

2 ej.
150



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGON ESTADO DE MEXICO**

**EL DELITO DE DISPARO DE ARMA DE
FUEGO COMO TENTATIVA DE HOMICIDIO**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
OSCAR URIBE BENITEZ**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

	pág.
Introducción.	1
Panorama histórico.	4
CAPITULO PRIMERO	
I) Antecedentes Constitucionales.	9
A) España.	9
1. Artículos 7 y 9 del Bando de José de la -- Cruz de 1811.	9
2. Artículo 56 de la Constitución Política de la Monarquía de 1812.	10
B) México.	10
1. Artículo 81 del Decreto Constitucional de-- Apatzingén de 1814.	10
2. Artículo 54 del Reglamento Provisional Po- lítico del Imperio Mexicano de 1822.	10
3. Artículo 6 del Proyecto de Constitución Po- lítica de 1856.	11
4. Artículo 10 de la Constitución Política de 1857.	11
5. Artículo 10 del Mensaje y Proyecto de Cons- titución de 1916.	11
II) Antecedentes Legislativos.	13
A) Código Penal Español de 1870.	13
1. Artículo 423 como delito y su pena.	14
2. Artículo 587 como falta y su pena.	21
B) Código Penal Mexicano de 1871.	22
1. Inexistencia como delito.	22
2. Artículo 1148 como falta y su pena.	23
C) Proyecto de Reformas de 1917.	25
1. Artículo 548 bis. como delito y su pena.	26

	pág.
2. Presunción Juris Tentum de tentativa de - homicidio.	28
D) Código Penal Mexicano de 1929.	32
1. Artículo 971 como delito y su sanción.	33
2. Reconocimiento de su autonomía.	35

CAPITULO SEGUNDO

Legislación Actual y sus Reformas.

I) Análisis legal y jurisprudencial.	39
A) Código Penal Mexicano de 1931.	39
1. Texto original del artículo 306 y su san- ción.	40
2. Reconocimiento de su autonomía en la juris- prudencia.	43
3. Naturaleza jurídica que se desprende de la doctrina jurisprudencial de la Suprema Cor- te de Justicia de la Nación.	46
a) Delito de peligro.	46
b) Bien jurídico tutelado: la vida.	47
c) Sustituto de la tentativa incomprobada- de homicidio.	47
4. Su relación con los delitos de homicidio y lesiones en la jurisprudencia de la H. Su- prema Corte de Justicia de la Nación.	49
a) Con el homicidio. Teoría de la incompati- bilidad. (concurso aparente de tipos).	49
b) Con el de lesiones.	52
I) Teoría de la incompatibilidad (concur- so aparente de tipos).	52
II) Teoría de la compatibilidad (concurso efectivo de tipos).	54
B) Reformas.	57
1. De 29 de Diciembre de 1967.	57
a) Teoría de la compatibilidad sustentada --	

	pág.
por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.	58
I) Con el delito de homicidio y disparo de arma de fuego.	58
II) Con el delito de lesiones y disparo de arma de fuego.	63
C) Naturaleza jurídica que se desprende de su interpretación.	67
1. Argumentos extraños y débiles de su creación.	67
2. Olvida al delincuente y lo sustituye por un ente conceptual.	72
3. Aparente autonomía.	73
4. Descripción defectuosa.	78
5. Intima relación con el animus necandi.	79

CAPITULO TERCERO

Bases y Principios Jurídicos que destruyen su defectuosa creación

I) Diferencia entre actos preparatorios no ejecutivos, ejecutivos y consumados en los delitos de disparo de arma de fuego y tentativa de homicidio.	81
II) Iter criminis de los delitos de disparo de arma de fuego y tentativa de homicidio.	88
III) Tentativa acabada e inacabada del delito de homicidio.	90
IV) El Arrepentimiento (desistimiento).	99
V) Voluntad de la Ley.	103
VI) Concurso aparente de tipos.	110
A) Principio de la especialidad.	110
B) Principio de la consunción.	111
VII) Artículo 14 Constitucional.	112
VIII) Artículo 59 del Código Penal Vigente.	114

	pág.
IX) Aspectos criminológicos (circunstancias predelictivas)	116
X) Política criminal	118

CAPITULO CUARTO

Tendencias Actuales

I) Proyecto de Código Penal de 1949.	123
II) Proyecto de Código Penal de 1958.	125
III) Proyecto de Código Penal Tipo de 1963.	126
Conclusiones.	127
Bibliografía.	134
Jurisprudencia.	137

I N T R O D U C C I O N

En la perspectiva actual, de la Ciencia Penal vigente, aplicable a nuestro entrañable pueblo de México -inmerso en los avances científicos y etapas de la evolución cultural-, hállanse múltiples y complejos temas de solución inquietante, representados de una manera aparente y otras de las veces en forma notoria, con asequibles signos permisivos y aptos, para palpar fehacientemente la contradicción contenida en la ley misma con su "ratio", aberración oriunda de toda empresa humana. Y por ello hemos centrado la atención, en una de las aludidas cuestiones, correspondiente a la parte sustantiva, es decir, a los denominados delitos de peligro, concretamente al de disparo de arma de fuego, concebido como una auténtica tentativa acabada de homicidio.

Interpretación concluyente que se deriva, y fundamenta, al ser analizado tal hecho delictuoso, en sus dimensiones, histórica, Constitucional-legal, jurisprudencial y doctrinaria, con sus descripciones inherentes y naturales de los estudiosos e investigadores de ésta rama del Derecho, quienes nos brindan respuestas; poniendo en evidencia sus imperfecciones teórico y prácticas del tan común evento; sin embargo, asombrados estamos porque ha permanecido enraizado por poco más de medio siglo, en el ordenamiento punitivo nacional, sin justificar consistentemente su estadía, conforme al sistema jurídico imperante.

Para lo cual, se ha considerado necesario efectuar una breve referencia histórica, acerca de la aparición y evolución del arma de fuego de letal eficiencia, pasando en seguida a reseñar en primer término, la constitucionalidad de la portación de dicho instrumento, al través -- del tiempo, en los diversos cuerpos legales de España y México, y en segundo término, a mencionar los antecedentes legislativos del ilícito en referencia, inicialmente dando relieve a su índole de falta con poca monta, para posteriormente ser erigido en supuesto delito autónomo.

Después, cúmpenos citar a la ley actual y sus reformas, realizando un análisis jurídico y jurisprudencial, en el que se destaca, el reconocimiento de su autonomía fundada por la doctrina del Máximo Tribunal, matizada como figura de peligro sustituta de la tentativa ya comprobada de homicidio y tuteladora del bien jurídico vida, desprendido de su naturaleza; y su relación con -- los delitos de homicidio y lesiones, de aquél haciéndose notar la sustentación de la teoría incompatible y con ésto la manifiesta contrariedad en la incompatibilidad y -- compatibilidad, defendidas por la H. Suprema Corte de -- Justicia de la Nación, en diferentes épocas, teniendo en cuenta el concurso aparente y efectivo de tipos, respectivamente; e inmediatamente señalaremos, las consecuencias insostenibles e ineludibles, a que dió lugar, la reforma del 29 de Diciembre de 1967, al hecho delictivo expresado y en el acto calar en lo recóndito de su naturaleza, por medio de una interpretación teleológica y político criminal, sana y razonablemente concebida.

Justamente, luego nos avocamos a manejar las bases y principios jurídicos, para destruir su defectuosa creación, comenzando por la distinción entre actos preparatorios no ejecutivos, ejecutivos y consumados, en la especie delictiva de disparo de arma de fuego y tentativa de homicidio, y finalizando con su política criminal, extremos en donde se encuentra el estudio paralelo de los mismos, en coordinación con los institutos del iter criminis, tentativa, desistimiento (arrepentimiento), interpretatividad y concurso aparente de normas, asimismo llevado a cabo y apegado al artículo 14 Constitucional, puntualizando sobre las circunstancias predelictivas, emanadas de un enfoque criminológico.

Y por último, expondremos las tendencias recientes, de los proyectos de Código Penal de 1949, 1958 y 1963, .. estribadas en no incluir al evento supradicho, sepultándolo para no avivar, los ostensibles y nefastos resultados dados por sus vicios congénitos.

PANORAMA HISTORICO

En el curso de la vida humana, el hombre como integrante de un grupo o agrupaciones sociales, sea desde un punto de vista individual o colectivo, ha utilizado - diversos instrumentos de variante y eficaz potencial dañino para su autodestrucción, desde los más naturales y rudimentarios, hasta los exóticamente considerados, ya - para su defensa o subsistencia, ya para complementar sus reacciones, motivadas por las ofensas y lesiones a las - ideas y valores imperantes en determinada era. Y precisamente, uno de los instrumentos actuales, apreciado por - la mayoría debido a su perfeccionamiento, como de letal - eficiencia para la vida humana, lo es el arma de fuego - larga o corta.

Se afirma, "En alguna fecha entre 1319 y 1346 y en algún lugar, entre Andalucía y Escocia o entre Italia e - Inglaterra, se emplearon armas de fuego, por primera vez en la Europa Occidental".¹ En España, en el año de 1520, se usó la carabina de dimensión larga, portable por un - solo hombre y en 1550 el mosquetón como menos extensa, - considerada ésta como el orgullo Español. Al través del-

¹ Louis Gottschalk, Loren C. Mackinney y Earl H. - Dritchard. "Historia de la Humanidad", editorial Planeta y Sudamericana, tomo 6, España 1979, pág. 471.

tiempo, se va notando la inclinación, de fabricar armas de fuego más cortas y de alto poder, por las ventajas que representa para su manejo y transportación, ello debido a las necesidades militares, como es el caso de España, considerada como potencia militar, la cual en el año de 1540 inventó la pistola, en 1543 la pistola con llave de rueda, en 1560 los cartuchos de papel, en 1575 las vainas, en 1590 los cartuchos fijos, en 1592 las pistolas carabinas, y en 1596 el cebo de percusión.² Y asimismo en el año de 1834 la pólvora sin humo, logrando perfeccionar armas y proyectiles.³

Desde ahora, podríamos adelantarnos en tratar de -- descubrir, el contenido del elemento subjetivo o lo que -- yace en la mente de la persona, dispuesta a utilizar un -- arma del tipo mencionado, no obstante, cuestionarlo cas-- trenosamente, pues de igual manera, podemos colocarnos en una situación de legítima defensa o de agresión, sin im-- portar la angulosidad de todas ellas, implica un peligro-- objetivo con consecuencias mortíferas. Desde luego, el -- uso con mayor frecuencia de las armas deletéreas para el bien jurídico de mayor valía, lo llevó la norma militar, -- teniendo cada uno de sus componentes, la desagradable y -- feliz finalidad ambivalente, traducida en la ansiada vic-- toria, es decir, en someter o exterminar al enemigo, y -- era logrado "casualmente" con las armas expresadas.

Por lo cual podemos aseverar, la existencia de una --

² Cfr. Ibidem, pág. 472.

³ Cfr. Ibid, tomo 7, pág. 494.

doble representación o capacidad de entendimiento indistinta para lograr el triunfo militar, pues se tenía conciencia de lesionar mortalmente o privar de la vida a -- sus contrincantes, pero esto último es arrancado de sus -- mentes y revelado objetivamente por sus circunstancias -- militares, al igual para quien obra en legítima defensa, a fin de salvar su vida, como el que agrede para imponer se, cristalizándose total y plenamente en ellos la referida consecuencia, independientemente de si en algún momento, se trató de causar tal o cual lesión, misma con -- signos de imprevisible, debido a la falta de certeza del tino de la lesión a inferir, porque incluso no podría -- ser coincidente la intención con el resultado, pero sí -- en cuanto al medio empleado, máxime si no se tiene experiencia en el manejo de las armas, por ello dicho vislumb -- ramiento de ocasionar determinada lesión, queda absorbi -- do en la objetividad real, de correr el peligro de cau -- sar la muerte.

De lo anterior, cabe preguntar ¿ por qué las armas de fuego, son predilectas en la guerra ?, tomando en -- cuenta salir de ésta vivo o muerto.

Ahora bien, el demás común de la gente, también -- acogió el uso de las armas referidas, para su defensa y seguridad personal, familiar e incluso social, así como para lesionar el bien jurídico de la vida, bajo este or -- den de ideas, se hizo necesaria la legislación y regl -- mentación por principio de cuentas, de la portación y -- posesión de armas de fuego. Y precisamente a continua--

ción, veremos los antecedentes y evolución del artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se encuentra consagrada la garantía individual, de libertad de posesión y portación de armas.

CAPITULO PRIMERO

I) Antecedentes Constitucionales.

A) España.

1. Artículos 2 y 9 del Bando de José de la Cruz de 1811.
2. Artículo 56 de la Constitución Política de la Monarquía de 1812.

B) México.

1. Artículo 81 del Decreto Constitucional de Apatzingán de 1814.
2. Artículo 54 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822.
3. Artículo 6 del Proyecto de Constitución Política de 1856.
4. Artículo 10 de la Constitución Política de 1857.
5. Artículo 10 del Mensaje y Proyecto de Constitución de 1916.

II) Antecedentes Legislativos.

A) Código Penal Español de 1870.

1. Artículo 423 como delito y su pena.
2. Artículo 587 como falta y su pena.

B) Código Penal Mexicano de 1871.

1. Inexistencia como delito.
2. Artículo 1148 como falta y su pena.

C) Proyecto de Reformas de 1912.

1. Artículo 548 bis. como delito y su pena.
2. Presunción Iuris Tantum de tentativa de homicidio.

D) Código Penal Mexicano de 1929.

1. Artículo 971 como delito y su sanción.
2. Reconocimiento de su autonomía.

I

ANTECEDENTES

CONSTITUCIONALES

A) España.

1. Como primer antecedente, tenemos los artículos - 2 y 9 del Bando de José de la Cruz, brigadier de los reales ejércitos, encargado interinamente de la comandancia-general de Nueva Galicia, de la Presidencia de su Real Academia y del Gobierno e Intendencia de la Provincia, dado en Guadalajara el 23 de Febrero de 1811, los cuales establecían:

"Artículo 2o. Que todas las municiones, armas de -- fuego y blancas, incluso machetes y cuchillos, que existieren en poder de cualquier persona, sea de la clase o - condición que fuere, se entreguen en el término de 24 horas a jueces o encargados de justicia de los pueblos respectivos. Y el que así no lo ejecutare sufrirá la pena de muerte".

"Artículo 9o. Toda persona que se aprehenda dentro de los pueblos con armas de cualquier especie que sean, - no teniendo expreso permiso de la autoridad competente para llevarlas, sufrirá la pena de muerte. Así mismo se considerará como enemigo y comprendido en la pena de muerte - a todo aquel que camine sin pasaporte, en la inteligencia que en él se ha de expresar, a más del nombre y seña del

portador, a dónde va; el camino o ruta que debe llevar y por cuántos días vale".⁴

2. El segundo antecedente, se encuentra en el artículo 56 de la Constitución Política de la Monarquía, promulgada en Cádiz el 19 de Marzo de 1812, ordenando: "en la junta parroquial ningún ciudadano se presentará con armas".⁵

B) México.

1. En lo tocante a nuestro país, hallamos como tercer antecedente, el artículo 81 del Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de Octubre de 1814, en él se mandaba: "ningún ciudadano podrá excusarse del encargo de elector de parroquia, ni se presentará con armas en la junta".⁶

2. Con respecto al cuarto antecedente, lo tenemos en el artículo 54 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la Ciudad de México el 18 de Diciembre de 1822, expresando: " Los jefes políticos exigirán del Ayuntamiento el cumplimiento exacto de -

4 XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados. "Derechos del Pueblo Mexicano" (México a través de sus Constituciones), talleres gráficos de la Nación, tomo III, México 1967, pág. 662.

5 Idem.

6 Idem.

sus obligaciones, detalladas en la instrucción de 23 de Junio de 1813, para el gobierno político en las provincias y vigilarán muy particularmente, sobre el porte de armas prohibidas, embriaguez, riñas, atropellamientos y tumultos".⁷

3. El artículo 60. del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado el 16 de Junio de 1856, sostenía como quinto antecedente lo siguiente: "Todo hombre tiene derecho de poseer y portar armas para su seguridad y legítima defensa. La ley señalará cuando son las prohibidas y la pena en que incurran los que las porten".⁸

4. El sexto antecedente lo encontramos, en el artículo 10 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionado por el Congreso General Constituyente de 5 de Febrero de 1857, que determinaba: " Todo hombre tiene derecho de poseer y portar armas para su seguridad y legítima defensa. La ley señalará cuáles son las prohibidas y la pena en que incurran los que las porten".⁹

5. El último antecedente lo localizamos, en el artículo 10 del Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, de fecha 10 de Diciembre de 1916, rezando: "Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos, tienen libertad de poseer armas de cualquier clase, para su

7 Idem.

8 Idem.

9 Ibid, pág. 663.

seguridad y legítima defensa, hecha excepción de las prohibidas expresamente por la ley y de las que la Nación reserve para el uso exclusivo del ejército, armada y guardia nacional; pero no podrán portarlas en las poblaciones sin sujetarse a los reglamentos de policía".¹⁰

¹⁰ Idem.

II

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

A) Código Penal Español de 1870.

Pasemos a examinar los precedentes legislativos -- del delito de disparo de arma de fuego, a fin de entenderlo en puridad jurídica y al mismo tiempo ir escudriñando, si su aparición dentro de los sistemas legales era acorde con los mismos, en cuanto a sus efectos teórico y prácticos. Obviamente comenzaremos con la legislación Española, pues fue en donde vió la luz por primera vez y después con la nacional.

Al comentar el ilustrísimo señor Teniente Fiscal - del Tribunal Supremo Español, Salvador Viada y Vilaseca, el Código Penal de España de 1870, nos dice: el de 1850 en su artículo 494 número 6 previa, el simple disparo -- contra cualquier persona, sin castigarse como delito especial, sino como mera falta, dando lugar a la aplicación de una pena notoriamente inferior, en muchos casos a la malicia del acto y a la alarma con él ocasionados, quedando impune como delito; y si se causaba lesión se -- penaba como delito de lesiones, pero si del proceso resultaban méritos evidentes, para atribuirle al agente la intención de matar a la persona contra la cual se disparó, calificaban el hecho con arreglo al artículo 30., correspondiente al hecho delictivo de homicidio, asesinato

o parricidio frustrado.¹¹

1. Sin en cambio, no sucedió así en el Código Penal Español de 1870, porque en el título VIII referente a los delitos contra las personas, en su capítulo IV relativo a las disposiciones comunes de los tres anteriores (parricidio, asesinato y homicidio) de dicho título, por primera vez en el mundo normativo, se construyó y dió vida al disparo de arma de fuego, considerado como delito especial, dada su estructura técnica y sui generis, encontrábase previsto y sancionado en el artículo 423 disponiendo: "El acto de disparar un arma de fuego contra cualquier persona, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio, si no hubieren concurrido en el hecho todas las circunstancias necesarias para constituir delito frustrado o tentativa de parricidio, asesinato, homicidio o cualquier otro delito a que esté señalada una pena superior por alguno de los artículos de éste Código".

12

La penalidad establecida en éste artículo, no tiene otro objeto, como lo declaró el mismo Tribunal Supremo Español, en el considerando segundo de la sentencia de fecha 7 de Mayo de 1872, publicada en la gaceta del día 10, sino el de "reprimir exclusivamente todo disparo de arma de fuego contra cualquier persona, por las contingencias que pudiera ocasionar, independientemente de la voluntad de su autor".¹³

11. Cfr. "Código Penal Español de 1870" "Comentado", vol. III, 4a. ed., Madrid 1890, pág. 47.

12 Idem.

13 Idem.

Conceptual y gramaticalmente se entiende en dicho delito, el goce de una existencia condicional, cual es: - "que en el hecho no concurren las circunstancias necesarias para constituir delito frustrado ó tentativa de parricidio, asesinato, homicidio ó cualquier otro delito a que esté señalada una pena superior por alguno de los artículos de éste Código. Es así que las lesiones graves de finidas en los números 1o. y 2o. del artículo 431 se pegan respectivamente, con la prisión mayor y la prisión correccional en sus grados medio y máximo, pena superada a la prisión correccional en sus grados mínimo y medio con que se castiga el acto de disparar un arma de fuego contra cualquiera persona, luego ante la mayor gravedad de la pena del delito de lesiones, definidas en los precitados artículos y números, es evidente que desaparece o mejor dicho, no existe el delito condicional que prevé y castiga el artículo 423 del Código".¹⁴

El disparo advierte en su naturaleza, un carácter subsidiario y a pesar de ello se sancionaba, sin estar probada la concurrencia en el caso concreto, de las circunstancias necesarias para integrar el delito frustrado o una tentativa de parricidio, asesinato u homicidio, o cualquier otro delito, verbigracia: lesiones, es decir, se sancionaba mediante la creación de tal delito subsidiario, hechos con sello de impunidad según el sistema del Código, por ser insubsumibles en la tentativa de parricidio, asesinato u homicidio o en el de lesiones.¹⁵

¹⁴ Ibid, pág. 50.

