece en los distintos textos jurídicos nacionales e internacionales existentes en la materia.²

¹ Concepto restrictivo de orden público, *cf.* Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 15a. ed., Valencia, 2004, p. 874.

² Véase artículo 3o. del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado en la 10a. sesión plenaria de la ONU, del 17 de diciembre de 1979; Principios 4 y 5 sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptados por el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana el 27 de agosto al 7 de septiembre 1990; artículo 17. X de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal; artículo 46 de Ley Orgánica de la Secretaría de la Seguridad Pública; artículo 5o. del Reglamento de la Policía Preventiva del Distrito Federal; Tabla

Sin embargo, como la experiencia demuestra, estos medios no siempre tienen la eficacia deseada, y a veces es prácticamente imposible evitar, sobre todo en el caso de grandes aglomeraciones humanas provocadas por la celebración de espectáculos deportivos o en el trascurso de manifestaciones, que algunos de los participantes en las mismas, bien intencionalmente, movidos por la pasión, la venganza u otros motivos, o bien de forma imprudente, y muchas veces inducidos por agentes provocadores y bajo el efecto de la ingestión de bebidas alcohólicas, lancen objetos contra las fuerzas de orden público, causen daños en la propiedad pública o privada, e incluso lleguen a agresiones físicas contra las mismas fuerzas de orden público, autoridades y servidores públicos, o contra otras personas. Y si esto es ya de por sí difícil y complicado en estos casos, todavía lo es más, cuando las aglomeraciones de personas adquieren un sesgo violento, o desde el principio están dirigidas a la realización de delitos, o incluso, como sucedió en este caso, no sólo se proponen retener o detener ilegalmente a determinadas personas, sino incluso llegar a asesinarlas, bien porque quieran tomarse la justicia por su mano, creyendo que se trata de delincuentes comunes, secuestradores de niños, o simplemente utilizando estos hechos como pretexto para obstaculizar o impedir, manipulando a la multitud enardecida, la labor de las fuerzas de orden público en el cumplimiento de sus funciones, el descubrimiento de delitos o la detención de sus responsables.

Muchos de los hechos que suelen darse en estos casos son constitutivos de delitos de daños, incendios, desórdenes públicos, etcétera y, por supuesto, como ocurrió en el caso que nos ocupa, de homicidios calificados, de los que obviamente son principalmente responsables las personas que los hayan realizado directamente. Los únicos problemas que se plantean a este respecto desde el punto de vista de la exigencia de responsabilidad penal en el correspondiente proceso penal es la identificación no sólo de las personas que realizaron directamente los hechos, sino también de los que de algún modo pudieron participar en los mismos como autores intelectuales, a través de la inducción, la cooperación necesaria, o incluso de la autoría mediata y de la coautoría.

sobre Escala Racional del Uso de la Fuerza de la Policía del Distrito Federal; Recomendación 1/2003 de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Sobre las tareas que en general tiene encomendadas la Policía en el Estado de derecho, véase Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Bogotá, Temis, 2000, pp. 141 y ss.; también publicado en España, en la Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

A este respecto, en los tribunales de justicia suele plantearse frecuentemente la responsabilidad en que incurren los convocantes y dirigentes de una manifestación en el trascurso de la cual algunos de los manifestantes realizan hechos constitutivos de delito, generalmente daños a la propiedad pública o privada, lesiones, homicidios, etcétera. Evidentemente, no hay ningún problema en afirmar esa responsabilidad si la conducta de los convocantes y dirigentes de la manifestación realiza directamente algún tipo delictivo, o bien se incluye en un concepto amplio de coautoría basada en el acuerdo previo y el reparto de funciones, o de autoría mediata en la versión de la misma expuesta originariamente por Roxin, de control o dominio de un aparato de poder u organización, que fundamenta que también los que dominan a los manifestantes puedan responder de los hechos que éstos ejecutan.

Obviamente, nos referimos aquí a la responsabilidad de estos dirigentes y de los participantes en el tumulto a título de dolo, ya que es ésta la forma en que claramente se cometieron los hechos que aquí se relatan, dado que tanto en los daños en el vehículo de los agentes como en la producción de la muerte de dos los mismos y de las graves heridas que le infirieron a un tercero, los que intervinieron directamente en la realización de tales hechos, y los que los dirigieron, incitaron y ordenaron su ejecución, actuaron para provocarlos directamente y de forma planeada.

Mayores dificultades hay, en cambio, para imputar los mismos a título de culpa o imprudencia a algunos de los responsables policiales, jefes, mandos intermedios y agentes, tanto de la Policía Federal Preventiva como de la estatal, y PGJ, que de algún modo intervinieron, directa o indirectamente, en los hechos, bien presenciándolos, bien intentando negociar con los amotinados para evitar que éstos llevaran a cabo sus propósitos, bien realizando cualquier otro tipo de actuación tendente a evitarlos; pues este tipo de responsabilidad sólo puede afirmarse en la medida en que se puedan demostrar los requisitos de esta forma de imputación de la responsabilidad penal; es decir, siempre que existan deberes específicos de control y vigilancia, y el incumplimiento de los mismos hubiese podido favorecer o provocar estos hechos. También debe comprobarse si la omisión o incumplimiento de algunos de esos deberes puede fundamentar algún delito de incumplimiento de deberes por parte de servidores públicos, aunque en ningún caso se puede admitir que la mera constatación de un deber o poder institucional fundamente ya sin más la autoría y mucho menos la imputación a título de dolo de los hechos delictivos que hayan podido cometer,

por su cuenta y riesgo y voluntariamente, es decir, dolosamente, otras personas.

Esto que se acaba de decir es aún más claramente aplicable cuando se trata de manifestaciones o reuniones ilícitas que tienen por objeto la comisión de algún delito, tanto más si, como sucedió en este caso, se trata de un acto de linchamiento. Curiosamente, no se plantea aquí, como suele ser habitual en otro tipo de casos, problemas de extralimitaciones o excesos de las fuerzas de orden público en el empleo de los medios coercitivos que tienen a su disposición para reprimir o dispersar a los manifestantes o evitar que éstos cometan actos vandálicos, aunque es evidente que esto podría haber ocurrido perfectamente si la policía hubiese empleado esos medios coercitivos, sus armas de fuego reglamentarias, o cualquier otro sistema o material antidisturbio, porque, según manifestaciones del propio secretario de Seguridad, de haber sido así, lo más probable es que se hubiera producido una “masacre”. Ello no deja de ser significativo, porque indica que, por lo menos desde este punto de vista, la actuación de las autoridades en este caso fue prudente y adecuada al desarrollo de los hechos.

Sin embargo, desde el primer momento, tanto el presidente del gobierno federal, al destituir fulminantemente al secretario de Seguridad, en uso de los poderes que le confieren las normas federales, quizá un tanto estrictamente interpretadas, como ahora el Ministerio Público, al citarlo primero como testigo y posteriormente como indiciado, están dando a entender que, por lo menos, en la cúspide del mando de las fuerzas policiales que actuaron en relación directa con los linchadores existe no ya sólo una responsabilidad política, sino también una responsabilidad penal, al menos culposa, por los hechos que allí se sucedieron.

El objeto de nuestro dictamen consiste, pues, en discutir si hay razones suficientes para fundamentar algún tipo de responsabilidad penal del señor Ebrard Casaubon, en aquel momento secretario de Seguridad, y, por tanto, responsable de una parte de las fuerzas policiales que más directamente tuvieron relación con los sucesos que tuvieron lugar en la tarde del 23 de noviembre en San Juan Ixtayopan, delegación Tláhuac. Para ello empezaremos por estudiar si efectivamente el señor Ebrard incumplió alguno o algunos de los deberes que le incumbían como secretario de Seguridad del Distrito Federal, y con ello cometió algún delito específico de infracción de deberes por parte de servidores públicos (*infra*, V); o por lo menos uno genérico de omisión del deber de socorro (VI); y, luego, si se le puede exigir responsabilidad penal de alguna clase por los delitos de homicidio y da-

ños dolosos que se produjeron por terceras personas (VII). Obviamente, la primera cuestión precede a la segunda, porque mal se puede establecer una responsabilidad, aunque fuera culposa, por los resultados de homicidio y daños si no existió previamente una infracción de los deberes específicos que como servidor público le incumbían, o de un deber genérico de socorro a alguien que se encontraba en peligro.

