

15193
DEL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGON**

**ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 306
FRACCION I DEL CODIGO PENAL VIGENTE**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

DENNIH JIMENEZ ARMENTA

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEXICO

1992

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 306
FRACCION I DEL CODIGO PENAL VIGENTE

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES

1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS	1
1.2.- CONCEPTO Y NATURALEZA	16
1.3.- SUJETOS	23
1.4.- JURISPRUDENCIA	25

CAPITULO II

DE LA TIPICIDAD

2.1.- TIPO Y TIPICIDAD	33
2.2.- ELEMENTOS DEL TIPO Y SU CLASIFICACION	42
2.3.- CONCURSO APARENTE Y PRINCIPIOS QUE LO FORMAN	68
2.4.- EL TIPO DE ESTE DELITO Y BIEN JURIDICO TUTELADO	76
2.5.- CASOS DE ATIPICIDAD	85

CAPITULO III

DE SU AUTONOMIA

3.1.- AUTONOMIA EN RELACION A ESTE DELITO	91
3.2.- CRITERIOS A FAVOR Y EN CONTRA	92
3.3.- CLASIFICACION	100
3.4.- CUADRO SINOPTICO CONSIDERANDO AL DISPARO DE ARMA DE FUEGO COMO DELITO AUTONOMO	103

CAPITULO IV

DE LA TENTATIVA

4.1.- DEFINICION	106
4.2.- TENTATIVA DE HOMICIDIO Y LESIONES	119
4.3.- TENTATIVA EN RELACION AL DISPARO DE ARMA DE FUEGO	129
4.4.- CUADRO SINOPTICO COMPARATIVO EN EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO Y LA TENTATIVA ACABADA DE LESIONNES Y DE HOMICIDIO.	134

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

El ilícito motivo del presente trabajo, aparece en los trabajos de revisión que se realizan al Código de 1870 hasta el año de 1912, poniendo de manifiesto el porque incluir dicha figura jurídica en nuestro actual ordenamiento penal, una vez que se analiza este preceptores hasta el Código Penal de 1929 en donde ya se le conserva íntegra noción jurídica y queda plasmado en el artículo 306.

El delito de disparo de arma de fuego es una figura de agresión, calificada por el medio empleado, siendo razonable que así sea, ya que si la agresión consiste en crear una situación de peligro genérico y abstracto para la persona física, ese peligro crece en medida que aumenta la potencialidad del arma y es por ello que dicha figura es de los llamados de peligro.

En el artículo 306 fracción I del Código Penal Vigente para el Distrito Federal la descripción que se encuentra en el mismo es la del disparo de arma de fuego pero como una figura *sui generis* no como se encontraba en el Código Español en donde era una figura subsidiaria, plasmandose de la forma mencionada en el Código para evitar las complejidades probatorias atinentes al *animus necandi* por ello se tipifico para evitar el problema de la tentativa de Homicidio y la probanza de la misma .

Posteriormente se discute sobre ese ilícito tiene autonomía o no, entendiendose por autonomía aquello que tiene independencia, vida propia, que no depende de ningún otro delito para existir como lo es el delito de disparo de Arma de Fuego

El bien jurídico tutelado en el disparo de arma de fuego es el peligro corrido para la vida o la integridad corporal, debiendo no con ello tener un resultado, ya que no es necesario para la integración de este ilícito,

En el artículo 306 fracción I de nuestro ordenamiento Penal Vigente nos dice Se aplicara sanción de tres días a tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos ; Fracción I.- Al que dispare a una persona o grupo de personas un arma de fuego; y agrega en su último párrafo que las sanciones previstas en la fracción I se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de otro ilícito, notándose que dicha redacción no corresponde a lo que se establece en este párrafo pues en dicha fracción no existe ninguna sanción.

El bien jurídico tutelado en el Disparo de arma de fuego puede coincidir como en el que se tutela en la tentativa de lesiones como de Homicidio.

Poniendose con esto especial atención en dicho ilícito debido a la peligrosidad del sujeto activo desde el momento en que dispara un arma de fuego contra una persona o grupo de personas, ya que dicho sujeto jamás podrá decir ni nosotros saber cuál era su principal intención contra esa persona o grupo de personas, en consecuencia es de especial atención encuadrar dicha fracción en el capítulo correspondiente a la tentativa pues si por esta ha de entenderse la resolución de cometer un delito y se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si áquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, pudiendose dar como resultado la Tentativa de lesiones o de Homicidio segun sea el caso.

C A P I T U L O I

ASPECTOS GENERALES

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

2.- CONCEPTO Y NATURALEZA

3.- SUJETOS

4.- JURISPRUDENCIA

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES

1.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

En nuestro Derecho Penal Mexicano en los trabajos de revisión del Código de 1870 publicados en 1812 surge por primera vez la figura de disparo de arma de fuego, en donde quedo comprendido dentro del artículo 548-bis y el cual esta incluido en el capitulo de Homicidio quedando plasmado en los siguientes términos :

" El que dispare sobre una persona alguna arma de fuego o ataque de otra manera que en razón del arma empleada, de la fuerza o destreza del agresor o de cualquier otra circunstancia que pueda producir como resultado la muerte, sufrirá por este solo hecho la pena correspondiente al Homicidio Frustrado a no ser que se averigüe que unicamente se propuso inferir una lesión que no fuera mortal. Si de la agresión resultare una ó mas lesiones se observara la regla de la acumulación pero sin que la pena pueda exceder de la que se impondría si se hubiere cometido el Homicidio " (9).

Mencionaremos la exposición de motivos de la Comisión de Reformas de 1912 para señalar la base de este trabajo y la que explica el surgimiento de esta figura delictiva .

¹ Comisión Revisadora del Código Penal. Trabajos de Revisión del Código Penal. Secretaría de Justicia, Taller de Redacción. 1a. Edición D. P. 1914 pág. 118.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES

1.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

En nuestro Derecho Penal Mexicano en los trabajos de revisión del Código de 1870 publicados en 1812 surge por primera vez la figura de disparo de arma de fuego, en donde quedo comprendido dentro del artículo 548-bis y el cual esta incluido en el capitulo de Homicidio quedando plasmado en los siguientes términos :

" El que dispare sobre una persona alguna arma de fuego o ataque de otra manera que en razón del arma empleada, de la fuerza o destreza del agresor o de cualquier otra circunstancia que pueda producir como resultado la muerte, sufrirá por este solo hecho la pena correspondiente al Homicidio Frustrado a no ser que se averigüe que unicamente se propuso inferir una lesión que no fuera mortal. Si de la agresión resultare una ó mas lesiones se observara la regla de la acumulación pero sin que la pena pueda exceder de la que se impondría si se hubiere cometido el Homicidio " (5).

Mencionaremos la exposición de motivos de la Comisión de Reformas de 1912 para señalar la base de este trabajo y la que explica el surgimiento de esta figura delictiva .

¹ Comisión Revisadora del Código Penal. Trabajos de Revisión del Código Penal. Secretaría de Justicia. Taller de Submoción. 1a. Edición D. F. 1914 pág. 118.

" Esta es una de las reformas más graves e importantes que se proponen tanto porque se separa el sistema general adoptado y desarrollado en el Código cuando por la disposición que se consulta será de muy frecuente aplicación dado el gran número de lesiones inferidas con un arma blanca que se registran y la mayor parte de las cuales vendrían a caer bajo la sanción del mismo precepto lo que produciría un aumento de consideración en las penas que se impongan haciendo que casi la totalidad de las riñas y agresiones a mano armada sean calificadas como HOMICIDIO FRUSTRADO " (2).

Por la gravedad y trascendencia de la medida que se propone la comisión consideró un deber formular debidamente esta parte del proyecto.

Y vemos que en el número 659 de la exposición de Motivos indica:

" Nuestro Código de la misma manera que en todas las legislaciones contemporáneas y siguiendo el principio con mas rigor que cualquier otro como una de las bases en el sistema acepta que la pena que se imponga al delincuente deberá ser proporcional al mal o daño directo que el ha causado o tratado de causar al ofendido " (3).

En la exposición de motivos del Proyecto de Reforma del Código de 1942 sobre el problema de las medidas de las penas se presenta bajo otro aspecto que sería como una medida en relación a cada delito, las penas deben ser proporcionales

² Comisión Revisadora del Código Penal. Trabajos de Revisión del Código Penal pág. 123.

³ Comisión Revisadora del Código Penal. Trabajos de Revisión del Código Penal pág. 123.

al delito, la pena social asentada en cuanto a su legitimidad sobre una doble base esta sometida en cuanto a su cantidad, a una doble medida la de la justicia o el mal moral y el de la utilidad, o el mal social que a su vez depende del mal individual con el que se liga intimamente.

En el número 661 de la exposición de motivos dice (1).

" Es indiscutible que el sistema de nuestro Código Penal esta basado en el sistema o principio de la proporción de la pena con el mal de delito. Dicha proporción aparece con claridad en toda esa obra legislativa y muy especialmente en los delitos mas frecuentes (robo y lesiones) en la que se observa la escala de completo paralelismo con que crecen las penas en la proporción al mal causado, al grado de haberse establecido y hacerse notable nuestro Código y ocupar el primer lugar entre los que siguen esa doctrina, por el rigor con que aplica esa doctrina el principio de la proporción sacrificando la sencillez y brevedad de la ley."

En el número 662 dice que no es solo el criterio de la utilidad el que satisface aplicando el principio que venimos tratando sino también el sentimiento mismo pues todos consideramos injusto que se castigue igualmente al que hirió que a un homicida. Esta satisfacción de sentimiento de la justicia, de la conciencia pública es la más alta calidad o cualidad, y la mayor ventaja del principio y lo que hace sea el criterio más conforme con la opinión pública en

¹ Comisión revisadora del Código Penal. Trabajos de Excepción del Código Penal págs. 134.

general lo cual bastaria para hacerlo respetable.

863.- Pero por desgracia adolece de muchas inconvenientes y las leyes que en el se informan son tanto más difíciles de aplicar cuando profundamente se inspiran en el y lo desarrollan con mayor amplitud y más de una vez resultaron de ello graves males para la sociedad.

Presentando de esta forma tres defectos principales que son en cuanto a las penas en que incurren los delincuentes o el delincuente:

- a) El resultado de sus actos es siempre casual en todo o en parte.
- b) No hay proporción entre las penas y las necesidades para la convicción del delincuente.
- c) Hay gran dificultad para aplicar exactamente la ley a los grados inferidos del delito, conato, delito frustrado.

Analizaremos los defectos antes citados en los siguientes numerales:

864.- Casi nunca el delincuente conoce de antemano el resultado de su conducta o sea el resultado del delito que va a cometer, del mismo modo que casi nunca conoce el resultado exacto de sus acciones. Apenas si los mas ilustrados y previsores pueden determinar con alguna excepción aproximadamente las consecuencias, pero nunca o casi nunca la cantidad.

El ladrón sabe que va a robar pero no con exactitud lo que va a robar, al

penetrar a una casa o asaltar a una persona pudo haber tomado la precaución de averiguar la cantidad de dinero o valores sobre el cual podrá ejercer su criminal industria pero en vigor no sabrá si tiene o no probabilidades de dar un golpe bueno, mediano o malo. Se apodera de cuanto puede o le permiten las circunstancias, según sea el caso a saber, la resistencia de la víctima. el tiempo de que disponga para trasladar las cosas robadas y tantas otras que puedan ocurrir.

En cuanto a los delitos contra las personas, lo aleatorio es mas evidente todavía, el que dispara sobre otro o dirige un golpe con arma blanca no sabe cual va a ser el resultado de la acción, una línea de desviación basta para ser levisima una lesión que podría ser mortal o viceversa, un leve movimiento de la víctima, la interposición de un tercero o cualquier circunstancia pueden ser suficientes para alterar el resultado que el sujeto activo se proponía y con ello aumentar o disminuir su importancia.

888.- En el sistema de nuestro código se produce en algunos casos anomalía al menos según lo constituye la práctica general de los tribunales en cuanto al delito en contra de las personas.

Cuando el delito que se propone cometer el agente se frustra, pero se consuma otro, se aplica la pena del delito que se consumo, en tanto que el delito frustrado no llega a producirse con esto mal alguno, entonces se aplicará la pena que le corresponda por el delito frustrado.

Con esto podemos decir que dos actos iguales en la intención resultan

castigados con penas cuya gravedad esta en proporción inversa a la importancia del daño causado, pena menor cuando el resultado fue de lesión y pena mayor cuando no hubo lesión.

687.- Para completar en lo posible el estudio en la materia señalaremos la dificultad que resulta para determinar la pena cuando el lesionado no es posible presentarlo o desaparece. Que pena imponer entonces, si a punto fijo no se conoce la clasificación de la lesión ? La jurisprudencia ha establecido que debe suponer que las lesiones son de las más leves e imponer por lo mismo la pena más leve o la mínima.

688.- En la aplicación de las penas que no guardan la debida proporción con la necesidad de corrección del delincuente. En efecto el mismo individuo puede cometer, diez veces el mismo delito si siempre es leve, o se si el daño que causa es de poca importancia, la pena sea siempre de poca duración de manera que aun tratandose de delincuentes hábiles la pena impuesta sera siempre leve, por el contrario, si el daño es grave, aunque el delincuente deba ser calificado entre los llamados accidentales o entre los pasionales, no obstante sus atenuantes y sus características demuestran de manera inèquívoca de que no hay temor de que vuelva a cometer otro delito o en otros términos, aunque conste plenamente que no necesita corrección moral, porque no esta depravado a pesar de todo las penas que se le impongan serán de larga duración.

689.- Dificultad de aplicar la ley en los casos de grados inferiores del delito. Estos son castigados con una parte alicuota de la pena señala al delito intencional y por ello encontramos que un quinto de la pena mencionada del

conato, de un tercio a dos quintos al delito intentado y de dos quintos a dos tercios al delito frustrado.

Por lo que hace al delito consumado a veces es demasiado difícil determinar al daño causado, operación necesaria para determinar la pena es posible hacerlo. Ordinariamente la operación presenta molestias para el robado y no pocas veces para el lesionado, pues es preciso que la cosa robada quede en poder de la policía para ser remitida al juzgado y el lesionado es el primero que se tiene que asegurar ya que si escapa no se puede fijar la pena al herido.

670.- A pesar de los defectos señalados la Comisión no penso en proponer un cambio radical, pues según se ha dicho no obstante ello hay que reconocer cualidades muy estimadas en el sistema .

La Comisión cree que es posible llegar a una conciliación y del mismo modo que propone para el delito de robo, para el delito de lesiones conforme al cual el ataque dirigido a una persona en circunstancias que de él puede resultar la muerte del atacado se presumen aunque solo son presunción JURIS TANTUM ejecutado con la intención de matar constituye en consecuencia a un homicidio frustrado.