¹⁵ Cfr. Mariano Jiménez Huerta, "Derecho Penal Mexicano (Tutela penal de la vida e integridad humana)", ed. Porrúa S.A., tomo II, 4a. edición, México 1979, pág. 222.

"Una objeción se ocurre desde luego contra la declaración que el artículo contiene. Los elementos que dan vida al delito que venimos examinando, científica y legalmente bien apreciados, no pueden menos de constituir ó tentativa de delito ó delito frustrado de homicidio de asesinato ó parricidio. Si en tal concepto los hechos á que se alude tienen ya su sanción en el Código ¿ á qué la nueva incriminación?. A este mal, cuya realidad no podía negarse, aunque tuviese por causa más que una deficiencia de la ley, falta de preparación científica de los llamados á aplicarla".¹⁶

A pesar de los argumentos esgrimidos por el Máximo Tribunal Español, disentimos de ellos y consideramos tildarlos de inconsistentes y no valederos, pues al decir de Mariano Jiménez Huerta, "La "ratio" de éste tipo sólo puede hallarse en la necesidad sentida en la praxis judicial -- desde hace muchos años, de arbitrar algún procedimiento -- para poder sancionar con rutinaria y cómoda fijeza aquellos ataques que encierran peligro para la vida humana, -- cuenta habida de que no siempre por unas u otras causas -- la mayoría de las veces, como subrayaron Groizard y Gómez de la Serna, más que por una deficiencia de la ley por -- falta de preparación científica de los llamados á aplicarla, era posible dejar acreditados los elementos constitutivos de la tentativa de homicidio".¹⁷

¹⁶ Alejandro Groizard y Gómez de la Serna. "El Código Penal de 1870 concordado y comentado", tomo IV, 2a. ed., Madrid 1912, págs. 512 y 513.

¹⁷ Jiménez Huerta, Ibidem, pág. 221.

Igualmente no satisfacen tales argumentos a Luis - Jiménez de Asúa, pues considera: "El artículo 423 del Código Penal Español de 1870, sancionaba un delito puramente artificial, cuyo contenido vacilante en la ley, no pudo ser fijado en la jurisprudencia".¹⁸ Al criticar éste autor a Espino que pretende justificar el disparo con el elemento moral, consistente en el propósito de causar o aceptar el efecto de su hecho la posibilidad de producir un grave daño a la víctima, pero no la muerte, refiere "Esto es desconocer los principios de la psicología criminal. Sólo como rara excepción totalmente atípica, puede darse el caso de que el hombre dispare su revólver sobre otro con la intención de inutilizarle un brazo. A los oscuros ámbitos del dolo del agente sólo se llega a través de los hechos exteriores. El disparo de arma de fuego, - debe revelar la intención de causar la muerte".¹⁹

Rápidamente sus efectos prácticos afloraron: "...Disminuyendo en España con su innovación el delito frustrado de homicidio, asesinato y de parricidio".²⁰

Del referido tipo se desprenden los elementos siguientes:

a) Conducta. mediante una acción, consistente en - disparar un arma de fuego contra cualquier persona.

¹⁸ Luis Jiménez de Asúa y José Antón Oneca. "Derecho Penal conforme al Código de 1928", la edición, tomo II (parte especial), editorial Reus, S.A., Madrid 1929, pág. 164.

¹⁹ Ibid, pág. 105.

²⁰ Groizard y Gómez, citado por Juan José González Bustamante, "Criminalia", año XXI, ed. Botas, México 1950, pág. 600.

b) Bien jurídico tutelado. En apariencia la seguridad personal, evidenciada en los argumentos utilizados -- por el Tribunal Supremo Español.

c) Medios de ejecución. Arma de fuego.

d) Apparente condición objetiva de punibilidad. Revelada en la frase "si no hubieren concurrido en el hecho - todas las circunstancias necesarias para constituir delito frustrado o tentativa de parricidio...", pues se pena-ba cuando aun no estaban comprobadas.

e) Dolo. Manifestado en la intención de disparar el arma, con independencia de la voluntad de causar el resultado material, como consecuencia obvia.

Viada al examinar en sus cuestiones, las resoluciones del Tribunal Supremo, destaca: para éste el disparo - se esfumaba y daba lugar al homicidio frustrado, cuando - concurrían la intención de matar evidente y el empleo de medios adecuados. Y a pesar de ello, parece no haber reunido para el sumo Tribunal, en ningún caso con respecto - al disparo, los elementos señalados, pues basta observar en sus sentencias pronunciadas lo irrelevante de la objetividad de la conducta y del peligro corrido, manifestados en reiteración de disparos, distancia corta, agresión momentánea, arrebató, obsecación, palabras amenazadoras - de muerte previas al disparo, lesión en órgano vital, etc.

Dejando duda acerca de su interés; la intención y no el peligro para la vida, el no expresar la forma de surgir aquél, de ani el imposible descubrimiento del entoma-

necandi, y como consecuencia una sanción complaciente.

El ordenamiento Español, no permitía el concurso ideal, se aplicaba la sanción de mayor duración de los delitos dados, pues el artículo 90 mandaba: cuando un solo hecho constituye dos o más delitos o cuando uno es medio necesario para cometer el otro, se aplica la del delito más grave en su grado máximo. Y por vía de ejemplo, el Tribunal Supremo resolvió algunos casos cometidos de la manera siguiente: disparo y lesiones 1o. y 2o. del artículo 431, se daba sólo el delito de lesiones, disparo y lesiones 3o. y 4o. del mismo precepto, se trataba de ambos, con sanción de aquél, disparo y lesiones leves -- (artículo 602 de uno a siete días sin poder trabajar), -- era una falta y se penaba separadamente el primero; por otra parte el multimencionado Tribunal sostuvo: el disparo de arma de fuego se da solamente con pólvora, si el arma era inservible subsistía el disparo; y si se efectuaban, dos disparos únicamente, constituía sólo el ilícito en examen.²²

Se llega de lo anterior a esta conclusión: si se disparaba el arma contra una persona y no se ocasionaba la muerte, no se podía sancionar como tentativa de homicidio, por no estar acreditada la intención de privar de la vida, es decir, para el Tribunal Supremo el medio adecuado se comprobaba con el disparo del arma y el otro e-

²² Cfr., Viada, *Ibidem*, pág. 54.

lemento: la intención, con la muerte, lo cual es ilógico para solamente demostrar la inconsumación del homicidio, y en todo caso ya carecería de razón de ser ésta.

En cuanto a su penalidad, se encontraba establecida en el artículo 29, dentro del capítulo III del título III correspondiente a la duración y efectos de la pena, -- comprendiendo las de presidio, prisión correccional y -- destierro, con duración de seis meses y un día a seis años, aplicable a delitos menos graves, en comparación -- con las penas afflictivas para los delitos graves.²³

Cuando se causaba alguna lesión, la pena expresada estaba conectada con el artículo 431, "El que hiere, golpear ó maltratare de obra á otro será castigado como reo de lesiones graves:

3o. Prisión correccional en sus grados mínimo y medio si de resultas de las lesiones el ofendido hubiere quedado deforme ó pérdida de un miembro no principal ó quedase inutilizable de él, ó hubiere estado incapacitado para su trabajo ó enfermo por más de noventa días.

4o. Con la de arresto menor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo si las lesiones hubiesen producido al ofendido enfermedad ó incapacidad para el trabajo por más de treinta días".²⁴

²³ Cfr., Ibid, vol. I, pág. 414.

²⁴ Ibidem, vol. III, pág. 72.

2. Empero, en el artículo 587 del mismo cuerpo legal, se establecía: "Serán castigados con la pena de uno á cinco días de arresto ó multa de 5 á 50 pesetas los -- que dentro de población ó en sitio público ó frecuentado disparesn arma de fuego, cohetes, petardos ú otro proyectil cualquiera que produzca alarma ó peligro".²⁵ Esto -- significaba la no perpetración de un delito, sólo falta, por no dirigirse el disparo contra una persona, aunque -- se verificara en medio de un grupo de individuos.

En éste artículo sí cabe aplicar y es válido, el -- pensamiento del Tribunal Supremo Español, en cuanto a la finalidad u objeto de la pena del hecho delictuoso del -- disparo, pues como falta no hay un disvalor en la conduc -- ta para apreciarlo como acué1.

²⁵ *Idea*, pág. 711.

B) Código Penal Mexicano de 1871.

1. Al encontrarse el gobierno republicano Mexicano, - bajo el mando del Presidente Don Benito Juárez, se organizó y creó una comisión encargada de dar vida al primer Código Penal Federal, expedido el día 7 de Diciembre del año de 1871, comenzando a regir en fecha lo. de Abril de 1872, conocido como Código Martínez de Castro, por haber sido éste presidente de la comisión. Legislación penal - caracterizada por su inspiración a la Escuela Clásica, - sin haber contemplado la figura jurídica y a la vez amorfa, del supuesto delito de disparo de arma de fuego. Y - considerando no ser suficiente saber esto, invocaremos - algunos de los aspectos estructuradores del mismo, a fin de, por una parte comprender la génesis del hecho delictivo precitado, procediendo a transcribir los artículos - atinentes a tal propósito.

"Artículo 4o. Delito es: la infracción voluntaria - de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe ó dejando de hacer lo que manda.

Artículo 5o. Falta es: la infracción de los reglamentos ó bandos de policía y buen gobierno.

Artículo 6o. Hay delitos intencionales y de culpa.

Artículo 18o. En los delitos intencionales se distinguen cuatro grados:

I. Conato:

II. Intentado:

III. Frustrado:

IV. Consumado.

Artículo 44o. Son agravantes de primera clase:

5a. hacer uso de armas prohibidas.

Artículo 528o. Las lesiones que aunque de hecho no pongan, hayan podido poner en peligro la vida del ofendido, por la región en que estén situadas, por el órgano interesado o por el arma empleada para inferirla, se castigarán con dos años de prisión, en cuanto no causen impedimento de trabajar, ni enfermedad que dure más de quince días y se agregará según el artículo 530 las del 527 fracción I: ocho días a dos meses y multa, a juicio del juez aquélla o sólo ésta, cuando se impida trabajar más de quince días al ofendido o que le cause enfermedad que dure más de ese tiempo.

Artículo 540o. Es homicidio: el que priva de la vida á otro, sea cual fuere el medio del que se valga.

Artículo 596o. Duelo: el desafiador que haga uso de armas, se le impondrán de tres a seis meses de arresto y multa de 400 á 800 pesos, si no resulta muerte ni herida alguna del combate.

Artículo 948o. La portación de arma prohibida, se castigará con multa de 10 á 100 pesos".²⁶

2. El libro cuarto de las faltas, previó en el artículo 1148, correspondientes a las faltas de primera clase, el castigo con multa de 50 centavos á 3 pesos:

²⁶ "Código Penal de 1871", edición oficial.

"VI. El que infringa la prohibición de disparar armas de fuego, ó quemar cohetes ú otros fuegos artificiales en determinados lugares, días ú horas".²⁷

Como se observa, únicamente en éste precepto se recogía en forma expresa, el hecho de disparar un arma de fuego, pero no contra una persona, considerado como falta, trasunto del Código Español, y por ello tenía la misma razón de ser dada en los argumentos aducidos por Máximo Tribunal de España al disparo, que dejamos por reproducidos.

C) Proyecto de Reformas de 1912.

La Secretaría de Justicia e Instrucción Pública, - nombró a los abogados Don Miguel S. Macedo, Manuel Olivera Toro y Victoriano Ramírez, revisar el Código Penal de 1871 y proponer sus reformas, comenzando tal encargo el día 26 de Septiembre de 1903 y concluido el proyecto de reformas el 11 de Junio de 1912.²⁸

"Los trabajos de la comisión revisora no recibieron la consagración legislativa por su inactualidad y -- porque las convulsiones internas del país llevaron a los gobiernos a atender preocupaciones de más notoria urgencia y valía. Modesta labor de revisión con miras a corregir erratas, a aclarar obscuridades, a modernizar lo anticuado".²⁹

"El proyecto es deficiente en su técnica, pero tiene un espíritu político-criminal bastante certero, revelado por medidas asegurativas eficaces".³⁰

²⁸ Cfr. "Trabajos de revisión del Código Penal. - Proyecto de reformas y exposición de motivos", tipografía de la oficina de estampillas, tomo I, Palacio Nacional 1912, pág. 3.

²⁹ Raúl Carranca y Trujillo, "Derecho Penal Mexicano Parte General", edit. Porrúa S.A., décima tercera edición, México 1980, pág. 127.

³⁰ Luis Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal", edit. Loanda S.A., tomo I, 4a. edición, Buenos Aires 1964, pág. 1243.

1. A don Miguel S. Macedo, quien presidió dicha comisión, le correspondió efectuar del anteproyecto el capítulo V (del artículo 540 al 568), de tal suerte y -- justamente en el artículo 543 bis. se le intentó dar vida al supuesto delito de disparo de arma de fuego, el -- cual cuando fue propuesto por el Licenciado Olivera Toro como 526 bis. en el apartado de lesiones, se acordó re-- servir para el tratado del homicidio, pues acuél conside-- ró ser éste el lugar conveniente para el nuevo artículo, previsor del caso de agresión violenta sin resultado ma-- terial o con sólo el resultado de lesiones. 31

El texto propuesto fue el siguiente: "El que dispa-- re sobre una persona un arma de fuego o la ataque de o-- tra manera que, en razón del arma empleada, de la fuerza o destreza del agresor o de cualesquiera otra circunstan-- cia, pueda producir como resultado la muerte, sufrirá -- por ese solo hecho la pena correspondiente al homicidio-- frustrado, a no ser que se averigüe que únicamente se -- propuso inferir una lesión que no fuera mortal. Si de la agresión resulta una o más lesiones, se observarán las -- reglas de la acumulación, pero sin que la pena pueda ex-- ceder de la que se impondría si se hubiere consumado el-- homicidio". 32

El mismo Licenciado Macedo se encargó de explicar-- el por qué fue propuesto, diciendo: "A pesar de los gra--

31 Cfr., Ibidem, tomo II, pág. 86.

32 Idem.

ves defectos sentidos por el sistema del Código, la comisión no pensó en ningún momento en proponer un cambio radical, pues según se ha dicho, no obstante ello, hay que reconocer la calidad estimable en el sistema. La comisión cree que es posible llegar a una conciliación. Ante la imposibilidad de conocer la intención del agente del disparo de arma de fuego sobre la persona, el legislador presume, con la salvedad de la prueba en contrario, que quiso privar de la vida al paciente del delito. Creemos por supuesto, que en los términos del artículo que se propone no caben otros casos que los de un verdadero delito frustrado, pues claramente se habla de disparo de arma de fuego o de otro ataque que por cualquier circunstancia pueda producir la muerte del atacado".³³

Es de tomarse en cuenta, las dificultades presentables a los abogados de la comisión, para considerar el hecho como conato, homicidio intentado, homicidio frustrado, etc., y por ello planearon la necesidad de consignar una disposición para castigar ese hecho en sí mismo.³⁴

Señala el Licenciado Olivera Toro, "debe adicio---narse al Código, estimado como homicidio frustrado, el acto de disparar un individuo sobre otro un arma de fuego o la ataque con alguna otra arma capaz de causar la muerte, pues el individuo que así procede, o se propone delibera-

³³ Ibid, tomo IV, pág. 611 y ss.

³⁴ Cfr., Mariano Jiménez Huerta, revista "Crimina--
lia", año XIII, editorial Botas, México 1947, pág. 51.

damente a privar de la vida a su víctima, o lo hace a sabiendas de que el acto puede traer esa consecuencia. El cirujano más experto y hábil no podría determinar con -- precisión, la importancia y gravedad de una lesión que se propuso causar y no digamos como se ha expresado en el seno de la comisión sobre un sujeto vivo, sino sobre un cadáver, demostrando esto que es imposible tener como base para la imposición de la pena tratándose del delito de lesiones, la intención que el ofensor haya tenido produciéndose un daño determinado, mientras que por el contrario la otra base sí es conforme a la realidad".³⁵

Por otro lado el Licenciado Q. Saldaña, refiere en la exposición de motivos: "Los actos externos son reflejo de la determinación psíquica que revelan el estado peligroso de un individuo. Es una manifestación y un síntoma para valorar el estado peligroso, un dato que importa a la defensa social. El hecho de no lograrse la ejecución del delito, por causas independientes de la voluntad del agente, habiendo éste puesto de su parte cuanto pudo ser realizado su designio, es de todo punto indiferente".³⁶

2. Igualmente Don Miguel S. Macedo, se encarga de explicarlo en la parte correspondiente a la exposición de motivos, declarando: "La nueva disposición que consulta el proyecto en su artículo 548 bis., es fundamentalmente diversa a la del Código Penal Español e Italiano,-

³⁵ Idem, tomo I, págs. 73 y 74.

³⁶ Ibid, pág. 41.

pues se limita a establecer una presunción "Juris Tantum" de que el disparo de arma de fuego o el ataque en razón - del arma empleada, de la fuerza o destreza del agresor o de cualquier otra circunstancia, pueda producir la muerte.

Por supuesto que para que la nueva disposición fue-
re aplicable, es necesario que el acto ejecutado, como or-
dinariamente sucede con el disparo de arma de fuego, reu-
na en sí los elementos del delito frustrado de homicidio,
esto es, que sea el último acto en que debió verificarse-
la consumación del delito, dejando éste de verificarse --
por causas extrañas a la voluntad del agente".³⁷

"El proyecto, por lo tanto, pretendió haber encon-
trado la solución correcta al sancionar el disparo como -
homicidio frustrado, a no ser que se averigüe que el agen-
te se proponía únicamente inferir una lesión que no fuera
mortal, en cuyo caso dejaba de tener eficacia la referida
presunción, con lo cual se consideró no solo factible la-
probanza del animus necandi, sino que se impuso la carga -
de la prueba, al autor del disparo, para invalidar la ope-
rancia de la presunción citada".³⁸

Mientras Juan José González Bustamante expresa: "A-
nuestro juicio el nuevo artículo, conserva las ventajas -

³⁷ Citado por Juan José González Bustamante, opus -
cit., págs. 608 y 609.

³⁸ F. Pavón Vasconcelos y G. Vargas López, "Los deli-
tos de peligro para la vida y la integridad corporal", edit.
Porrúa, S.A., 4a. ed., México 1981, pág. 21.

fundamentales del Código y le quita por lo menos uno de sus graves defectos, haciendo que en la práctica sin necesidad de difíciles averiguaciones en la instrucción del proceso, haya mejor justicia en la aplicación de las penas, para un delito tan serio y tan frecuente como es entre nosotros el de atentar contra las personas".³⁹

Sin embargo, con el mérito debido a Pavón Vasconcelos y Vargas López, así como a los integrantes de la comisión, podríamos objetarles, utilizando sus mismos argumentos, recordemos lo dicho por Olivera Toro en la exposición de motivos -el acto de disparar sobre otro, debe estimarse como homicidio frustrado, pues el que así procede, o se propone deliberadamente causar la muerte, o lo hace sabiendo de que el acto puede traer esa consecuencia-, por una parte y por la otra, es materialmente imposible descubrir si el sujeto activo se propuso inferir determinada lesión, pues si en el artículo 548 bis. se deja vislumbrar la posibilidad de comprobar el *animus laedendi* invalidando la presunción, el *recandi* resulta por cierto incongruente en lo conducente a la exposición de motivos, -también es cierto, la falta de razón de ser del disparo - en todo caso, por tener la posibilidad de encuadrarse en el homicidio frustrado; y en efecto, desde ahora proclamamos nuestro sentir de la desventurada creación legal, en el sentido de no tener solidez desde el punto de vista técnico jurídico y práctico conforme a nuestra legisla-

³⁹ Ibidem, pág. 611.

ción. Y lamentamos enormemente el denuedo y encomio puesto por la comisión revisora para dar respuesta a tan osado acto criminal.

Pero realmente ¿ qué debemos interpretar al dejar la comisión la salvedad de destruir la presunción juris tantum ?, ¿ será el haber pretendido ser tan justa, incluyendo aspectos a sabiendas no realizables -intención en la lesión a comprobar-, según se desprende de la exposición de motivos y más aun al declarar el Licenciado ba cedo: no caben otros casos, solamente los de un verdadero delito frustrado, con probable producción de la muerte.?

D) Código Penal Mexicano de 1929.