VI. LOS DELITOS DE INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DEL ARTÍCULO 214, V, Y DE ABUSO DE FUNCIONES DEL ARTÍCULO 215, V Y VII DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL

1. *Cuestiones generales relacionadas con la interpretación del artículo 214, V*

Aunque parezca un cargo menor, no cabe duda que el peso principal de la acusación se puede basar en un presunto incumplimiento de deberes específicos que incumbían, entre otras personas, como servidor público, al señor Ebrard Casaubon, secretario de Seguridad en el momento en que se produjeron los hechos, y que de ahí se puede derivar alguna responsabilidad en los delitos que dolosamente cometieron otras personas. A este respecto viene, en primer lugar, en consideración el artículo 214 del Código Penal Federal, que dice lo siguiente:

Artículo 214. Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que:

V. Teniendo obligación por razones de empleo, cargo o comisión, de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos, incumpliendo su deber, en cualquier forma propicie daño a las personas, o a los lugares, instalaciones u objetos, o pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado.

Tal como está redactado, el delito previsto en este precepto es lo que en la doctrina penal alemana se llama un *Pflichtdelikt*; categoría introducida en la dogmática de la autoría por Claus Roxin en su monumental monografía *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*,³ y que al español se pue-

³ Madrid, 1998, pp. 383 y ss.

de traducir como “delito consistente en la infracción de un deber”. La esencia de estos delitos consiste en que el sujeto obligado al cumplimiento de un deber específico en virtud del cargo institucional que ocupa lo infringe o incumple, bien sea con una conducta activa, bien omisiva, pues aquí no hay diferencia entre acción y omisión.

De esta redacción se deriva que se trata de un delito de mera actividad o inactividad, por cuanto no se precisa que como consecuencia de esta conducta se cause un determinado resultado. El fundamento de su punición estriba básicamente en que con estas conductas se atenta directamente contra lo que debe constituir el principal deber de un funcionario público, esto es, el dar cumplimiento cabal a la función que en cuanto tal desempeña, porque de ello depende, en definitiva, el normal funcionamiento de la administración pública, en el sentido más amplio considerada; de ahí que el Código Penal Federal lo ubique entre en el título décimo del libro II, bajo la rúbrica de los delitos cometidos por lo servidores públicos.

Desde el punto de vista de la conducta típica, el tipo de delito recogido en el artículo 214, V, está redactado en su inciso primero de una forma tan amplia que teóricamente permite convertir en típica hasta la más leve infracción de deberes disciplinarios o puramente burocráticos que pueda cometer un servidor público en el ejercicio de su cargo, provocando una enorme confusión entre ilícito meramente administrativo o disciplinario e ilícito penal. Pero precisamente para evitar esta extraordinaria amplitud, que llevaría a una expansión desmesurada del derecho penal en detrimento de otras formas de sancionar los ilícitos disciplinarios o administrativos menos radicales y lesivas para los derechos fundamentales, el artículo 214, V, exige además que ese incumplimiento “en cualquier forma propicie daño a las personas, o a los lugares, instalaciones u objetos, o pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado”. Con ello, el delito que aparentemente se trata de una omisión pura que se castiga independientemente del resultado que se derive de la omisión, se convierte con esta redacción en una especie delito de peligro, que si no reviste la forma de un delito de peligro concreto, sí exige al menos cierta idoneidad o aptitud en la omisión para “propiciar” el daño a las personas u objetos que se refieren en el mismo precepto, de ahí el nombre de “delitos de peligro idóneo o de aptitud”, con el que se le conoce también en la doctrina, para diferenciarlo de los delitos de peligro de abstracto, que no exigen la prueba de ningún peligro, pero también de los de peligro concreto, que exigen la demostración

del concreto peligro provocado por la conducta. Ello no quiere decir que automáticamente si se comprueba esa idoneidad, se puedan imputar los resultados dañosos que de la omisión se deriven, sino simplemente que el juzgador debe comprobar en el caso concreto si la omisión “propició el daño”, independientemente de que después ese daño se pueda imputar o no. Con ello se le está dando al tipo un contenido material que supera la naturaleza puramente formal que no de ser así tendría que dársele.

Pero antes que estos dos elementos (“omisión de deberes” + “idoneidad de la misma para propiciar un daño”), es presupuesto indispensable para que pueda imputarse cualquiera de estas conductas a un servidor público que el mismo tenga “obligación por razones de empleo, cargo o comisión, de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos”, por lo que antes de poder imputar este delito o cualquier otro que del mismo se derive resultará indispensable verificar cuáles son las funciones que le corresponden al servidor en cuestión, y si son éstas las que ha dejado de cumplir de manera dolosa.

Ello nos lleva necesariamente a analizar dos conceptos fundamentales para determinar cuándo se puede decir que un servidor público actúa en el ejercicio de sus funciones, en el ámbito específico de las instituciones públicas que, como la policía, se caracterizan por unos principios peculiares que no se dan en otras instituciones. Uno de estos concepto es el de *distribución de competencias*. El otro el *principio de confianza*.

2. Distribución de competencias y principio de confianza en relación con el señor Ebrard Casaubon

Cuando se trata de una actuación institucional como la de la policía, ésta se lleva a cabo a dos niveles: por un lado, verticalmente, en donde rigen los principios de jerarquía y subordinación; por otro, horizontalmente, que se rige por el principio de división o distribución de funciones. Esto quiere decir que la responsabilidad de los distintos intervinientes en la actuación institucional depende de la posibilidad y de las competencias que tenga cada uno de ellos para formar autónomamente sus decisiones y llevarlas a cabo hasta sus últimas consecuencias.

La responsabilidad viene, por tanto, vertical y horizontalmente, determinada por las competencias que cada uno de los intervinientes tenga asignada. Constituye una de las aportaciones más relevantes de la teoría de

la imputación objetiva defendida por el penalista alemán Günther Jakobs.⁴ Haber destacado que en el ámbito institucional la responsabilidad penal de las personas que actúan institucionalmente, es decir, en el ejercicio de sus cargos, depende de cuáles sean sus competencias. En este ámbito nadie puede ser hecho responsable por actuaciones que no están dentro de su ámbito de competencia.

Igualmente, en el ámbito de los que antes hemos llamado “delitos consistentes en la infracción de un deber”, y el artículo 214, V, del Código Penal federal es, como ya hemos visto antes, uno de ellos, tanto Jakobs como Roxin⁵ consideran que para la atribución de una autoría no es suficiente el dominio fáctico o la decisión de hecho, sino que es preciso que el sujeto tenga capacidad y competencia jurídica para adoptar las decisiones penalmente relevantes.⁶

Por tanto, en todos los delitos consistentes en la infracción de un deber, la esencia del delito no consiste en la infracción de un deber genérico cualquiera, sino del deber específico que incumbe por razón de su cargo al sujeto que lo incumple; y ciertamente, en la medida en que se trata de un delito sólo punible en su forma de comisión dolosa, de la infracción de un deber específico dolosamente realizada. Sólo así puede delimitarse y dar sentido a la excesiva amplitud con la que se redacta la conducta típica del artículo 214, V del Código Penal Federal.

Pero junto a este principio de división de competencias que limita la responsabilidad en el ámbito institucional a quien actúe dentro de su ámbito de competencias, es decir, en la terminología legal “por razones de empleo, cargo o comisión”, hay otro principio que rige la imputación objetiva en el ámbito de la distribución y delegación de competencias institucionales entre los diversos cargos y estamentos, jerárquicamente distribuidos. Este principio es el *principio de confianza*, conforme al cual un sujeto que actúa correctamente dentro de su ámbito de competencias puede y debe confiar que otras personas que también tienen competencias en dicha actuación actúen igualmente de una forma correcta. Es verdad que no siempre los órganos situados en un plano inferior o al mismo nivel horizontal, pero con su

⁴ Véase de entre su abundante obra traducida al español, sólo su *Tratado de derecho penal*, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1999, p. 791.