675.- A nuestro criterio el nuevo artículo contiene las ventajas fundamentales del sistema del Código y le quita por lo menos uno de sus grandes defectos haciendo que en la práctica, sin necesidad de averiguaciones difíciles en la instrucción de los procesos haya mayor justicia en la aplicación de las penas para el delito tan serio y frecuentemente entre nosotros como es el de atentados contra la persona.

Con lo antes expuesto notaremos que es difícil probar el elemento subjetivo de la tentativa de Homicidio y de Lesiones, ya que el agente activo puede indicar que su intención no era matar o lesionar al sujeto pasivo y para demostrar lo contrario resulta realmente imposible, ya que por lo regular el sujeto activo es un ser humano ya malleado por las circunstancias y experiencias que ha tenido, y nos daremos cuenta de que nunca confesará la intención que tenía, por lo cual se concluye el precepto de **DISPARO DE ARMA DE FUEGO** en nuestra legislación a partir de la reforma a la cuál acabamos de referir.

A continuación incluiremos algunas definiciones en relación al delito (*).

CONATO.- Consistía en ejecutar uno ó más actos encaminados directa o inmediatamente a la consumación pero sin llegar al acto que lo constituye y solamente era punible cuando no llegara a aquel por causa ajena a la voluntad del agente.

INTENTADO.- Consistía en aquel que el agente llevara al último acto en que debía realizarse la consumación y no se verificaba por tratarse de delito irrealizable porque era imposible o no eran adecuados los medios intentados.

FRUSTRADO.- Es aquel en el cuál el agente llega hasta el último acto que debió verificarse la consumación si esta no se origina por causas ajenas a la voluntad del agente diversas a la que expresa el delito

⁵ Carrasco y Trujillo Esal Durango-Panaj, editorial Porrúa S.A. México Primera Edición. México D.F. 1965. pag. 32.

intentado.

CONSUMADO.- Cuando se realiza el delito.

El delito intentado en el Código de Martínez de Castro es intermedio entre conato y el frustrandi, porque No puede decirse con propiedad que se frustra una cosa imposible que se trata de ejecutar y además no es justo aplicar la misma pena para quién se le frustra la ejecución de un delito posible o quién intente cometer vanamente un acto irrealizable.

EL CODIGO PENAL DE 1929 EN RELACION A ESTE DELITO.

En relación al delito de disparo de arma de fuego este Código lo incluye por primera vez en el artículo 971 como figura autónoma y le imprimió los matices del delito de " peligro " (4).

971.- Al que dispare sobre alguna persona un arma de fuego o lo ataque de otra manera que en razon del arma empleada, de la fuerza o destreza del agresor o de cualquier otra circunstancia pueda producir como resultado la muerte, se aplicará por ese solo hecho una sanción de uno a tres años de segregación a no ser que las circunstancias del caso califiquen como tentativa de Homicidio.

En el Código de 1929 no se encontró aceptación al criterio adoptado en el

⁴ José Almaraz, Exposición de Motivos del Código Penal. Secretaría de Justicia. Taller de Ediciones. 1970 México D.F. 1921 p44. 39.

proyecto de reforma de 1912 de consagrar una operancia de una presunción JURIS TANTUM de Homicidio Frustrado en los casos de disparo de arma de fuego y del llamado ataque peligroso.

En este Código no se elaboró exposición de motivos ya que fue hasta el año de 1931 cuando fue realizado por el Licenciado JOSE ALMARAZ quién nos comenta en la parte de los grados del delito intencional que a partir de un punto de vista apriorístico llegaba necesariamente a una métrica del delito verdaderamente criminométrica que casi necesitaba de tabla de logarismo para calcular y medir los grados del delito.

La distinción entre delito frustrado y tentativa o conato, no puede meterse ni en la filosófica penal ni en la política criminal. No lo consignan los proyectos más modernos y científicos de los países hispanos que la comisión consultó en 1926, ni nunca ha sido admitida en los códigos eslavos y sajones.

En el artículo 971 nos damos cuenta que en su parte última indica "Califiquen el delito como tentativa de Homicidio " haciendo mención que en nuestro derecho las " atenuaciones o circunstancias modificativas " de acuerdo a su filosofía y antecedentes legislativos, son antitesis de las calificativas.

Tuvo en cuenta a pesar del defecto lexiográfico en que incurren, los trabajos de 1912 y su exposición , puesto que ordena se califiquen las reglas de la tentativa del delito y los supuestos que la colman de acuerdo al artículo 22 del ordenamiento.

A continuación tendremos algunas definiciones plasmadas en el código de 1929 respecto a delito consumado y tentativa (¹).

Art. 22.- Tentativa punible es aquella en que el agente invoca exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente con medidas idoneas y " no practica todos los eseniales de ejecución " que debería de producir por " causas o condiciones que no sean su propio y espontáneo desistimiento y entiende que media este " no es impuesto por otras circunstancias y entre ellas errar el cálculo. Exime de sanción a la tentativa o conato cuando media arrepentimiento. Si los actos ejecutados al operarse la tentativa hubieran constituido algún tipo de delito deberían de sufrir la sanción correspondiente.

En este Código no se incluyo la tentativa o conato el delito imposible en sus formas absoluta o relativa .

El 15 de Diciembre de 1930 se realizó un anteproyecto el cual se le denominó Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales para la comisión redactora apareciendo Los licenciados José López Lira, Jose Angel Cisneros, Alfonso Teja Fabre y Ernesto G. Garza.

Esta comisión manifesto que el ponerse en vigor el Código de 1929 traería como consecuencia dificultades de aplicación debido a sus técnicas y sus consecuencias materiales , así como por su redacción y funcionamiento, por lo que consideró conveniente relizar una revisión de acuerdo con las fases formadas por la comisión redactora.

¹ José Alarcón Exposición de Motivos del Código Penal pág. 43.

Formándose de este modo el Código de 1931 el cual contiene libros con un total de 400 bis artículos y cinco transitorios, este código recogió igualmente la figura de disparo de arma de fuego, salvo el agregado de la primera parte del artículo 306, conservo íntegramente la noción jurídica sobre el delito por el código de 1929, estructurando el tipo con la acción de disparo sobre algunas personas un arma de fuego, aclarando que por decreto del 29 de diciembre de 1967 que apareció publicado en el diario oficial el 8 de marzo de 1968 se reformo el artículo 306 del Código Penal en vigor tipificandose la figura del disparo de arma de fuego en la función de la conducta consistente en " Disparar a una persona o grupo de personas un arma de fuego ".

Art. 306.- 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 personas un arma de fuego.

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

Las sanciones previstas en la fracción I de este artículo se aplicarán independientemente de las correspondientes por la comisión de cualquier otro delito.

La comisión redactora en el año de 1948 terminó la parte general conteniendo

(8) 112 artículos publicándose ese mismo año para la Secretaría de Gobernación, posteriormente en el año de 1949 se publicó por la misma secretaria un segundo anteproyecto comprendiendo la parte general y la parte especial conteniendo 381 artículos y tres transitorios, y en año de 1950 se publicó el anteproyecto del Código Penal de 1949 por la Cámara de Diputados.

No se redactó la exposición de motivos sino que se dictó dos conferencias relacionadas con el mencionado anteproyecto por el doctor de la academia de Ciencias Penales Celestino Porte Petit mismo que contiene como se ha dicho 381 artículos y tres transitorios de los cuáles 113 comprenden la parte general y los restantes de la parte especial.

El proyecto del Código Penal de 1958 para el Distrito Federal y Transitorios Federales, fue elaborado por una comisión redactora integrada por Ricardo Franco Guzmán, Francisco H. Pavón Vaeconcelos, Celestino Porte Petit y Manuel del Río. este proyecto se inspiró en el anteproyecto del Código Penal de 1929 para el Distrito Federal y Territorios Federales y fundamentalmente en el anteproyecto del Código Penal del Estado de Baja California.

El anteproyecto del Código Penal de 1958 contiene 219 artículos de los cuales 98 corresponden a la parte general y los otros a la parte especial. En este proyecto se contó con la opinión de Elasco y Fernández de Moreno en los siguientes términos. El actual intento reformador ofrece caracteres singularísimos en su origen, en efeto a fines de julio y comienzos de 1958 la

⁸ Celestino Porte Petit Caudesday. Antecedentes de la parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa S.A. Cuarta Edición México D.F. 1978 pág. 75.

Procuraduría General de la República distribuyó entre las diversas asociaciones de abogados, remitiendo así mismo a la Academia de Ciencias Penales el anteproyecto y días más tarde abandono la iniciativa de valores sin duda negativos, constituyó una Comisión formado por Celestino Porte Petit, Ricardo Franco Gúzman, Manuel del Río y Francisco Pavón Vasconcelos, a los que les confió la tarea de redactar un nuevo proyecto que reemplazara al desechado, y fue hasta el año de 1958 en donde la revista criminalia organo de la Academia de Ciencias Penales dió a la publicidad al texto completo de anteproyecto impuesto, el cual indica sobre el valor relativo, sobre las mejoras y deficiencias técnicas que aquel acusa, comparando su texto con el Código de 1931 y el anteproyecto de 1949 sus máximos aciertos son en el terreno de las realidades y conveniencias prácticas, presentandose en aquellas de sus partes en que los redactores acataron las directrices que el Gobierno Mexicano señalo a las del proyecto de 1949.

Código Penal tipo para la República Mexicana de 1963 (9).

En el número 52 del Dictamen emitido por el segundo Congreso Nacional de Procuradores determina :

Para lograr la uniformidad de la legislación penal elaborese un código Penal Tipo en que se adoptan en la parte general las tendencias modernas de la norma, el delito, el delincuente a las penas y medidas de seguridad, consignadas en el catálogo de los delitos, las figuras delictivas necesarias para proteger todos

⁹ Castellanos Yusa Fernando. Enciclopedia de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa S.A. Decima Edición México D.F. 1977 pág. 13.

aquellos bienes jurídicos que el estado necesita tutelar, señalándose las penas cuyo mínimo y máximo tengan la amplitud suficiente para menor aplicación en el ámbito judicial.

El Proyecto de referencia contiene 365 artículos abarcando la parte general un total de 108 artículos contenidos en 8 títulos, la parte especial comprende del 109 al 365 distribuidos en 5 secciones. Este anteproyecto se encuentra acompañado de una exposición de motivos que se refiere a la parte general y especial habiéndose publicado opiniones de gran interés sobre el mencionado proyecto, superando así a los demás proyectos que nos hemos referido.

Los proyectos de 1949, 1958 y 1963 no tipifican al delito de disparo de arma de fuego o sea que esta superación hace posible que entrase en función la realidad natural que representa la tentativa de Homicidio, debido esto, a las críticas a la figura delictiva de disparo de arma de fuego, misma que tomo en cuenta la comisión encargada de elaborar el proyecto del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1949 la cuál estimó conveniente su superación al considerarse que careciendo de sustantividad propia identificaba con la tentativa de lesiones o de Homicidio.

La exposición de motivos del Código Penal de 1958 en su proyecto aceptó el mismo criterio expresando textualmente:

" La comisión estima pertinente no incluir en los delitos que comprende esté subtítulo los de disparo de arma de fuego y ataque peligroso porque ambos tal y como se encuentran en el código vigente constituyen una tentativa acabada de

lesiones o de homicidio y en el ataque peligroso se puede presentar incluso una tentativa inacabada de los mismos " (10).

En el proyecto del Código de 1963 en cumplimiento de una de sus recomendaciones del segundo Congreso Nacional de Procuradores siguió la misma técnica que los anteriores y suprimió a la figura delictiva de arma de fuego.

I.2.-CONCEPTO Y NATURALEZA.

Tomaremos en cuenta que para poder enter el concepto de disparo de arma de fuego debemos partir primeramente de lo que es agresión, ya que jurídicamente este concepto no significa nada hasta que el hecho es contra de una persona o grupo de personas formándose así una agresión.

AGRESION.- Figura genérica en el cual debemos partir para examinar después de las alteraciones que experimenta el tipo según varien algunos de sus elementos. (11).

AGRESION CON ARMA.- Esta no se da cuando unicamente se le muestra a otro el arma, jurídicamente, y de lo contrario se daría cuando se intenta lesionar cuando menos.

AGRESION.- Importa acometimiento y en consecuencia no se identifica con la

¹⁰ Castellano Tomé Fernando. *PROGRAMA DE DERECHO PENAL MEXICANO*. Editorial Porrúa S.A. México Edición México D.F. 1977 pág. 16.

¹¹ Sebastián Soler. *Derecho Penal Argentino Tomo III Tipografía Editorial Argentina*. Primera Edición. Buenos Aires Argentina 1957 pág. 198.

amenaza, aunque sea con la exhibición de un arma, pero tratándose de arma de fuego la agresión esta constituida por la acción de apuntar en forma amenazante, es decir creandose la situación de peligro equivalente a la del que ataca con un cuchillo o arroja una piedra.

Si el arma no esta cargada o lo esta con pólvora, no ha y agresión en el hecho de apuntar con ella aunque puede haber con ello coacción o violencia constitutiva de otro delito que como elemento no contenga ya el peligro corrido por la persona física sino la coacción del temor.

ARMA.- En forma genérica se le considera instrumento destinado a atacar o defenderse, es cualquier objeto de que el hombre se sirve circunstancialmente como medio de defensa o ataque, recibiendo este nombre los instrumentos de ataque y defensa constituidos especialmente para guerra, la caza o defensa personal.

En una agresión se aclara una expresion genérica que comprende no solamente los instrumentos que tecnicamente pueden llamarse sino todos los instrumentos necesarios para poder aumentar el poder ofensivo del hombre. No es necesario que se trate de un objeto duro, propio para golpear o herir, ya que es bien cierto que el que arroja un liquido inflamable a otro comete una agresión.

Juridicamente hablando lo que se requiere en la ley es que algo se emplee como arma en consecuencia lo decisivo es siempre la forma en que el objeto se emplee multiplicando las fuerzas. El puño cerrado no es arma pero la manopla si

lo es.

ARMA DE FUEFO.- Cuando aparece la pólvora (siglo XIV) aparecen la artillería y las armas de fuego portátiles como el arcabus (arma de fuego antigua semejante al fusil) y el mosquete Arma de fuego antigua, ligeramente más pesada que el arcabus).

La definición clásica de arma de fuego es la carga con pólvora, su defición moderna, son las que utilizan la fuerza expansiva de los gases de la pólvora o de otros explosivos para el lanzamiento o distancia de proyectiles.

Son las que se cargan con explosivos y proyectiles, independientemente del género y dimensiones de cada una de ellas, aquí encontramos de las ya citadas arcabuces y mozquetes, (arma de fuego portátil que consta de un tubo metálico de pequeño calibre montado en un armazón de madera y de un mecanismo que permite el disparo), la pistola (arma de fuego pequena), la ametralladora (arma de fuego automática de pequeño calibre que dispara los proyectiles muy rápidamente y por ráfagas), el cañon, el obus (pieza de artillería usada para lanzar granadas), etc. en la actualidad casi todas las armas de fuego son automáticas, esto es que después de cada disparo el arma se carga por medio de sus propios mecanismos, sin que intervenga el tirador.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO.- Se trata de una figura de agresión calificada por el medio empleado, siendo razonable que casi sea porque si la agresión consiste en crear una situación de peligro para la persona crece en la medida que aumenta

la potencia del arma empleada. Y esta crece genericamente para todos los casos, y en esta consideración así como abstracto lo que ha merecido mas atención de los comentaristas les ha hecho olvidar que aquel no constituye la base de la incriminación sino que solamente se agrega al Peligro concreto que la figura general requiere como toda agresión.