Cuando se fue restableciendo gradualmente la paz pública, surgieron nuevamente las inquietudes reformadoras; y al fin, en el año de 1925 fueron designadas otras comisiones revisoras, finalizando en el año de 1929 sus trabajos. En aquel entonces, el presidente Emilio Portes Gil, por decreto del día 9 del mes de Febrero, expidió con fecha 30 de Septiembre de 1929, el nuevo Código Penal, entrando en vigor el día 15 de Diciembre del mismo año. Ordenamiento legal de graves deficiencias de redacción y estructura, de constantes reenvíos, de duplicidad de conceptos y contradicciones flagrantes, haciendo ello dificultosa su aplicación práctica, sin tener fiel reproducción su inspiración en la Escuela Positiva.⁴⁰

Don José Almaraz, uno de los principales autores del cuerpo legal invocado, reconoció en la exposición de motivos, tratarse de un "Código -justo es declararlo- de transición y como tal plagado de defectos y sujeto a enmiendas importantes".⁴¹

Todavía se consideró al delito hecho objetivo, con propia sustancia penal y el estado peligroso fue la acción u omisión en la propia ley sancionado.⁴²

40 Cfr., Raúl Carrancá y Trujillo, opus cit., pág. 128.

41 José Almaraz, "Exposición de motivos del Código Penal", parte general, México MCMXXXI, pág. 25.

42 Cfr., Raúl Carrancá y Trujillo, Ibidem, pág. 129.

El estado peligroso se encontraba entronizado en el artículo 32, el cual establecía: A todo individuo -- que se encuentre en estado peligroso se le aplicará, una de las sanciones establecidas en este Código para la defensa social. Se considerará en estado peligroso: a todo aquel que sin justificación legal, cometa uno de los actos conminados con una sanción en el libro tercero, aun cuando haya sido ejecutado por imprudencia y no consciente y deliberadamente. Queda circunscrito al ámbito de la peligrosidad a lo manifestado por el delito, coincide -- con el Código Penal de 1871, sólo varía la finalidad penal, éste decía: te castigo porque es justo y útil, el de 1929 : sanciono para defender a la sociedad de la temibilidad del delincuente, pero los estados de esa temibilidad son los mismos .43

"Existe un precepto en el Código -artículo 971-, - que desorienta más respecto al delito frustrado".44

1. El Código Penal de 1929, en su capítulo IV relativo a las reglas generales del homicidio, comprendió en su artículo 971 el delito de disparo de arma de fuego, - regulándolo conjuntamente con el ataque peligroso, estatuyendo: "Al que dispare sobre una persona, un arma de - fuego, o la ataque de otra manera, que en razón del arma empleada, de la fuerza o destreza del agresor, o cuales-

43 Cfr. José Angel Ceniceros A., "El Código Penal de 1929, editorial Botas, México 1931, pág. 19.

44 Ibidem, pág. 65.

quiera otra circunstancia, pueda producir como resultado la muerte, se le aplicará por ese solo hecho, una sanción de uno a tres años de segregación, a no ser que las circunstancias del caso califiquen el delito como tentativa de homicidio".⁴⁵

Como es de observarse dicho ordenamiento punitivo, no aceptó el criterio adoptado en el proyecto de reformas de 1912, de consagrar la operancia de la presunción-juris tantum de homicidio frustrado, en los casos del disparo y del ataque peligroso.⁴⁶

A pesar de ello, coincidimos con el conspicuo Doctor en Derecho José Angel Ceniceros, al comentar el Código Penal en cuestión, relacionado con los de 1871 y 1911, con brillante lucidez y claridad, del artículo 971 lo siguiente: "A primera vista parece referirse concretamente el precepto transcrito: al homicidio frustrado, pero la parte final excluye precisamente esa interpretación. ¿ a qué casos se refiere la ley ?. Porque por lo general el que dispara un arma de fuego lo hace con intención directa de producir la muerte; salvo que el artículo se refiera, a aquellos casos en que la intención clara del delincuente, haya sido la de herir. Le dispara por ejemplo a un individuo, apuntándole en la rodilla. ¿ qué querra decir el artículo 971 ?. Entonces no puede producirse la -

⁴⁵ Ibid, pág. 66.

⁴⁶ Cfr. Francisco Pavón Vasconcelos y Vargas López, opus cit., pág. 22.

muerte y se dejaría impune. Cuanta falta hace que los autores del Código Penal transitorio, dieran unas conferencias sobre ciertas disposiciones para no extraviarse en análisis de preceptos oscuros".⁴⁷

Continua externando: "El Código Penal de 1871 es objetivista y el de 1929 subjetivista, si el criterio de aquél llevado a sus extremos es malo, también lo es el opuesto, o sea, el del mundo insalvable de las intenciones, pues nos conduce a la impunidad. Querer determinar los grados del delito o prescindir de ellos, atendiendo únicamente a la intención criminal con exclusión absoluta del daño causado, equivale a construir un Código del delincuente sin delito, a pesar de ser dos aspectos importantes de un mismo problema".⁴⁸

2. A pesar de su distorsionada e incongruente redacción y por demás contradictoria del artículo 971, se le concedió autonomía en la legislación penal mexicana, integrándose el ilícito con la acción de disparar sobre alguna persona un arma de fuego, por sí del resultado, dejándose fuera de dicha hipótesis el caso de tentativa de homicidio, dada su redacción categórica en la parte final, con la frase "por ese solo hecho", implicando la cabida del concurso de delitos e incluso con la tentativa de homicidio.⁴⁹

47 Ibidem, pág. 66.

48 Ibid, pág. 73.

49 Cfr. Pavón Vasconcelos y Vargas López, ibidem, pág. 22.

Autonomía inspirada en la escuela de Ferri, a la potencialidad del daño y temibilidad del delincuente, en acorde con la teoría de la defensa social, manteniendo en primer plano el estudio del delincuente, antes de conocer el resultado fáctico del delito.

Más sin embargo, de la manera como está redactado - el precepto y efectuando una interpretación gramatical, - se podría afirmar que también goza de naturaleza subsidiaria como el artículo 423 del Código Penal Español, al expresar: "a no ser que las circunstancias del caso califiquen el delito como tentativa de homicidio", lo cual viene a tergiversar en mayor grado y a dudar de la supuesta-autonomía y en forma de crítica es válida la señalada al precepto español, en lo tocante a la sancionabilidad de dicha conducta, aunque todavía no se ha calificado como tentativa de homicidio. 50

50 De igual forma se podría decir, en lo relativo a la frase "Al que dispare 'sobre' alguna persona, que la preposición 'sobre' significa según el Diccionario de la Real Academia Española 'encima', por tanto, si llevamos dicho significado al delito aludido, debemos entender el disparo efectuado encima de la persona, es decir, arriba de su cabeza, lo cual implica un peligro general y abstracto, pues existe la posibilidad de lesionar otro bien jurídico, como el de la propiedad, y en estas condiciones se puede encuadrar en otro ilícito, mas no en el disparo, y de ser así éste carecería de razón de ser, pues otra cosa sería si se dispara "a" una persona, configurándose en esta hipótesis la tentativa de homicidio, por encerrar un peligro real y concreto para la vida humana.

CAPITULO SEGUNDO

Legislación Actual y sus Reformas

I) Análisis legal y jurisprudencial.

A) Código Penal Mexicano de 1931.

1. Texto original del artículo 306 y su sanción.
2. Reconocimiento de su autonomía en la jurisprudencia.
3. Naturaleza jurídica que se desprende de la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
 - a) Delito de peligro.
 - b) Bien jurídico tutelado: la vida.
 - c) Sustituto de la tentativa incomprobada de homicidio.
4. Su relación con los delitos de homicidio y lesiones en la jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
 - a) Con el homicidio. Teoría de la incompatibilidad. (concurso aparente de tipos).
 - b) Con el de lesiones.
 - I) Teoría de la incompatibilidad (concurso aparente de tipos).
 - II) Teoría de la compatibilidad. (concurso efectivo de tipos).

B) Reformas.

1. De 19 de Diciembre de 1967.
 - a) Teoría de la compatibilidad sustentada por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
 - I) Con el delito de homicidio y disparo de arma de fuego.
 - II) Con el delito de lesiones y disparo de arma de fuego.

C) Naturaleza jurídica que se desprende de su interpretación.

1. Argumentos extraños y débiles de su creación.
2. Olvida al delincuente y lo sustituye por un ente conceptual.
3. Aparente autonomía.
4. Descripción defectuosa.
5. Intima relación con el *animus necandi*.

C A P I T U L O S E G U N D O

LEGISLACION ACTUAL Y SUS REFORMAS

ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

A) Código Penal Mexicano de 1931.

El parecer del Licenciado José Angel Ceniceros A., al hacer concreta alusión al Código Penal de 1929,"es el de la falta de arraigo ante la opinión pública",⁵¹ la que trajo consigo la inmediata determinación por parte del - Presidente Emilio Portes Gil, en designar nueva comisión revisora para la elaboración del Código Penal Vigente, - promulgado el 13 de Agosto de 1931 por el primer mandatario en ese entonces Pascual Ortiz Rubio; tal ordenamiento tuvo como tendencia, según el presidente de la comisión Alfonso Teja Zabre, la ecléctica y pragmática, complementando la fórmula no hay delitos sino delincuentes, no hay delincuentes sino hombres, considerando al delito como hecho contingente y la pena un mal necesario como - recurso para la lucha contra el delito, justificada por el requerimiento de conservar el orden social.⁵²

"El concepto de la peligrosidad o temibilidad es - aprovechable como un nuevo factor, para agregarse a la - clásica intención, al dolo o a la malicia y para servir-

⁵¹ Ibidem, "Advertencia".

⁵² Cfr. Raúl Carranca y Trujillo, opus cit., pág. 130 y 131.

juntamente con la inteligencia, la voluntad y el daño -- causado, como medida de valores penales".⁵³

1. La especie delictiva en cuestión, quedó incluida en el artículo 306, dentro del capítulo II, del título décimo noveno del libro segundo, bajo el rubro "Delitos contra la vida y la integridad corporal", estatuyéndose:

"Se aplicará sanción hasta de dos años de prisión- y multa hasta de cien pesos, sin perjuicio de la pena -- que corresponda si se causa algún daño:

I. Al que dispare sobre alguna persona un arma de fuego;

II. Al que ataque a alguien de tal manera que, en razón del arma empleada, de la fuerza o destreza del agresor o de cualquier otra circunstancia semejante, pueda producir como resultado la muerte".

Francisco Pavón Vasconcelos y Vargas López observan, "El Código Penal de 1931, recogió igualmente la figura del disparo y, salvo el agregado de la primera parte del artículo 306, que tan variadas interpretaciones -- ha originado, creando confusión sobre el verdadero sentido del precepto, conservó íntegramente la noción jurídica creada sobre el delito por el Código de 1929, estructurando el tipo con la acción de disparar sobre alguna -- persona un arma de fuego".⁵⁴

⁵³ Alfonso Teja Zebre, "Código Penal para el Distrito y territorios Federales en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal", ed. Botas, pág. 14.

⁵⁴ Ibid, págs. 22 y 23.

Nos adherimos al criterio de Don Mariano Ruz Ponce al manifestar: "...sin duda alguna ha estado en la intención del legislador considerar el disparo sobre alguna -- persona como una expectativa de homicidio, más que de lesiones. De lo contrario lo habría colocado en un lugar -- que permitiera su relación con los dos tipos, la fracción II aclara más éste propósito, ya que en ellos se habla de circunstancias (el arma empleada) que puedan producir como resultado la muerte, se trata a no dudar de un delito de peligro, cuya comisión puede poner en riesgo un bien -- jurídico tan importante como la vida. Intencionalmente, -- el disparo implica la práctica de todos los medios necesarios para producir el homicidio. Es un homicidio subjetivamente perfecto y por lo tanto según la terminología clásica es un delito frustrado, el conato próximo de Cárcara.

El disparo de arma de fuego como tipo autónomo es -- una entidad artificial de reciente tradición española".⁵⁵

Asimismo pone en evidencia su complejidad y su absurdo, al señalar: "Concretamente en el disparo se trata casi siempre de causar un mal impreciso, indeterminado, -- pero generalmente grave y el delincuente tira al azar, la casualidad del mal causado. Si se produce una lesión se -- castiga como lesiones y la pena puede ser insignificante.

⁵⁵ "El delito de disparo de arma de fuego", revista "Criminología", año VIII, México 1941, págs. 210 a 212.

Si no toca el proyectil surge el homicidio frustrado y la pena es mayor. Para considerar que con el mismo acto; se han cometido lesiones y homicidio frustrado es indispensable que la intención precisa y concreta de matar sea clara e indudable y ésta hipótesis es muy rara en la práctica. Así resulta que dos actos iguales en la intención son castigados con pena cuya gravedad está en proporción inversa a la importancia del daño causado: pena menor cuando resultó lesiones y pena mayor cuando no resultó".⁵⁶

Don Francisco González de la Vega, precisa la cabida de dos hipótesis, la primera cuando el ataque o el disparo, no causa daño al ofendido, es decir, otro delito, se sanciona por el peligro corrido, por no presentar dificultad su penalidad, salvo la excepción, en la demostración de la tentativa de un delito de pena mayor, la segunda cuando el disparo o el ataque produce un daño al ofendido, como lesiones, muerte o deterioro en la propiedad ajena, integradores de otro delito, en vista de los términos del encabezado, que determina la aplicación de una pena hasta de dos años de prisión y multa de cien pesos "sin perjuicio de la que corresponde si se causa algún daño", se deberán sumar éstas sanciones a las del delito emergente, sin atender a las reglas de la acumulación, por respeto a la regla derogatoria específica, en esta hipótesis dado el sistema de punibilidad del Código de 1931, el delito debe interpretarse como agravación --

⁵⁶ Ibid, pág. 211.

circunstancial de la penalidad del daño delictuoso consumado. 57

Jiménez Huerta destaca: "No empecé esta conclusión lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 306, pues la frase 'sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa algún daño,' ha de interpretarse en el sentido de que las penas correspondientes al disparo y al resultado típico que el mismo produzca, han de ser las correspondientes a delitos conceptualmente compatibles entre sí. La compatibilidad existe, por ejemplo, entre el disparo y el delito de daño en propiedad ajena, ya que en ambos se protegen bienes jurídicos diversos". 58

2. Nuestro Máximo Tribunal de Justicia, ha venido sosteniendo rango autónomo al disparo, como se ve en -- las ejecutorias a continuación transcritas.

"Si el delito de disparo de arma de fuego, previsto y penado por el Código Penal Vigente del Distrito Federal, va acompañado de lesiones, no existe razón, para dejar impune el delito de disparo de arma de fuego, que se sanciona en razón de la potencialidad dañosa, que demuestra el agente, con abstracción del daño resultante -- que, a su vez, puede integrar otro delito autónomo" 59

57 Cfr. "Derecho Penal Mexicano", ed. Porrúa S.A., 10a. edición, México 1970, pág. 43.

58 "Derecho Penal Mexicano", tomo II, librería Robredo, 1a. edición, México 1958, pág. 193.

59 Semanario Judicial de la Federación, tomo LXI, - pág. 4853.

"El disparo de arma de fuego y el delito emergente constituyen dos delitos destacados, autónomos, que tienen vida independiente..."⁶⁰

"DISPARO DE ARMA DE FUEGO, AUTONOMIA DEL DELITO DEL. Si bien es cierto que la jurisprudencia número 110, página 232, de la segunda parte de la compilación 1917-1965, determina que el disparo de arma de fuego se subsume en el homicidio cuando el proyectil produce tal resultado mortal, también lo es que de acuerdo a la reforma practicada en el año de mil novecientos sesenta y ocho al artículo 306 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, y sobre todo en los términos de la iniciativa del ejecutivo para tal reforma, se concluye que dicha asimilación ya no tiene efecto desde el punto de vista legal, pues se sanciona el disparo de arma de fuego, independientemente del resultado y de la sanción que corresponda por la comisión de cualquier otro delito; y si los hechos tuvieron lugar cuando ya tenía vigencia la reforma del mencionado artículo 306, esa jurisprudencia es inaplicable".⁶¹

⁶⁰ Ejecutoria publicada en págs.85y86, del tomo XXII del Semanario Judicial de la Federación,

⁶¹ Jurisprudencia 120, segunda parte de la séptima época, del apéndice 1917-1975, del Semanario Judicial de la Federación, pág. 257, citada por Salvador Castro Zavala, "75 años de Jurisprudencia Penal", Cárdenas editor, 1a. edición, México 1981, pág. 395.

Igualmente diversos penalistas, le han atribuido - en forma reservada dicha autonomía, con sus consecuentes observaciones; y así tenemos a Juan José González Bustamante, al expresar: "El disparo de arma de fuego constituye una figura autónoma, en tanto que el daño que pueda causarse con el disparo es potencial, o sea, o tanto -- que no se produzca el resultado dañoso, porque entonces desaparece dicha figura delictiva, para subsumirse en el de lesiones o daño que hubiere producido, ya que sería monstruoso y antijurídico imponer una pena por el riesgo que ocasiona el disparo a la vida o a la integridad corporal y cuando por el mismo disparo se produce un daño - como homicidio o lesiones, sumar a lo anterior que se impone por razón del peligro corrido la que corresponda -- por el daño causado".⁶²

Mariano Jiménez Huerta al declarar: "...tiene una connotación distinta que en el Código Español, pues no es ya como en éste un delito auxiliar que entraba subsidiariamente en juego cuando el disparo no podía integrar una frustración o una tentativa de homicidio u otro delito sancionado con pena mayor, sino un verdadero tipo autónomo, en el que se erige en delicta sui generis una auténtica forma accesoria de conducta, sometiéndola a una pena propia y cuantitativamente firme".⁶³

62 Opus cit., pág. 600.

63 Opus cit., 4a. edición, págs. 222 y 223.

Y así mismo Francisco Pavón Vasconcelos y Vargas López, al criticar a Francisco González de la Vega, cuando afirman: "En efecto, otorgar al disparo el carácter de -- circunstancia agravante de la penalidad en relación a -- los delitos que tipifican el daño causado, equivale a -- desconocer la naturaleza autónoma que le corresponde por voluntad de la ley, la cual le ha otorgado pena propia"⁶⁴ entre otros.

3. Pondremos de relieve a continuación, el criterio sostenido por la doctrina jurisprudencial de la H. -- Suprema Corte de Justicia de la Nación, con respecto a -- la naturaleza jurídica del disparo y para lo cual transcribimos algunos de sus fallos.

a) El ilícito cuestionado es de peligro.

"Si del disparo resulta la comisión de otro delito lesivo de la integridad corporal, éste subsume al del -- disparo de arma de fuego, que como delito destacado sólo tutela 'la puesta en peligro de un bien jurídico'..."⁶⁵

"Esta sala ha tenido en cuenta los antecedentes -- del artículo 306 del Código Penal, entre los que se encuentra como de máxima importancia, el propósito de re-- primir la peligrosidad de quien atenta contra una perso--

⁶⁴ Opus cit., pág. 26.

⁶⁵ Citada en informe del Presidente de la Suprema-Corte de Justicia de la Nación, 1953, pág. 42.

na, por medio de un arma de fuego, en atención a las dificultades que se presentan para probar la intención del agente y otros factores necesarios para clasificar el hecho como tentativa de lesiones o de homicidio, es decir, - el artículo 306 establece un delito de peligro..."⁶⁶

b) El bien jurídico que tutela es la vida.

"Consecuentemente... el bien jurídico protegido por esa disposición es la vida".⁶⁷

"DISPARO DE ARMA DE FUEGO? Delito de. No es de tomarse en cuenta la pretensión de que los disparos se hicieron únicamente contra el automóvil y que, por tanto, - no se configura el delito de peligro arriba mencionado, - puesto que hay expresiones reveladoras de que eran contra la persona; y aun en el caso aducido por el acusado, los balazos disparados pusieron en evidente peligro la vida - de los tripulantes del automóvil, que es uno de los bienes tutelados por la ley".⁶⁸

c) Opera como sustituto de la tentativa incomprobada de homicidio.

⁶⁶ Ejecutoria de 2 de Abril de 1937, citada en el informe del presidente de la S.C.J. de la Nación, 1937, pág. 40.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Tesis 1276, segunda parte de la sexta época, pág. 85, del volumen XV, publicada en el boletín de año 1958, pág. 584, citada en ediciones Mayo, jurisprudencia y tesis sobresalientes de 1955-1963, volumen segundo, pág. 345.

En seguida citaremos la ejecutoria alusiva a los tres elementos encarnados en su naturaleza.

"Esta sala ha tenido en cuenta los antecedentes -- del artículo 306 del Código Penal, entre los que se encuentra de máxima importancia, el propósito de reprimir la peligrosidad de quien atenta contra una persona, por medio de un arma de fuego, en atención a las dificultades que se presentan para probar la intención del agente y otros factores necesarios para clasificar el hecho como tentativa de lesiones o de homicidio, es decir, el artículo 306 establece un delito de peligro al castigar -- los ataques como capaces de producir como resultado la muerte y por tanto, la figura delictiva de ese precepto se caracteriza como sustituta de la tentativa incomprobada. Consecuentemente...el bien jurídico protegido por -- esa disposición es la vida".⁶⁹

"Si del disparo resulta la comisión de otro delito lesivo de la integridad corporal -lesiones-, éste subsume el del disparo de arma de fuego, que como delito destacado sólo tutela 'la puesta en peligro de un bien jurídico', como suplencia legal de la tentativa incomprobada pero no la lesión causada, en razón de que aquél es acto anterior con referencia al delito principal y adecuado -

⁶⁹ Citada en el informe del presidente de la primera sala, en el volumen que contiene el del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1937, pág. 40, idéntica doctrina en los tomos LI, pág. 1876, y LII, págs. 27 y 1232 del Semanario Judicial de la Federación.

por la producción del resultado típico, pues sería anti-jurídico punir a la vez por que (sic) se pudo causar un-
daño y porque efectivamente se causó...".70

4. En cuanto a su relación con los delitos de homi-
cidio y lesiones en la jurisprudencia de la Suprema Cor-
te de Justicia de la Nación, pasaremos a verter su pensa-
miento.

a) Con el homicidio. Siempre nuestro Máximo Tribu-
nal hasta las ejecutorias dictadas a partir de 1970, sog
tuvo la incompatibilidad.