⁵ *Op. cit.*

⁶ En este sentido, también respecto a los delitos en el ámbito empresarial, *cfr.* Muñoz Conde, “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico”, *Revista Penal*, núm. 11, 2002, pp. 86 y ss.

propio ámbito de competencias, actúan correctamente. Lo mismo sucede en otros ámbitos, y no por eso se exige automáticamente responsabilidad al jefe o superior por la actuación incorrecta de personas a sus órdenes. Así, por ejemplo, destaca Ingeborg Puppe: comentando este principio⁷ “si para determinar sus deberes de cuidado en una operación el cirujano tuviese que utilizar la experiencia general de que los anestelistas cometen muchos errores, tendría que vigilarlos durante la operación. Una división del trabajo y de la responsabilidad no sería posible”. Por tanto, salvo casos excepcionales, como son las relaciones de aprendizaje o de posibilidad de elección de los colaboradores, que no suelen darse en el ámbito institucional, el principio de confianza permite, e incluso obliga, a delegar funciones y competencias en otras personas, que desde el momento en que las asumen son directamente responsables de las mismas.

Seguidamente veremos cómo estos principios, el de distribución de competencias y el de confianza, despliegan toda su eficacia para exonerar de responsabilidad al señor Erbrard Casaubon por el delito de incumplimiento de deberes (y, como veremos más adelante, de los otros cargos de los que se le puede acusar).

Siguiendo la relación de hechos que constatan en la documentación que se pone a nuestra disposición⁸ y concretamente la exhaustiva declaración del propio señor Ebrard en su calidad de testigo (13 diciembre 2004), y luego de inculpado (6 enero 2005), los datos más relevantes en relación con su comportamiento el día de autos, que están constatados documentalmente o incluso pueden ser corroborados por las declaraciones del subsecretario y de otras personas que intervinieron directamente en los hechos, son:

- 1o. El día de los incidentes el señor Ebrard ocupaba el cargo de Secretario de Seguridad del Gobierno del Distrito Federal.
- 2o. Dentro de la distribución de competencias, y con relación al desarrollo de los acontecimientos del 23 de noviembre, el señor Ebrard hace constar que sobre las 19:00 de ese día, cuando se trasladaba después de haber intervenido en un programa sobre prevención de secuestros camino de su oficina, “fue informado por el Subsecretario de Seguridad Pública, Gabriel Regino García, de que en San Juan Ixtapoyan, Delegación Tláhuac, un grupo de personas tenían reteni-

⁷ *La imputación objetiva*, traducción de García Cavero, Granada, 2001, p. 113.

⁸ Véase *supra* I.

dos a tres individuos acusándolos de secuestradores, y que sólo entregarían a dichos sujetos al Ministerio Público y a la jefa delegacional” (punto 1 de la declaración rendida por el propio señor Ebrard, como testigo, en diciembre 13 de 2004). El hecho, expuesto así, podía ser todo lo más un ejercicio arbitrario del propio derecho de unas personas que, creyendo que los sujetos retenidos podían ser peligrosos delincuentes, los retenían para entregarlos a las autoridades correspondientes. Por eso, la primera medida adoptada por el señor Ebrard fue instruir al Subsecretario para que se buscara a dichas autoridades a fin de acelerar su traslado a dicho lugar, aunque también le indicaba expresamente “dar atención inmediata al conflicto utilizando de ser necesario toda la fuerza disponible de la Secretaría” (véase también puntos 4 y 5 de la declaración del señor Ebrard en calidad de inculcado del día 6 de enero del 2005). En una segunda comunicación, el referido subsecretario le informó que las autoridades requeridas se encontraban en camino, y que también había sido avisada la Policía Federal Preventiva, a la que, como después se comprobó, pertenecían las personas retenidas por la multitud.

- 3o. Que siguiendo las instrucciones del señor Ebrard, durante todo ese tiempo se estuvo concentrando a todos los elementos de la fuerza metropolitana en esa fecha disponible, que por diversas razones no llegó al lugar de los hechos hasta pasadas desde una hora y cuarenta cinco minutos hasta dos horas cincuenta minutos (punto 5 de la declaración del señor Ebrard, como testigo, de 13 diciembre 2004, y puntos 4 y 5 de su declaración como inculcado, de 6 enero 2005).
- 4o. Que sólo alrededor de las 20:50 horas fue cuando el subsecretario le informó que la situación era extremadamente difícil, y que las personas retenidas no habían sido entregadas. A la vista de lo cual, el señor Ebrard pidió un helicóptero para trasladarse al lugar de los hechos, adonde llegó sobre las 21:15 en compañía del subsecretario, siendo informado que ya habían sido quemados dos cuerpos de los retenidos, mientras que otro, que había sido llevado por los pobladores al kiosco con intención de ahorcarlo y luego quemarlo, fue rescatado y estaba siendo trasladado en ambulancia al hospital (puntos 6 y 7 de la declaración del señor Ebrard, de su declaración como testigo, 13 diciembre 2004, y punto 4 de su declaración como inculcado, 6 enero 2005).

- 5o. Que de acuerdo con el Manual Administrativo de la Secretaría de Seguridad Pública (dictamen núm.18/2002) y con la distribución de funciones que se establece en el mismo, al secretario le corresponde “instruir al mando operativo”, correspondiendo al subsecretario y al director general de Agrupamientos la ejecución de tales instrucciones y determinar los dispositivos y operativos tácticos de seguridad y vigilancia.
- 6o. Que, de conformidad con esta distribución de funciones, al señor Ebrard, en cuanto secretario de Seguridad del Distrito Federal que era entonces, no le correspondía ejecutar ningún tipo de acción de control o vigilancia de la concreta actuación policial en el lugar de los hechos, entre otras razones porque ello sale fuera del marco preciso de sus competencias en cuanto órgano de dirección y coordinación de dicha institución. A este respecto, conviene recordar, que los artículos 3o. y 8o. de la Ley Orgánica de Seguridad Pública del Distrito Federal,⁹ en sus numerosos apartados, sólo establece para la Secretaría y el cargo de Secretario de Seguridad tareas meramente gerenciales, de desarrollo y coordinación de las políticas de seguridad, sin que se atribuyan competencias ejecutivas directas. El desarrollo concreto de los planes de seguridad, el número y distribución de los efectivos que deben intervenir en ellos, etcétera son, por tanto, tareas a determinar por los respectivos jefes o directores generales implicados, quienes debían atender a las pautas dadas por la alta dirección en la elaboración de los mismos, cuya ejecución, no obstante, era de su exclusiva competencia, tanto más cuanto algunos de ellos, empezando por el propio subsecretario, se encontraban presentes en el lugar de los hechos y eran los más indicados para adoptar las medidas que estimaran oportunas.

Es, por ello, por lo que es aquí plenamente aplicable el *principio de confianza*, porque el señor Ebrard confió plenamente, como no podía ser menos, de acuerdo con las competencias asignadas y la presencia en el lugar de los hechos de sus subordinados más directos, en que la actuación de éstos sería la correcta y adecuada a las circunstancias de lugar y tiempo.