El peligro corrido real y concreto es lo único que justifica el hecho que esta infracción no se encuentre entre las figuras contra esenciales y por eso consideramos equívocas esas generalidades sociológicas acerca de la costumbre de usar armas con las cuales se intenta acordar fundamento de esa incriminación. Además conduce a equivocadas concepciones de la figura especialmente en lo que se refiere al verbo central disparar, ya que disparar un arma de fuego significa hacer funcionar el mecanismo del arma de manera que salga el proyectil. Lo disparado es el proyectil de modo que es necesario que el disparo produzca y no basta haber apretado el percutor.

Dispara un arma sin proyectil, gatillar un arma, etc. son acciones que no imputan a la comisión del delito, ya que no solo concurre el sentido gramatical sino el sentido de infracción genérica como figura de peligro real y concreto .

El disparo deber ser hecho contra una persona o grupo de personas sin que se exija una persona determinada, basta que se dispare poniendo en peligro la vida de esta e incluso se ignora a quién se dispara tipificandose con esto el disparo de arma de fuego.

La expresión contra una persona quiere decir físicamente dirigido a ella, no

es delito la acción de disparar al aire, la acción de realizar disparos que esten dirigidos moralmente a alguien tampoco es delito, tal es caso de amedrentar a alguien en la noche haciendo creer que se disparo contra persona alguna.

La conducta de este tipo penal, reviste la forma de acción dado que disparar el arma de fuego hace imprescindible una actividad o movimiento corporal siendo obvio que la conducta no puede presentarse en forma de omisión, por no ser factible dispara el arma mediante inactividad corporal. Disparar implica el acto de hacer funcionar un arma de fuego ya que directamente accionado el gatillo o indirectamente mediante cualquier medio apto a tal fin, originando con la acción ejercitada que el arma despidia el proyectil.

NATURALEZA

La ratio de este delito solo puede hallarse en la necesidad sentida, en la práctica judicial desde hace muchos años de arbitrar algún procedimiento para poder sancionar aquellos, ataques que encierren peligro para la vida humana, Groizard y Gómez de la Serna manifiestan que por una deficiencia de la ley es a consecuencia de falta de preparación científica de los llamados a aplicarla, era posible dejar acreditados los elementos constitutivos de la tentativa de Homicidio (12).

Plasmadose por primera vez la figura denominada en el Código de 1870 en el

¹² Jigónes Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo II. Editorial Porrúa S.A. Segunda Edición D.F. 1971 pág. 228.

artículo 423, Disparo de arma de fuego mismo que actualmente se encuentra en los códigos penales de diferentes países Hispanoamericanos. Este artículo del Código español de 1870 creó esta figura delictiva de la siguiente manera.

El acto de disparar un arma de fuego contra cualquier persona será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimos y máximos, si no hubiere concurrido en el hecho todas las circunstancias necesarias para constituir delito frustrado o tentativa de parricidio asesinato, homicidio o cualquier otro delito al que este señalada pena superior por algunos de los artículos de este código.

Analizando este precepto captaremos su deformada naturaleza jurídica, pues menciona un acto externo equivocadamente encaminado a lesionar el bien jurídico de la vida humana, disparar contra otro un arma de fuego no puede tener otra significación penalista a pesar de no estar probado que hubiera concurrido en el caso concreto las circunstancias necesarias para integrar un delito frustrado o una tentativa de parricidio, asesinato, homicidio o cualquier otro delito.

El delito de disparo de arma de fuego contenido en el artículo 306 del Código Penal vigente para México que describe la fracción I tiene una connotación distinta en el Código Español, pues no es ya como un delito auxiliar que entraba subsidiariamente en juego cuando el disparo no podría integrar una frustración o una tentativa de homicidio o de cualquier otro delito sancionado con pena mayor sino un verdadero tipo autónomo en el que se erige una figura delictiva sui generis una auténtica forma accesoria de conducta sometiéndola a una pena propia y cuantitativamente firme, el acto de disparar contra una persona o grupo

de personas es una tentativa de homicidio, siendo que dicho acto implica ontológicamente un peligro para la vida y esta regido 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 forma determinada o indeterminada, ya que la superlativa potencialidad mortífera del arma empleada y el limitado control que su uso ofrece puede causar la muerte.

El disparo de arma de fuego en el ordenamiento vigente en nuestro país es un delito especial, en la fracción I del artículo 306 se erige en **delicta sui generis** una específica conducta que tiene desde el punto de vista de la valoración penalística, la significación que corresponde a la tentativa de Homicidio y que el código para eludir las complejidades probatorias atiende al **animus necandi** tipificado especialmente.

Esta naturaleza especial del delito en examen es fecunda en consecuencias jurídicas principalmente :

- 1.- En el ordenamiento de la incompatibilidad del delito de disparo de arma de fuego con el homicidio en grado de tentativa.
- 2.- En el de la incompatibilidad del disparo de arma de fuego con los consumados de homicidio o de lesiones que pudieran surgir como defecto de áquel.

1.3.- SUJETOS.

Los sujetos vienen siendo la persona o grupo de personas , en sentido ético persona es el individuo humano en que se mezclan armónicamente dos elementos:

- a).- Común a los animales que es la individualidad.
- b).- De carácter absoluto y lo que se revela en la razón y la libertad (¹³).

En cuanto al individuo la persona es sustancia completa subsistiendo por si sola indivisible e incommunicable lo que se llama *lóadas* , en cuanto a la personalidad ética es sujeto racional y libre, dotado del alma inmortal, susceptible de derechos y deberes que actúa en el reino de los fines imputables y responsables, y como tal capaz de mérito y de pena.

Persona desde el punto de vista psicológico es la conciencia que el hombre posee del ser mismo y no otro, permanecer idéntico a pesar de las transformaciones del mundo interior y exterior.

En sentido jurídico persona es el sujeto de derecho, esto es el punto de referencia o centro de imputación (¹⁴). En realidad este ordenamiento es hecho para el hombre, pero el hombre a la vez existe como *subjectum juris* (sujeto del derecho) con relación al ordenamiento jurídico, esta relación entre subjetividad psicológica y la objetividad jurídica hace que el concepto de

¹³ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado Tome II Reverte Digest México S.A. de C.V. México Séptima Edición San Mateo Toluca Estado de México 1981 pág. 232.

¹⁴ Giuseppe Maggiore. *Derecho Penal Parte Especial*. Volumen IV. Editorial Temis, Segunda Edición Bogotá Colombia pág. 222.

personalidad se manifieste como esencialmente relativo a lo largo de todo el curso de la historia.

No se puede creer en la persona como una creación absoluta del derecho ya que en esta existe un elemento de creación intelectual y un elemento real por lo cual no solo la persona jurídica sino también la física pueden llamarse en cierto modo personas ficticias, hoy nada le podría impedir al derecho el reconocer algunos animales un principio de personalidad elevandolos para fines determinados a sujetos de derecho.

Derechos fundamentales de la persona humana, estos se pueden dividir en dos categorías:

a).- Derecho al nombre, a la dignidad y al honor.

b).- Derecho a la vida e integridad corporal.

Persona.- Deriva del griego *prosopon*, rostro aspecto y del verbo latino *personare* (sonar a través de) Fue al principio la máscara usada por los actores en el teatro griego y latino, en la que la boca estaba moldeada de manera que reforzara el sonido de la voz (ut *personare*), después era palabra sirvió para detonar. a demás de la máscara el personaje que trabajaba en escenas, haciendo con posterioridad anónima de sujeto de derecho . Esto acaeció durante el imperio . la antigua denominación de la capacidad jurídica del hombre fue *capitulus* cabeza del campo jurídico al término *persona* paso al ético, psicológico y al filosófico.

GRUPO.- Conjunto de personas o cosas reunidas en un mismo lugar, refiriendose a persona en sentido juridico tal y como ya quedo explicado en lineas anteriores.

1.4.-JURISPRUDENCIA.

A continuaci3n se sealaran los motivos principales respecto de la jurisprudencia del delito de DISPARO DE ARMA DE FUEGO.

- 1.- Elementos que deben conjuntar el tipo y los cuales se deben dar al momento de la conducta del sujeto activo.
- 2.- La absorci3n del delito de disparo de arma de fuego respecto a los citos de lesiones y de homicidio.
- 3.- Respecto a la autonomia del delito de disparo de arma de fuego relacionado con los delitos de lesiones y de homicidio.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO.- El hecho de accionar un arma es insuficiente para integrar el delito de disparo de arma de fuego en los t3rminos del articulo 306 fracci3n I del C3digo Penal Vigente , sino de disparar contra una persona o grupo de personas.

Amparo directo 494B/75 Luis Antonio Zucollio 26 de abril de 1976.Unanimidad de cuatro votos. Ponente Ernesto Aguilar Alv3rez.

Tesis que han sido precedentes.

Amparo penal revisión 8110/41. Uhart Fernández Ramon, 1o. de julio de 1942. cinco votos quinta época tomo LXXIII, pág. 23.

Amparo directo 1260/58. J. Asunción Luna García 16 de julio de 1958 cinco votos. ponente Luis Chico Goerne primera sala sexta época, volumen XIII segunda parte pág. 72.

Amparo directo 6497/62. Federico Apodaca Ramírez 12 de septiembre de 1963 cinco votos, ponente Alberto R. Vela primera sala, sexta época, volumen LXXV segunda parte pág. 16.

Amparo directo 1037/64. Salvador Murillo Villanueva 22 de septiembre de 1965, cinco votos ponente Alberto González Blanco, primera sala sexta época, volumen XCIX segunda parte, pág. 30.

Precedentes primera sala cinco por unanimidad.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO.- Si esta probado en autos de acuerdo que el acusado disparo hacia el viento y no contra persona, no se configuro el delito de disparo de arma de fuego por falta de uno de sus elementos materiales.

Amparo directo 6467/62. Federico Apodaca Ramírez 12 de septiembre de 1963,

Por unanimidad de cinco votos. Ponente el maestro Vela secretario Licenciado Salvador Sosa Ramos Primera sala. boletín 1963 pág 366 sexta época volumen LXXV segunda época pág. 16.

DISPARO DE ARMA CUANDO ES PUNIBLE.- El ilícito que sanciona la fracción I del artículo 306 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal y Territorios Federales, requiere necesariamente que el disparo se haya dirigido sobre persona alguna y no es sancionable cuando no se pruebe esa circunstancia aun cuando se produzca daños a un vehículo .

Amparo directo 1035/1964 Salvador Murillo Villanueva septiembre 22 de 1964 pag. 42 unanimidad cinco votos, Ponente el maestro. Alberto González Blanco. primera sala sexta época. volumen XCIX segunda parte pág. 30.

Primera sala informe 1965 título idéntico, tesis 714 pág. 304.

Tesis que indica que el disparo de arma de fuego debe subsumirse al delito de lesiones o el delito de homicidio según sea el caso y mismas que son las siguientes:

DISPARO DE ARMA DE FUEGO, ABSORCION DEL DELITO.- El artículo 306 del Código Penal Vigente para el distrito Federal dispone en su último párrafo que en las

sanciones que establece en su primera parte se aplicarán independientemente de los que correspondan por la comisión de cualquier otro delito. también es verdad que esto es para aquellas situaciones en que sea compatible una penalidad con otra, pero no ocurren así en el acaso del disparo es necesario para causar el homicidio, pues el hecho pone de manifiesto que ya no pueden integrarse dos ilícitos autónomos distintos, ni resulta compatible una sanción con otra y al considerarlo de otra manera es claro que se esta recalificando la conducta del activo por lo que resulta evidente que se violen garantías en su perjuicio.

Amparo directo 377/79. Lina Delfina Espinoza Castañeda 20 de julio de 1979, mayoría de tres votos. Disidentes Manuel Rivera Silva y Mario G. Rebolledo Fernández, primera sala septima época, volumen semestral 127-132 segunda parte pág. 92.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO.- Cuando se priva de la vida a una persona por medio del proyectil disparado por un arma de fuego, el delito consistente en disparar el arma de fuego no existe y solo hay que considerar el homicidio.

Tomo LI Solis Ortiz Rangel Tomo LII Varela Garcia Lauro. Tomo LV Origuela Beltrán Gabriel. Tomo LXI Estevez Granados Angel. Tomo LXXXVI Ricardo Enrique Jurisprudencia 110 quinta época pag. 232, sección primera volumen primero sala primera, apéndice de fallos de 1917 a 1954, se publicó con el mismo titulo en el número 369 pág. 304.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO.- No se puede considerar con autonomía el delito de disparo de arma de fuego cuando es medio para cometer una lesión, caso en que este ilícito absorbe el primero, puesto que el artículo 306 fracción I del Código Penal para el Distrito Federal, típica un delito de peligro y este queda consumido en el de lesión o daño, en virtud de estarse ante una concurrencia de normas incompatibles entre sí en lo que opera el fenómeno de la absorción de la norma menor, entidad valorativa en la de mayor amplitud.

Amparo Directo 576/B1. Juan F. Florin Nava. 30 de junio de 1980 Mayoría de tres votos, disidentes maestro, Manuel Rivera Silva y Mario G. Rebolledo, procedentes primera sala séptima época, volumen semestral 145-150 segunda parte pág. 93.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO. HETERONOMIA. DEL DELITO FRENTE AL HOMICIDIO CUANDO ESTE ES SU RESULTADO.- En los casos de homicidio realizado mediante la acción de disparar un arma de fuego esta figura debe quedar subsumida en aquella, pues la naturaleza incompatible de ambos tipos, por ser uno el delito medio y el otro delito fin, establecen entre ambos haciendo operar la regla consignada en el artículo 59 del Código Penal.

Amparo directo 74758/79 Juan Villalobos Martínez 25 de agosto de 1980 mayoría de tres votos, Ponente Fernando Castellanos Tena. Dicidentes Mario G. Rebolledo y Manuel Rivera Silva primera sala séptima época. volumen semestral 139-144 segunda parte pág.47 primera sala informe 1980 segunda parte tesis 33 pág.20.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO NO COEXISTE CON EL DELITO DE LESIONES QUE PUSIERON EN PELIGRO LA VIDA.- El delito de disparo de arma de fuego tutela como bien jurídico la seguridad de las persona. evitando el riesgo de perder la vida. el cual se corre si alguien dispara un arma de fuego sobre ellas. Pero si con el disparo se lesiona al ofendido el riesgo de causarle el daño se convierte en la realización del mismo y como ese dano puso a su vez en peligro la vida la ley aumenta la pena tanto por el daño como el riesgo de perder la vida. Por lo tanto debe considerarse indebido que el presunto deba penarsele doblemente por haber puesto en peligro la vida del ofendido y en consecuencia el delito de disparo de arma de fuego debe quedar subsumido con el delito de lesiones que pusieron en peligro la vida.