"La Corte ha declarado que no tiene aplicación esa
disposición legal (fracción I del artículo 306), única--
mente cuando el daño que resultó sea el de privación de--
la vida, esto es, cuando el homicidio aparece cometido -
por el disparo de arma de fuego".71

"...si se impone pena por el repetido delito espe-
cial (disparo) y además, por las lesiones u homicidio --
que resultaren, se hace inexacta aplicación de la frac--
ción I del artículo 306 del Código Penal, con violación--
del artículo 14 Constitucional".72

70 Citada en el informe del presidente de la H. Su-
prema Corte de Justicia, año 1953, pág. 42.

71 Citada en el informe del presidente de la Supre-
ma Corte de Justicia de la Nación, año 1937, pág. 40.

72 Ejecutoria publicada en el tomo XLV, pág. 48.

"...si se consuma el delito de homicidio, a consecuencia del acto (el disparo), ésta figura delictiva (homicidio) absorbe aquella, por lo tanto, se convierte en medio adecuado para la consumación del delito de homicidio".⁷³

"Esta sala ha sostenido el criterio de que el homicidio y el delito de disparo de arma de fuego, no son -- compatibles en la legislación penal del Distrito Federal, ...resulta indiscutible que el homicidio consumado, como delito agotado de la intención, incluye la infracción -- constitutiva por la simple posibilidad de peligro, el -- disparo de arma de fuego, y no pueden sancionarse ambos -- como tipos delictivos independientes, pues la frase del artículo 306: "sin perjuicio de la pena que corresponda -- si se causa algún daño", es aplicable sólo cuando las penas corresponden a éste y al ataque peligroso para la vida, sean el resultado de delitos compatibles entre sí".

74

"Los delitos de disparo de arma de fuego y homicidio no pueden coexistir...consiguientemente, si el bien jurídico protegido por esa disposición, por la que castiga el homicidio es la vida y la acción delictuosa es única, resulta indiscutible que el homicidio consumado como delito agotado de la intención, incluye la infracción --

⁷³ Citada en el informe de la primera sala, año 1937, pág. 40.

⁷⁴ Ejecutoria del 2 de Abril de 1937, citada en el informe de la primera sala, año 1937, pág. 40.

constituida por la simple posibilidad de peligro, el de arma de fuego, y no pueden sancionarse ambos como hechos delictuosos independientes, pues la frase del artículo -- 306 "sin perjuicio de la que corresponda si se causa algún daño", es aplicable sólo cuando las penas que correspondan a éste y al ataque peligroso para la vida, son el resultado de delitos compatibles entre sí, tales como la destrucción en propiedad ajena y el disparo de arma de fuego".⁷⁵

"El artículo 306 del Código Penal Vigente en el Distrito Federal, sanciona el disparo hecho sobre alguna persona, independientemente de la pena que le corresponda -- por el daño causado; debiendo interpretarse ese precepto legal en el sentido de que el legislador quiso castigar la peligrosidad que implica toda agresión por medio de un disparo de arma de fuego; y cuando el daño que resulte -- sea el de privación de la vida, sólo debe aplicarse la pena correspondiente al homicidio, porque ese delito absorbe al del disparo de arma de fuego, convirtiéndose en el medio adecuado para la consumación del homicidio".⁷⁶

⁷⁵ Ejecutoria publicada en la pág. 1873 del tomo LI, del Semanario Judicial de la Federación. En forma literal se repiten estas apreciaciones en ejecutorias publicadas en págs. 27 y 1232 del tomo LXII del Semanario Judicial de la Federación.

⁷⁶ Ejecutoria publicada en la página 201 y 1385 del tomo IV del Semanario Judicial de la Federación.

b) Con el de lesiones. La sala ha mantenido dos -- distintos criterios, pues si en viejas ejecutorias ha aplicado a dichas relaciones el mismo criterio existente -- entre el disparo y el homicidio, no es menos exacto que -- posteriormente ha sostenido la tesis contraria, proclama -- mando la existencia de ambos.

I Teoría de la incompatibilidad.

"...de esos legislativos se desprende que el problema que se ha esbozado, sólo existe cuando el disparo -- no ha causado daño alguno; pues en otras condiciones se -- produce el delito de lesiones o el de homicidio, según -- el caso, y la pena que por cualquiera de éstas infraccio -- nes señala la ley, tiene como fundamento, no sólo el mal -- causado, sino el acto del agente, por medio del cual se -- produjo; y sólo surge cuando no ha habido ni lesiones ni -- homicidio, y para ese caso se erigió en delito autónomo -- y distinto, el mismo hecho de lanzar el proyectil del ar -- ma, y si se aplicase esa pena especial y además, la pro -- veniente del daño causado, se produciría un fenómeno an -- tijurídico de imponer dos castigos por el mismo hecho; y -- es indudable que el legislador tuvo el propósito de te -- ner por realizado ese delito, solamente cuando el proyec -- til no hacía blanco y no producía, por consiguiente daño -- alguno, permitiendo llegar a esa conclusión, los térmi -- nos en que está redactado el artículo 306 del Código Pe -- nal Vigente que, en su fracción II, establece penalidad -- a un acto semejante al disparo de arma de fuego, como lo

es el ataque a alguien de tal manera que, en razón del arma empleada, de la fuerza o destreza del agresor o de cualquiera otra circunstancia semejante, pueda producir como resultado la muerte; pues ésta expresión "pueda", como rige, tanto en la fracción I, como en la II, deja traslucir que los delitos allí consignados, se perfeccionan como tales, solamente cuando se ha presentado la posibilidad del daño sin que llegue a realizarse, ya que sería antijurídico suponer que el legislador quiso castigar a la vez, porque no se pudo causar el daño y porque en efecto se causó... Por otra parte los antecedentes legislativos hacen suponer que la creación de la pena especial de que se trata, responde a la necesidad de llenar una omisión del Código de 1871, a fin de no dejar sin castigo al que, disparando un arma de fuego sobre una persona, la expone a grave peligro, y ese objeto elimina la posibilidad de que el mencionado delito se perfeccione cuando, con el disparo se producen lesiones u homicidio".⁷⁷

"Es notorio que el legislador, con el propósito de combatir el uso inmoderado de la pistola, erigió un delito especial, previsto y sancionado por la fracción I del artículo 306 del Código Penal vigente del Distrito Federal, el disparo hecho sobre alguna persona con un arma de fuego; pero si bien ese precepto estatuye que la pena por éste hecho delictuoso, se aplicará sin perjuicio de la que corresponda si se causa algún daño, como no esta-

⁷⁷ Ejecutoria publicada en la página 4830, del tomo XLV del Semanario Judicial de la Federación.

blece regla alguna para fijar la penalidad, y en éste evento se trata de un solo acto, con el cual se violan varias disposiciones penales, que señalan sanciones diversas, es preciso observar la disposición general, contenida en el artículo 58 de la ley sustantiva y no aplicar todas y cada una de las correspondientes a los hechos -- criminosos realizados; con tanto más razón, cuando es mayor la peligrosidad de un individuo que comete diversos delitos en actos distintos, que el que los ejecuta en un solo hecho; por tanto, si el juzgador aplica la sanción correspondiente al disparo de arma de fuego y agrega la que estimó procedente por el delito de lesiones, vulnera las citadas disposiciones legales, y debe por ello concederse el amparo".78

II) Teoría de la compatibilidad.

"El disparo de arma de fuego, a que se contrae la fracción I del artículo 306 del Código Penal en vigor, tiene existencia jurídica, no obstante que, como consecuencia del mismo disparo resulte el paciente lesionado. . .; pero cuando únicamente resulten lesiones, debe aplicarse tanto la pena que corresponde por las lesiones, como por el disparo, ya que de otra suerte, no tendría aplicación en ningún caso la disposición de la ley sustantiva referida".79

78 Ejecutoria publicada en la página 701 del tomo L y 322 del tomo LI del Semanario Judicial de la Federación.

79 Citada en el informe del presidente de la S.C.J. 1937, pág.40, igual en pág.1935, tomo LI y pág.493, tomo LVIII del Semanario Judicial de la Federación.

"Este delito, de acuerdo con el espíritu del artículo 306, fracción I del Código Penal vigente en el Distrito Federal, sólo puede tener existencia legal, cuando el daño que se causó con el acto de disparar un arma de fuego sobre una persona, no es el de privarla de la vida o cuando no se le causó alguno".⁸⁰

"El delito de disparo de arma de fuego, no excluye al de lesiones inferidas por el proyectil del arma, pues el delito a que se contrae la fracción I del artículo -- 306 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, tiene existencia jurídica, no obstante, que como consecuencia del mismo disparo, resulte el paciente lesionado; caso en que debe imponerse tanto la pena que corresponda por las lesiones, como por el disparo, ya que de otra manera no tendría aplicación en ningún caso, la disposición de la ley sustantiva mencionada".⁸¹

"Cuando se priva de la vida a una persona, por medio de proyectil disparado por arma de fuego, el delito consistente en disparar un arma de tal clase, no existe; pero cuando, como consecuencia de un disparo hecho sobre una persona, ésta resulta herida, coexiste el delito de lesiones y de disparo de arma de fuego; por lo cual, si se comprueba que sólo resultó una lesión como consecuencia del disparo, sí existen tanto el delito de disparo de arma de fuego como el de lesiones".⁸²

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Ejecutoria publicada en pág. 493, del tomo LVIII del S. J. de la F.

⁸² Ejecutoria publicada en la página 1935, del tomo LI del Semanario Judicial de la Federación.

"La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha orientado invariablemente en el sentido de que es el homicidio consumado el único delito -- que por su naturaleza absorbe al de disparo de arma de fuego, atendiendo a que la finalidad perseguida por la legislación represiva consiste en proteger la vida humana; pero no sucede lo mismo cuando se trata de lesiones, en cuyo caso sí cabe aplicar la penalidad correspondiente a las mencionadas infracciones".⁸³

⁸³ Ejecutoria publicada en la página 5514, del tomo LXXIV del Semanario Judicial de la Federación.

B) Reformas.

1. El comentado artículo 30b del Código Penal vigente, sufrió una reforma por decreto de fecha 29 de Diciembre de 1967, para quedar como sigue:

"Se aplicará sanción de tres días a tres años de -
prisión y multa de cinco a mil pesos:

I.- Al que dispare a una persona o grupo de perso-
nas, un arma de fuego;

II.- Al que ataque a alguien de tal manera que, en
razón del medio empleado, el arma, la fuerza o destreza-
del agresor, o de cualquier otra circunstancia semejante
pueda producir como resultado la muerte.

Las sanciones previstas en la fracción I de este -
artículo se aplicarán independientemente de las que co--
rresponden por la comisión de cualquier otro delito".⁸⁴

Como se observe, varió su penalidad en forma ascen-
dente en su grado mínimo y máximo, se le substituyó la -
preposición "sobre" por la de "a", se cambió la frase --
"sin perjuicio de la pena que corresponda si se causó al-
gún daño", por la de "Las sanciones previstas en la frac-
ción I de este artículo se aplicarán independientemente-
de las que corresponden por la comisión de cualquier o--
tro delito", y se agregó la indeterminación del ofendido,
al expresar "...o grupo de personas", continuando separa-
dos el disparo y el ataque en sendas fracciones, como en

⁸⁴ Publicado en el Diario Oficial de la Federación,
el 8 de marzo de 1968.

el Código de 1929.

Resulta claro en la disposición legal como en el - texto derogado, la permanencia de profundos y evidentes- problemas suscitados con respecto a la sanción aplicable, cuando con el disparo concurren lesiones u homicidio.

Baste señalar para confirmar lo anterior, la inter- pretación dada por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

a) Teoría de la compatibilidad. En donde se pone - de manifiesto el concurso efectivo del homicidio y dispa- ro, y de éste con el de lesiones.

I) Con el homicidio y disparo de arma de fuego.

"DISPARO DE ARMA DE FUEGO, AUTONOMIA DEL DELITO DE Si bien es cierto que la jurisprudencia número 110, pági- na 232, de la segunda parte de la compilación de 1917-19 65, determina que el disparo de arma de fuego se subsume en el homicidio cuando el proyectil produce tal resulta- do mortal, también lo es que de acuerdo a la reforma - - practicada en el año de mil novecientos sesenta y ocho, - al artículo 306 del Código Penal para el Distrito y Te-- rritorios Federales, y sobre todo en los términos de la- iniciativa del ejecutivo para tal reforma, se concluye - que dicha asimilación ya no tiene efecto desde el punto- de vista legal, pues se sanciona el disparo de arma de -

fuego, independientemente del resultado y de la sanción que corresponda por la comisión de cualquier otro delito; y si los hechos tuvieron lugar cuando ya tenía vigencia la reforma del mencionado artículo 306, esa jurisprudencia es inaplicable".⁸⁵

Francisco Pavón Vasconcelos y Vargas López, se muestran en desacuerdo con dicha jurisprudencia, pues ni los términos de la iniciativa, ni del texto legal, nos llevan a la interpretación jurisprudencial vigente, dado que el disparo es el medio comisivo del homicidio; y para ello efectúan un análisis crítico de dicha iniciativa del ejecutivo, básicamente en cuatro puntos a saber:

Primero. Al comienzo de la misma en donde se señala la "requiere especial atención el ilícito que ha dado en llamarse 'pistolero'. Cuando el Constituyente de mil novecientos diecisiete estableció las bases de nuestra legislación, tuvo que considerar en su artículo 10 como un derecho de las personas, la posesión y portación de armas para garantizarles su seguridad de sí mismos, de sus familiares y de sus pertenencias. El período de incipiente organización e intranquilidad por el que atravesaba el país, justifica plenamente esta labor, pero con el transcurso de más de medio siglo, hemos alcanzado un satisfactorio nivel de desarrollo de nues-

⁸⁵ Jurisprudencia número 120, del Anéndice 1917--1975, Séptima Época, segunda parte, pág. 257.

tras organizaciones y medidas de seguridad pública, que suscita legalmente la necesidad de que el individuo se preocupe, él mismo por su seguridad. Por tanto es necesario ahora restringir, mediante normas de observación general, el uso de armas de fuego cuya posesión, en un crecido número de casos, resulta contrario a sus fines originales", manifiestan que no se ve la relación entre el ilícito -- llamado pistoleroismo con el derecho consagrado en el artículo 10 Constitucional, y menos aún con el disparo de arma de fuego.

Segundo. En lo tocante a donde se dice "Esta norma ha sido casi de nula aplicación con motivo de su interpretación judicial, en virtud de que aun cuando la doctrina y la jurisprudencia han apreciado que se está frente a hechos que implican delitos de específica peligrosidad, las divergencias de opinión aparecen cuando dichos actos tienen como resultado la comisión de otro delito -- (lesiones y homicidio), pues aparece la duda de si deben aplicarse las penas de ambos delitos (disparo de arma de fuego y lesiones u homicidio), o si opera el principio -- establecido en el artículo 58 del propio Código, que establece que cuando con un solo hecho se violan varias -- disposiciones penales que señalan sanciones diversas, se aplicará la del delito que merezca pena mayor, la cual -- podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración. De hecho, en el homicidio no se ha considerado -- nunca el disparo de arma de fuego", se confiesan perplejos al dar lectura de ello, pues el artículo 58 se refiere y rige precisamente cuando se está en presencia de un

concurso ideal de delitos.

Tercero. Por lo que hace en donde se expresa "Con el propósito de suerar las dudas que ofrece la actual redacción del artículo 306 del Código Penal, se propone la adición de un párrafo para que las sanciones que establece, se apliquen en forma independiente a las correspondientes por la comisión de otro delito. Evidentemente la intención del legislador al tipificar el disparo de arma de fuego, fue tutelar el bien jurídico que consiste en el disfrute de la paz, la tranquilidad y la seguridad a que todo individuo tiene derecho. En cambio, cuando con motivo de ese delito se produce una lesión o se causa la muerte a una persona, el bien jurídico que se tutela es absolutamente independiente del antes citado, pues se trata en éste caso de la vida y de la seguridad personal", disienten en lo de la duda de la redacción, pues constituye una afirmación no justificada, además, de que la adición propuesta, "para que las sanciones que establece, se apliquen en forma independiente" (aparte de las correspondientes a la lesión contra el bien de la vida o contra el de la seguridad corporal) no encuentra explicación en la propia iniciativa, que se invoca como razón para apoyar la interpretación jurisprudencial vigente, a efecto de sancionar un inexistente concurso de delitos. En efecto, la tutela jurídica referida, es una verdad remota e indirecta, pues doctrinalmente el disparo es sancionado a virtud del peligro concreto que se deriva del mismo contra el bien de la

vida y de la integridad corporal, y no contra la paz y la tranquilidad de la persona, pues de ser así dicho delito encontraría ubicación sistemática adecuada en otra parte del Código.

Cuarto. En la última parte de la iniciativa, relativo a donde menciona: Estas ideas, que forman una firme corriente en la doctrina penal, revelan que si con la ejecución de un mismo acto se producen dos distintas violaciones legales, la conducta del infractor amerita reprimirse con las sanciones establecidas en la ley para ambos delitos, en vista de la autonomía de cada uno de ellos, y consecuentemente, se está en el caso de aplicar las reglas de la acumulación. De las consideraciones anteriores se desprende que la misma tutela jurídica debe quedar establecida en el caso de que el delito de disparo de arma de fuego, se realice no sólo en contra de alguna persona, sino también en perjuicio de un grupo de personas. Por otro lado, ante la creciente comisión de éste delito, se propone asimismo el aumento de su penalidad, refieren que es una verdad parcial, pues la aplicación de las reglas de la acumulación, se origina en la existencia de un concurso de delitos, lo cual supone autonomía entre ellos y compatibilidad, situación no presentable en el disparo y homicidio, por ser imposible su concurso, dada la naturaleza de las normas. 86

II) Con el delito de lesiones y disparo de arma de fuego.

Coherentemente se patentiza su compatibilidad, en la jurisprudencia número 120 mencionada, y como mera ejemplificación citaremos la ejecutoria siguiente:

"DISPARO DE ARMA DE FUEGO. DELITO DE. ES ACUMULABLE CONFORME A SU NUEVA TIPIFICACION LEGAL.-Conforme a la exposición de motivos que fundamenta la última reforma al artículo 306 del Código Penal, el delito de disparo de arma de fuego es autónomo de su resultado; lesiones u homicidio. En efecto, como se advierte del examen-comparativo del texto vigente de aquél con el derogado, la anterior tesis de que el homicidio o las lesiones absorbían al disparo de arma de fuego, ya no es válida tratándose de la legislación punitiva del Distrito Federal y de la de los Estados que tengan una idéntica redacción, por lo que en estas condiciones, la jurisprudencia establecida sobre el particular por esta primera sala en los casos señalados, queda modificada en el sentido de que el disparo de arma de fuego, sí es acumulable al de lesiones u homicidio y que, por ende, en igual forma lo son las sanciones que para una y otra conducta corresponden al acusado" 87

87 Tesis 695, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, volumen 68, segunda parte, Agosto 1974, pág. 22.

Sin embargo, se retoma el camino correcto (incompatibilidad entre el homicidio y el disparo), visible en esta tesis:

"DISPARO DE ARMA DE FUEGO? DELITO DE. CARECE DE AUTONOMIA FRENTE AL DELITO DE HOMICIDIO CUANDO ESTE ES SU RESULTADO.-En los casos de homicidio realizado mediante la acción de disparar una arma de fuego, ésta figura debe quedar sunsumida en aquella, pues la naturaleza incompatible de ambos tipos, por ser uno el delito medio y el otro el delito fin, establecen entre ambos una necesaria conexión que les priva de su carácter autónomo, haciendo operar la regla consignada en el artículo 59 del Código Penal".⁸⁸

Según la iniciativa de la reforma, se aumentó su penalidad por la creciente comisión del delito, sin embargo, resulta curioso y por demás extraño, mantener en su grado mínimo tres días de prisión, correspondiente a la más infima sanción privativa de libertad, conforme al artículo 25 del Código Penal, equiparable, verbigracia: a la del ilícito de amenazas; y en su grado máximo, entre otros, al quebrantamiento de sellos y falsificación de un sello particular, un boleto o ficha de un espectáculo público, éste último previsto en el artículo 242 --fracción I, con sanción de tres meses a tres años de pri-

⁸⁸ Tesis 694, citada en el informe de 1980, de la primera sala, número 33, pág. 20.

ción (incluso véase su grado mínimo es mayor con relación al del disparo), lo cual conlleva en éstos hechos delictivos el goce de una misma cantidad de política criminal, sin distinciones de punición entre actos de naturaleza ejecutiva, de gran trascendencia jurídica para la vida humana (disparo) y actos preparatorios (falsificación de un sello particular, un boleto o ficha de espectáculo público), en atención a la gravedad del hecho como medida de las penas.