Pero todavía más se confirma la vigencia de este principio si se tiene en cuenta que en la declaración que hace el señor Ebrard el 6 de enero como

⁹ Publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 20 mayo de 2003.

inculpado (punto 1), se hace constar que en ningún caso ni a él ni a las fuerzas a su mando “nunca les fue notificada por la Policía Federal Preventiva el operativo encubierto de dichos elementos” (es decir, de los tres agentes de la citada policía, que al parecer realizaban acciones encubiertas de investigación). El señor Ebrard ni siquiera sabía quiénes eran las personas retenidas por los pobladores ni qué hacían en ese lugar; lo que, sin embargo, si sabían muy bien los responsables de la Policía Federal Preventiva, que les habían asignado tal tarea, quienes, además, según la declaración realizada por el elemento de la PFP, Rodrigo Carrillo Rodríguez, en entrevista al mismo llevada a cabo por el periodista Carlos Loret de Mola (programa “Hoy por Hoy”, WRadio, 25 de noviembre de 2005, es decir, dos días después de haberse producido los hechos), tuvieron también conocimiento de los hechos desde el primer momento, incluso por aviso telefónico de uno de los detenidos, sin que a pesar de ello y de la voluntad de intervención manifestada por los miembros de la unidad policial que conocieron los hechos dispusieran la salida inmediata de los efectivos ni medida de rescate urgente alguna, a pesar de disponer de medios personales y materiales (motocicletas y helicópteros), llegando al lugar de los hechos casi tres horas después de haberse consumado los homicidios y tras haber sido rescatado el superviviente. Negligencia que, por cierto, motivó un paro de algunos miembros de la PFP como protesta por la incompetencia demostrada por sus superiores y jefes, a los que directamente hacían responsables de las muertes de dos compañeros y graves lesiones de otro.¹⁰

En realidad, imputar un delito de incumplimiento de deberes al señor Ebrard sobre la base de la supuesta omisión de deberes que no eran de su competencia, y que en todo caso les correspondían a otros mandos presentes en el lugar de los hechos, y no sólo de la Policía Preventiva del Distrito Federal, sino de la Preventiva Federal, al mando del comisionado, almirante José Luis Fuigeroa Cuevas, y de otras autoridades, es pretender convertirlo en el “chivo expiatorio” de culpas ajenas o de defectos de actuación que nada tenían que ver con su puesto como secretario de Seguridad del DF. Y por lo que respecta a los actos de su exclusiva competencia, nada hay que objetar a su actuación, porque sí cumplió cabalmente con lo que constituían las obligaciones propias de su cargo, trasladándose al lugar de los hechos y estando en continua comunicación con el subsecretario, al que

¹⁰ *Cfr.* vídeo que contiene la cobertura televisiva del paro en las instalaciones de la PFP, 25-XI-2004.

dio las oportunas instrucciones, que desgraciadamente, dado el cariz violento que adoptaron los hechos y la rapidez con la que se desarrollaron, no tuvieron la eficacia que hubiera sido deseable.

- 7o. Un último punto, que no puede pasar desapercibido, es la absoluta falta de datos que avalen que el señor Ebrard actuó sabiendo y asumiendo que los distintos subordinados que actuaban a sus órdenes lo hacían de forma incorrecta o dándoles él mismo órdenes incorrectas, en contra de las normas jurídicas que regulan esa actuación, es decir, infringiendo consciente y voluntariamente normas de distribución de competencias, usurpando funciones que correspondan a otros, o dejando de cumplir las que a él incumbían. Nada de esto se deriva del material y de la documentación puesta a mi disposición y, por tanto, salvo que operemos con presunciones contrarias al principio constitucional de la presunción de inocencia (“todo el mundo es inocente mientras no se demuestre lo contrario”), habrá que aceptar que la actuación, más o menos eficaz en el control de incidentes del 23 de noviembre (evidentemente, poco eficaz, en lo que se refiere a la prevención de los luctuosos resultados que se produjeron), en ningún caso se debió a una conducta dolosa de incumplimiento de sus deberes por parte del señor Ebrard, como secretario de Seguridad. Esto es especialmente importante, porque aunque se admitiera, como mera hipótesis y a efectos puramente argumentativos, que el señor Ebrard actuó en este caso, desde el punto de vista policial del mantenimiento del orden público, de manera negligente o incorrecta, ello podría determinar todo lo más una responsabilidad interna disciplinaria o meramente política, que ya adoptó el propio presidente del gobierno al destituirlo fulminantemente, pero no una responsabilidad penal, ya que incluso aunque se cumplieran los requisitos de la tipicidad objetiva del artículo 214, V, este tipo delictivo sólo es imputable en la medida en que exista una actuación dolosa por parte del sujeto que incumpla los deberes. No existe una previsión expresa para castigar la correspondiente infracción culposa, por lo que en aplicación de lo previsto en el artículo 60 del Código Penal Federal, que impone un sistema de *numerus clausus* para la punición del delito culposo, la conducta meramente imprudente o negligente, incluso en el caso de que se hubiese dado, quedaría al margen de la responsabilidad penal.

A este respecto, el artículo 60, apartado segundo, del Código Penal Federal, sólo prevé la responsabilidad por delito culposo “en los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 bis, 289, parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 bis, fracciones I, II y IV de este Código”; no estando comprendido por tanto el previsto en el artículo 214, V; lo que nos exime de mayores detalles respecto a la precisión de una culpa o imprudencia, que, aunque la hubiese habido, carecería de relevancia penal.

La imputación de un delito de incumplimiento de funciones del artículo 214, V, no puede basarse, por tanto, en presunciones derivadas del cargo que ocupaba el señor Ebrard y en la relación jerárquica entre él y las demás autoridades policiales presentes en el lugar de los hechos, sino en el hecho de que éste hubiera omitido, consciente y voluntariamente, algún acto propio de su función, lo que obviamente no parece que se diera en el caso que nos ocupa. Sólo ignorando los principios antes señalados de distribución de competencias y de confianza se podría llegar a imputar al señor Ebrard la conducta, correcta o incorrecta realizada por sus subordinados, y eso constituiría, a mi juicio, una presunción de culpabilidad derivada de una especie de responsabilidad objetiva fundamentada en el mayor cargo o rango administrativo, procedimiento totalmente prohibido en el ámbito penal por disposición del artículo 10 del Código Penal Federal: “La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley”.

Excurso: el delito de abuso de funciones del artículo 215, V y VII del Código Penal Federal.

Aunque no sea directamente aplicable al caso que nos ocupa, debemos también hacer una referencia a los números V y VII del artículo 215 del Código Penal Federal, que tipifica una forma de especial de abuso de autoridad por parte del servidor público. Dice así el mencionado precepto:

Artículo 215. Cometan el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes:

V. Cuando el encargado de una fuerza pública, requerida legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio, se niegue indebidamente a dárselo;

VII. Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones.

Aparentemente el numeral V del artículo 215 hace referencia a casos similares a los que motivan este dictamen, pero a poco que se lea con cierta atención se ve inmediatamente que se refiere a una especie de “desobediencia”, que requiere el requisito previo de un “requerimiento legal”. Es decir, lo que este precepto tipifica es la negativa del servidor público a prestar algún tipo de ayuda a la autoridad que, dentro de sus atribuciones legales, así se la requiera expresamente. Es evidente que en este caso no hubo ese requerimiento, porque no hizo falta, ya que desde el primer momento las fuerzas policiales que dependían de secretario de Seguridad intervinieron; otra cosa es que lo hicieran bien o mal, una vez que se tuvo conocimiento de los hechos, y porque no hubo ninguna autoridad que actuara antes que ellas.

Tampoco es aplicable el numeral VII del mismo artículo, porque aunque efectivamente la retención de los tres policías federales por parte de la multitud pudiera estimarse como una detención ilegal, el supuesto a que alude este precepto es más a una detención ilegal cometida por otra autoridad o por algún servidor público, en uso indebido de sus funciones, pero aunque también se refiera a la detención llevada a cabo por particulares, está claro que todas las actuaciones realizadas iban dirigidas a liberar a los detenidos, aunque las mismas no se vieran coronadas por el éxito.

En todo caso, tanto en relación con este supuesto como con los anteriores de incumplimiento de deberes, al no estar comprendido tampoco este delito entre los que el artículo 60 considera punibles en su forma de comisión delito culposa, se requiere de un dolo, que no se da en la actuación de ninguna de las fuerzas policiales intervinientes, y aún menos en la del secretario de Seguridad, por más que las medidas adoptadas vistas posteriormente resultaran insuficientes o inadecuadas para evitar la tragedia que luego se produjo por la acción dolosa de terceras personas.

VII. EL DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO

Aunque, por las razones ya dichas en el epígrafe anterior, no parece que el señor Ebrard haya cometido ningún delito de incumplimiento de deberes

como servidor público, conviene analizar también para agotar todas las posibilidades calificadoras que podrían utilizarse para valorar su actuación, si pudo, no obstante, haber incurrido en un delito de omisión pura del deber de socorro que por imperativo de la solidaridad humana debe prestarse a todo el que se encuentra en situación de peligro manifiesto y grave para su vida y/o su integridad física. A este respecto, el artículo 340 del Código Penal Federal dice:

Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le impondrán de diez a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal.