Amparo directo 8896/67 Juan Alvarado Rodríguez junio 7 de 1968 , unanimidad de cinco votos, ponente Manuel Rivera Silva, primera sala informe 1968, pág. 38.

Tesis referibles a la autonomia del delito de disparo de arma de fuego y siendo dicha jurisprudencia la siguiente :

DISPARO DE ARMA DE FUEGO CON LESIONES Y HOMICIDIO.- No viola el juzgador las garantías del presunto si en su sentencia acumula las penas correspondientes a los delitos de disparo de arma de fuego, lesiones y homicidio en su caso, porque el artículo 306 fracción I del Código Penal constituyen excepcion a las reglas de punibilidad del llamado concurso ideal, por tratarse de una norma específica derogativa de la disposición general.

Amparo directo 1880/1948 27 de febrero de 1957 Alejandro Mendoza Cuervo, resuelto por unanimidad de cuatro votos. excusa del señor Ruiz de Chavez srio. Lic. Fernando Castellanos Tena, primera sala, boletín 1957 pág. 191 quinta época tomo XCIII pág. 439.

Amparo directo 8271/1950. Jose Flores Zuniga. resuelto el 27 de Febrero de 1957 mayoría de votos. engroso el señor maestro Chávez Sánchez , srio. Fernando Castellanos Tena.

DISPARO DE ARMA DE FURGO. AUTONOMIA.- El delito de disparo de arma de fuego surge por el solo hecho de disparar un arma de fuego contra persona o varias personas, independientemente de los resultados según se desprende del último párrafo del artículo 306 reformado del Código Penal.

Amparo directo 5932/1970. Aurelio Basurto Hernández , junio 9 de 1971 unanimidad ponente maestro Abel Huitron y A. primera sala séptima época volumen 30 segunda parte pág. 22.

Tesis que han sentado precedente.

Amparo directo 4395/1979 Fernando Herrera Rangel . mayo 3 de 1971 unanimidad ponente maestro, Ernesto Aguilar Álvarez primera sala séptima época, volumen 29 segunda parte pág. 17.

Amparo directo 5059/70 Antonio Sánchez García , mayo 7 de 1971 unanimidad

ponente maestro Ernesto Aguilar Álvarez, primera sala séptima época, volumen 29 segunda parte pág. 17.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO, AUTONOMIA DEL DELITO DE.- En la jurisprudencia 110 página 232 de la segunda parte de la recopilación de 1917 a 1965 determina que el disparo de arma de fuego se subsume en el homicidio cuando el proyectil produce el resultado mortal, también lo es de acuerdo a la reforma practicada el año de 1968 al artículo 306 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal y Territorios Federales y sobre todo en los términos 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 inaceptable.

Amparo directo 4132/1970 Juvenal Flores Bustamante, unanimidad de votos septima época, volumen 25 segunda parte pág. 15.

C A P I T U L O I I .

DE LA TIPICIDAD

2.1.- TIPO Y TIPICIDAD

**2.2.- ELEMENTOS DEL TIPO Y
SU CLASIFICACION.**

**2.3.- CONCURSO APARENTE Y
PRINCIPIOS QUE LO FORMAN**

**2.4.- EL TIPO DE ESTE DELITO Y
BIEN JURIDICO TUTELADO.**

2.5.- CASOS DE ATIPICIDAD.

CAPITULO II.**DE LA TIPICIDAD.****2.1.- TIPO Y TPICIDAD.**

Para poder entender los conceptos de tipo y tipicidad hablaremos un poco de una trayectoria del primero de los citados así como de las características de la tipicidad.

En la literatura alemana se han señalado las siguientes acepciones tipo :

(¹⁸).

- a).- Tipo de Injusto (Unrechtstabestabd) conjunto de las características que fundamentan la antijuricidad de la acción.
- b).- Tipo total de injusto (Unrechts-Gesamtbestand) Comprensivo de las características fundamentadoras y excluyentes (causas de justificación) de la antijuricidad de la acción.
- c).- Tipo de culpabilidad (Schuldtatbestand) conjunto de característica que fundamentan la culpabilidad del autor.

¹⁸ Vid. por Todos H.H. Jeschek Lehrbuch cit. pág. 188.

- d).- Tipo de delito (delikstatbestand) que abarca conjuntamente las características pertenecientes al tipo de injusto y al tipo de culpabilidad, con exclusión de otros elementos del tipo como por ejemplo las condiciones objetivas de culpabilidad.
- e).- El tipo de la teoría General del Derecho (Tabestand in der Rechtstheorie) conjunto de presupuesto de los que depende la producción de una consecuencia jurídica. Aplicado a la Teoría del Delito conjunto de todos los presupuestos materiales (con exclusión de los procesales). que condicionan la aplicación de una pena. Abarca no solo las características relativas al injusto y la culpabilidad, sino también a las condiciones objetivas de punibilidad.
- f).- Tipo de garantía (Garantietatbestand) comprende la totalidad de las características que intervienen en la función de la garantía que esta llamada a cumplir la ley. Para que la ley penal cumpla esta función de garantía es necesario que determine todos los presupuestos materiales de la punibilidad y las consecuencias jurídicas que anuda a tales presupuestos.

Entendemos entonces que por TIPO el conjunto de características de la acción prohibida que fundamentan su antijuricidad (16).

El tipo de injusto es por lo tanto descripción de aquellas características

¹⁶ Jindas de Arce Luis. Tratado de Derecho Penal Tomo VIII. Editorial Losada Buenos Aires 1958 p.p. 228. 248.

positivas de la acción que en abstracto determinan su contrariedad a Derecho.

En concepto restrictivo de tipo en su acepción tipo de injusto, se anuda históricamente en la noción **CORPUS DELICTI**, que desempeñaba un papel fundamental en el proceso inquisitorial italiano de la Alta Edad Media. este Proceso se divide en dos partes; (17).

1.- **INQUISICION GENERAL**. En esta se reunían todos aquellos datos y elementos objetivos que servían para probar que se había cometido un hecho delictivo comprendiéndose esos elementos bajo el concepto de **Corpus delicti**, probada así la existencia objetiva de la comisión de un hecho delictivo.

2.- **INQUISICION ESPECIAL**. Tenía por objeto demostrar quién había sido el autor de ese hecho delictivo. Lo datos personales y subjetivos, investigados en esa segunda fase se comprendían bajo el concepto de **CERTITUNDO AUCTORIS**.

A la noción procesal de **CORPUS DELICTI** se le fueron atribuyendo cada vez mas funciones de carácter sustantivo como puede observarse, por ejemplo en la obra de STUBEL (1805), en referencia con el delito de Homicidio. La rigurosa formulación dogmática del concepto de tipo solo se operara, sin embargo en 1906 y su mérito corresponde exclusivamente a Beling, en su obra *Die Lehre Von Verbrechen* (teoría del delito) coloca el concepto de tipo en el centro de la dogmática del delito. Partiendo de las exigencias derivadas del principio de

¹⁷ *Tratado de Derecho Penal Tomo VII. Editorial Losada Buenos Aires 1968 pág. 344.*

legalidad, introduce por primera vez la tipicidad como elemento esencial del delito al lado de la antijuricidad y de la culpabilidad. Y en el año de 1930 remodela su doctrina en su monografía *Die Lehre Tatbestand* (la teoría del tipo), en donde concibe al tipo como la descripción valorativa Neutra de la Parte Externa-Objetiva de la acción punible destacando en ella tres características de esta concepción: (18).

- 1.- El tipo es pura descripción. No comprende pues, elementos normativos que entrañan juicios de valor.
- 2.- Es descripción de aspectos objetivos del hecho. No comprende ningún elemento subjetivo.
- 3.- Es valorativamente neutro y por consiguiente la relación de la tipicidad con la antijuricidad es de pura coordinación. El que una acción sea típica nada indica que aunque posible antijuricidad.

Beling consiguió asentar para siempre a la tipicidad como elemento esencial del delito, pero la evolución histórico-dogmática del concepto del tipo desbordo pronto características que el propio Beling le había asignado. Se destacó así mismo que existía la imposibilidad de sostener que el tipo del describe únicamente aspectos objetivos del hecho observándose en efecto (Hechler, M.E.

18 *Journal de Arts Lales. Tratado de Derecho Penal Tomo VII* Editorial Losada Buenos Aires Argentina 1968 pág. 244.

Mezger, Nagler lque numerosos tipos contienen elementos subjetivo. Se abandono de esta suerte el viejo criterio que atribuía todo lo objetivo a la antijuricidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad.

Poniendose de relieve la imposibilidad de sostener que el tipo es valorativamente neutro. Cuando el legislador decide tipificar una acción como injusto punible, es porque esa acción en principio aparece como ataque intolerable a bienes jurídicos fyundamentales por eso la relación de la tipicidad como la antijuricidad no puede ser, como en efecto era el pensamiento de Beling de Pura Coordinación. Se pasa así de una contemplación naturalístico-formal; a una consideración teleológica-valorativa del tipo, considerando Beling. que este aparecía como la descripción valorativamente neutro del aspecto objetivo del hecho. convirtiendose en la descripción de la acción en abstracto antijuridica que, precisamente en virtud del proceso de tipificación, se lleva al rango de injusto punible . Afirmando que es la **RATIO COGNOSCENDI** de la antijuricidad (teoría del indicio).

El tipo puede contener elementos de diversa naturaleza siendo estos típicos descriptivos que exigen al juez una simple comprobación de hecho y elemento normativo que implican una valoración por parte del juez.(¹⁸).

Dentro de los primeramente mencionados tenemos a los típicos descriptivos objetivos y subjetivos, típicos normativos que a su vez se subdividen en :

¹⁸ Jindas de Arda Lala. Obra Citada Pág 266.

- a).-Elementos del juicio cognitivo . Implican una valoración de la concreta situación de hecho, conforme a los datos y reglas que suministra la experiencia.
- b).-Elementos de valoración jurídica. Remiten a criterios contenidos en otras normas jurídicas.
- c).-Elemento de valoración cultural. Presuponen una valoración conforme a criterios ético-sociales, El punto de referencia esta constituido aqui, no por norma jurídica sino por normas culturales.

El tipo cumple con dos funciones principales: (²⁸).

1.- La de garantía. consagrada en el principio de la legalidad que exige que la ley determine con precisión y claridad todas las características tanto relativas al hecho delictivo como a las consecuencias jurídicas que se vinculan al mismo. Para aludir a la descripción legal de todas esas características se habla precisamente de tipo de garantía.

2.- INDICIARIA.-Cuando el legislador decide tipificar legalmente una acción como injusto punible, es porque esa acción, en principio aparece en abstracto como un ataque intolerable a bienes jurídicos fundamentales.

Enseguida indicamos el papel que juega la tipicidad dentro de la teoría del delito y una vez se ha comprobado que existe una conducta o hecho delictuoso

²⁸ Vid. R. Estruch *Tratado de Derecho Penal Tom. I.* cit. pág. 265.

debera de investigarse que haya adecuación al tipo y vemos que la Tipicidad es:

(21).

- a).- Característica esencial del delito.
- b).- Requisito del hecho según el derecho positivo.
- c).- Elemento esencial del delito.
- d).- Es una condición pero no elemento del delito
- c).- Constituye una relación conceptual.

El origen de la tipicidad ha sido objeto de análisis en Alemania y ha contagiado a nuestros penalistas y tiene su origen en Nacional Patria Tudesca .

(22).

En el párrafo 59 del Código Penal Alemán de 1870 dice:

* Si alguien al cometer una acción punible no conocia la existencia de circunstancias de hecho que pertenecen al contenido legal del hecho o elevar la punibilidad, no le deberan ser imputados esas circunstancias en el caso de castigar las acciones cometidas culposamente, esta disposición rige solo en

²¹ Calastino Porto Petit Casaduzp. Otra Citada Pág. 440.

²² Pedro Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal Tomo I. Editorial Temis Bogotá, Primera Edición Bogotá Colombia. 1987 pág. 483.

tanto que la ignorancia misma no sea debido a la culpa *.

La palabra Tatbestand quiere decir delito tipo, tipicidad, descripción legal, de manera que cuando el agente no tenia conocimiento de las circunstancias del hecho referidas a la figura descrita en este código no se le podía cargar su conducta. Esto era para constituir la doctrina del error y del dolo era indispensable a los juristas alemanes desglosar el Tatbestand en cuanto a su significado y su composición.

La tarea de precisar cuales con los contornos del Tatbestand es pertinente como dice Arfillón para evitar que se introduzcan todas las lucubraciones de Belling Meyer, Mazger, entre otros, olvidando que la teoría alemana de la tipicidad no apareció dentro de una auténtica construcción del derecho sino que se dió como un recurso contingente apto para dar cuenta en el mejor de los casos de una peculiaridad del Código Represor de Alemania .(23).

A continuación tendremos algunas definiciones del Concepto de Tipicidad:

JAVIER ALBA MUÑOZ dice que es la descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él.

CELESTINO FORTE PETTIT. - La tipicidad no debe concretarse única y exclusivamente al elemento subjetivo porque puede contener el tipo además algún elemento normativo o subjetivo del injusto de ambos a no ser que el tipo requiera unicamente el elemento subjetivo, dando como resultado la tipicidad es

²³ Perda Luis Carlos Otrera Citada pág. 488.

la adecuación de la conducta al tipo. que se resume a la formula **NULLUM CRIMEN SINE TIPO.**(²⁴).

PRADO ASPE. La tipicidad como elemento se da cuando el infractor que no es el destinatario arregla conforme a su conducta con escrupulosa exactitud a la hipótesis de la ley.(²⁵).

FRANCISCO BLASO Y FERNANDEZ DE MOREDA. La acción típica es solo aquella que se acomoda a la descripción objetiva aunque saturada a veces de referencias a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta generalmente que se reputa delictuosa por violar en la generalidad de los casos un precepto o una norma penalmente protegida.(²⁶).

JIMENEZ DE AZUA. La tipicidad es la exigida correspondencia o característica entre el hecho real o la imagen receptora expresada en la ley en cada especie de infracción.(²⁷).

LAURRANLO LANDAEBURO. La tipicidad consiste en una cualidad o característica de la conducta punible de adecuarse a la descripción formulada en los tipos de

²⁴ Celestino Porto Petit Cuestiones de Importancia de la Comisión Jurídica Penal. México D.F. págs. 37.

²⁵ Prado Aspe. Exposición General de Derecho Penal. Eugenio Florio Romasajo. México D.F. 1946 p.p. 238 y 232.

²⁶ La Tipicidad, la Antijuricidad y la Punibilidad Como Caracteres del Delito en su Noción Teórica Jurídico Criminológica II. p.p. 441 y 443.