Es decir, la ley sanciona igualmente en su grado máximo, al que dispare un arma de fuego a una persona o grupo de personas, como al falsificador de un boleto para entrar al cine o al teatro, y todavía con más sanción en ésta conducta en su grado mínimo (tres meses).

¿ Cuanta incongruencia e incoherencia muestra el disparo ?

Asimismo cabe preguntarnos ¿ por qué se cambió la preposición "sobre", por la de "a"?, ¿ será que se quiso precisar hacia a donde debería ir dirigido el proyectil, para crear el peligro?, pues aquella implica "encima" de la persona.

Por cuanto hace a la inclusión de la frase "un grupo de personas", bien puede el proyectil pasar a un lado de una de ellas, por la indeterminación del ofendido, luego entonces, no va dirigido a una persona certera, ¿ cuál del grupo podrá denunciar por haberse puesto en -

peligro su vida?, consecuentemente, la propia ley sanciona con la misma pena el disparar a una persona y por disparar a un lado de un integrante del grupo, aun cuando - implica mayor peligrosidad la exactitud del disparo hacia una persona.

Ahora bien, al separarse en fracciones el disparo y el ataque peligroso, en virtud de tener la misma sanción éstos, se evidencia en ambos la misma cantidad de - política, de ahí que, la posibilidad de producir la muerte expresada en la fracción II, no es ajena a la I, robustecida con sus antecedentes legislativos, en donde estaban unidas, y no es con todo respeto como dice la Corte, y aun aceptando el criterio de ésta, ¿ por qué ambas figuras tienen la misma sanción, si en la fracción II solamente (según la Corte) se requiere la probabilidad de ocasionar la muerte?

Con sobrada razón José Almaraz expresa: "El artículo 306 carece de justificación y es imposible corregir lo - absurdo y lo antijurídico que lo caracteriza." 89

89 "Algunos errores y absurdos de la legislación penal de 1931", México 1941, pág.115.

**C) Naturaleza jurídica que se desprende
de su interpretación.**

De lo hasta aquí expuesto, resulta prudente discutir y calar en lo más profundo de su ser de la especie delictiva examinada, para asir su verdadera naturaleza jurídica, tarea que a continuación haremos.

1. Argumentos extraños y débiles de su creación.

Llevando a cabo un análisis histórico y depuradamente jurídico, acerca de la creación del delito de disparo de arma de fuego -desde la invención de dicho instrumento denota su eficacia letal y su deplorable uso moderado, por ser predilecto de consuno, para dirimir controversias sutiles o marcadamente graves en los diferentes estratos sociales-, tomando en cuenta nuestra idiosincracia y dentro de aquél marco político, social, económico y cultural prevaeciente del siglo pasado, supuestamente tuvo como mérito el de llenar una laguna del Código Penal de 1871, sobre los casos en que con la conducta descrita en el evento, revelaban un peligro para la vida humana, planteándose su impunidad por no estar tipificado y por representar dificultad la prueba del animus necandi para ser considerado como delito frustrado, a pesar de los términos del artículo 540 en donde se preveía el homicidio definido como "el que priva de la vida a otro, sea cual fuere el medio de que se valga", en re-

lación al 18 que recogía los diversos grados del delito intencional, del mismo cuerpo legal, se creyó y pensó -- dar vida a una figura con merecida represión, tendiente a encuadrar perfectamente tal conducta, así en los trabajos de revisión, bases del proyecto de reformas del Código Penal de 1912, se le dió cabida por primera vez en el artículo 548 bis., sin tener consagración legislativa, -- con blasón justiciero y acertada política criminal, habida cuenta, de haber sido incluido en la parte correspondiente al homicidio por razones obvias, estableciéndose una presunción juris tantum para ser penado como homicidio frustrado, pero con defectuosa técnica jurídica, al señalar si había concurrencia de alguna lesión, se observaban las reglas de la acumulación, sin tomar en cuenta que aquél tipo contenía el desvalor de éste, y consecuentemente su incompatibilidad, con notorio desdén de las reglas del concurso aparente de tipos, pero sin perder de vista como se afirmó en la exposición de motivos la presunción del agente de privar de la vida, por concebirse como un verdadero delito frustrado, pues se habló claramente de la posibilidad de producir la muerte, poniendo de relieve el exacto conocimiento de la realidad entrañado en dicho actuar y de la psicología del delincuente -- los actos externos son reflejo de la determinación -- psíquica que revelan el estado peligroso de un individuo, manifestación y síntoma para valorarlo, dato que importe a la defensa social, su inejecución por causas ajenas a su voluntad, es del todo punto indiferente--, por lo cual no se llega a comprender el por qué de su creación, si se podía encuadrar en el homicidio frustrado.

Empero, al expedirse el Código Penal de 1929, se adoptó la figura expresada en el artículo 971 y también quedó insertada junto al delito de homicidio, regulada igualmente con el ataque peligroso, suprimiéndose la presunción *juris tantum*, mermando con ello su cantidad política, la cual materialmente venía a disminuir su penalidad, continuando su rumbo incierto, pues a pesar de reconocerse la posibilidad de causación de la muerte, su sanción era benévola (de uno a tres años de segregación).

El hecho de haberse estatuido el disparo en una disposición legal, demostraba que no podíamos identificarlo con la tentativa de homicidio, no obstante requerirse la posibilidad de producir la muerte, y más aún al manifestar expresamente la salvedad de configurar ésta última especie delictiva, según las circunstancias del caso.

A pesar de su intrincada y flagrante contradicción legislativa, se le reconoce autonomía, derivada de su interpretación de la frase "por ese solo hecho", haciendo dudosa tal categoría todavía en mayor grado, pues en tales condiciones podía acumularse con la tentativa de homicidio, lo cual es contradictorio con su razón de ser, conclusión del todo ilógica y vacilante del legislador, pretender sancionar dos veces el mismo peligro corrido para la vida, así como por el peligro para el bien de más valía y de la integridad corporal y por haber dañado los mismos, en otras palabras, te sanciono por poner en peligro la vida y haberla puesto, en caso de concurrir -

el disparo y tentativa de homicidio, así como por haber puesto en peligro la vida o la integridad corporal y por llegar a actualizarse tal peligro en una muerte o lesión.

Ahora bien, el Código Penal de 1931 no reaccionó ante tal espejismo, toda vez que, lo estableció en su artículo 306, separado como primer hipótesis del ataque peligroso, sin sacarlo del capítulo del homicidio y disminuyendo todavía más su penalidad (hasta dos años de prisión), haciendo alarde de su burda creación legal y falaz política criminal, pues basta ver la penalidad del delito de portación de arma de fuego, anterior a su reforma por decreto publicado el 8 de Febrero de 1985 en el Diario Oficial de la Federación, para darnos cuenta, en el iter criminis del disparo, la portación de arma de fuego (independientemente de encontrarse erigido como delito autónomo y especial), tenía la misma sanción que su fase externa ejecutiva, lo cual sin lugar a dudas implica mayor peligrosidad del agente y merece una superior punición.

Como contrapeso al torrente de críticas científicas, la disposición legal aversiva con nuestro sistema penal, se reformó en el año de 1967, para borrar la este la indeleble de errores y terminar de una buena vez, con sus variadas interpretaciones y dudas, según se desprende de la iniciativa del ejecutivo para tal reforma, al adicionarse a su texto un párrafo en los términos siguientes: "Las sanciones previstas en la fracción I de este ar

título se aplicarán independientemente de las que corresponden por la comisión de cualquier otro delito", señalando como fundamento de ello la iniciativa, que "las sanciones que establece el disparo, se apliquen en forma independiente a las correspondientes por la comisión de otro delito, pues evidentemente la intención del legislador al tipificar el disparo de arma de fuego, fue tutelar el bien jurídico consistente en el disfrute de la paz, la tranquilidad y seguridad a que todo individuo tiene derecho".

Los argumentos de la iniciativa son tan débiles y extraños como la figura jurídica supradicha, pues al hablar de tutelar el disfrute de la paz, la tranquilidad y seguridad, no es más que recordar el carácter finalista de la Ciencia Penal, con soslayo de la ordenación de los tipos sistemáticamente, destinados a proteger o tutelar específicamente algún bien jurídico, de lo contrario, si aceptamos la existencia del supuesto bien jurídico citado en la iniciativa, tendremos éste mismo, tutelado en el de portación de arma de fuego, con carácter preventivo, y de ser así el disparo carecería de razón de ser, en virtud de ser más eficaz reprimir su portación y no esperar a su uso, además de contener sanción similar a ambos, evitándose punir dos veces la lesión del mismo bien jurídico (disfrute de la paz, la tranquilidad y seguridad de las personas).

2. Olvida al delincuente y lo sustituye por un ente conceptual.

De los dos elementos tradicionales -delito y sanción- de nuestra disciplina, se cristaliza una trilogía de los protagonistas en el drama penal: delincuente o sujeto activo, sujeto pasivo y el Estado.

El primero de ellos merece especial atención por ser causa generadora de los otros dos, considerando su esfera social y constitución humana, basada en las características biológicas y psicológicas.

"La voluntad que matiza el comportamiento humano - como propio del agente actuante, radica en el libre albedrío, en oposición conceptual a la necesidad".⁹⁰

En efecto, en todo actuar del ser humano, presupone una voluntad que conlleva una intención específica, y por tanto, al ser plasmada una acción en el derecho penal valorada como lesiva de algún bien jurídico, también necesariamente revela una intención con consecuencias -- certeras y más aún por el medio empleado, en los delitos dolosos o inciertas pero previsibles en los de culpa.

Hay ilícitos con elementos típicos subjetivos, co-

⁹⁰ Sergio Vela Treviño, "Culpabilidad e Inculpabilidad", editorial Trillas, segunda reimpresión de la primera edición, México 1983, pág. 7.

mo por ejemplo, el homicidio intencional, por ser consuetudinal a su naturaleza, como también en el disparo de arma de fuego, pues al efectuarse ésta conducta, presun- ne una voluntad dirigida conscientemente a la realiza- ción de un hecho típico, cual es generalmente el de privar de la vida, por la objetividad del peligro encerrado y lo deletéreo del medio utilizado, de no ser así se le- negaría a la persona o agente productar del disparo tener voluntad; en esas condiciones, es imposible concebir que con dicho actuar no se persiga alguna intención espe- cífica, sin embargo, y precisamente ésta situación, se encuentra tipificada, dada la redacción del último párra- fo, la cual viene a remplazar al delincuente en cuanto ser vivo y efectivo generador de situaciones de evidente trascendencia jurídica, por un ente meramente conceptual olvidando de aquél ser humano, su provisión de voluntad, quien al actuar hace uso de ella.

3. Aparente autonomía.

Se afirma en la doctrina la autonomía del disparo, por no subordinarse o precisarse de algún otro tipo para su existencia jurídica.

De igual forma la jurisprudencia la sostiene, basa- da sobre todo en los términos de la iniciativa del ejecu- tivo en su reforma.

A pesar de tal afirmación, en puridad jurídica al-

ilícito cuestionado, se le ha pretendido dotar de autonomía, pero no ha podido alcanzar tal rango, tomando en -- cuenta los tipos básicos o fundamentales, los cuales -- "constituyen la médula del sistema de la parte especial de los Códigos".⁹¹

Aunque se deriven de aquellos, tipos especiales -- con caracteres idénticos con añadidura de alguna peculiaridad, cuya existencia excluye la aplicación del básico, tenemos al homicidio como tipo fundamental, porque tiene plena independencia.

Pues bien, si en el delito de disparo se requiere la puesta en peligro de la vida humana como ha quedado -- demostrado, también en la tentativa de homicidio, sin -- ningún rasgo distintivo del tipo básico -homicidio-, -- pues no se precisa algún medio específico, sino idóneo -- como lo es el arma de fuego, para que en todo caso se -- considerase tipo especial, de lo contrario, tendría preferente aplicación con exclusión del básico, implicando una contradicción: penar en el iter criminis la puesta -- en peligro y el resultado consecuencia de aquél, es decir, se sancionaría dos veces el mismo acto, de ahí concluimos en la conducta tipificada en aparente evento autónomo, la falta de plena independencia, pues se identifica con el básico en relación con la tentativa del mismo, el cual se puede presentar en múltiples formas, tales como, disparando a una persona o grupo de personas, --

⁹¹ Luis Jiménez de Asúa, "La ley y el delito", edit. Sudamericana, decimosegunda edición, Buenos Aires 1981, -- pág. 259.

lanzando al vacío a una persona de una altura considerable, golpeando en órganos sensibles y vitales, inyectando alguna sustancia letal, etc, etc., o sea, el disparo es una de las variadas formas como se puede privar de la vida humana, y por el sólo hecho del medio empleado no puede alcanzar autonomía plena. En este orden de ideas, no existen bases científico jurídicas para justificarlo, ello nos lleva a pensar en una poderosa razón de política criminal para imponer su autonomía con rechazo de nuestro sistema legal, a efecto de no sancionar dicha conducta como tentativa de homicidio, pero si tomamos en cuenta la primacía de la cual goza la sociedad en comparación con una parte de ella delincuencial, dicha política es desacertada, pues ésta parte se debería punir con mayor severidad en aras de la colectividad, sin que se desvirtue el artículo 10 Constitucional y hacerlo ilusorio, pues del noventa y cinco por ciento que dispara un arma de fuego, carece de permiso o licencia para portarla, revelando mayor peligrosidad, al desvirtuarse de los fines consagrados del precepto constitucional invocado.

Para patentizar todavía más su falta de autonomía, basta ponerlo a prueba por vía concursal, con los delitos de homicidio y lesiones, con cuál afirma la jurisprudencia y su texto la incompatibilidad, lo cual es falso, en virtud de no ser posible sancionar el peligro para la vida y por suprimirla dentro del proceso progresivo, entendiéndose el disparo como medio para conseguir el ilícito fin -homicidio-, con el brazo del desvalor del supuesto

to evento autónomo, atentos al principio de consunción, rector en el concurso aparente de tipos, pues todo hecho delictivo de peligro se consume en su lesión, aplicable también a la figura de lesiones.

Pero si lo tratamos como delito especial, tendría preferente aplicación, excluyendo al homicidio y al de lesiones, lo cual sería ilógico, por ello se le incluyó el párrafo "Las sanciones ...se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito", creándose una excepción al principio de especialidad, es decir, como ilícito especial, tiene preferente aplicación, mas sin embargo, puede concurrir con los que excluye, pero desde el punto de vista estrictamente jurídico, no le permite vivir y perdurar en vía concursal con el homicidio y lesiones.

Como fundamento de lo anterior, citaremos la ejecutoria siguiente:

"Es criterio de esta primera sala de la Corte, que el delito de disparo de arma de fuego, que tipifica la fracción I del artículo 306 del Código Penal del Distrito Federal, tiene las siguientes características: el elemento moral de este delito es el mismo exigido en el homicidio y lesiones, su resultado es el peligro corrido, esto es, el mismo que se aprecia en la tentativa; su estructura típica, la de un delito de peligro concreto contra la vida e integridad corporal y el bien jurídico pro

tegido en el tipo, la existencia o integridad de la vida física; por ello es que el delito de disparo de arma de fuego, queda absorbido por el de homicidio o lesiones, - en el caso de que se cause la muerte de la persona contra la que se dispara o se causa algún daño a su integridad personal, ya que ambos delitos son incompatibles entre sí; pues penar el disparo y la lesión, equivaldría a punir la puesta en peligro del bien jurídico y el daño ocasionado".⁹²

Asimismo, connotados autores sostienen la falta de autonomía o substantividad propia, verbigracia:

Luis Jiménez de Asúa y José Antón Oñeca, consideran excepcional su concordancia en algunas legislaciones extranjeras, siendo una desdichada creación legal, a la cual se le ha pretendido dotar de contenido, tanto la jurisprudencia como algunos juristas, pero jamás ofrece por sí carácter sustantivo para formar de él, como lo ha hecho nuestro Código, un delito especial.⁹³

José Almaraz está convencido de que, es del todo inútil, por encontrarse comprendido en la fracción II del artículo 306, como la especie en el género, pues al disparar a una persona, es atacada de tal manera, que en razón del medio empleado, puede producirle como resultado la muerte, sin objeción alguna, así como antijurídico en su totalidad, no sólo cuando se trata de lesiones graves

⁹² Publicada en el Boletín judicial IX, número 85, Enero 1955, pág. XII.

⁹³ Cfr. Derecho Penal. Conforme al Código de 1928, - opus cit., pág. 168.

o de homicidio; y es que cuando se quiere defender lo absurdo, en vez de confesarlo, se racionaliza y no se razona, entonces se buscan explicaciones al absurdo y como - carece de justificación racional, se incurre en errores - y se dispara la vida, por tanto, el disparo irreal, -- por no tener elementos propios para darle vida, en conclusión, debe desaparecer por absurdo y encontrarse en - abierta pugna con los modernos principios del derecho penal.⁹⁴

Jiménez Huerta, opina tratarse de un delito puramente artificial, cuyo contenido fluctuante en la ley, - es de tan notoria imprecisión técnica, hasta el grado - de no ser pacíficamente entendido ni por los escritores - ni por la jurisprudencia.⁹⁵

4. Descripción defectuosa.

Atendiendo a lo dispuesto por el párrafo tercero - del artículo 14 de la Constitución General de la República ("En los juicios del orden criminal queda prohibido - imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata"), llegamos a la - indubitable consecuencia, de considerar totalmente inaplicable el disparo, bastando dar lectura al último pá-

⁹⁴ Cfr. "Algunos errores y absurdos de la legislación penal 1931", opus cit, págs. 105, 107, 108 y 115.

⁹⁵ Cfr. Opus cit., Derecho Penal Mexicano, pág. 231.

rrafo del artículo 306 del Código Penal vigente ("Las --
sanciones previstas en la fracción I de este artículo.."),
pues como se ve claramente, en dicha fracción I no se e-
contempla alguna sanción.

Ello viene a demostrar de sobra la maraña jurídica
existente, cual al ser depurada, así como sus argumentos
injustificados e inconsistentes, exhibe una desnuda y --
desnutrida forma accesoria de conducta, con pena propia-
erigida en supuesto delito autónomo.

5. Intima relación con el animus necandi.

De acuerdo con los antecedentes legislativos del -
artículo 306, sus descripciones técnicas son conceptual--
mente idénticas, a las establecidas en los trabajos de -
revisión de 1912 en su artículo 548 bis. y del Código de
1929 en su artículo 971, sin más cambio de separar en su
redacción al disparo y al ataque peligroso, con inmuta--
ble inclusión en el capítulo del homicidio, ya que la --
frase "pueda producir como resultado la muerte", conteni-
da en su fracción II, no es ajena a la I del disparo, --
pues dicha división no varió su "ratio" y más aún al des-
unirse íntegramente; obviamente la fracción II conservó-
la frase mencionada en su lugar original y sería redun--
dante hacer referencia de nueva cuenta de ella en la I,-
pues es del todo magistralmente diáfano en el disparo di-
rigido a una persona o grupo de personas, la posibilidad
de producir la muerte, por ser un instrumento más que --
idóneo, perfecto.

CAPITULO TERCERO**Bases y Principios Jurídicos
que destruyen
su defectuosa creación.**

- I) Diferencia entre actos preparatorios no ejecutivos, -
ejecutivos y consumados en los delitos de disparo de -
arma de fuego y tentativa de homicidio.
- II) Iter criminis de los delitos de disparo de arma de -
fuego y tentativa de homicidio.
- III) Tentativa acabada e inacabada del delito de homici-
dio.
- IV) El arrepentimiento(desistimiento).
- V) Voluntad de la Ley.
- VI) Concurso aparente de tipos.
 - A) Principio de la especialidad.
 - B) Principio de la Consumción.
- VII) Artículo 14 Constitucional.
- VIII) Artículo 59 del Código Penal Vigente.
- IX) Aspectos criminológicos(circunstancias predelicti- -
ves).
- X) Política criminal.

C A P I T U L O T E R C E R O

BASES Y PRINCIPIOS JURIDICOS QUE
DESTRUYEN
SU DEFECTUOSA CREACION.

I

Diferencia entre actos preparatorios no ejecutivos, ejecutivos y consumados, en los delitos de disparo de arma de fuego y tentativa de homicidio.

El Estado de Derecho, en el cual vivimos los mexicanos, demuestra que el poder gubernamental se encuentra frenado y balanceado con los derechos de los gobernados, trasluciéndose dicha situación por sus legislaciones, en especial la penal, con su sistema político de imposición de penas, presidido por la garantía "nullum crimen sine lege" y el principio "no hay delito sin tipicidad".