Ciertamente, el precepto parece pensado para otro tipo de situaciones distintas a la que se dio en este caso; incluso su propia rúbrica “Del abandono de personas”, indica que se trata de la omisión de un deber de socorro a persona que se encuentran aislada, sola y sin que nadie más que el que la “encuentre abandonada” pueda prestarle ayuda. Desde luego, los policías retenidos por la multitud se encontraban seriamente amenazados por el peligro de ser, como así sucedió luego, linchados por la multitud que los retenía. Pero su situación estaba en principio vigilada por fuerzas policiales y éstas hacían por su parte todo lo que en aquel momento la prudencia y la experiencia aconsejan hacer en estos casos: intentar negociar con los pobladores, convencerles de forma pacífica para que depusieran su actitud. Es más, cuando éstos solicitaron que vinieran determinadas autoridades para entregarles a los rehenes, dichas autoridades fueron avisadas inmediatamente y se pusieron en camino hacia el lugar de los hechos. Del mismo modo, también fueron avisadas otras fuerzas policiales, entre ellas la Policía Federal Preventiva, a la que pertenecían los retenidos, para que acudieran lo antes posible, mejor pertrechadas y con mejores medios por si hubiera necesidad de intervenir y reducir a los amotinados, que eran bastante numerosos. Así, por ejemplo, en los vídeos grabados por los periodistas de distintas cadenas de Televisión (Televisa, Azteca, etcétera), se contienen conversaciones y entrevistas con otros diversos jefes de otras unidades policiales, y concretamente con el comisionado de la Policía Federal Preventiva, el almirante José Luis Figueroa Cuevas, quien en todo momento de-

clara estar bien informado de la situación en la que se encuentran los policías retenidos y de las tareas que éstos estaban prestando en el lugar de los hechos. Igualmente, otro de los periodistas, que consiguió hablar con uno de los policías retenidos, informa que éste llamó en su presencia por un celular a un número ya previamente marcado de quien dijo era su jefe, aunque éste no sea identificado.

Se podría discutir hasta la saciedad, si hubiera sido mejor recurrir a medios más expeditivos, pero según manifiestan los mismos policías que intervinieron desde el primer momento, el número de los amotinados y su actitud agresiva frente a los agentes policiales no aconsejaba utilizar la violencia, que en el mejor de los casos hubiera llegado a producir una “masacre”, teniendo en cuenta además que entre ellos había también mujeres y niños (incluso se dice que fue uno de esos niños el que prendió fuego a los cuerpos de los dos policías asesinados). Así, por ejemplo, dice David Alvarado Torrijos, comandante de la Policía Judicial en San Juan Ixtapoyan, en entrevista en el diario *Reforma* del 14 diciembre 2004, que “nunca me dejaron (a los Policías y a él mismo) llegar hasta donde estaban ellos, aproximadamente a dos metros, no pude hablar con ellos...”, señalando textualmente “llegó el momento en que nos empezaban a agredir, sentí una patada en el tobillo”. Téngase en cuenta que en ese momento y a lo largo de todo el suceso hasta antes del rescate de un elemento el número de policías siempre estuvo considerablemente rebasado por el número de pobladores enardecidos. Incluso cuando finalmente llegaron más refuerzos y entraron en el poblado y se dirigieron a liberar al único policía que permanecía con vida, se advierte por los propios periodistas que fueron recibidos por los amotinados de forma violenta, arrojando contra ellos diversos objetos y dificultando su labor de rescatar los cuerpos. Y según declaración de Damián Canales, jefe general de la Policía Judicial del DF a Joaquín López Dóriga (Televisa), cuando finalmente consiguieron entrar en el poblado ya habían prendido fuego a dos de los policías, dirigiéndose finalmente al kiosco del pueblo, donde consiguieron rescatar “en una acción relampagueante” al tercero, que aún se encontraba con vida.

Evidentemente, a la vista de estos testimonios prestados *in situ* por personas que vivieron directamente los hechos, se tiene la impresión de que quizá podría haberse procedido con mayor rapidez y contundencia, y que del mismo modo que se rescató al tercero podría haberse hecho antes con los dos que fueron quemados, pero no parece que eso pudiera haberse hecho antes con los escasos medios policiales de que se disponía, y sobre todo a la vista

de que, en un principio, los amotinados parecían que querían negociar y entregar sus rehenes a las autoridades por ellos mismos requeridas. No cabe duda de que en situaciones de este tipo es difícil decidir qué es lo que se puede hacer. Imaginemos que unos atracadores mantienen como rehenes a los clientes de un banco al que acaban de atracar, y solicitan dinero y un coche para huir, amenazando con matarlos si no se accede a sus pretensiones. Lo aconsejable, según las normas policiales y la experiencia en estos casos, es negociar, no una, sino todas las horas que sean precisas para intentar convencer a los atracadores de que depongan su actitud, o incluso, dentro de lo posible, concederles lo que pidan (medios para su huida, dinero); todo antes de proceder a un asalto que puede tener consecuencias fatales para los propios rehenes. Evidentemente, en algún momento, cuando la vida de los rehenes esté en inminente peligro, habrá que intentar reducir a los atracadores y secuestradores, incluso matándolos, pero esta medida extrema deberá adoptarse cuando haya alguna posibilidad de éxito y siempre que el resultado lesivo sea menor que el que se pretende evitar, incluyendo la posibilidad de salvar ante todo la vida de los rehenes.

En estos casos siempre habrá que inspirarse en el principio de ponderación, que informa el *estado de necesidad*, y optar por elegir lo que objetivamente y de acuerdo con las circunstancias se considere el mal menor; y está claro que negociar, mientras se pueda salvar la vida de los rehenes, es mucho más aceptable que realizar una actuación violenta, por ejemplo una carga policial, contra los amotinados, teniendo sobre todo en cuenta que la intervención violenta tampoco garantizaba que se pudiera salvar la vida de los retenidos, y sí, en cambio, producir una verdadera “masacre”.

Pues bien, si estos principios elementales son aplicables para los que se encontraban en inmediata relación con los secuestradores, con mucha mayor razón lo son para las personas que sólo tienen una relación indirecta con ellos. El señor Ebrard hizo lo que tenía que hacer, incluso aún sin saber todavía quiénes eran los secuestrados: pedir que se llamara y se llevara con urgencia a las autoridades solicitadas por los secuestradores, mandar que se concentrara el mayor número posible de fuerzas policiales, incluso dejando desguarnecida la seguridad de otros puntos de la ciudad, dar orden de que se utilizara la fuerza que fuera necesaria y trasladarse al lugar de los hechos en helicóptero. Ciertamente, ninguna de esas medidas fue suficiente para evitar los resultados que se produjeron, y eso podrá ser juzgado como un fracaso o como una actuación inadecuada desde el punto de vista policial, pero en ningún caso como la “omisión de un deber de socorro”,

que, en todo caso, y dado el sistema de *numerus clausus* que impone el artículo 60 del Código Penal Federal para la incriminación de los delitos culposos, en ningún caso sería punible, si no se realiza con dolo, es decir, con conocimiento y voluntad, en este caso de que alguien se encuentra en peligro y a pesar de ello dejarlo voluntariamente desamparado.

A la vista de cómo sucedieron los hechos podrán decirse muchas cosas, pero nunca que las muertes de los policías fueron provocadas o propiciadas por los policías presentes y que sus mandos respectivos dejaron consciente y voluntariamente que se produjeran.

VIII. LOS DELITOS DE HOMICIDIO CALIFICADO POR ALEVOSÍA Y VENTAJA DE LOS ARTÍCULOS 315 A 320 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. BREVES REFERENCIAS AL ROBO Y A LOS DAÑOS

De lo dicho en el epígrafe anterior respecto a la ausencia de responsabilidad del señor Ebrard por el delito de incumplimiento de deberes, abuso de funciones y omisión del deber de socorro, se deduce que, con mucha mayor razón, éste no puede ser tampoco hecho responsable de otros delitos mucho más graves cometidos dolosamente por terceras personas, principalmente los dos homicidios consumados, otro en grado de tentativa, y los daños en el vehículo que llevaban los policías (dato este último del que no nos ocupamos específicamente, por ser de problemática similar a la de los homicidios y tener por tanto la misma solución dogmática, aparte, naturalmente, de ser de mucha menor gravedad. Respecto a la acusación por robo, véase lo que se dice *infra*).