²⁷ Jirónes de Arca Luis Tratado de Derecho Penal III. Buenos Aires Segunda Edición 1955 p.p. 744 y 745.

la ley penal. (28).

2.2.- ELEMENTOS DEL TIPO Y SU CLASIFICACION.

Como fundamentos legales tenemos que en la práctica penal había extendido de tal modo que el poder judicial que el juez podría castigar toda ilicitud culpable, toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción punible. Dirigiéndose para ello un ataque hacia el liberalismo naciente en el siglo XVIII afirmando la inseguridad jurídica que tal sistema importaba, a falta de una firme delimitación de las acciones que pidieran considerarse punibles el juez podía someter a una pena toda acción que la considera desagradable, pretendiendo antijurídica y podía imponer arbitrariamente una pena grave o leve para toda acción que estimara punible. Siguiendo este movimiento liberal la legislación posteriormente redujo el concepto de acción antijurídica, de común dominio de la ilicitud culpable siendo recordados y extraídos determinados tipos delictuosos previéndose para cada uno de ellos una pena concreta, y así quedaron como punibles ciertas formas de obrar antijurídicamente que no correspondían a ninguno de esos tipos numerados, exponiéndose el pensamiento:

El que de solo ciertos modos de conducta antijurídica (los típicos) son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública y además deben todos ser colocados en una firme escala de valores.

La antijuricidad y la culpabilidad subsisten como notas conceptuales de la

²⁸ Landeburo El Delito como Exigencia. Revista Penal I Número I pág. 471.

acción punible pero concurre en ellos. como característica externa la **TIPICIDAD** de modo que dentro de la ilicitud culpable esta delimitado el espacio dentro de lo cual aquellos son punibles, siendo que la acción punible lo es unicamente la acción típicamente antijurídica y culpable.

A continuación expondremos la clasificación de los tipos delictivos y el significado de cada uno de ellos (²⁸).

ESTRUCTURA INTERNA DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO

a) Elementos típico
objetivos

1.- Los elementos
descriptivos
del tipo

b) Elementos típico
subjetivo.

a) Elementos típicos
del juicio
cognitivo

2.- Los elementos
típicos
normativos

b) Elementos típicos
del juicio

²⁸ Celestino Forte Petit Ciudadanop. Obra Citada pág. 448.

valorativo.

- | | | | |
|--|---------------------------------------|-----------------------------------|-------------------------------------|
| | | a.a) Puede ser cualquier persona. | |
| | a) Sujeto. | a.b) Subjetivamente limitados | a.b.a) Delitos especiales |
| 3.- Los Elementos típicos relacionados con el autor y con el hecho | | | a.b.b) Delitos de propia mano. |
| | b) La acción y el objeto de la acción | b.a) Forma general | a.b.c) Delito especiales de autores |
| | | b.b) Forma especial mencionada. | |
| 4.-Tipos relacionados con la acción. | | Delitos de simple actividad | |
| | | a) Delitos de Peligro | |
| 5.-Tipos relacionados con el resultado | | | |
| | | b) Delitos de lesión. | |
| | | a) Agravados (Calificados) | |
| 6.- Tipos fundamentales | | | |
| | | b) Atenuados (privilegiados) | |

a) Acumulativos

7.- Tipos simples y
compuestos

b) Permanentes.

8.- Tipos fijos y mixtos

a.a) En sentido amplio

9.- Tipos cerrados y
tipos que necesi-
titan un comple-
mento.

a) Leyes Penales
en Blanco

a.b) En sentido estricto

Elementos del tipo cognitivo. En estos el juez deduce en un juicio con arreglo a los conocimientos generales que ofrece la experiencia en el caso de la verdad o no verdad del hecho o de toda especie de peligrosidad.

Elementos típicos del juicio valorativo. Exigen valoración en sentido estricto en el caso de maltratar o de integrar o de necesidad.

Elementos típicos relacionados con el autor o el hecho. Los distintos elementos que integran los tipos, se trata por un lado de conceptos legales que tienen en cuenta la persona del autor por otro de conceptos que se refieren a la acción y el resultado por lo que encontramos que la acción y el objeto de la

acción en este caso la teoría de la ley es distinta, ya que la acción y el objeto están mencionados por lo común en forma del todo general sin destacar por ejemplo medios determinados del objeto de la acción. Es indiferente la acción o la forma en que ha sido causada la muerte del hombre o que cosa la ha sido dañada.

Objeto de la acción. Debe entenderse el objeto material sobre el que la acción es ejecutada, se diferencia del objeto de protección que es el objeto que la ley depara para su protección, puede coincidir ambos objetos como ocurre a propósito de el hombre que es no es necesario que ello ocurra siempre.

El objeto de la acción es la cosa material y en cambio el objeto de protección es el derecho de propiedad sobre la cosa.

Medios o formas de comisión especialmente mencionadas.- No están incluidas en el tipo de las acciones que no responden a estos requisitos. Así se presupone como medio de comisión una acción engañosa como medio para perjudicar, incluyendo aquí determinadas relaciones especiales o temporales como el carácter público, no siempre el trato especial y temporal del delito es el modo y el tiempo sin perjudicar y sin fin a veces está prevista una intención más rígida del objeto de la acción.

Sujeto. Entendiendo con ello al de la acción jurídica penal y por lo cual ocurren en dos formas:

a) Se encuentra en la mayoría de las disposiciones penales contenidas en la parte especial y las cuales empiezan con las siguientes palabras: * El que

prive de la vida * * el que * puede ser sinónimo de cualquiera.

b) Existen tipos subjetivamente limitados, es decir tipos en donde el autor puede ser solamente un círculo determinado de personas, un extraño no puede ser tomado en cuenta como autor. Como ejemplos tenemos a los llamados delitos especiales, en los que la ley menciona muy especialmente a personas calificadas que son muy exclusivamente autores como son los empleados públicos, los abogados el conyúge, etc. además también ofrecen ejemplos en tal sentido los llamados de propia mano en los que puede ser autor la persona que actúa media directamente no tomándose en cuenta, por lo tanto la autonomía mediata, finalmente los tipos especiales de autores como ser el delincuente habitual peligroso etc.

Elementos descriptivos del tipo. Se dan frente a cosas o sucesos externos, perceptibles por los sentidos como frente a procesos y estados psíquicos, por lo que se les puede considerar como los elementos objetivos del mundo sensible externo como la cosa mueble, el hombre, etc.

Elementos típicos subjetivos. Se refieren a sucesos psíquicos que se realizan en el interior del autor, especialmente en los casos de los elementos subjetivos del injusto ya descritos con las intenciones, pero corresponde también mencionar a la satisfacción del instinto sexual, a estos elementos pertenecen asimismo los sucesos psíquicos no situados en el interior del autor, por ejemplo el hecho relacionado con el hecho de causar escándalo.

Elementos típicos normativos. El juez no puede atenerse a la simple descripción que se hace en la ley, sino debe de realizarse un juicio ulterior

relacionado con el hecho.

Tipos relacionados con la acción. En estos es suficiente que el autor despliegue una actividad determinada, sin que sea necesario que la misma sea acompañada de un resultado, en este sentido podemos mencionar como ejemplo, los informes falsos dados a una autoridad, el de proferir una amenaza etc.

Tipos de resultado. Además de la actividad desplegada de producción de un resultado determinado, se puede hablar a lo sumo de una tentativa por ejemplo, el robo que requiere de un apoderamiento de una cosa mueble etc. En estos encontramos dos tipos:

a) Los de lesión. El mismo peligro no es suficiente sino que debe producirse de arreglo al tipo de lesión de un bien jurídico tutelado, por ejemplo la muerte. El hecho de perjudicar la salud constituye sin lugar a duda una lesión de salud, pero en cambio es indiscutible si en el maltrato corporal existe una lesión en este sentido o si la verdadera lesión no constituye un requisito esencial.

b) Los de peligro. En estos la producción de un peligro en el sentido que hemos expuesto forman parte del tipo, esto vale con mas exactitud con respecto del peligro concreto. Peligro abstracto en actos de peligrosidad general de la acción de lugar a la sancion penal y puede aplicarse al castigo aun en el caso que no se haya producido en concreto peligro especial alguno.

Tipos Fundamentales. Sirven como formas nucleares para estructurar en particular grupos mas grandes de delitos. como ejemplo tenemos a las lesiones y sus diferentes modificaciones pueden ser:

- a) **Agravados** (calificados) cuando la penalidad aumenta
- b) **Atenuados** (privilegiados) cuando la penalidad disminuye.

Tipos Simples. Se dan por lo comun en los tipos fundamentales pero no se limitan a ello aun en el caso de un tipo fundamental.

Tipos Compuestos. Se dan formandose de un tipo especial por agregarse a una característica anterior.

Tipos Fijos. Pueden ser de una forma .

Tipos Mixtos. Reune a Varios tipos de una unidad o bajo una sola sanción penal.

Tipos Cerrados. Llevan por si mismos todas las características del hecho punible correspondiente.

Tipos Complementados.- En forma externa remiten a complementados que se encuentran fuera de ellos.

Esta técnica legal es frecuente en las leyes juridico penales accesorios y

se denominan tambien leyes penales en blanco los que pueden ser :

a) En sentido amplio. Cuando el necesario cumplimiento y complemento estan contenidas en la misma ley ty por lo menos en otra ley emitida por la misma autoridad legislativa.

b) En sentido estricto. En los cuales es necesario complemento y este se encuentra en otra ley emanada de otra autoridad legislativa.

CLASIFICACION DE LOS TIPOS.

1.- Tipos fundamentales o básicos.

a) Tipo especial privilegiado

2.- Tipos especiales.

b) Tipo especial cualificado

3.- Tipos independientes o
autónomos.

a) Tipo complementado privilegiado

4.- Tipos complementados,
circunstanciados o
subordinado .

b) Tipo complementado cualificado

5.- Tipo presuncional complementado, circunstanciado o subordinado cualificado.

6.- Tipos de formulacion simple

7.- Tipos de formulación casuística

8.- Tipos Mixtos alternativamente formados,

9.- Forma de conducta en los altamente formados.

a) Alternativamente o acumulativamente en forma libre.

b) Alternativamente o acumulativamente en forma casuística.

10.- Tipos mixtos acumulativamente formados.

c) Acumulativamente en forma casuística o libre

d) Alternativamente en forma casuística o libre

11.- Tipo de resultado cortado o de consumación anticipada.

Tipos fundamentales o básicos_Es aquel que no deriva de tipo alguno y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo.

Tipos Especiales. Contrasta con el delito fundamental o básico, si existe el delito especial que en forma autónoma se agrega al tipo fundamental o básico con otro requisito y se subdivide a la vez en:

1.- Especial privilegiado. Se forma autonomamente agregando al tipo fundamental otro requisito que implique atenuación o disminución de la pena.

2.- Especial cualificado. Se forma autonomamente agregando al tipo fundamental o básico otro requisito que implica aumento de la pena.

Tipos Independientes o Autonomos. Tienen vida o existencia propia en este tipo existe gran controversia ya que existen diversos criterios en los cuales tenemos que:

JIMENEZ DE AZUA dice que en cierto modo los delitos o tipos especiales a pesar de proceder de otra naturaleza fundamental, adquieren relativa importancia por hallarse la completa descripción en el propio tipo específico calificado o privilegiado.

FORTE PETTIT indica que los tipos fundamentales como los tipos especiales son autonomos, tienen absoluta independencia.

MEZGER Y JIMENEZ DE AZUA sostienen que el delito especial tiene plena independencia y dice Mezger se habla de un delito sui generis en contraste al delito básico simplemente cualificado o privilegiado cuando tendiendo en cuenta el sentido y conexión de los diversos artículos de la ley, la causa de agravación o atenuación es utilizada para formar el hecho punible, nuevo independiente pero estos casos y desde el punto de vista del sistema solo hay en verdad una simple modificación del tipo básico, pero jurídicamente surge un delito que posee una relativa independencia.

Tipos complementados, circunstanciados o subordinados. Este necesita para su subsistencia del tipo fundamental o básico, añadiéndose una circunstancia pero sin que se origine un delito autónomo y a su vez se subdividen en:

a) Complementado privilegiado. Necesita para existir el tipo fundamental, básico agregándose una circunstancia atenuándolo.

b) Complementado cualificado. Es igual que el privilegiado pero se agrega la circunstancia para agravar la pena.

Tipos presuncionalmente complementado, circunstanciado o subordinado cualificado. Se podría hablar de este tipo cuando concurren cualquiera de las hipótesis señaladas en el artículo 315 párrafo final del código penal vigente lo cual hace alusión a incendios, minas, inundaciones, bombas etc.

En estos casos el tipo fundamental o básico, lesiones u homicidio, se agregan las circunstancias mencionadas agregándose el tipo básico presuncionalmente

premeditados.

La diferencia entre tipo especial y tipo complementado circunstanciado subordinado, es indudable ya que el tipo especial necesita para su existencia del tipo fundamental o básico, pero una vez creado el tipo especial se independiza del básico o fundamental tiene autónoma sustantividad propia, pues, como indica Sammer se ha hecho independiente como la colonia deja la metropoli y sus propias leyes *sui generis*.

Por otra parte el tipo complementado aunque necesita igualmente al delito básico no tiene autonomía Jiménez Huerta hace notar que se diferencian entre si los tipos especiales y complementados en que el tipo especial no solamente la excluye sino aparece presuponiendo su existencia a la que se agrega como aditamento a la norma que contiene suplementaria circunstancia o peculiaridad.

Tipos de formulación libre. Antolesi afirma que son tipos de formulación libre aquellos delitos que pueden ser realizados con cualquier actividad que produzca un determinado resultado.

Pannain dice que el delito de formulación libre es la actividad productora del resultado no esta descrita o determinada en el precepto penal, delitos de formulación libre son aquellos en que la ley se limita a enunciar el comportamiento genérico susceptible de comprender en su noción infinita variedades, prefiriendose en sustancia ponere de relieve ciertos resultados y la relación de causalidad, esto es una actividad cualquiera productora del

resultado.

Tipo de formulación . es aquel que no se señala en forma casuística la actividad productora del hecho típico, pudiéndose en cualquier medio idóneo producirse o realizarse el núcleo contenido en el tipo.

Al referirse a un tipo de formulación libre no significa que sea limitada en cuanto a los medios, la posibilidad de la producción del resultado, ya que no obstante señalar en forma casuística la actividad productora del resultado típico, esta solamente puede realizarse con aquella actividad idónea para ese fin.

Por lo tanto la formulación libre termina en tanto la actividad no es apropiada para producir el resultado material y consecuentemente no hay delitos de formulación libre en forma absoluta.

Tipos de formulación casuística. Aquel en que se señala casuísticamente la conducta productora del resultado típico.

Tipos mixtos alternativamente formado. En estos es suficiente una sola conducta productora del resultado típico.