Al encontrarse asentado sobre la antijuricidad objetiva tal ordenamiento, no sólo protege bienes jurídicos a través de sus figuras típicas cuando ha resultado un cambio en el mundo exterior, sino también defiende a la sociedad, de aquellas conductas idóneas e inequívocas, representantes de un peligro objetivo para los bienes indicados, mediante el dispositivo establecido en su artículo 12 conocido como tentativa, en donde en su párra-

fo segundo de manera indirecta e interpretado correctamente, coincide con la división alemana: en tentativa acabada e inacabada,⁹⁶ pues su texto dispone: "Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito", habida cuenta, de contar éste con un desarrollo dinámico, desde el surgimiento de la idea en la mente del hombre, hasta la deliberación, resolución, manifestación, preparación y ejecución; a este proceso los prácticos le llamaron *Iter Criminis*.⁹⁷

Precisamente el mencionado instituto, nos sirve para investigar las fases recorridas por el agente con su conducta en la comisión de un hecho delictuoso y determinar con el criterio de idoneidad en concreto espacio-temporal,⁹⁸ qué acto es ejecutivo, requerido en el referido dispositivo, y por ende, merecedor de las sanciones establecidas para el delito que se pretenda cometer, con apego a las reglas señaladas en los artículos 12 segundo pá

96 Cfr. Claus Roxin, "Problemas Básicos del Derecho Penal", edit. Reus S.A., Madrid 1976, página 248.

97 Cfr. Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal", opus cit., tomo VII, página 223.

98 Cfr. Jiménez Huerta, opus cit., tomo I, pág. 377.

Nos adherimos a dicho criterio, por considerarlo el más certero y acorde con nuestra legislación, sin escatimar la teoría de la univocidad de Francesco Carrara y la de Beling del núcleo y zona periférica del tipo, con sus complementos de la acción, de gran valor y visión jurídica.

rrafo, 51, 52 y 63 del cuerpo legal invocado, o bien, -- preparatorio con indudable impunidad, por carecer de -- principio de ejecución, aceptado tradicionalmente en -- nuestra ciencia --a excepción de ciertos casos castigados-- como específicos ilícitos--, evidenciado por los artícu-- los 7o. al definir al delito como "el acto u omisión sancionados por las leyes penales", 12 con la fórmula si-- guiente: "Existe tentativa punible cuando la resolución -- de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conduc-- ta que debería producirlo u omitiendo la que debería evi-- tarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la vo-- luntad del agente", vertida en su primer párrafo, 51 pá-- rrafo inicial, rezando: "Dentro de los límites fijados -- por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sancio-- nes establecidas para cada delito, teniendo en cuenta -- las circunstancias de ejecución y las peculiares de los delinquentes" y 52 primer numeral, expresando: "En la a-- plicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta: -- la naturaleza de la acción u omisión y de los medios em-- pleados para ejecutarla, y la extensión del daño causado y del peligro corrido".

Con lo manifestado hasta aquí, nos encontramos en-- aptitud de analizar las diferencias existentes entre los actos preparatorios no ejecutivos, ejecutivos y consuma-- dos, con relación al disparo de arma de fuego y tentati-- va de homicidio, cuando éste se realiza con aquél como -- medio ejecutor.

Por cuanto al primer evento, se pueden presentar los actos preparatorios siguientes:

a) El sujeto activo ya sea en su estado normal, alcohólico o bajo el influjo de algún fármaco de manera dolosa, le viene a la mente la idea de cometer el delito, por motivos de enemistad acérrima, sutiles o circunstanciales.

b) Decisión confirmada de cometerlo.

c) Resuelve realizarlo y exterioriza su conducta, manifestándola en:

1. Allegándose del arma, ya sea comprándola, pidiéndola prestada, robándola, encontrándosela casualmente, arrebatándosela a su víctima, trayéndola fajada al cinto, en el automóvil, etc.

2. Puede tener presente a su víctima o emprender su búsqueda, portando el arma en forma oculta o visible, por ejemplo: empuñándola.

3. Colocarse en un sitio adecuado para cometerlo con facilidad o frente a la víctima a distancia idónea.

4. Estando con el sujeto pasivo o encontrándolo, decide callar, espetar denuestos en la persona, preludiándole expresa o implícitamente e incluso con ademanes el mal que pretende acontecer, o comunicar a un tercero su intención.

5. Apuntar hacia la víctima sin disparar o disparar en otra dirección.

Todos éstos actos si bien revelan cierta negligencia

dad, no agotan los elementos del tipo descrito en la fracción I del artículo 306 del Código Penal, a pesar de ser idóneos para conseguir su consumación, por carecer de principio de ejecución, el cual conlleva no haber puesto en peligro real y concreto, a la vida, necesario como figura de peligro, es decir, se ha recorrido la fase interna y pasado a la externa, realizando actos idóneos pero inefectivos encaminados a la comisión de un delito, sin revelar la intención de perpetrarlo, por ende, serán ejecutivos y consumados los subsecuentes, tales como: apuntar y disparar el arma, servible y cargada hacia la víctima, pues a parte de ser idóneos, revelan la intención del agente, consistente como lo hemos venido sosteniendo y demostrando, en privar de la vida, colocándola frente a un peligro inminente, real y concreto, con la plena ejecución requerida en el tipo, siendo al mismo tiempo consumativos, por actualizarse sus elementos integradores, o sea, al objetivarse el peligro.

Con relación al segundo de los delitos, serán actos preparatorios: los mismos señalados en el disparo de arma de fuego.

Los ejecutivos: lo son también los mismos descritos en el del disparo, por revestir total idoneidad para lograr su consumación, con reflejo en éste actuar, de la intención del sujeto activo -privar de la vida-, generalmente regida por el dolo directo, pero sin llegar a su consumación (muerte) por causas ajenas a su voluntad -no

debemos dejar de aludir al factor destino o suerte, para descartarle de nuestra materia, por ausencia absoluta de valor científico, tendiente a mermar la penalidad de tan grave atentado para la vida, amén de tener la punibili--dad como base hechos objetivos queridos, asentados y determinados por el agente, sin condicionamientos al azar, por la mala puntería, quitarse del blanco la víctima, o bien, por alguna otra circunstancia.

En consecuencia, en dichas figuras que en realidad es una misma como se ha visto (tentativa de homicidio), no se hallan actos consumativos por su propia naturaleza, pero sí ejecutivos, reveladores de la intención frustrada de la lesión jurídica que resolvió ejecutar la voluntad del delincuente, por causas ajenas a ésta.

Tanto en el sujeto pasivo como activo, existe subjetiva y objetivamente, la representación de posibilidad en alto grado del resultado letal. A los opositores de - ésta afirmación, los invitamos a realizar una prueba elocuente denominada "práctica", en calidad de sujetos pasivos, en la cual con agitada y vehemente expresión nos dirán su parecer, tal vez sea la más convincente para no desdeñar trascendentales actos para la vida humana y darles su verdadero valor jurídico, el cual ha estado arrojado en el disparo con injustificada política criminal, y por medida falsa.

Lo expuesto nos evidencia el desacertado desprendi

amiento de la gama de formas comisivas en el homicidio, - con rango autónomo, trayendo consigo una serie de defectos en su creación independizada, tildada de artificiosa.

II

**Iter Criminis de los delitos de
Disparo de Arma de Fuego y Ten-
tativa de Homicidio.**

Estas figuras delictivas como hemos visto en el apartado anterior, se identifican en cuanto a las fases recorridas por el agente en la comisión de ellas, es decir, en su fase interna: la ideación, deliberación y resolución, y en la externa: la manifestación, actos preparatorios y ejecutivos, pero sin llegar a la consumación -- (privar de la vida), por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, evidenciadas tales fases por las hipótesis presentables y detalladas en el apartado mencionado, quedamos por reproducidas por innecesaria repetición.

Ello nos permite poner de manifiesto, que el iter-criminis es el mismo en el disparo y en la tentativa de homicidio, con predominio de ésta por estar conectada -- a un tipo autónomo o independiente y representar sus actos calidad de indisolubles o inescindibles, para formar sendos tipos autónomos, encontrando sólo una diferencia: su denominación, con excepción hecha de los defectos arrojados en la creación del disparo, de los cuales se -- destaca un medio de ejecución erigido en delito autónomo, por ser una de las formas como se puede perpetrar el homicidio, sin ser motivo justificante el hecho de recu- -

rrir a su elección frecuentemente en determinada época, con penas benévolas, sino por el contrario con sanción - suficientemente represiva para evitarlo y se llegaría a hacerlo a través de la tentativa de homicidio, pues precisamente para estas formas de comisión se creó dicho -- dispositivo, a efecto de abarcar o captar graves atentados con potencial lesivo para la vida humana, y no incidir en una engorrosa y deficiente técnica jurídica.

III

Tentativa acabada e inacabada
del delito de homicidio.

En la escala ideal de los valores jurídicos, la vida humana ocupa el primer lugar entre ellos, resultando los demás inexistentes al faltar aquél, teniendo con ello motivaciones enérgicas de punibilidad cuando se priva o se atenta contra el más preciado bien jurídico, por tanto, las legislaciones han procurado de una forma técnica jurídica captar en fórmulas escuetas pero precisas y efectivas, los variados modos de cometer o intentar consumar -- tan aversivo evento.

Nuestra ley penal define en su artículo 302 al homicidio como: "al que priva de la vida a otro", sin hacer alusión a sus medios comisivos, pues sería imposible, embarazoso y deficientemente técnico, señalar hipótesis casuísticas, que en nada beneficiarían al criterio jurídico, corriéndose el riesgo de dejar algunas de ellas fuera de previsión, acarreando impunidades por pretender cercar a todas.

Para ilustrarnos, Jiménez Huerta en este punto expresa: "El tipo de homicidio plasmado legislativamente en el artículo 302 no hace mención a medios, modos o formas de producir la privación de la vida humana. En su pensa--

amiento quedan comprendidos abstracta y latentemente todas las conductas que, cualquiera que fuera el modo en que contradiga la norma, implican privación de una vida. Hay medios y modos de perpetrar el homicidio que representan las formas típicas y regulares de su comisión. Así acontece con el disparo de arma de fuego, el veneno, el puñal y demás armas blancas, los golpes con martillo, -- piedra, palo y demás instrumentos contundentes o con los puños y pies. A estas formas materiales de comisión del homicidio hacen referencia los textos antiguos. El deuteronómico alude al *nacna*. El *Decretorum libri XX* de Burchard, a la vara, hierro y otros instrumentos de azotar; y el *Decretum Gratiani* a la piedra".⁹⁹

Cuando se perturba la paz y tranquilidad social, -- por acciones ejecutivas inconsumativas, reveladoras de -- peligrosidad para el bien jurídico de mayor valía, la legislación reacciona con un dispositivo para punir dichas acciones, de naturaleza accesoria, sin integrar por sí -- sola una figura típica, por carecer de los caracteres autónomos consustanciales a los tipos delictivos, pero teniendo el mismo fundamento de razón de ser del propio ilícito: antijuricidad objetivada en un peligro, obviamente nos referimos a la tentativa, la cual en el artículo 12 se define: "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la --

⁹⁹ *Opus cit.*, tomo II, págs. 28 a la 32.

conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

Con las premisas anteriores -tentativa conectada - al homicidio-, avocuémonos a su estudio, con relación al disparo de arma de fuego, como una de las formas y medio ejecutor, configurador de una verdadera y auténtica tentativa de homicidio.

En principio, recordemos lo relativo a lo que representa un arma de fuego. En efecto, dicho instrumento denota objetiva y subjetivamente para todo ser humano, un peligro efectivo con potencial mortífero, tanto como las sustancias venenosas, y más aún cuando se dispara hacia una persona.

La actual jurisprudencia de la Suprema Corte de -- Justicia de la Nación, da prioridad al elemento intención sobre los actos externos, que de por sí reflejan a aquél, considerando no tener acreditada la tentativa de homicidio por faltar dicho elemento, como si todos los delincuentes a sabiendas de resultar perjudicados se declarasen confesos, lo cual vendría a demostrar con todo-respeto, carencia de capacidad científica para descubrir por otra vía -actos externos-, la intención encerrada en la mente del sujeto activo, en el estado de progreso alcanzado.

Como ejemplo, basta citar la ejecutoria establecida por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación siguiente: "Tratándose de los grados inferiores del delito, en el caso del homicidio frustrado, el cuerpo del delito debe llevar aparejada la comprobación de la intención homicida, para lo cual no basta la materialización exterior, consistente en haber disparado un arma de fuego, - la cual corresponde a diversas situaciones subjetivas, - tales como amedrentar, pretender lesionar, etc; y, por - tanto, si los únicos elementos que pueden revelar la intención del agente, son las declaraciones de los testi-- gos, que dijeron haber oído decir al acusado: ahí viene-- fulano y el tal de mengano y ahora me la van a pagar, -- tal expresión no debe confundirse ni equivale a una ame-- naza de muerte, porque puede ocultar el designio de cau-- sar otro mal diferente al de privar de la vida a aque-- llas personas; y, por tanto, si el acusado dispara con-- tra aquéllas, sin causarles daño, es violatorio de garan-- tías el auto de formal prisión que tuvo por comprobado - el cuerpo del delito de homicidio frustrado".¹⁰⁰

Consideramos con veneración, apócrifo tal pensa-- miento de la Corte, y por ende, carente de solidez jurí-- dica, pues las situaciones subjetivas elusivas, como ame-- drentar nada tienen que ver con la esencia y peligrosi-- dad encerrada en dicho actuar, porque para amedrentar se puede disparar hacia otra parte y no hacia la víctima; -

¹⁰⁰ Publicadas en el Semanario Judicial de la Fede-- ración, tomo LXIII, quinta época, pág. 3013.

si se pretende lesionar, nos preguntamos ¿qué sanción se aplica ignorando el tipo de lesiones a causar?, y si se aplica alguna sería analógicamente, con violación flagrante del artículo 14 Constitucional; y asimismo la declaración de los testigos tampoco nos ofrece nada, pues palabras inocentes pueden traer la intención criminal, e incluso los ademanes.

Y en todo caso, como dice nuestro Máximo Tribunal, son diferentes situaciones subjetivas que se pueden presentar, pero ¿cómo descubrir cuál de ellas es jurídicamente la aplicable?.

Insistimos, si para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es necesario para dejar íntegramente comprobado el cuerpo del delito de la tentativa de homicidio, la declaración confesoria del acusado de su intención o la testimonial clarificada por la expresión: "Te voy a matar", es censurable, por escatimar los actos externos, reveladores en forma suficiente para descubrir y acreditar la intención homicida, pongamos para robustecer nuestro parecer, el ejemplo de Juan y Pedro, dedicados a limpiar ventanas de los edificios, éste por motivo grave o sutil, espera a que aquél bende de un edificio, a una altura suficiente, para en caso de caer se suprima su existencia, acto seguido, Pedro con un instrumento -- corta: uno de los extremos de la cuerda, con la cual Juan se sostiene, al estar cortando el otro extremo, interviene una tercer persona, impidiendo la caída mortal, argu-

mentando Pedro que su intención era amedrentar o lesionar a Juan, lo cual es falso, pues sus actos externos reflejan su intención homicida.

Celestino Porte Petit, menciona que los elementos del homicidio en grado de tentativa acabada son:

- a) Querer privar de la vida;
- b) Una total realización de los actos de ejecución.
- c) No consumación del homicidio por causas ajenas a la voluntad del agente.¹⁰¹

Desde nuestro punto de vista, consideramos los dos primeros elementos agotados de manera bastante clara, con los actos de apuntar y disparar hacia una persona, pues el primero de ellos se revela con la materialización exterior ejecutiva y el segundo con la salida del proyectil hacia la víctima. El dolo del homicidio consumado, es el mismo en la tentativa de homicidio, regido generalmente por el dolo directo.

Aunque fuese dolo eventual, previsto en la fracción I del artículo 30. y definido en el 90. párrafo primero del Código Penal vigente, se quiere o acepta la muerte de otro, como bien expresa Maggiore: "puede acontecer, por otra parte, que el agente, sin querer deliberadamente la muerte de la víctima, la prevenga como probable y se com-

¹⁰¹ Cfr. "Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal", edit. Jurídica Mexicana, 4a. ed., México 1975, p/g. 45.

plazca en esta idea, sordo a las voces del deber que trata de apartarlo del funesto propósito. En otros términos, no quiere expresamente el resultado mortal, pero tampoco deja de quererlo; en vez de rechazarlo, lo acepta, lo prueba, consiente en él".¹⁰²

El tercer elemento se acredita con no dar en el blanco, ya sea por la mala puntería del agente, un reflejo de la víctima o por alguna otra circunstancia independiente o ajena a la voluntad del autor.

Mariano Jiménez Huerta, a este respecto expresa: - "El acto de disparar contra una persona o grupo de personas, en su puridad, una tentativa de homicidio, no basta a cuenta de que dicho acto implicá ontológicamente un peligro para la vida, y está regido: además de las veces, -- por el dolo directo de destruir dicho bien jurídico y el resto, por el de producir en la persona contra la que se dispara cualquier lesión, determinada o indeterminada, -- por cuya causación, debida precisamente a su superlativa potencialidad mortífera del arma empleada y del limitado control que su uso ofrece, puede materialmente causar la muerte".¹⁰³

Con relación a la tentativa inacabada, Celestino -- Porte Petit Candaudap señala como elementos de ésta los--

¹⁰² Citado por Celestino Porte Petit, *Ibidem*, pág. 33.

¹⁰³ *Opus cit.*, tomo II, pág. 223.

siguientes:

- a) Querer privar de la vida;
- b) Un comienzo de ejecución; y
- c) No realización de la muerte por causas ajenas a la voluntad del agente. ¹⁰⁴

Los dos primeros elementos quedan acreditados con la materialización exterior, en la cual por accidente no sale el proyectil, a pesar de haberse apuntado y accionado el arma con dirección hacia la víctima, debido a un encasquillamiento o a alguna otra circunstancia ajena al agente, pues a pesar de haberse realizado un comienzo de ejecución, no se consuma por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, resultando evidente la comprobación del tercer elemento; ello es confirmado por la Suprema Corte en esta ejecutoria: "La ley requiere, para que exista la tentativa de un delito, la concurrencia de dos elementos constitutivos: a) un principio de ejecución de una acción delictiva, cierta, precisa, y b) una suspensión de dicha acción delictiva, por causa o accidente -- que no sea el propio y espontáneo desistimiento del agente activo del delito, pero no se acreditó el grado que se analiza, y de que se acusa al reo, si los actos exteriores de ejecución no fueron completos, precisos y determinados a su logro, y no pueden estimarse como tales, el haber sacado una pistola, o haber hecho ademán de sacarla". ¹⁰⁵ Habida cuenta de comprobarse el primer elemen-

¹⁰⁴ Cfr. Ibid, pág. 45.

¹⁰⁵ Publicada en el Seminario Judicial de la Federación, tomo XCII, págs. 1785 y 1786, 5a. Epoca.

to aludido por la Corte, con el hecho de apuntar hacia -
la víctima y accionar el arma, determinando en forma - -
cierta y precisa el daño a causar, y suspendido por acci-
dente involuntario del agente, ya que los actos anterior-
es son preparatorios carentes de principio de ejecución,
como así lo estima nuestro Máximo Tribunal.

IV

El Arrepentimiento.

Dos son las formas de inadecuación típica presentables en la tentativa, desprendibles de la definición dada en el artículo 12 del Código sustantivo, en su párrafo tercero: "Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos", es decir, nos referimos al desistimiento y al arrepentimiento eficaz, respectivamente, los cuales son clasificados sistemáticamente en el plano de las excusas absolutorias, teniendo como razón legal los imperativos de política criminal.

Generalmente suele incluirse al arrepentimiento eficaz en el desistimiento en sentido amplio, aquél como sabemos sólo puede figurar en la tentativa acabada y éste en la inacabada, sin embargo, hemos adoptado el título de arrepentimiento, considerando en ambos institutos la existencia de éste, independientemente del móvil para detener el proceso causal o para impedir su consumación, sin soslayo desde luego de sus diferencias desde el punto de vista legal y doctrinario.