Lo primero que tengo que decir es que en la documentación puesta a mi disposición para realizar este dictamen no hay ningún dato, prueba material o documento que acredite ninguna participación dolosa del señor Ebrard en los citados hechos, ni siquiera con la fórmula del dolo eventual en cualquiera de sus acepciones teóricas. Como tampoco hay ninguna prueba de que los autores materiales y directos de los mismos actuaran inducidos o incluso instrumentalizados por oscuros aparatos de poder manejados por algún alto cargo gubernamental o servidor público, o en connivencia con ellos, aunque sí es probable que entre la multitud hubiera posibles autores intelectuales, identificados incluso como la “Gorda” o la “Güera” y su marido, que al parecer se dedicaban al narcomenudeo y llegaron a filmar un vídeo de los he-

chos, que podían pretender directamente la muerte de los policías que podrían estar precisamente investigándolos.

Lo que sí podría admitirse como hipótesis —y ciertamente no sería una hipótesis completamente descabellada—, que algunos altos cargos del gobierno federal tuvieran interés en desacreditar la actuación de las fuerzas policiales de seguridad o la de sus jefes, vinculados al gobierno del Distrito Federal, de signo político contrario al del presidente del gobierno, y hasta hayan dejado caer ciertas insinuaciones o por lo menos veladas acusaciones de negligencia profesional o incluso de graves omisiones de deberes respecto al señor Ebrard, que el Ministerio Público Federal ha hecho suyas en su escrito de inculpación comunicado al señor Ebrard el 6 de enero del 2005. Al margen de la consideración que merezca esta acusación en un plano puramente jurídico, de cuya fundamentación paso seguidamente a ocuparme, no cabe duda de que la misma también puede haberse utilizado o puede ser utilizada en un plano puramente político, para desviar la atención de la opinión pública hacia otras personas y sustraerse así a las propias responsabilidades. Y este plano o aspecto político de la acusación, del que lógicamente no nos corresponde ocuparnos en este dictamen limitado a las cuestiones puramente jurídicas, puede haber influido en la actitud del Ministerio Público Federal a la hora de formular su acusación. Puesto a buscar responsabilidades jurídicas, no cabe duda de que el Ministerio Público federal podía haber dirigido su acusación contra otro ámbito policial, al que concretamente pertenecían las víctimas de estos hechos; y concretamente a la Policía Federal Preventiva, que, como se está cada día sabiendo con mayor claridad, no sólo tenía conocimiento de que las víctimas, elementos de dicha policía, estaban allí cumpliendo tareas de investigación encubierta, sino de que habían sido descubiertos y detenidos por pobladores de aquella zona y que sus vidas corrían peligro, sin que hicieran todo lo que estaba en sus manos para evitar lo que después se produjo.

Es evidente que en los hechos no sólo intervinieron las fuerzas capitalinas, sino otros estamentos policiales, y que incluso al máximo nivel de la Policía Federal Preventiva Federal se tuvieron noticias de los mismos desde el primer momento. Efectivamente, se ha podido comprobar que los tres elementos agredidos por los pobladores pertenecían en realidad a un dispositivo encubierto que la Policía Federal Preventiva, sin comunicárselo a la Secretaría de Seguridad del Distrito Federal, había destacado en aquella zona para llevar a cabo determinadas tareas de investigación (se supone que sobre narcomenudeo, o incluso sobre actividades guerrilleras). E

igualmente, por la declaración realizada por el elemento de la PFP, Rodrigo Carrillo Rodríguez, en entrevista al mismo llevada a cabo por el periodista Carlos Loret de Mola (programa “Hoy por Hoy” WRadio, 25 noviembre 2005), se sabe que la Policía Federal Preventiva tuvo desde el primer momento noticias de tales hechos, sin que a pesar de ello dispusiera con urgencia medidas para evitarlos ni para ponerse en contacto con otras autoridades, a pesar de la voluntad decidida que desde el primer momento que tuvieron conocimiento de ellos mostraron los meros números de a pie para salvar a sus compañeros, y de que como ellos mismos manifestaron, había efectivos materiales suficientes (60 motocicletas y helicópteros) para haber podido intervenir con celeridad y eficacia.

Queda, por tanto, claro que los responsables de la PFP tuvieron una relación más directa con los hechos que la que tuvo el señor Ebrard. Obviamente, pues, a la vista de ello, habría más razones para acusar de al menos conducta negligente a los mandos de la PFP, sin que con esto se quiera decir, al menos por parte del autor de este dictamen, que de algún modo fueran responsables de lo que luego sucedió, pues para hacer acusaciones de este tipo no podemos basarnos en meras conjeturas, sino que hay que aportar pruebas, de las que en este momento carecemos. Pero no deja de ser curioso y sorprendente que con menos pruebas todavía, el Ministerio Público quiera ahora responsabilizar al señor Ebrard. Como tampoco se puede excluir que algunos miembros de los policías inmediatamente presentes en los primeros momentos del secuestro mostraran, una vez que intentaron en vano disuadir a los secuestradores, una cierta pasividad o indecisión, bien por miedo a intervenir ante una multitud enardecida, bien por esperar instrucciones o por cualquier otra razón comprensible en esas circunstancias.¹¹

Pero, como ya se ha indicado antes, el objeto de nuestro dictamen no es analizar las posibles responsabilidades en que hayan podido incurrir otros jefes y miembros de las fuerzas de seguridad en los distintos niveles competenciales federales o capitalinos que intervinieron en los hechos, sino investigar concretamente si el señor Ebrard tiene alguna responsabilidad en los mismos. Y es esta cuestión la que en relación ahora concretamente con los resultados delictivos producidos se analiza en estrictos términos jurídico-penales.

¹¹ *Cfr.* lo dicho antes respecto a las declaraciones al periódico *Reforma* del 14 diciembre de 2004 de David Alvarado Torrijos, comandante de la Policía Judicial de San Juan Ixtayopan.

A nuestro juicio, la imputación de los homicidios, incluso en su forma de comisión culposa, carece de sentido respecto al señor Ebrard; y ello no sólo porque fueron cometidos directa y dolosamente por terceras personas, sino porque ni siquiera se dan los presupuestos de la imputación culposa por omisión, que requieren la dogmática penal más avanzada y se recogen en los artículos 7o. a 10o. del Código Penal Federal. Veamos con más detenimiento por qué.

1. *La naturaleza del delito de homicidio calificado por alevosía y ventaja como delito doloso*

La imputación específica de un delito de homicidio calificado requiere de la concurrencia de diversos elementos que se definen en el tipo penal previsto en el artículo 305 del Código Penal Federal:

“Artículo 315. Se entiende que las lesiones y el homicidio, son calificados, cuando se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición”.

Desde luego, no cabe duda de que dada la forma en la que se produjo la muerte de los dos policía federales y las graves lesiones de otro, primero golpeados, “linchados”, por una multitud enardecida, que les ató las manos a un poste, prendiéndoles luego fuego a dos de ellos, que murieron como consecuencia del efecto del fuego, no hay el menor problema en aceptar la calificación, por lo menos respecto a las circunstancias de alevosía y ventaja. Así, por ejemplo, dice el artículo 316, I, del Código Penal Federal:

“Artículo 316. Se entiende que hay ventaja:

I. Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y este no se halla armado”.

Y no cabe duda de que en el relato de los hechos expuestos *supra* I, queda patente la superioridad numérica de la multitud frente a los policías que previamente habían sido desarmados. Y del mismo modo se puede apreciar sin dificultades la circunstancia de alevosía, tal como se define en el artículo 318 del mismo Código:

“Artículo 318. La alevosía consiste: en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer”.