Mezger sostiene que la * o * expresa con frecuencia tan solo diferentes modificaciones del tipo. todas ellas tan solo modificaciones del tipo, todas ellas igual valor y enumeradas en forma casuística, careciendo de propia independencia y por ello son perturbables entre si debiendo ser determinadas

alternativamente en el proceso judicial.

Grispigni. Dice que a veces la figura delictiva legal al inducir una especie de conducta señala alternativamente dos, en el sentido de que el delito puede estar constituido por una o por la otra. En este caso nos encontramos en presencia de un tipo alternativamente formado, en que tiene una función básica el * o * y lo que significa a veces, es decir según Bebing distintas modalidades equivalentes dentro del mismo tipo delictivo.

Formas de conducta en los tipos alternativamente formados.

- a) Las conductas previstas en el tipo se concretan en un no hacer es decir comisivas alternativamente.
- b) Las conductas previstas en el tipo se concretan a hacer o en no hacer alternativamente.
- c) Las conductas previstas en el tipo se concretan en un no hacer o sea una inactividad, una omisión alternativamente.

Tipos mixtos alternativamente formados. Se da cuando las conductas o hechos que contienen esten previstos en forma acumulativa y puede existir reglamentos.

- a) Alternativamente o acumulativamente en forma libre.
- b) Alternativamente o acumulativamente en forma casuística.

c) Acumulativamente en forma libre o casuística.

d) Alternativamente en forma libre o casuística.

Tipos de resultado cortado o de resultado o comisión anticipada. Antolesi considera que un delito de consumación anticipada lo constituye el medio común para la existencia de la tentativa hasta para la consumación.

Cavallo. Es el que dice que en estos delitos la tentativa es equivalente a la consumación.

Maggiore. Piensa que en los llamados de consumación anticipada por voluntad de la ley, la tentativa se equipara a la consumación.

Jiménez de Azúa. Estima que delitos de resultado cortado son aquellos en que la impaciencia del legislador hace que la consumación se anticipe, considerando como tal, actividades que de otro modo deberían atenderse como y meramente preparatorias.

CLASIFICACION DE LOS TIPOS.

- 1.- Presupuesto de la conducta
o hecho.

2.- Elementos típicos
objetivos.

- a) Estados y procesos susceptibles de ser determinados especial y temporalmente perceptibles por los sentidos, fijados en la ley en forma descriptible.
- b) Edos. y procesos anímicos en otras personas que no sean precisamente del autor.
- a) Referencias temporales.
- b) Referencias especiales
- c) Los tipos exigen determinados medios, delitos con medios legalmente determinados.
- d) Elementos del juicio cognitivo.

3.- Referencias exigidas
por el tipo.

- e.a) Elementos con valoración jca.
- e) Elementos normativos.
- e.b) Elementos con valoración cultura
- f) Elementos subjetivos del injusto.

- a) Delito indiferente.
- b) Delitos propios, especiales
o exclusivos.

4.- Sujeto Activo.

- c) Delitos de propia mano.

d.a) Monosubjetivos

- d) Respecto del numero de
sujetos.

d.b) Plurisubjetivos.

- a) Delito personal.

5.- Sujeto pasivo.

- b) Delito impersonal.

a) Bienes individuales

b) Bienes de la colectividad

6.- Respecto al objeto jco.

c) Bienes disponibles.

d) Bienes no disponibles.

Presupuestos de la conducta o del hecho. Forman prte del tipo el presupuesto

de la conducta o del hecho originando su ausencia de atipicidad.

Elementos típicos objetivos. La doctrina se refiere a tipos descriptivos en los que figuran:

a) Estados y procesos externamente susceptibles de ser determinados especial y temporalmente, perceptibles por los sentidos, objetivos y fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva.

b) Estados y procesos anímicos en otras personas que no es precisamente el autor.

Forman parte del tipo, el elemento material que está constituido por la conducta o hecho originándose los delitos de mera conducta o de resultado material.

Referencias exigidas por el tipo. Forman parte del tipo las modalidades de la conducta, referencia del tiempo, lugar, referencia legal a otro hecho punible o referencias de otra índole, exigidas por el tipo y los medios empleados.

El tipo generalmente no constituye referencias de la conducta y por lo tanto de existir son irrelevantes para la existencia de la tipicidad por no ser exigidas.

Jiménez de Azúa nos dice que en la mayor parte de los casos de modalidades de los casos de la acción, es decir referencias temporales y especiales de

coacción y los medios empleados no interesan para el proceso de subsumir el hecho en el tipo penal, pero hemos que el tipo puede requerir las referencias a que se han hecho alusión, en consecuencia debemos de hacer una valoración de cada una de ellas:

a) Referencias temporales. El tipo reclama en algunas ocasiones alguna referencia de tiempo y de no ocurrir no se da la tipicidad.

Mezger dice que la ley a veces establece determinados medios temporales como exclusivamente típicos y por lo tanto no caera en el tipo de ejecución en tiempo distinto en que señala la ley.

b) Referencias especiales, o sea de lugar. Mezger dice que la ley exclusivamente fija como típicos determinados medios legales de comisión del delito y que la ejecución del acto en otro lugar no recae bajo el tipo, y por tanto es necesario para que exista la tipicidad que concurren estas notas locales exigidas por el tipo.

c) Exigidas en cuanto a los medios de comisión. La mayoría de los tipos en numerosos casos exige determinados medios originándose los tipos llamados delitos con medios legalmente determinados o limitados, es decir que para que pueda darse la tipicidad tienen que concurrir los medios que exige el delito correspondiente.

Mezger expresa que por delitos, por medios legalmente determinados debemos entender aquellos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce no mediante cualquier realización de resultado último, sino solo

cuando este se ha conseguido en forma que expresamente lo determina.

d) Elementos del juicio cognitivo. Mezger coloca entre los elementos típicos descriptivos y los normativos, a los elementos del juicio cognitivo, consideró que se trata de características típicas sobre las que recae un determinado juicio con arreglo de la experiencia y conocimiento que este propicia.

e) Elemento subjetivo del injusto. Características subjetivas o sea situadas en el alma del autor.

Sujeto Activo. Es el requerido por el tipo, es un elemento de este, y que no se concibe un delito sin áquel debiéndose entender por este el que interviene en la realización el delito como actor o coactor.

El sujeto activo puede ser cualquiera y en cuanto nos encontramos a un delito común o indiferente pero en ocasiones el tipo exige determinado sujeto activo es decir una calidad en determinado sujeto, originándose con ellos los llamados delitos propios, especiales, o exclusivos es decir, que el tipo restringe la posibilidad de ser autor del delito, de integrar el tipo con relación a aquel que no tiene dicha calidad exigida; concepto de delito especial que posee es decir de Mezger destacada significación, práctica de la teoría de la delincuencia indicando que la limitación del círculo de los que pueden ser actores en los llamados delitos especiales, no supone que las personas que no pertenecen al mismo círculo, esto es, los no cualificados (extraños) no pueden

en abosulto ser sujetos activos del delito pero queda la posibilidad de que participen en el hecho como cómplices y sean por tanto sujetos del delito advirtiéndose de los que antecede, la tipicidad solo se dará cuando el sujeto activo tenga la calidad demandada por el tipo.

Delito especial. Dice Maurach que reciben este nombre cuando aquellos hechos punibles que si bien puede ser cualquiera el que los cometa motivan una punición agravada de ser realizados por una determinada esfera de autores, siendo delitos especiales en sentido amplio variedades típicas no autónomas del delito básico.

Delitos de propia mano. Son aquellos en que el sujeto activo esta limitado al igual que los tipos propios, especiales o exclusivos, originándose los delitos de propia mano que son aquellos que la conducta delictuosa la realiza personalmente el sujeto.

Sujetos activos. Estos se dividen en:

a) Monosubjetivo. Es aquel que el tipo puede realizarse por uno o más sujetos

b) Plurisubjetivos. Requieren de dos ó más sujetos y estos se clasifican en:

a.a) Sentido amplio.

a.b) Sentido propio.

Sujeto pasivo. Debe existir sin olvidar que no se da un delito sobre el mismo modo porque no es admisible un desdoblamiento de la personalidad humana, de que

esta puede considerarse a un mismo tiempo desde cierto punto de vista como sujeto pasivo y como sujeto activo cuando la conducta del sujeto no recae sobre si mismo no viene a ser sujeto pasivo, sino objeto delictuoso.

Bettioli considera que en todo delito existe los sujetos pasivos, uno consistente en el estado, administración que se hace presente en todo delito, por cuanto que todo delito es violación de intereses punitivo estatal y otro eventual dado que el titular del interés concreto violado por la infracción y que se toma especialmente en consideración por motivo del caso de consentimiento de derecho inherente a la querrela y de la acción civil puede hacerse valer en el curso de procedimiento civil o en el mismo procedimiento penal.

Por lo regular el sujeto pasivo es diferente al objeto material del mismo, sin embargo en algunos casos el sujeto pasivo significa o se identifica al objeto material como sucede en la violación, estupro, etc.

El tipo puede igualmente exigir determinada calidad al sujeto pasivo y de no existir esta no puede darse la tipicidad, originandose cuando el tipo requiere tal calidad en delito personal y cuando el sujeto pasivo puede ser cualquiera se trata de un delito impersonal.

Pudiendose presentarse las siguientes hipótesis:

- 1.- Que el sujeto pasivo y el activo sean los mismos.
- 2.- Que el sujeto pasivo y el activo sean diferentes.
- 3.- Que el sujeto pasivo sea diferente al objeto material.
- 4.- Que el sujeto pasivo sea el objeto material.
- 5.- Que el sujeto pasivo sea distinto de la persona sobre la cual se lleva a cabo la conducta o hecho delictuoso.

Objeto Material jurídico. El objeto forma parte del tipo pues es inconcebible este sin áquel pudiendo ser le objeto jurídico o material.

Los bienes jurídicos se deben de distinguir en bienes individuales y bienes de la colectividad , en bienes disponibles y no disponibles, bien jurídico es el valor tutelado por la ley penal.

CLASIFICACION DE LOS TIPOS. (39).

- 1.- Normales y anormales.

³⁹ Castellanos Teza Fernando. Los delitos Elementales de Derecho Penal Parte General. Editorial Porrúa S.A. México D.F. México Edición México 1976 p.p. 171 y 172.

2.- Básicos.

3.- Especiales.

4.- Complementados.

5.- Autónomos o independientes.

a) Alternativamente formados.

6.- Formulacion cauística.

b) Acumulativamente formados.

7.- Subordinados.

8.- Formulación precisa.

9.- De daño, lesión o de peligro.

Tipos Normales. Se refieren a situaciones permanentemente objetivas pero a veces incluyen elementos normativos y subjetivos en los casos del homicidio (normativos), estupro (objetivos).

Tipos Anormales. Se necesita establecer una valoración, puede la descripción legal contener conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto y entonces se esta en presencia del elemento subjetivo (engaño en el

fraude).

Básicos. Se agrupan alrededor de otros tipos. ejemplo los delitos contra la vida.

Especiales. Formados por el básico, los otros requisitos cuya nueva existencia excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial.

Complementados. Se integran con el básico y circunstancias distintas ejemplo (homicidio calificado).

Los tipos especiales y complementados pueden ser privilegiados o agravados como ya se explicó anteriormente, según resulte de un delito mayor o menor penalidad por ejemplo. el infanticidio, parricidio, etc.

Autónomos o Independientes. Tienen vida propia sin depender de otro tipo.

Subordinados. Dependen de otro tipo por su carácter circunstanciado por el tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de este al cuál no solo complementa sino se subordina.

Formulación casuística. En estas el legislador no describe una modalidad única sino varios fines de ejecutar el delito y se clasifican en :

a) Alternativamente formados. Se prevén dos ó mas hipótesis comisivas y el

tipo se complementa o se forma con cualquiera de ellas ejemplo; adulterio, domicilio conyugal o escándalo.

b) Acumulativamente formado. Se exigen en estos dos conductas ejemplo: vagancia y malvivencia.

2.3.- CONCURSO APARENTE Y PRINCIPIOS QUE LO FORMAN.

Mencionaremos cuatro casos de concurso delictivo:

a) Una sola acción ocasiona distintas lesiones jurídicas. Concurso Formal.

b) Varias acciones producen una sola lesión. Delito continuado.

c) Diversas acciones ocasionan varias lesiones. Concurso Material.

d) El delito se comete después de que el agente ha sido sentenciado por uno anterior; reincidencia.

Bernarl Quiroz. menciona que se pueden articular en cuatro posturas las relaciones que pueden mediar.

1.- El delito y el delincuente

2.- Delito y un delincuente

3.- Un delito varios delincuentes

4.- Varios delitos varios delincuentes.

Concurso Formal segun los clásicos se da una criminalidad cuantitativa superior, quien comete varios delitos debe ser reprimido mas duramente que el que comete uno solo. Y conforme a los positivistas la acumulación de acciones revela mayor peligrosidad, de modo que el responsable despierta más vigorosamente al mecanismo de la defensa común.

Debido a que no ha existido acuerdo respecto a la forma como se producen las sanciones, se conocen cuatro sistemas los que a continuación se mencionan: (31)

I.- Acumulación Material. Deben imponerse penas correspondientes a los delitos cometidos. Couche opina que es de aplicación imposible tanto desde el punto de vista objetivo como desde el punto de vista moral. En los países en donde existe pena de muerte sería impracticable la acumulación en esta con una temporal. La suma de las sanciones privativas de la libertad resultaría a veces tan considerable que no alcanzaría a pagarla nunca el criminal.

II.- El de la Absorción. Aplicar la pena señalada por el delito mas grave y que tiene el enorme defecto de dejar impune la infracción considerada como de menor importancia. Hecho que induciría al delincuente rodear su acción principal de una pluralidad de delitos menores ya que estos escaparían al central de la

³¹ Peres Carlos, *Concurso Absoluta de Tipos Teoría de Derecho Penal Volumen II*. Teoría Bogotá Primera Edición Bogotá Colombia 1947 pág. 66.

Justicia.

Desde el Derecho Romano ya existía la acumulación material en el principio, **TOT DELICTA TOT PENA** como la absorción con la fórmula **POENA MAIOR ABSORBET MINORE** fórmula que el derecho germanico tomó con más fuerza y como un principio.

El derecho romano tomo dos máti ces distintos, dado que, en efecto una veces la acumulación de las penas es matemática como la mencionada, otras veces es jurídica, consistente en modificar las penas correspondientes a los distintos delitos, de modo que ganen en intencidad, tomando generalmente la pena aplicable al delito mas grave y aumentandola en una proporción determinada. siendo este último el mas aceptable en las legislaciones.

Impallomeni dice que los delitos concurren pero no se acumulan, debiendo aumentarse la responsabilidad del delincuente al crecer el numero de infracciones . cada nuevo delito que se realice no es fuente de una responsabilidad nueva, sino una causa ulterior agravante de responsabilidad. Si el autor de varias infracciones se presenta en el juicio con responsabilidad única, no hace cumulo de responsabilidades penales, sino diversos delitos que actuan como causa concurrente de una sola incriminación. Y si no hay cúmulo de delitos habra menos cúmulo de penas.