Nuestro criterio sustentado, con la adherencia de las opiniones de destacados estudiosos en la materia, se ha pretendido desvirtuar por Pavón Vasconcelos y Vargas - López, utilizando los argumentos de Sebastian Soler, ejemplificando, cuando un sujeto tiene un revólver con cinco balas y sólo hace un disparo hacia la víctima, sin causarle lesión alguna, contando con medios para proseguir y no lo hace, nos olvidamos del desistimiento.¹⁰⁶

Evidentemente esta hipótesis, parte del supuesto -- de una tentativa inacabada de homicidio, la cual es del -- todo aventurada y extrema, pues tal desistimiento no -- es voluntario o espontáneo, ya que al interrumpir el proceso causal, lo puede hacer por temor a ser descubierto -- alejándose, viéndose forzado al abandono de su designio -- por existir algún testigo quien depondrá en su contra, -- por creer que sólo ese disparo mataría a su víctima deteniendo temporalmente su ejecución, e incluso suspenderla para reanudarla con óptimas perspectivas, como darle el -- tiro de gracia, sin significar desistir del fin, sino -- tal vez de los medios, como sacar un puñal para no llamar más la atención, y más aún mirándolo lo cree muerto, por tanto, no es dable desistir de lo ya ejecutado, o -- sea, desistir de repetir la conducta delictiva, y en consecuencia dicho actuar encierra una tentativa plena y jurídicamente perfecta, pues con el sólo disparo se ha -- puesto en peligro real y efectivo la vida humana, sin --

¹⁰⁶Cfr., Opus cit, pág. 33.

ser indispensable más disparos, no obstante, convencidos estamos de no tratarse en dicho ejemplo de una tentativa inacabada, sino de una acabada, habida cuenta de haberse realizado todos los actos ejecutivos suficientes tendientes a su consumación, sin llegar a ella por causas ajenas a la voluntad del agente, y en éste supuesto no podemos hablar de arrepentimiento eficaz, en virtud de que, una vez efectuados completamente los actos de ejecución (apuntar y disparar), es imposible materialmente por causas dependientes de la voluntad del sujeto activo, impedir la probable producción del resultado (privar de la vida), a menos de hallarnos ante un ser sobrenatural, -- desviando en el trayecto el proyectil, pero sí puede darse creemos, el caso de quien lesionando a la víctima la lleva a un hospital o con un médico para evitar la muerte, lo cual generalmente nunca sucede, beneficiándole el referido arrepentimiento eficaz, respondiendo por el delito remanente: lesiones, y en su caso la portación de arma de fuego.

Asimismo, en el caso de la tentativa inacabada de homicidio, cuando el agente apunta hacia la víctima y acciona el arma, sin salir el proyectil, por encasquillarse o por alguna otra circunstancia ajena a su voluntad, -- consideramos la procedencia del desistimiento, siempre y cuando el sujeto disponga de más cartuchos útiles y se retira, en atención precisamente de desistir en la ejecución incompleta, pues al no escucharse la detonación no es causa suficiente para que tenga temor de huir, puede-

pensar no haber causado un peligro y pasado por inadvertido, pero si suspende temporalmente y reanuda su propósito y en esta ocasión sale el proyectil hacia la víctima, ya no nos hallamos ante el desistimiento, por haber realizado el último acto que le faltaba para agotar los ejecutivos, encontrándonos frente a una tentativa acabada de homicidio.

V

Voluntad de la Ley

Antes de hacer mención a las ideas conformadoras - del presente apartado, creemos necesario, hacer notar la diferencia existente entre la voluntad de la ley y el espíritu legislativo, pues no podemos equiparar el sentido de los textos legales con la intención significativa del autor de la ley.¹⁰⁷

En efecto, al agotarse el proceso legislativo de una ley penal y explicarse en la exposición de motivos, - como medio para mejor conocimiento de ésta, en donde se revela el designio del legislador, se independiza con relación al texto legal, quienes bien pueden no coincidir, y desde luego, en última instancia adquiere relevancia jurídica la voluntad de la ley, atentos a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 14 Constitucional: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, - por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", misma voluntad es descubierta al través de la interpretación, la cual interviene al producirse el proceso de subsunción de un hecho real con una figura típica, aun cuando ésta sea suficien

107 Cfr. Jiménez de Asúa, opus cit, tomo II, pág. 412.

temente clara, y con más razón en las disposiciones obscuras, pues de no ser así, los jueces se convertirían en simples computadoras, para responder si es o no condenable un sujeto por su conducta probablemente delictiva; -- no obstante, en la interpretación se encuentra cierto -- subjetivismo, impuesto por los ministros, magistrados o jueces,

Desde antaño, las figuras típicas han sido ordenadas en forma sistemática, en atención al bien jurídico protegido, reflejado en los títulos o capítulos, ello -- sirve para orientar a la interpretación y descubrir la -- voluntad de la ley, respecto al alcance y sentido de cada especie delictiva, como lo es en el caso, el disparo de arma de fuego, reiterado acontecer notoriamente público en una etapa de la vida nacional con mutaciones substanciales en los terrenos político, social, cultural y económico, trayendo consigo por parte de los gobernantes, la necesidad de dar solución a este mal social, creyendo hacerlo al adoptar un molde extranjero, es decir, el artículo 423 del Código Penal Español, el cual fue adaptado conforme a nuestra legislación y circunstancias imperantes, por no haber duda alguna en el aspecto técnico -- jurídico, justiciero y humano, con una presunción duris-tantum de ser una tentativa de homicidio, en el proyecto de reformas de 1912, no obstante tener sus expositores, -- la plena convicción de tratarse de una tentativa de homicidio.

Con ello, desde un principio se situó indecisa su subtentividad, pues si era concebido como tentativa de homicidio con presunción iuris tantum, no tendría razón de ser, por quedar encuadrada dicha conducta en el homicidio frustrado, sin embargo, no se dio marcha atrás, pues se le dió consagración legislativa al expedirse el Código Penal de 1929, con supresión de la referida presunción y con su propia autonomía, para sellarle una razón de ser, sin importar los tropiezos y contradicciones manifiestas, y más aún por vía concursal.

El Código Penal vigente acogió esta postura, con el mismo factor común de sus antecedentes, cual es: "colocación del evento en el capítulo del homicidio, del título delitos contra la vida e integridad corporal", toda vez que, desde cualquier ángulo, la idea rectora del medio usado, es la de pertenecer a la categoría de aquellos utilizados con fin agresivo por quienes intentan ocasionar la muerte de una persona, implicando inmediatamente la idea de privación de una vida o de aceptar dicho resultado, sin duda alguna, confirmada en la fracción II del artículo 306 con la expresión: "pueda producir como resultado la muerte", pues éste requisito es propio e inherente a la fracción I del disparo, en atención a su original redacción en el proyecto de reformas, y a la misma cantidad de sanción en ambos delitos (disparo y ataque peligroso), lo cual también denota la misma cantidad y calidad de política criminal, sin cambio sustancial, pues sólo se separaron en fracciones.

Con estas reglas de interpretación, coincidimos en desentrañar que el bien jurídico tutelado en dicha disposición lo es la vida humana, como lo puso de relieve la vieja jurisprudencia, de donde se deduce su falta de razón de ser, por encontrarse ya protegido tal bien en la figura del homicidio; no obstante, la jurisprudencia posterior se esforzó en darle substantividad propia, arguyendo la inconfigurabilidad de una tentativa de homicidio, por carecer para su comprobación del acreditamiento del *animus necandi*, pues en sí los actos exteriores materiales no arrojaban indicios de él, y con el fin de no dejar impune dicha conducta, se había creado como delito especial, dándose con ello un hábito de impotencia científica para descubrir la intención del agente, la cual única y exclusivamente se podía poner al descubierto por la confesión del acusado, quien obviamente nunca la dice, ni la dirá.

Este último criterio jurisprudencial, con desdén de los actos exteriores de ejecución, es engañoso, pues llegaríamos a la conclusión extremosa, de no poder comprobar ningún delito, por faltar la confesión del ejecutor, quien utilizará argumentos tendientes a ocultar su intención, aun cuando los actos de ejecución revelen superlativamente ésta.

Posteriormente, la actual jurisprudencia pretendió robustecer la anterior, pensando vigorizarla con la reforma del 29 de Diciembre de 1907, en la que "para supe-

rer las dudas ofrecidas en su redacción", desconoce la tutela del bien jurídico vida y lo sustituye por el disfrute de la paz, la tranquilidad y seguridad de las personas, pero sin cambiarlo del capítulo del homicidio, en el cual a todas luces cerca protección a la vida humana.

Percibimos en esta sustitución sutil, carencia de base científica, pues sólo viene a resaltar el carácter finalista del Derecho Penal, valiéndose de él la referida reforma, para no llegar a la conclusión jurídicamente verdadera ensalzada en cuanto al bien jurídico protegido.

Asimismo la reforma se dispuso también a flagelarsus efectos, cuando desempeña su papel por vía concursal con los delitos de lesiones u homicidio, al exponer en su parte final categóricamente "Las sanciones previstas en la fracción I de este artículo se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito".

Como se observa, tal reforma se contradice con su finalidad "de superar las dudas que ofrece su redacción", resultando aún más dudosa, en virtud de no prever sanción alguna la fracción I del artículo 306 por una parte, y por la otra, si considera la coexistencia del disparo con el de lesiones u homicidio, es olvidar que en el inter criminis, souél acto anterior al principal es el medio adecuado para su consumación y al darse ésta se agota la intención criminal, implicando sancionar dos veces

el mismo hecho, es decir, en el caso del homicidio, por poner en peligro la vida y por haberla dañado irreparablemente, al igual con la tentativa de este ilícito, con soslayo de su creación, caracterizado como suplencia legal de tentativa incomprobada de homicidio, aun cuando con el tiempo se le ha pretendido renuir de dicho antecedente para darle vida autónoma.

Ahora bien, si relacionamos al delito de portación de arma de fuego ya reformado¹⁰⁸, previsto y sancionado en el artículo 81 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, con carácter preventivo para impedir la consumación de cualesquier hecho delictivo, con una penalidad igual a la del disparo, resulta del todo ilógico sancionar con igual severidad un peligro mediano y remoto, que un peligro inmediato, próximo, objetivo, real y concreto para la vida humana, lo cual equivale a penar con la misma intensidad los actos anteriores a los de ejecución, consecuencia infundada desde cualquier punto de vista, aun cuando buscemos su justificación en el ámbito de la política criminal, pues si bien es cierto, que en la época de convulsión nacional, fue patente la predilección del uso de armas de fuego, con escatimación de los actos exteriores para descubrir la intención criminal, sin pretender tipificar tal conducta con sanciones drásticas, probablemente para no desilusionar a los compatriotas quienes pusieron su vida a disposición de la revolución mexicana, pero de alguna manera era necesario

¹⁰⁸ Por decreto publicado en el Diario Oficial de Federación del día 8 de Febrero de 1985.

mermar dicho acontecimiento, es decir, reprimiéndolo penalmente aunque fuera benévolutamente, con base en una supuesta función utilitaria, también es cierto, que sus efectos no han sido eficaces, pues no ha disminuido su criminalidad, sino por el contrario, se ha elevado su índice aun cuando existe la ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y su reglamento, para frenar la portación del arma, basta leer los periódicos capitalinos o de las entidades federativas, en donde se denuncia la falta de control de adquisición de tal instrumento, ya que en el estado actual de progreso, no podemos argumentar la ignorancia del infractor al portar un arma de esta clase, de la necesidad de un permiso, resintiendo la sociedad dichas conductas típicas, a la cual se le debe dar prioridad, y por tanto, tener mayor sanción los actos de ejecución, reveladores de un acrecentado contenido de peligrosidad.

De ahí que, efectuada esta interpretación teleológica, tendremos al disparo en puridad jurídica, como una de las formas diversas de perpetrarse el homicidio, el cual al quedarse inconsumado, sus actos exteriores ejecutivos caen en el ámbito de la tentativa.

VI

CONCURSO APARENTE DE TIPOS

A) Principio de la especialidad.

Si tomamos en cuenta al delito de disparo de arma de fuego, independientemente de su concepción en estricto derecho, como ilícito especial, sin tener mayores elementos especializantes y diferenciadores con los de la conceptual estructuración del homicidio en grado de tentativa, que el estrecho campo que abarca por el medio empleado, conforme al principio de la especialidad establecido en el artículo 6o. del Código Penal vigente, tendremos a aquél con preferente y excluyente aplicación con relación a éste.

Ello viene a convertir un óbice para encuadrar en un momento dado la tentativa de homicidio, por tener preferente aplicación, y por otra parte le da cabida, atentos a lo dispuesto en su párrafo final "Las sanciones previstas en la fracción I de este artículo se aplicarán independientemente de las que corresponden por la comisión de cualquier otro delito", implicando sancionar dos veces el mismo hecho, situación prohibida por el artículo 23 -- Constitucional.

Dicho principio viene a demostrar dos aspectos: el-

disparo es un obstáculo legal para punir en puridad jurídica esta conducta como tentativa de homicidio, y dados los términos de su redacción categórica del artículo 306 en su párrafo final, permite sancionar pluralmente una misma conducta, al concurrir la tentativa de homicidio;

B) Principio de la consunción.

Este principio no está declarado en la ley, pero sí implícito en la voluntad de la misma, cuando al subsu mirse la conducta en un tipo absorbe facetas encuadrables en otra figura o en la tentativa.

El apoteagma non bis in idem, prohíbe sancionar dos veces el mismo hecho, pues de lo contrario se castigaría cada uno de los aspectos de una misma conducta antijurídica que pudiera ofrecer.

Partiendo de sí el disparo, es caracterizado como un delito de peligro, al ser mero instrumento para cometer el evento de lesiones u homicidio, queda consumido en la lesión de los bienes jurídicos tutelados por éstos, de no ser así, significa sancionar el peligro y el daño-causado, hipótesis no permitida por el artículo 23 Constitucional. Sin embargo, el párrafo final del artículo 306, se encuentra en abierta contradicción con dicho principio, al establecer: "Las sanciones previstas en la fracción I de este artículo se aplicarán independientemente de la comisión de cualquier otro delito", consin--

tiendo con ello sancionar al disparo y al consumado me--
diante aquél.

Tal principio nos muestra la inconsistencia del re-
ferido delito de negligencia, al producir en la persona con-
tra la que se disparó una lesión o la muerte, pues desa-
parece y no es como lo indica subtexto: "Las sanciones --
previstas en la fracción I de este artículo se aplicarán
independientemente de las que correspondan por la comi--
sión de cualquier otro delito", por la incompatibilidad-
existente entre el disparo y el daño causado.

VII

Artículo 14 Constitucional

Dado los términos del artículo 306 del Código Penal, en especial su parte final, la cual expresa: "Las sanciones previstas en la fracción I de este artículo se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito", se desprende sobradamente y con singular claridad, que la fracción I en mención del disparo no contiene sanción alguna, por tanto, sin existir aberración, por ser bien diferente una fracción de un párrafo, ni tampoco fé de erratas de esta situación, - adolece dicha disposición legal de problemas constitucionales, pues el párrafo segundo del artículo 14 Constitucional dispone: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", por lo cual podemos concluir con ello, que el artículo 306 carece de sanción, y su imposición por analogía o por mayoría de razón, se traduce en una flagrante violación del precepto constitucional invocado.

Si la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha hecho una estricta interpretación literal del artículo -- 306, también debe arribar al razonamiento anterior.

VIII

Artículo 59 del Código Penal.

Nuestro ordenamiento punitivo prevé una regla de mayor penalidad, establecida de manera expresa en el artículo 59, para el caso de concurso aparente de tipos: - "Cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o más aspectos, y bajo cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor".

Si tenemos que el hecho de disparar, puede ser considerado bajo dos aspectos, consistentes por un lado, en su encuadramiento en el tipo especial del disparo, y por el otro, en una tentativa de homicidio, de acuerdo al principio de la especialidad tendría preferente y excluyente aplicación acuel, sin embargo, atentos a los términos de la citada regla, finalmente se aplicaría ésta figura, porque tiene mayor penalidad, desvirtuando la categórica afirmación del último párrafo del artículo 306: - "Las sanciones previstas en la fracción I de este artículo se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito".

Pues la regla establecida en el párrafo final del artículo 306, no puede desorganizar el sistema, dentro del cual se encuentra la de mayor penalidad, con aplicación total a la estructuración de las figuras típicas, y

consecuentemente, lo dispuesto en la disposición aludida no puede derogar a la regla citada.

IX

Aspectos Criminológicos

Papel importante en las Ciencias Penales tiene la criminología, en el presente caso, nos ayuda a robustecer la concepción de que el disparo de arma de fuego, técnicamente corresponde a una tentativa de homicidio, pues con ella descubrimos con mayor detalle el peligro encerrado - para la vida humana, y como efecto digno de ser tomado en cuenta para reprimirlo con severidad, a efecto de atenuar la peligrosidad implicada.

Dicho descubrimiento con detalle del peligro creado para la vida humana por el disparo, nos lo ofrece las circunstancias predelictivas, desprendidas del punto de vista de la Psicología Criminal, de las cuales podemos señalar las siguientes:

a) Adquisición con facilidad de armas de fuego, independientemente de los requisitos, por cierto inobservados en un alto porcentaje, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, como es notoriamente público.

b) Representación de que dicho instrumento es mortífero.

c) Capacidad de entendimiento de poder utilizarlo.

d) Generalmente se opta por su portación.

e) Influencia de algunos factores externos en algu-

nos casos (alcohol, drogas, discusión, venganza, etc.).

f) Predisposición para utilizarlo, de no ser así no se adquiriría.

g) Agresividad acumulada por tensiones y frustraciones, desolizada e incluso hacia personas no conocidas.

h) El hecho que motive utilizarlo (sutil, grave o por enemistad).

i) El lugar.

j) La relación con el ofendido, aun cuando acabe de conocerla.

k) El arma como medio de defensa de disgregación de su personalidad.

X

Política Criminal

La ciencia penal mundial, ha tenido la necesidad - de utilizar el criterio político, cual generalmente ha - sido injusto, como lo puso de relieve César Bonesano Marqués de Beccaria en su magistral obra "Tratado de los delitos y de las penas", considerado como el primer iniciador de este arte.¹⁰⁹

Sin embargo, al través del tiempo se ha humanizado la acción de la justicia por medio de una política criminal concebida como instrumento que aspira a combatir eficazmente el delito, inquiriendo sus causas y proponiendo los medios oportunos; como reacción de la sociedad contra el fenómeno de la delincuencia.¹¹⁰

Cada país en atención a sus condiciones imperantes, propone la política criminal asequible y adecuada a sus propósitos. Baste recordar la imposición de la pena capital, ya derogada en la mayor parte del planeta, por ser repugnante según la corriente dominante en el estado de civilización alcanzado, pues no es posible concebir la vida sueditada a la voluntad de otros, sin perder de vista también a dicho bien jurídico condicionado a la voluntad del delincuente.

¹⁰⁹Cfr. Luis Jiménez de Asúa, opus cit., tomo I, 4a. ed., pág. 192.

¹¹⁰Cfr. Emilio Langle "La teoría de la Política Criminal", Edit. Reus S.A., Madrid 1927, pág. 7.

Por ello, en nuestro país observamos contra el homicidio reacciones severas con penas restrictivas de libertad, y en consecuencia en un grado inferior, es decir en la tentativa de homicidio, pensamiento advertido ya - por el Marqués de Beccaria, al expresar: "Aunque las leyes no castiguen la intención, no por eso decimos que un delito cuando empieza por alguna acción, que manifiesta la voluntad de cometerlo, no merezca algún castigo, pero siempre menor á la misma comision de él".¹¹¹

Este grado del homicidio (tentativa), se puso en boga en la vida nacional en un período de incipiente organización e intranquilidad, con predilección de un medio - "el arma de fuego", adoptándose el lineamiento español, dando vida a un delito especial denominado disparo de arma de fuego, con sanciones benévolas, como medida de política criminal probablemente en atención a la idiosincrasia del mexicano y a la frescura de su espíritu de lucha, a el cual se le había garantizado para su defensa - la posesión y portación de armas de fuego, y con más razón al revolucionario depositante incondicional de su existencia en tal movimiento social, pues no se le podía defraudar privándole largamente de su libertad por el simple hecho y tan común de disparar contra una persona.

Con el decurso del tiempo, como consecuencia natural han fenecido los espíritus de lucha, y no obstante,-

¹¹¹ "Tratado de los delitos y de las penas", edit. Porrúa S.A., 1era. Ed. facsimilar, México 1982, pág. 178.

las posteriores generaciones han persistido en la preferencia de las armas de fuego, sencillamente por ser un instrumento de gran potencial mortífero, aun cuando las circunstancias actuales son totalmente diversas a las de aquellos tiempos de convulsiones de lucha interna, por tanto, la política criminal trazada, ya carece de razón de ser, puesto que las causas de este fenómeno social, son otras tales como: hacinamiento en las ciudades, falta de control en la introducción al país y adquisición de dicho instrumento, circunstancias predelictivas e intereses bastardos, pues bien se puede mandar matar a una persona pagando un precio, etc.; implicando con ello también falta de razón de ser del llamado delito especial, en caso de que la hubiese tenido, en virtud de evidenciarse la falta de combate eficaz del evento mencionado, sino por el contrario es manifiesto su alto índice delictivo.

Ahora bien, por otra parte comparemos la política criminal impuesta al disparo y al de portación de arma de fuego, inicialmente éste ilícito previsto y sancionado en el artículo 81 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, con pena alternativa, pero debido a su inobservancia y alto índice delictivo abarcado de una pistola de calibre menor hasta una metralleta, se reformó dicho precepto y se elevó su sanción hasta tres años de prisión, suprimiéndose la pena alternativa, apreciándose en su articulado castigos fluctuantes de 6 meses a 9 años de prisión, condicionados al grosor del calibre, por revestir mayor peligrosidad, de tal suerte, que los-

actos preparatorios en la portación de armas del artículo 81 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, tienen la misma cantidad de política con relación a los ejecutivos del disparo e incluso mayor según el calibre.