Sin embargo, el homicidio calificado se diferencia básicamente del de homicidio simple previsto en el artículo 302 (“Comete el delito de homici-

dio: el que priva de la vida a otro”), no ya sólo en el dato objetivo de que se priva de la vida a otro, concurriendo determinadas circunstancias, sino en un elemento subjetivo con un contenido especial del *animus necandi*, que va más allá del simple querer y saber causar la muerte de otra persona, sino que requiere también, por lo que respecta al caso que nos ocupa, el querer y saber que la muerte se ocasiona abusando de una situación de superioridad, mediante el empleo de fuego y provocando en la víctima una situación de indefensión.

Desde el punto de vista del contenido del tipo subjetivo, el dolo del homicidio calificado tiene que ser, a diferencia el dolo del delito de homicidio simple, un dolo directo, de primero o segundo grado, en el que el sujeto no sólo debe querer provocar la muerte directamente o, al menos, como una consecuencia necesariamente unida a la principal que se desea, sino también la forma específica en que el sujeto desea realizar su acción, en este caso, la ventaja y la alevosía, como instrumento de causación de la muerte. Esta particularidad del tipo subjetivo es la que fundamenta que a lo que el Código Penal Federal llama homicidio calificado, en los códigos penales de otros países se le llame “asesinato” manteniendo una previsión específica y autónoma para esta modalidad delictiva, como es el caso de los artículos 139 y 140 del Código Penal español de 1995; de lo que un sector doctrinal deduce no sólo su autonomía típica y punitiva frente al homicidio simple, sino que rechace la posibilidad de admitir el dolo eventual para imputar este tipo de delito.¹²

Esta tesis hace aún más improbable la exigencia de responsabilidad a las personas que no intervinieron en tales hechos, incluso admitiendo que alguna podría haber previsto que podrían producirse los resultados luctuosos que luego se produjeron. Porque incluso, aunque admitiéramos la tesis —que aquí negamos— de que el señor Ebrard o alguno de sus subordinados propiciaron la actuación de los vándalos al no haber ordenado la inmediata intervención de las fuerzas para arrebatar los policías de las manos de los que ilegalmente los retenían, son éstos los que directamente y de forma dolosa, teniendo en sus manos a los policías, y el control inmediato sobre sus cuerpos y vidas, los que procedieron primero a agredirlos de forma brutal y luego a matar mediante fuego a dos de ellos. Esta interferencia de comportamientos eminentemente dolosos de terceros es, como vamos a

¹² En este sentido, véase, por ejemplo, Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 15a. ed., Valencia, 2004, pp. 58 y ss.

ver, la principal razón por la que se excluye la responsabilidad penal, incluso culposa por omisión, del señor Ebrard. Y ello no se debe ya sólo a la inexistencia de un quebrantamiento de deberes, o a la ausencia de culpa o de una posición de garante específica (b), sino a la aplicación de una teoría, a veces olvidada, que surgió precisamente para excluir la responsabilidad penal cuando un resultado es provocado por la actuación dolosa de terceros. Me refiero a la “prohibición de regreso” (c).

2. La supuesta “posición de garante” del señor Ebrard y la ausencia de “causalidad hipotética”

Es evidente que la doctrina y la jurisprudencia reconocen ya de un modo general la posibilidad de que un delito de resultado pueda ser realizado también por omisión. Pero la llamada “comisión por omisión” no es ya hoy una construcción puramente doctrinal y jurisprudencial, desde el momento en que muchos códigos penales, entre ellos el federal mexicano, reconocen y regulan esta forma de realización de un delito de resultado. A este respecto, el artículo 7o., apartado 2, del Código Penal Federal, dispone:

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

Por las razones ya dichas en los epígrafes donde nos hemos ocupado de si el señor Ebrard cometió algún delito de infracción de deberes, de abuso de autoridad o de omisión del deber de socorro, tanto de la distribución de competencias establecidas estatutariamente en la reglamentación de la Policía del Distrito Federal como del propio principio de confianza, se deriva que dicho señor no tenía ninguna obligación específica de dirigir personalmente las fuerzas a su mando hasta el nivel operativo y de adopción de acciones concretas respecto al momento oportuno en el que debían intervenir y actuar recurriendo a la fuerza. Hizo lo que tenía que hacer conforme a sus atribuciones y competencias reglamentariamente establecidas, e incluso desde el primer momento dio órdenes de que se dirigieran al lugar de los hechos el máximo de fuerzas disponibles. Ciertamente, la equiparación de

una omisión a una acción a los efectos de imputar un determinado resultado a una persona supone, aparte de la posibilidad que tuvo esta persona de haber actuado y de evitar el resultado (principio de la evitabilidad o de la causalidad hipotética), que tenga además el deber jurídico de impedirlo. A este último requisito se le llama “posición de garante”, que puede derivarse de varias fuentes, entre otras del desempeño de un cargo especialmente relacionado con la preservación del orden público y la integridad de las personas y bienes, que estaría “derivado de una ley”, tal como establece el artículo 7o., apartado 2. Pero este deber jurídico de impedir un resultado no puede ser aquí un mero deber jurídico genérico de mantener el orden en la vía pública, que todo lo más podría servir para fundamentar un delito de omisión pura, como es el delito previsto en el artículo 214, V, en el que no se imputa resultado alguno; sino uno más específico, que se deriva de la asunción, en este caso por razón del cargo, de competencias y obligaciones concretas. Por tanto, para poder sustentar de una manera jurídicamente correcta que los resultados de las muertes son imputables objetivamente al señor Ebrard, no basta únicamente con demostrar una “posición de garante” genérica y deducir de ella, como pretende el Ministerio Público, dicha imputación, sino que además es preciso demostrar que ese resultado le sea imputable a la supuesta omisión del *deber específico* que recaía sobre él, como secretario de Seguridad. Y, tal como queda demostrado en la relación de los hechos que se contiene en los antecedentes, la función más específica de decidir la ubicación de las fuerzas de protección externa en las distintas zonas de influencia correspondía, en atención a las circunstancias y a la evolución de los acontecimientos, a otros jefes y cargos policiales, y no al señor Ebrard, por lo que mal pudo éste omitir el cumplimiento de deberes que no le correspondían.

Ya en el epígrafe V de este dictamen hemos demostrado que, precisamente por ello, no puede hablarse de que el señor Ebrard cometiera el delito previsto en el artículo 214, V, y ahora con mucha mayor razón habrá que decir que si ni siquiera cometió el delito de incumplimiento de deberes, mucho menos puede haber omitido el cumplimiento de un deber respecto a la evitación de un resultado determinado y concreto. A lo dicho en el epígrafe V nos remitimos. Pero es que además, por otra parte, en términos dogmáticos estrictos, la imputación objetiva de un resultado en la comisión por omisión requiere también la demostración de una *causalidad hipotética*; es decir, de la comprobación de que, en el caso de que el sujeto hubiera, supuestamente, llegado a cumplir con su deber específico, el resultado

nunca se hubiera producido. De faltar este requisito, difícilmente se puede imputar, incluso en el plano puramente objetivo, un resultado que no se hubiera podido evitar de todos modos. Y en el caso que nos ocupa, en función de cómo sucedieron los hechos, no se puede decir con absoluta seguridad y dentro de los límites de probabilidad que nos permite un enjuiciamiento razonable de la situación, que una intervención violenta, “a sangre y fuego”, y con todo tipo de recursos de las fuerzas a sus órdenes, hubiese podido evitar el linchamiento de los policías retenidos; posibilidad de evitación, que, en todo caso, tampoco estaba en las manos del señor Ebrard.

3. La “prohibición de regreso”

Bajo este concepto, se entiende en la dogmática penal, la imposibilidad de imputar a una acción u omisión anterior el resultado que ha sido causado por una segunda acción realizada de forma dolosa, libre y plenamente responsable. La idea procede del penalista alemán Frank, quien la elaboró a principios del siglo XX, y ha sido acogida posteriormente en la moderna teoría de la imputación objetiva, tanto en el *Tratado* de Roxin como en el de Jakobs, y por influencia de estos autores en la dogmática penal de habla española. Con ayuda de la misma se resuelven casos como el del farmacéutico que vende un producto tóxico a un cliente que lo utiliza para matar a su mujer; o el del automovilista que atropella a una persona y la lesiona, pero ésta es después asesinada por su enemigo mientras convalece en el hospital. Algún sector de la doctrina habla en estos casos de “interrupción del nexo causal”, pero obviamente la causalidad como proceso natural no se interrumpe; lo que sí se destruye es la imputación objetiva del resultado, que ciertamente nada tiene que ver con la forma en que concretamente se produjo dolosamente por un tercero, sin relación con el primer agente.