III.- Concurso ideal de delitos. Existe cuando en una sola acción se violan varias disposiciones penales. El hecho criminoso puede ser comisivo u omisivo.

Dandose este concurso cuando a la vez de un solo acto se da por resultado

dos ó más delitos, tan unidos hasta en la propia persona de la víctima de ordinari, que no es posible distinguirlos sino intelectualmente. Puede decirse que en el, concurren con toda perfección las tres unidades de lugar, de tiempo y de víctima. Como ejemplo pondremos que en un duelo han sobrevenido lesiones aquí de un solo acto se derivan dos delitos, el duelo y las lesiones. Unas lesiones cometidas sobre una mujer embarazada a consecuencia de las cuales se produce un aborto; hay casos que sin embargo en aquellas unidades se descomponen creandose situaciones más extrañas; como por ejemplo el de que buscando a su enemigo para ofenderlo dispara sobre otro y lo hiere, en cuyo supuesto, según algunos prácticos hay una tentativa, o mejor dicho, un delito frustrado; de homicidio doloso y otro considerado de delito culposo, aquel y este sobre personas distintas.

Nos damos cuenta que en primer elemento del concurso ideal la unidad de acción, la expresión de un mismo hecho quiere decir una misma acción porque, nuestra ley, admite ambas para representar la actividad psíquica del agente. Con ellas se traduce también la palabra delito o sea la calificación de esa actividad como antijurídica. Hecho pues significa, conducta, acto ejecución que modifica al mundo exterior.

La ley puede haber dicho igualmente el que con un mismo acto ó el que una misma acción sin que variare el sentido del precepto, aunque es preciso conservar o convenir que la palabra hecho es la mas adecuada porque esta comprende aquellas ya que el hecho ese la actividad, psíquica y física; es una consecuencia de las dos fuerzas (objetiva y subjetiva) para emplear términos de Carrara.

El empleo de la palabra hecho, evita las sùtiles distinciones que vió obligado a formular Jose Irueta Joyena, en la nota explicativa del código uruguayo acción dice Irueta es el genero, acto es la especie, toda acción es un acto pero no todo acto es una acción ; en una acción puede haber cierta diferencia de actos , la acción de robar.

Bayardo Bengos, recuerda este ejemplo, Si Juan sustrae una docena de naranjas de un árbol plantado en el huerto de Pedro, ha cumplido una acción única y un delito simple e instantaneo, aunque haya tenido que realizar mas movimientos es decir 12 actos.

En concurso formal del delito es unico subjetivamente, no obstante que las violaciones sean múltiples, la ley unifica la responsabilidad teniendo en cuenta el elemento interno. Pero como no es igual ser causa de un delito que ser causa de dos ó más delitos, la pena se aumenta en la proporción indicada.

El criterio subjetivo se complementa asi con el objetivo del resultado pero esto solo no dice nada. Por eso, habiendo una sola intención, como en el caso que acabamos de mencionar, la concurrencia de varias violaciones esta modificada en virtud del concurso formal.

No puede existir unidad de delito en donde a la pluralidad de lesiones jurídicas se acompaña de una pluralidad de resoluciones delictuosas sino solamente en donde varias lesiones jurídicas sean el producto de una resolución delictuosa, ello es, sean acompañados por un solo elemento moral del delito.

Si todos los hechos cometidos por el mismo agente tienen su elemento moral (doloso o culpa), si verdaderamente se han cometido varios delitos hay concurso material, si en ellos hay solamente un elemento moral no puede afirmarse que haya varios delitos, y por ello los resultados se unifican en el concurso formal.

El segundo elemento del concurso ideal es pluralidad de lesiones jurídicas infringir varias disposiciones en materia penal, es cometer un número plural de delitos o sea más de uno.

En el concurso formal existen dos hipótesis:

a) Cuando se atacan derechos diversos, como en el ejemplo de envenar una fuente de la cuál resulta la muerte de un animal y de varias personas que comieron su carne.

b) Cuando se vulnera la misma clase de derechos pertenecientes a dos ó más personas, como ocurre con quien habiéndose propuesto matar a una persona arroja un explosivo al dormitorio de esta y mata también a otra persona que circunstancialmente se encontraba en el mismo lugar.

En este último difiere el concurso material en el propósito perseguido; si el sujeto conocía la presencia de la otra persona y los ataca a ambos hay aquí dos delitos de Homicidio cometidos conjuntamente, pero si solo se propuso atacar a una sola ignorando la presencia de la otra, el resultado aunque múltiple se unifica según las reglas del concurso ideal.

Los resultados son varios. sin que, pueda negarse como lo haría Carnelutti en franca oposición a la lógica y la experiencia sensible según observa Bettiel dada la pluralidad de los resultados, también los hechos, en el concurso ideal son plurales porque todo evento es constitutivo de un hecho cuya existencia forma parte. sucede que los hechos tienen, en común el proceso ejecutivo, en cuanto a la pluralidad de los eventos, es derivación causal de una única acción u omisión.

Puede ocurrir que la primera violación sea dolosa y la segunda se produzca por culpa, en este caso las disposiciones infringidas son dos pero siendo única la acción el concurso es formal.

IV.- Concurso material de delitos. Se requiere que cada uno de los delitos cometidos tengan su identidad propia, psíquica y física, cometerse por separado o conjuntamente, las infracciones son independientes a pesar de la unidad de la comisión o cada hecho puede ser imputado individualmente.

El cuerpo de cada infracción debe aparecer netamente en su doble aspecto; objetivo y subjetivo. por ello que el artículo correspondiente dice que una sanción se aplicará al responsable de varios delitos, esto es, a la persona en quien se reúnen todos los caracteres de criminalidad actos para declarar que han incurrido en una pena.

Elementos del Concurso Material.

a) El agente unitario, sobre el cual no se necesitan otras explicaciones que

los anteriormente mencionados y que llevan a distinguir el concurso real de la coparticipación.

b) Variedad de infracciones, exigencias básicas como quiera que se representa el elemento psicológico indispensables para esclarecer la distancia que separa este fenómeno del concurso ideal ahora bien la diversidad del delito puede resultar de una acción única o de distintas acciones.

c) Unidad de dagnio, es decir el propósito perseguido sea el de cometer todas esas infracciones.

d) Exclusión de la reincidencia, esto es que sobre el agente no haya recaído la condenación de los delitos con anterioridad cometidos a los del concurso.

Problemas sobre la pluralidad de los delitos en concurso. Los delitos cometidos por el mismo agente son:

1.- Independientes uno del otro o de otros, sin otra vinculación que la del autor.

2.- Unidad entre si firmando lo que se llama conexidad que requiere pronunciamiento especial y pueden ser:

2.1.- Ideológica o Teológica. Como lo denominan entre otros Bettioli, cuando una infracción se conecta con otra relación de medio a fin, como en el caso de falsificar un documento para cometer una estafa. Algunos autores

han visto en esta consideración solo delito, pues lo que vale es el propósito final que es singular y en tales condiciones psíquicas el delito medio queda absorbido por el otro, tesis combatidas por Impallomeni quien sostiene que podía coexistir perfectamente la unidad de la terminación genérica de la pluralidad de determinaciones específicas y que la pena no se impone tomando en cuenta el fin propuesto sino la ofensa a la ley. El derecho agredido es donde se recibe la fuerza objetiva del delito.

Alimena manifiesta que el reo tiene necesidad de una determinación dirigida al fin y después otra determinación dirigida al medio con conciencia de ambos delitos, lo cual hace jurídicamente indispensable las dos lesiones, además el reo ve los delitos distintos y separados uno del otro y después para su comodidad se unen.

En otros casos la conexión ideológica no se toma en cuenta para acusar por concurso real por la misma ley hace las infracciones múltiples una entidad agravada.

2.2.- Consecuencia. Cuando el segundo delito sirve para ocultar el primero, asegurar su producto, suprimir las palabras o procurar la impunidad de los responsables. A veces el segundo delito queda absorbido por el primero.

El delito complejo ocurre en el concurso formal y en el material, en el primero la complejidad depende del resultado, de la actividad objetiva, pero no del elemento moral, en el segundo depende tanto de la producción de varios

delitos como la de la intención de ocasionarlos.

Dandonos cuenta que no constituyen casos de concurso de delitos, repetición de acciones delictuosas en delitos en los cuales es indiferente para su existencia que los actos en que consisten sean únicos o varios.

2.4.- EL TIPO DE ESTE DELITO Y EL BIEN JURIDICO TUTELADO.

En el artículo 386 fracción I del Código Penal vigente al delito de disparo de arma de fuego lo admite como cualquier otro diverso clasificaciones según desde el punto de vista que se adopte, pudiendose clasificar de la siguiente manera (32).

1.- El orden a la Conducta :

a) Delito de acción.

b) Delito unisubsistente o plurisubsistente.

La conducta descrita en este precepto que prevee el delito de disparo de arma de fuego hace no solo inevitable sino imprescindible la actividad corporal voluntaria de disparo sobre una persona un arma de fuego.

Atrávez de su estructura típica el precepto contiene una norma objetiva y por

³² Francisco Pavón Vasconcelos y S. García Obra Citada pág. 58.

ello consagra un deber jurídico de abtenerse a cargo de su destinatario, deber de naturaleza diversa al de hacer, contenido en las normas preceptibles, cuya violación siempre implica una omisión simple. Pudiendo funcionar como un delito unisubsistente o plurisubsistente según la acción típica se agote en uno o en varios actos, tanto si el agente dispara una sola vez sobre la víctima como si lo hace varias veces en una misma ocasión.

2.- En orden al resultado pueden ser:

a) Delito Instantáneo.

b) Delito formal o de mera conducta.

c) Delito de peligro concreto.

Por ello el delito de disparo de arma de fuego en cuanto a su conducta por sí misma llena completamente el tipo, estableciéndose completamente adecuación con la hipótesis legal sin requerir ningún resultado material deber ser considerado un delito material o de mera conducta.

Objetivamente el delito consiste en la acción de disparar a una persona o grupo de personas un arma de fuego. La ley castiga la conducta positiva descrita con independencia del dano que pudiera casualmente ocasionar, es decir se sanciona el peligro concreto que para la persona física se deriva de la acción de disparar ejecutando por el agente sobre ella.

Considerando por ello al delito de disparo de arma de fuego como un delito de peligro concreto para los bienes jurídicos de la vida y la integridad corporal.

3.- En orden al tipo se clasifican:

a) Tipos Autónomos o independientes.

b) Tipo normal.

c) Tipo de formulación libre.

d) Tipo complejo.

El delito de disparo de arma de fuego es un delito autónomo o independiente, pues, no se subordina ni precisa ningún otro tipo para tener existencia jurídica.

Jiménez de Azúa dice que por estar solos en la ley y no tener relación con otros. posee plena autonomía.

Pavón Vasconcelos manifiesta que el criterio de independencia no debe confundirse con otra peculiaridad de ciertos tipos nacida de la relación conceptual de sus elementos constitutivos debiéndose clasificar como un tipo normal, dado que para su captación le basta al juez con un mero proceso de conocimiento excluyendo todo juicio valorativo, conteniendo al delito de disparo de arma de fuego en un tipo de formulación libre pues en la noción de disparar

un arma de fuego a una persona o grupo de personas que constituyen un concepto jurídico se comprenden todas las hipótesis posibles a la comisión del delito.

La ley al formular el tipo del artículo 306 fracción I ha suprimido todo detalle innecesario eliminando así la perjudicial casuística que en muchos casos entorpece en vez de facilitar la comprensión de su voluntad.

Jiménez de Azúa dice que para formular el tipo de manera elástica en un simple concepto en que los detalles quedan eliminados por la abstracción del legislador o puede describirlo de manera casuística.

Si se acepta que los tipos pueden clasificarse en simples y complejos según la unidad o pluralidad de los bienes jurídicos materia de la tutela incuestionable que el delito de disparo de arma de fuego integra un tipo complejo pues la protección legal abarca tanto el bien jurídico de la vida como el de la integridad corporal.

4.- En orden al sujeto:

a) Tipos de sujeto común e independiente

b) Tipos monosubjetivos.

c) Tipo personal.

El artículo 306 fracción I en su descripción típica no exige ninguna calidad

con relación al sujeto activo, ni tampoco por cuanto hace al sujeto pasivo del delito.

No tratándose de ningún tipo de sujeto calificado o exclusivo resultado de ello que el delito de disparo de arma de fuego es un tipo de sujeto común o indiferente pues puede realizar su conducta en el descrita cualquier persona imputable con indiferencias de demás características.

Tampoco se precisa en este precepto el número de sujetos activos para integrar el delito, la concurrencia de varios sujetos en su comisión el disparo de arma de fuego es un delito monosubjetivo lo cual no excluye la posibilidad de un concurso eventual de sujetos en un concurso eventual de sujetos en su realización.

Pues aunque en forma excepcional puede darse el caso de una participación delictuosa en el disparo como sucedería entre el instigador y el autor material del delito, mas ello no varía el carácter de delito monosubjetivo que le hemos atribuido, recordando aquí que son delitos plurisubjetivos que según el esquema legal considerado no puede cometerse sin la necesaria cooperación de varios sujetos a quienes la ley considera punibles.

El sujeto pasivo no puede ser sino una persona física, el disparo de arma de fuego se clasifica como delito eminentemente personal. La doctrina coloca a los delitos impersonales en función del sujeto frente a los delitos personales, en relación a los primeros se cometen en contra de una persona moral jurídica, contra el estado o bien contra la sociedad en general.

EL BIEN JURIDICO TUTELADO.

El bien jurídico tutelado del delito de disparo de arma de fuego es el mismo que tutela el delito de Homicidio según Mariano Jiménez Huerta en su obra titulada **Derecho Penal Mexicano** volumen II pero con ello no están de acuerdo todos los estudiosos del derecho penal puesto que algunos dicen que el bien jurídico tutelado en el delito citado es el Peligro Corrido de la vida y la integridad corporal por lo que existe discusión al respecto.

Por lo que Mariano Jiménez Huerta que el delito de disparo de arma de fuego no presenta perplejidad alguna en relación a la objetividad jurídica tutela pues aparte de la conducta típica que se describe disparar a una persona o grupo de personas un arma de fuego es por sí sola superlativa elocuente para describir el bien jurídico que el precepto tutela su inclusión en el capítulo de Homicidio con firma plenamente que la vida humana es el bien jurídico protegidos.

Se sostuvo siempre hasta las ejecutorias distadas a partir de 1970 que los delitos de disparo de arma de fuego y Homicidio eran incompatibles entre sí, por cuanto hace a los delitos de disparo de arma de fuego y lesiones mantuvo diversos criterios desde la promulgación del Código Penal hasta el año de 1937 se pronunció por la incompatibilidad hasta este año 1947 afirmó que cuando a consecuencia del disparo de arma de fuego ocasionaban lesiones, deben imponerse las sanciones de ambos delitos, pero desde el año de 1947 volvió a sostener la tesis de la incompatibilidad manifestando.