De ahí, la urgencia de adoptar un criterio político-criminal para brindar mayor protección al máspreciado -- bien jurídico, como tener al disparo como tentativa de homicidio, por revestir realmente desde el punto de vista de la técnica jurídica tal figura, lo cual conlleva una -- aumentación de la pena, congruente diferenciación entre -- los actos preparatorios y ejecutivos, llegando a combatir exitosamente tan asiduo evento.

CAPITULO CUARTO**Tendencias Actuales**

- I) Proyecto de Código Penal de 1949.**
- II) Proyecto de Código Penal de 1958.**
- III) Proyecto de Código Penal Tipo de 1963.**

C A P I T U L O C U A R T O

TENDENCIAS ACTUALES

A pesar de haberse realizado el proyecto de reformas de 1912, en donde se tuvo la convicción jurídica exacta de concebir al disparo de arma de fuego como constitutivo de una tentativa de homicidio, transcurrieron dieciocho años después de expedirse el Código Penal Vigente, para escuchar la voz del jurista mexicano, incontestable por las circunstancias imperantes de la época, - mayormente acentuadas hoy en día, recordando dicha concepción y la necesaria supresión del evento expresado -- por no encajar en nuestro sistema legal, pues conforme a éste se demuestra su falta de sustentividad propia, plasmándose tal voz en el anteproyecto de Código Penal de 1949, con eco en los de 1958 y 1963, de los cuales a continuación nos ocuparemos brevemente.

I) Anteproyecto de Código Penal de 1949.

Para su elaboración, se contó con una comisión redactora integrada por notables hombres de nuestra ciencia, tales como, Luis Garrido, Celestino Porte Petit Candau, Raúl Carrancá y Trujillo, Francisco Argüelles, - con la colaboración de Francisco Suárez Arvizu.

En su capítulo II correspondiente al homicidio, en

contramos el artículo 306 suprimido, respondiendo a ello su exposición de motivos: entre las normas referentes al homicidio debe destacarse la acertada supresión del delito de disparo de arma de fuego sobre una persona (artículo 306 del Código Vigente incluido en el capítulo del homicidio). La figura delictiva del disparo de arma de fuego, no se incluyó en el anteproyecto por constituir una tentativa de lesiones o de homicidio, solución aprobada por Mariano Jiménez Huerta, y así lo han estimado la mayoría de los penalistas, bastando citar entre otros, a José Antón Oneca, Luis Jiménez de Asúa, Manuel Castro Ramírez Jr., Quintiliano Saldaña y José Peco; y entre nosotros, José Ortiz Tirado y José Almaraz, sin desconocer el juicio del penalista argentino Sebastian Soler, cuando sostiene, que en los que impugnaron esta incriminación, existe una acusada tendencia a considerar los disparos de armas de fuego como casos de homicidio frustrado, debido a la tendencia de cargar la tónica de la tentativa de la intención, con desmedro del elemento acción, con cuánta razón se ha dicho ser una desdichada creación legal, sin sustantividad propia y carente de objetividad jurídica de un delito, como la fiebre no es una enfermedad sino un síntoma, siendo en realidad un homicidio frustrado, calificado por un modo especial de ejecución, por más que la ley se esfuerce en una distinción ilógica, afirmándose con el afán de demostrar su insustantividad, el estar hecho para un infante o para un trastornado mental. Y en efecto, han sido inútiles los esfuerzos de nuestros tribunales para darle sustantividad propia a es

ta figura delictiva, llegándose en una época a sustentarse, la compatibilidad del de lesiones y aquella, pues de otra suerte, en ningún caso tendría aplicación la disposición en referencia. 112

II) Anteproyecto de Código Penal de 1958.

Su comisión redactora se compuso por hombres eminentes, como: Ricardo Franco Guzmán, Francisco H. Pavón-Vasconcelos, Celestino Porte Petit Candaudap, Manuel del Río Ganea, con la cooperación de Jorge Reyes Tayabas.

En su libro segundo relativo a la clasificación de los delitos, no aparece el disparo, explicándose en su exposición de motivos: la comisión estimó pertinente, no incluir dentro de los delitos comprendidos en este subtítulo, los del disparo y ataque peligroso, porque en ambos casos, tal y como se encuentran dichas figuras en el Código Vigente, la del disparo constituye una tentativa-acabada de homicidio o lesiones y en la segunda puede presentarse incluso la inacabada de los mismos delitos.

113

112 Cfr. La Reforma Penal Mexicana. "Anteproyecto del Código Penal 1949", editorial Ruta, Colección Revolución Mexicana, México 1951, págs. 160 y 161.

113 Cfr. "Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del Fuero Común y para toda la república en materia del Fuero Federal", edit. Gráficos Herber, México 1958, pág. 13.

III) Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.

Dicho proyecto se elaboró en cumplimiento a la resolución número 52 del II Congreso Nacional de Procuradores, la cual ordenaba: para lograr la uniformidad de la legislación penal, elabórese un Código Tipo en el que se adopten, en la parte general, las tendencias modernas relativas a la norma, al delito, al delincuente y a la pena y medidas de seguridad, consignándose en el catálogo de los delitos, las figuras delictivas necesarias para proteger todos aquellos bienes jurídicos que el Estado debe tutelar, en el mínimo y máximo la amplitud suficiente para la mejor aplicación del arbitreo judicial. 114

Apreciándose en tal proyecto su desaparición, indicándose en la exposición de motivos: que el artículo 277 es una consecuencia ineludible de la supresión del disparo de arma de fuego, que no es sino una tentativa acabada de lesiones u homicidio. 115

114 Cfr. Revista Mexicana de Derecho Penal (Órgano de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales), número 36, México, mayo 1964, pág.-24. "Comentarios al proyecto del Código Penal Tipo".

115 Cfr. Idem, citada por Víctor Cuesta Porte Petit, pág. 62, agregando: se estimó lo que no debió tipificarse en el Código Penal de 1931 denominado disparo de arma de fuego, lo cual nos merece el mejor elogio, debido a su carencia de autonomía alguna, en virtud de tratarse de una tentativa acabada de lesiones y homicidio, según sea el fin del agente, es decir, de lesionar o matar.

CONCLUSIONES

1. El arma de fuego es un instrumento deletéreo para la vida humana.

2. Su uso es predilecto desde su invención.

3. Objetiva y subjetivamente representa la idea de muerte.

4. Es un medio comisivo adecuado para la perpetración de algún hecho delictuoso, generalmente para privar de la vida.

5. La garantía consagrada en el artículo 10 Constitucional, se ha degenerado en pistoleroismo, por su falta de control en la introducción al país y adquisición.

6. Desde su creación como figura típica enclaustra su verdadera esencia.

7. Como especie delictiva conlleva inherente en forma congénita, su construcción enclenque, desde el punto de vista de la técnica jurídica.

8. Demuestra a partir de su aparición en el mundo normativo, un hábito de prepotencia o escepticismo para descubrir el animus necandi, por el predominio del criterio subjetivista.

9. Siempre ha sido regulado con un factor común: su inclusión en el capítulo de homicidio, dejando vislumbrar el bien jurídico tutelado.

10. Conforme a sus elementos históricos(El Código Penal Español de 1870, lo erigió en delito subsidiario por la dificultad de acreditar el animus necandi y el proyecto de 1912 lo reguló juntamente con el ataque peligroso, sin más cambio sustancial en su consagración legislativa cual de separarlos en fracciones, quedando la frase "pueda producir como resultado la muerte" en la II, sin implicación de ser ésta ajena a la I del artículo 306, pues basta observar la misma cantidad de sanción en ambas figuras), sistemático(reglamentado inmutablemente en el capítulo del homicidio), y objeto de protección(la vida humana, desprendible de su colocación dentro del homicidio, de lo contrario se habría incluido en otro lugar), correspondiente a una interpretación teleológica, deja plenamente establecido que el bien jurídico tutelado lo es la vida humana.

11. Su reforma cambió sutilmente el bien jurídico protegido, por el carácter finalista de la ciencia penal, con desdén de su sistematización.

12 Con su reforma aumentó su penalidad, revelando reservadamente el alto índice delictivo del evento.

13 Crea un ente conceptual al no dotarlo de voluntad, dada la redacción de su último párrafo, en virtud de no ir encaminada su conducta a la realización de un hecho típico, remolazando al delincuente en cuanto ser vivo y efectivo, generador de situaciones trascendentales, olvidando de éste su provisión de voluntad, quien al actuar nace uso de ella.

14. Adolece de defectos en su descripción típica, - por remitirnos su último párrafo a la fracción I, para - punir dicha conducta per se del resultado material, en - la cual no se tiene sanción alguna.

15. Por tanto, carece de sanción pues su párrafo fi - nal nos envía a la fracción I en donde no hay pena algu - na y si se aplica sería analógicamente con flagrante vio - lación del artículo 14 Constitucional.

16. Si la Suprema Corte de Justicia de la Nación, - ha efectuado una interpretación literal, también debe -- arribar al razonamiento anterior.

17. Tiene íntima relación con el animus necandi y - debido a ello se creó según sus antecedentes.

18. Sus actos anteriores al de apuntar y disparar - son de naturaleza preparatoria, por carecer de principio de ejecución, en virtud de no ser idóneos para poner en - peligro la vida.

19. Al agotarse sus actos ejecutivos(apuntar y dis - parar), revisten una tentativa acabada de homicidio, - - pues se quiere o se acepta su resultado(artículo 8o. - - fracción I y 9o. párrafo primero del Código Penal vigen - te), pero cuando el proceso ejecutivo se realiza incom - pletamente(apuntar y accionar el arma sin salida del pro - yectil por encaucillarse sin causas dependientes de la - voluntad del agente), se presenta una tentativa inacaba - da del referido ilícito.

20. En el iter criminis su fase interna y externa -

corresponden a la de la tentativa de homicidio.

21. En el disparo como tentativa acabada de homicidio, no opera el arrepentimiento, salvo el caso de estando herida la víctima la lleva a un hospital para impedir su consumación, lo que generalmente nunca sucede.

22. En el disparo disponiendo de más proyectiles como tentativa acabada de homicidio, no encaja el desistimiento, pues no es dable desistir de lo ya ejecutado.

23. En el disparo como tentativa inacabada de homicidio (al encasquillarse el arma), puede presentarse el desistimiento.

24. Como delito de peligro, lo es para la vida humana en mérito a sus antecedentes.

25. Como delito de peligro al ser mero instrumento, para cometer lesiones u homicidio, queda consumado en la lesión de dichos bienes, de no ser así se sancionaría el peligro corrido y el daño causado, hipótesis prohibida por el artículo 23 Constitucional, sin embargo, su párrafo final se encuentra en abierta contradicción con el principio de la consunción, con el cual se esfuma y no es como su texto lo indica: "Las sanciones previstas en la fracción I de este artículo se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito".

26. Como delito especial tiene preferente y excluyente aplicación con el homicidio y lesiones, lo cual es ilógico por ello se incluyó el párrafo "Las sanciones --

previstas en la fracción I de este artículo se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito", creándose una excepción a la regla de la especialidad, pues a la vez puede concurrir con los que excluye, pero desde el punto de vista de la técnica jurídica, no le permite vivir y perdurar.

27. Como tipo especial sin más elementos especializantes diferenciadores con el homicidio en grado de tentativa que el estrecho campo del arma empleada, tiene preferente y excluyente aplicación conforme al principio de la especialidad, convirtiéndose en óbice para encuadrar la tentativa de la figura aludida, pero al mismo tiempo le da cabida su párrafo final, sancionando dos veces el mismo hecho, con violación del artículo 23 de la Constitución General de la República, es decir, pune penalmente el mismo peligro.

28. De lo anterior, se deduce que el disparo y el homicidio o lesiones son incompatibles, de no ser así se sancionaría la puesta en peligro del bien jurídico y el daño ocasionado.

29. Si el disparo también presenta el aspecto de una tentativa de homicidio, resulta aplicable el artículo 59 del Código Penal vigente, correspondiente a la regla de mayor penalidad, desvirtuando el párrafo final del artículo 306 del ordenamiento legal invocado, ya que el disparo no puede desorganizar el sistema penal con aplicación total de las figuras típicas, o sea, derogar a la regla citada.

30. Carece de autonomía, habida cuenta de si se requiere la puesta en peligro, en la tentativa de homicidio también, sin rasgos distintivos del tipo básico, es decir, sin añadidura de una peculiaridad, pues no se precisa en el homicidio algún medio específico sino idóneo, de lo contrario tendría preferente aplicación con exclusión del fundamental.

31. No tiene sustantividad propia, con singular claridad lo muestra por vía concursal, al sostenerse la compatibilidad con el homicidio, implicando sancionar pluralmente una misma conducta, por el peligro corrido para la vida y por haberla dañado, teoría del todo inexacta, en virtud de consumarse acuél en su lesión.

32. Si la portación de arma de fuego tutela ya al bien jurídico: disfrute de la paz, tranquilidad y seguridad de las personas, con carácter preventivo, carece de razón de ser el disparo, por duplicidad de tutela penal.

33. La voluntad de la ley adquiere relevancia y no su espíritu legislativo.

34. La psicología criminal nos ayuda a descubrir -- circunstancias predelictivas, dignas de ser tomadas en cuenta para robustecer y evidenciar la intención criminal, aunadas a los actos exteriores de ejecución.

35. Su política criminal es apócrifa, por equiparar con la misma cantidad de sanción a los actos preparatorios (portación de arma de fuego) con los ejecutivos -- (disparo), siendo manifiesta su falta eficaz de combate contra el evento, debido a su notorio índice delictivo.

36. Transcurrido el tiempo, con más paciencia y reflexión se llega a la primigenia concepción, de considerar al disparo como tentativa de homicidio, tan es así, - que se ha suprimido en los anteproyectos de 1949, 1958 y 1963.

37. Urge adoptar un criterio de política criminal, - en el sentido de darle su lugar a la tentativa de homicidio, desplazando al disparo, forma congruente de diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos, con superlativo potencial de combate contra el fenómeno social en cuestión, a efecto de mermar su incidencia.

38. La figura y a la vez amorfa del disparo, es un desacertado desprendimiento de la gama de formas comisivas del homicidio, con rango autónomo e inherentes defectos en su creación independizada.

39. Debe desaparecer el disparo por artificial e innecesario en nuestra legislación penal.

B I B L I O G R A F I A

- Almaraz José, "Exposición de motivos del Código Penal", -
Parte General, México MCMXXXI.
"Algunos errores y absurdos de la legisla-
ción penal de 1931, México 1941.
- Antón Oneca José, "Derecho Penal conforme al Código de -
1928", 1era. ed., tomo II (parte especial),
edit. Reus S.A., Madrid 1929.
- Bonessna César Marcues de Beccaria, "Tratado de los deli-
tos y de las penas", edit. Porrúa S.A., --
1era. ed. facsimilar, México 1982.
- Ceniceros José Angel, "El Código Penal de 1929", edito--
rial Botas, México 1931.
- Carrancá y Trujillo Raúl, "Derecho Penal Mexicano", parte
general, edit. Porrúa, S.A., 13ava. ed., -
México 1980.
- Cuesta Porte Petit Victor, "Revista Mexicana de Derecho-
Penal"(órgano de la Procuraduría General -
de Justicia del Distrito y Territorios Fe-
derales), número 36, México 1964, Mayo.
- Franco Guzmán Ricardo, "Anteproyecto del Código Penal pa-
ra el Distrito y Territorios Federales en-
materia del fuero común y para toda la re-
pública en materia del fuero federal", ed.,
Gráficos Herber, México 1958.
- Gottschalk Louis, "Historia de la Humanidad", editorial -
planeta y sudamericana, tomo 6 y 7, España
1979.

- Groizard Alejandro y Gómez de la Serna, "El Código Penal de 1870 concordado y comentado", tomo IV, - 2a. ed., Madrid 1912.
- González Bustamante Juan José, revista "Criminalia", año XXI, edit. Botas, México 1955.
- González de la Vega Francisco, "Derecho Penal Mexicano", - edit. Porrúa, S.A., 10 ed., México 1970.
- Garrido Luis, "La reforma penal mexicana, Anteproyecto de Código Penal de 1949", edit. Ruta, Colección Revolución Mexicana, México 1951.
- Jiménez Huerta Mariano, "Derecho Penal Mexicano", (La tutela penal de la vida e integridad humana), - edit. Porrúa S.A., tomos I y II, 4a. ed., - México 1979.
- "Revista criminalia. El disparo de armas de fuego", año XIII, edit. Botas, México 1947.
- Jiménez de Asúa Luis, "Derecho Penal conforme al Código de 1928", 1a. edición, tomo II, (parte especial), edit. Reus S.A., Madrid 1929.
- "Tratado de Derecho Penal", edit. Losada -- S.A., tomos I, II y VII, 4a. edición, Buenos Aires 1964. Y tomo II, Librería Robredo, - 1era. ed., México 1958.
- "La ley y el delito", edit. Sudamericana, - Décima segunda edición, Buenos Aires 1981.
- Langle Emilio, "Teoría de la Política Criminal", edit. -- Reus S.A., Madrid 1927.
- Olivera Toro Manuel, "Trabajos de revisión del Código Penal. Proyecto de Reformas y Exposición de - motivos", Tipografía de la oficina de estampillas, tomos I, II y IV, Palacio Nacional - 1912.

- Pavón Vasconcelos y Vargas López**, "Los delitos de peligro para la vida y la integridad corporal", edit. Porrúa S.A., 4a. edición, México 1981.
- Porte Petit Candaudap Celestino**, "Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal", edit. Jurídica Mexicana, 4a. edición, México 1975.
- Rufo Pines Mariano**, "El delito de disparo de arma de fuego", revista criminalia, año VIII, México - 1941.
- Roxin Claus**, "Problemas Básicos del Derecho Penal", edit. Reus S.A., Madrid 1976.
- Teja Zabre Alfonso**, "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, editorial Botas.
- Viada y Vilaseca Salvador**, "Código Penal Español de 1870", volumen I y III, Madrid 1890.
- Vela Treviño Sergio**, "Culpabilidad e Inculpabilidad", edit. Trillas, 2a. reimpresión de la 1a. edición, México 1983.

J U R I S P R U D E N C I A

Jurisprudencia número 110, pág. 232, de la segunda parte de la compilación 1917-1965.

Jurisprudencia número 120, segunda parte de la séptima época, del apéndice 1917-1975, del Semanario Judicial de la Federación, pág. 257.

Ejecutoria del 2 de Abril, 1937, citada en el informe del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1937, pág. 40, idénticas en pág. 1935 del tomo LI, y pág. 493 del tomo LVIII del Semanario Judicial de la Federación.

Ejecutoria citada en el informe del presidente de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1953, pág. 42.

Ejecutoria publicada en el boletín judicial IX, número 85, Enero 1955, pág. XII.

Tesis 1276, segunda parte de la sexta época, pág. 85, del volumen XV, publicada en el boletín del año de 1958, pág. 584.

Tesis 695, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, séptima época, volumen 68, segunda parte, Agosto 1974, pág. 22.

Tesis 694, citada en el informe de 1980, de la primera sala, número 33, pág. 20.

Ejecutoria publicada en págs. 85 y 86 del tomo XXII del Semanario Judicial de la Federación.

Ejecutoria publicada en el tomo XLV, pág. 48 del -

Semanario Judicial de la Federación.

Ejecutoria publicada en pág. 4830, del tomo XLV -- del Semanario Judicial de la Federación.

Ejecutoria publicada en el tomo LI, pág. 1876, del Semanario Judicial de la Federación.

Ejecutoria publicada en pág. 1873, del tomo LI del Semanario Judicial de la Federación.

Ejecutoria publicada en pág. 201, del tomo L del Semanario Judicial de la Federación.

Ejecutoria publicada en pág. 322 del tomo LI del Semanario Judicial de la Federación.

Ejecutoria publicada en pág. 1935 , del tomo LI -- del Semanario Judicial de la Federación.

Ejecutoria publicada en págs. 27 y 1252, del tomo LII del Semanario Judicial de la Federación.

Ejecutoria publicada en págs. 201 y 1385, del tomo LV del Semanario Judicial de la Federación.

Ejecutoria publicada en pág. 4853, del tomo LXI, - del Semanario Judicial de la Federación.

Ejecutoria publicada en págs. 27 y 1232, del tomo LXII del Semanario Judicial de la Federación.

Ejecutoria publicada en pág. 493, del tomo LVIII - del Semanario Judicial de la Federación.

Ejecutoria publicada en pág. 3013, del tomo LXIII, quinta época, del Semanario Judicial de la Federación.

Ejecutoria publicada en pág. 5514, del tomo LXXIV del Semanario Judicial de la Federación.

Ejecutoria publicada en págs. 1785 y 1786, del tomo XCII, quinta época, del Semanario Judicial de la Federación.