Creemos que un supuesto de esta naturaleza se dio también, por lo que respecta al señor Ebrard, en el caso que nos ocupa. Efectivamente, incluso admitiendo que este señor hubiera incumplido con las funciones que le correspondían en tanto secretario de Seguridad, nos encontramos con que en la causación de la muerte de los policías retenidos por la multitud habrían concurrido dos condiciones en su producción: por un lado, la conducta omisiva, todo lo más atribuible a una falta de previsión o de diligencia, de las fuerzas de seguridad, dependientes del señor Ebrard, por su escasa operatividad para evitar los luctuosos resultados; y por otro, la conducta dolo-

sa de los que provocaron la muerte de las personas retenidas, fueran o no tomadas por secuestradores o conocieran sus asesinos su condición de policías y, por eso, precisamente los asesinaran.

Siguiendo en estricto sentido el criterio normativo que nos permite imputar objetivamente un resultado a una acción —u omisión—, acuñado por la doctrina más reputada, y que ha sido asumido plenamente también por la jurisprudencia tanto española como mexicana, esto es, el del incremento indebido del riesgo y el de realización de ese riesgo en el resultado concretamente producido, nos encontramos con que el detonante, o mejor dicho, la conducta que verdaderamente creó de manera absolutamente indebida el riesgo de que se llegara al resultado fatal, fue la que corresponde a los sujetos que, sabiendo desde un principio que los retenidos eran policías, no los entregaron a las autoridades, una vez que éstos hicieron acto de presencia, procediendo en su lugar a propinarles golpes y dejar que la multitud enardecida lo hiciera hasta provocarles la muerte.

Afirmar que fue el supuesto incumplimiento de las funciones por parte del entonces secretario de Seguridad, la causa que determinó el fallecimiento de los dos policías y heridas graves a un tercero, significaría en el presente caso desconocer lo que constituye un hecho esencial: que tales resultados fueron directamente provocados por un grupo de sujetos, sin ninguna relación, directa o indirecta, con el mencionado secretario. Es la conducta dolosa de estos sujetos la que rompe totalmente la secuencia de los sucesos y desconecta completamente al señor Ebrard del resultado trágicamente acontecido. Difícilmente con más claridad puede darse un ejemplo de lo que doctrinalmente se llama “prohibición de regreso”.

La única posibilidad que puede quedar para acusar al señor Ebrard por esta vía es la de forzar una “participación culposa o por imprudencia en un delito doloso”, pero ello, aparte de tener que demostrar que en la conducta del señor Ebrard hubo efectivamente negligencia o alguna imprudencia y que éste tenía efectivamente una posición de garante, es una construcción dogmática rechazada, con razón, generalmente por la doctrina, que sólo admite la punibilidad de la participación dolosa en un delito doloso.¹³ Además, sería obviamente contradictorio que en un delito eminentemente doloso como el homicidio cualificado se admitiera una participación culposa.

¹³ Véase, por ejemplo, Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 6a. ed., Valencia, 2004, pp. 455 y ss.

Una buena prueba de esta imposibilidad conceptual es que la acusación del Ministerio Público contra el señor Ebrard respecto a su responsabilidad en las lesiones que sufrió el agente que sobrevivió no es la de participación en una tentativa de homicidio calificado, sino en un delito de lesiones, ya que obviamente, si difícil es participación culposa en un delito consumado doloso, mucho más lo es imputarla en un delito eminentemente doloso como es la tentativa de homicidio calificado. Pero es que además la imputación que hace el Ministerio Público al señor Ebrard de “delito de robo” raya en el esperpento y en la confusión dogmática, ya que esta figura sólo admite la imputación dolosa, incluso constatando el elemento subjetivo específico del ánimo de lucro o de apropiación, lo que no parece que en ningún caso pueda imputarse al señor Ebrard: es decir, o la acusación demuestra que el señor Ebrard quería lucrarse con el apoderamiento de elementos de los propiedad pública o privada de la que se apoderaron los pobladores, cooperando o concertándose con ellos o induciéndolos a hacerlo (lo que parece raya en la ciencia-ficción), o la acusación en este punto raya en lo ridículo por su inconsistencia.

Por todo ello, y en la medida en que no existe la posibilidad de vincular ni objetiva ni subjetivamente los resultados de las dos muertes, lesiones, daños o robos a la conducta del señor Ebrard, es decir, al no poderle imputar esos resultados, la única conclusión posible es que su conducta desde el punto de vista del derecho penal resulta totalmente atípica, y en consecuencia, debe ser rechazada también su imputación por los delitos de homicidio, lesiones, robos y daños que dolosamente cometieron otras personas.

En consecuencia, y a modo de conclusión general de todo este epígrafe, podemos decir que ha quedado demostrado que la conducta del señor Ebrard consistió sólo en emitir las directivas necesarias de cara a que los jefes operativos competentes procedieran a elaborar los planes de seguridad necesarios con relación a conseguir que los amotinados entregaran a las personas retenidas, y que dicha conducta no puede ser subsumida, por tanto, ni siquiera en el tipo objetivo de los delitos de homicidio calificado y daños dolosos, por cuanto, desde el punto de vista objetivo, no le es imputable el resultado muerte y daños, y porque, desde un punto de vista subjetivo, su conocimiento de la situación y su voluntad de preservar el orden público no constituyen el dolo característico de estos delitos.

Después de analizados los antecedentes expuestos en I, y los documentos y materiales citados en II, y tras las consideraciones hechas en los epígrafes III a V, llego a las siguientes.

IX. CONCLUSIONES

1a.) No hay ningún dato o prueba concluyente en la documentación estudiada que avale que el señor Ebrard Casaubon cometiera un delito de incumplimiento de deberes, de abuso de autoridad o de omisión del deber de socorro de los artículos 214 y 215 y 340 del Código Penal Federal, en relación con los sucesos ocurridos el 23 de noviembre en San Juan Ixtayopan.

2a.) El cargo ocupado por el señor Ebrard, de secretario de Seguridad, no le imponía deberes específicos de control y vigilancia de los incidentes concretos que se dieron en el transcurso de los hechos. La distribución de competencias dentro de la Secretaría de Seguridad excluía cualquier competencia suya a este respecto y le obligaba a delegar las competencias de control o verificación del mismo en otros jefes policiales y a confiar en que éstos cumplieran correctamente su cometido.

3a.) Existían también otras instancias policiales, y concretamente, la Policía Federal Preventiva, a la que pertenecían las víctimas, que sabía la situación en la que sus elementos se encontraban, que disponían de elementos humanos y materiales más que suficientes y mejor dotados que los de la Policía del DF, y que, sin embargo, no actuaron con diligencia ni llegaron a tiempo para evitar los hechos.

4a.) El señor Ebrard no ostentaba, en consecuencia, ninguna “posición de garante” respecto a la forma concreta de actuación para evitar los sucesos que se produjeron el 23 de noviembre, y, en consecuencia no tiene ninguna responsabilidad penal en los mismos, cualquiera que sea la calificación que éstos merezcan respecto a los que los causaron directamente.

5a.) En todo caso, la actuación dolosa de los que provocaron directamente estos sucesos exonera de responsabilidad penal por los mismos a quienes, sin relación directa o indirecta con sus causantes, sólo tenían deberes de control o vigilancia, y no tenían en sus manos el desarrollo de los acontecimientos ni la posibilidad de evitar que se produjeran tal como se produjeron.

6a.) En ningún caso se deduce de la documentación analizada una actitud dolosa del señor Ebrard ni respecto a un presunto incumplimiento de deberes, ni tampoco culposa respecto a los resultados de homicidios calificados, lesiones, robos y daños producidos dolosamente por terceros.

Este es mi dictamen que someto a otro de mayor fundamento.