El criterio de esta primera sala de la parte que el delito de disparo de arma de fuego que tipifica el artículo 306 fracción I del Código Penal para el Distrito Federal tiene las siguientes características; el elemento moral en este delito es el mismo exigido que 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 y la integridad corporal y el bien jurídico protegido 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 una persona contra la que se dispare o se cause daño en su integridad corporal ya que ambos delitos son incompatibles entre si pues punir el disparo de arma de fuego y lesiones equivaldría a punir la puesta en peligro del bien jurídico y el daño causado.

Años más tarde la suprema corte de justicia cambió nuevamente de punto de vista y en sus ejecutorias dictadas a partir del año de 1917 sostiene que si bien es cierto que la jurisprudencia de 1917 a 1965 determina que el disparo de arma de fuego se subsume al Homicidio cuando el proyectil produce el resultado mortal también lo es de acuerdo a la reforma practicada del año de 1968 del artículo 306 del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales y sobre todo de 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 otro delito.

En la reforma de 1987 y dado los términos de la nueva frase un grupo de

personas dispare ... una situación muy especial es la que el disparo no queda subsumido en el Homicidio o lesiones causadas, pues subsiste un peligro mas amplio, en este caso el sujeto activo hace contra el grupo dos ó más disparos y uno de ellos mata o lesiona a uno. En esta hipótesis no queda consumido en el daño causado a la persona, que se mata o lesiona el peligro creado por el disparo y corrido por las otras personas que integran el grupo. Este efectivo peligro persiste en el disparo que no causo daño alguno, lesión ó privó de la vida. Sin que pueda valorarse como consumido por el daño causado a la persona que resulto muerta o herida a consecuencia del disparo que si dió en el blanco.

Nos dice Carranca y Trujillo (³³) que como en ambos casos se tutela el bien jurídico de la vida humana frente al peligro real y cierto que implica disparar a una persona o grupo de personas un arma de fuego es obvio que conforme a los principios mas elementales resulta imposible también aplicar las sanciones establecidas en el artículo 63 en relación al 302 para la tentativa de Homicidio pues son incompatibles con las establecidas en el artículo 306 por el disparo de arma de fuego y por ende no son como textualmente exige el párrafo inferior del artículo 306 las que correspondan por la comisión de otro delito. (³⁴) El elemento psíquico en la conducta típica del disparo se identifica con la voluntad o querer que acompaña la acción esto es, con el contenido psicológico de la acción o dicho en otros términos con la voluntad de realizar la propia acción. No basta por tanto disparar un arma de fuego para la existencia del delito. La acción de disparar sera perfecta cuando el

³³ Raúl Carranca y Trujillo. *Manejo Penal Mexicano Para Juveniles*. Editorial Porrúa S.A. México Cuarta Edición D.F. 1982. págs. 104.

³⁴ Código Penal para el Distrito Federal Editorial Porrúa Cuadrángulas Séptima Edición México 1990 págs. 105.

movimiento corporal consistente en hacer accionar el arma con producción de los elementos naturales consiguientes ha sido realizado voluntariamente.

Si bien la voluntad acompaña la acción de manera que esta existe jurídicamente cuando se prueba que el agente ha querido realizar la actividad que la integra, la culpabilidad en el delito de disparo de arma de fuego se da cuando el autor ha querido, previa presentación no solo la acción de disparar, sino hacerlo precisamente a una persona o grupo de personas, creando el peligro concreto que se deriva de dicha actividad. Es del todo evidente que la voluntad no puede entrar al ámbito de la culpabilidad. proyectarse a un determinado resultado, indiferente en la integración de la figura del disparo, El autor puede haber querido matar o lesionar. lo cual demuestra una específica intención que va más allá del dolo del disparo y que puede ser coexistente con este, mas ello no implica que la culpabilidad del disparo y la que integra una tentativa acabada de lesiones o de homicidio tenga plena identidad.

La conducta típica del disparo de arma de fuego una vez calificada de antijurídica, sera culpable si se ha ejecutado dolosamente, es decir, se dará el delito cuando el autor ha disparado intencionalmente su arma de fuego a una persona o grupo de personas lo que significa que la culpabilidad en el disparo no admite la comisión culposa.

2.5.-CASOS DE ATIPICIDAD.

Primeramente mencionaremos algunas definiciones de autores en cuanto a la atipicidad.

Ranieri. Piensa que con causas de la exclusión de la tipicidad:

- a) La ausencia de una norma a la cual refiere el hecho.
- b) En caso de que la norma exista la falta de conformidad de los elementos del hecho y los elementos que componen el tipo.

Saucer. Se da ausencia de tipo cuando no se presenta un carácter de tipo legal en el caso singular.

Jiménez de Azúa. Existe ausencia de tipicidad.

- a) Cuando no concurren en el hecho concreto todos los elementos descritos en el código penal.
- b) Cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con características de antijurídica.

Ballue. da carencia del delito tipo cuando la acción no presenta todas o algunas de las partes de las características requeridas y típicas o esenciales.

Porte Pettit. Si la tipicidad consiste en la uniformidad del tipo y esta puede contener uno o varios elementos la atipicidad existirá cuando no haya

adecuación al mismo es decir, cuando no se integra el o los elementos del tipo descritos en la norma pudiendose dar el caso de que cuando el tipo exige más de un elemento puede haber adecuación al tipo en uno o mas elementos de este, pero no a todos lo que el mismo tipo requiere.

Diversas Hipótesis de Atipicidad:

Porte Pettit. Que según sea el contenido del tipo así sea la extensión de la atipicidad o no conformidad de los elementos del tipo para señalar las atipicidades bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo.

- a) Ausencia del presupuesto de la conducta del hecho.
- b) Ausencia de la calidad del sujeto activo requerida por el tipo.
- c) Ausencia de calidad del sujeto pasivo, requerida por el tipo.
- d) Ausencia del Objeto Material.
- e) Ausencia del Objeto jurídico.
- f) Ausencia de las modalidades de la conducta.
 - f.a.) Referencias Temporales.
 - f.b.) Referencias Especiales.
 - f.c.) Referencias a otro hecho punible.
 - f.d.) Referencias de otra índole exigidas por el tipo.
 - f.e.) De los Medios empleados.
- g) Ausencia del elemento normativo.
- h) Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

Ranieri.(³⁵).

- a) Ausencia de una norma a la cual refiere un hecho.
- b) Falta de conformidad entre los elementos del hecho y los elementos que estan en el tipo.
- c) Por falta en el sujeto de la calidad exigida en el modelo legal.
- d) Por defecto del elemento objetivo, en el hecho no existe un hecho jurídicamente relevante.
- e) Porque no es idóneo.
 - e.a.) Porque falta el nexo causal.
 - e.b.) Porque falta el objeto material.
 - e.c.) Porque falta las cualidades al objeto material.
 - e.d.) Porque faltan las modalidades exigidas en la conducta del mismo.
- f) Por defecto del elemento subjetivo del hecho.
- g) Por falta de alguno de los ulteriores que completan la descripción del hecho.

Mezger.(³⁶).

- a) Cuando falta el sujeto que la ley exige
- b) Cuando falta el objeto que la ley exige.
- c) Cuando falta el medio de ejecución que la ley exige.

³⁵ Ranieri. *Elementos Penales*. Milano 1946 pág. 103.

³⁶ Mezger. *Tratado de Derecho Penal*. Cuarta Edición Buenos Aires 1963 pág. 263.

- d) Cuando falta la referencia especial que la ley exige.
- e) Cuando falta la referencia temporal que la ley exige.
- f) Cuando falta la referencia de otra índole que la ley exige.

Jiménez de Azúa. (37).

- a) Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto activo.
- b) Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto pasivo.
- c) Ausencia de adecuación típica por falta del objeto.
- d) Ausencia de adecuación típica por falta de referencias temporales.
- e) Ausencia de adecuación típica por falta del medio previsto.
- f) Ausencia de adecuación típica por carencia de los elementos subjetivos del injusto.
- g) Ausencia de adecuación típica por carencia de los elementos normativos.

Con lo antes expuesto consideramos que las consecuencias de atipicidad son:

- 1.- No integración del tipo
- 2.- Traslación de un tipo a otro.
- 3.- Existencia de un delito imposible.

³⁷ Jiménez de Azúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires 1958 II Segunda Edición, p.p. 813. 935 y 936.

La Atipicidad se refiere en cuanto existe la descripción en la ley de la conducta y esta no se adecua a esa descripción y vemos que no es lo mismo que la ausencia del tipo, ya que esta es cuando no existe descripción de la conducta o hecho por la norma penal.

En el artículo 306 fracción I del Código Penal tenemos que no existe adecuación al tipo descrito, cuando el disparo de arma de fuego no se dirige a una persona o grupo de personas, esto es por ejemplo que se haga el disparo al aire, o cuando no se realiza ese disparo de arma de fuego no obstante que se apunte hacia la persona o grupo de personas, pero sin realizar el disparo mencionado.

C A P I T U L O I I I

DE SU AUTONOMIA

3.1.- AUTONOMIA EN RELACION A ESTE DELITO

3.2.- CRITERIOS A FAVOR Y EN CONTRA

3.3.- CLASIFICACION

3.4.- CUADRO SINOPTICO CONSIDERANDO
AL DISPARO DE ARMA DE FUEGO
COMO DELITO AUTONOMO.

CAPITULO III

DE SU AUTONOMIA.

LA AUTONOMIA EN RELACION A ESTE DELITO.

A continuación mencionaremos algunas deficiones de lo que significa la palabra autonomía, toda vez que de esta depende una gran controversia en nuestro derecho, respecto al delito de disparo de arma de fuego.

- a) Potestad dentro del estado pueden gozar municipios o regiones para regirse mediante normas propias. (³⁶).
- b) Estado del pueblo que goza de entera independencia.
- c) Condición del individuo que de nadie depende en ciertos conceptos.

Desplegandose de lo antes expuesto que Autonomía se refiere a independencia a tener vida propia o no depender de algo para poder ser para vivir, por lo cual esta aplicado al campo juridico queriendo decir que es un precepto que tiene vida propia y que no depende de otros preceptos o de otros conceptos para subsistir.

³⁶ Diccionario Enciclopédico Salvat. Ilustrado Tomo I Readers Digest México D.F. Decima Séptima Edición San Mateo Tecolaplan Estado de México 1982 pág. 312.

Se dice que el delito de disparo de arma de fuego es autonomo toda vez que no depende de otros conceptos y que tiene vida propia y que existen criterios a favor y otros en contra de esta autonomía.

CRITERIOS A FAVOR DE SU AUTONOMIA. (39).

Algunos autores que sostienen esta teoría indican que el delito de disparo de arma de fuego tiene subsistencia propia y entre estos encontramos:

Sebastian Soler. Quien manifiesta que los que impugnan al delito de disparo de arma de fuego no tiene autonomía, son los que tienen la tendencia a considerar los mismos como un caso de Homicidio Frustrado, pero que ello se debe a que cargan demasiado la tónica de la tentativa en la intención con desmérito de la acción. agregando que no es posible sostener que el delito en cuestion constituye necesariamente una tentativa de homicidio o una frustración de homicidio y por eso creen impropio llamarse a este delito **Homicidio Imperfecto**.

Eusebio Gómez. Cuando realiza una crítica al Código Argentino menciona que el artículo 104 en el cuál contiene el precepto del disparo de arma de fuego, no es como dice Jiménez de Azúa una simple amenaza de hecho y que este ilícito es por si solo un precepto con vida propia y que no depende de ningún otro para tener substantividad.

³⁹ Celestina Forte Pettit Casandap. *Dogmatica Sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal*. Editorial Porroca S.A. Octava Edición 1987 pag. 311.

Carranca y Trujillo (49) admite al delito de disparo de arma de fuego como autónomo y nos dice que ante la dificultad de probar un dolo eventual en la tentativa acabada de homicidio o de lesiones se ha optado por hacer autónoma la conducta del disparo de arma de fuego.

El mismo autor hace referencia a lo mencionado por Jiménez de Azúa quién manifiesta que los conflictos aparentes que existen de tipos se resuelven mediante criterios como el del peligro creado por un bien jurídico tutelado queda consumido en su ofensa o en su lesión que sería poco científico subsumir los hechos (si el disparo de arma de fuego produce Homicidio o lesiones) en el disparo de arma de fuego cuando el medio empleado ha producido una lesión y que incluso implicaría un contrasentido manifiesto, no castigar por el resultado producido sino exclusivamente por el medio de que se ocasione la lesión o por el cual se valió el agente para ocasionar la lesión.

Carranca y Trujillo. dice que lo anterior es perfectamente valido incluso cuando a consecuencia del disparo se producen lesiones leves o levisimas; el agente en este caso resulta beneficiado si se compara la pena de las lesiones con la pena del disparo de arma de fuego en el supuesto de que no hubiera lesionados.

Jiménez Huerta califica a este delito de absurdo y anacrónico pero Carranca nos vuelve a indicar que no obstante lo anterior es un precepto que debe subsistir por la imposibilidad de resolver plenamente las dudas que surgen en la hipótesis mencionada de que en tal clase de conducta el dolo del agente sea

⁴⁹ En Carranca y Trujillo Obra Citada pág. 226.

eventual.

Groizard argumenta que el delito de disparo de arma de fuego debe ser hecho con conciencia y voluntad de ejecutarlo por parte del agente, sin la intención de privar de la vida o de lesionar, pues en estos casos constituiría tentativa acabada de lesiones o de Homicidio, este comentario es realizado haciendo referencia al Código Penal Español.

Existe jurisprudencia en cuanto al criterio de la Autonomía del delito de disparo de arma de fuego la cual también existe en contrario.

El artículo 306 fracción I del Código Penal Vigente, sanciona al disparo de arma de fuego, lo que indica que cuando se dispara un arma de esta naturaleza sobre un grupo (integrado por el caso por tres personas) se cumplen las prevenciones de este precepto, pues como quiera que sea queda perfectamente integrado y determinadas las personas sobre la que se dirige el disparo, y el autor de este atenta contra la seguridad de todas y cada una de ellas independientemente de que alguna de estas resulte lesionada pues el que dispara en estas condiciones tiene el propósito de delinquir (Tribunal Superior de Justicia sexta sala junio 13 de 1941.)

Los elementos constitutivos del delito de disparo de arma de fuego son:

- a) Un disparo de arma de fuego.
- b) Que dicho disparo sea sobre una persona, pudiendo comprobar por la

concluyente circunstancia que el lesionado lo sea como consecuencia de dicho disparo (tesis XII página 412 A.J.)

El simple disparo de arma de fuego sobre una persona constituye delito especial, que tiene sanción específica independientemente de la que proceda aplicar al respecto cuando con el disparo se causo algun daño (A.J. Tomo II, página 707.)

Quando el disparo cause la privación de la vida solo debe aplicarse la pena correspondiente al Homicidio, porque este último delito absorbe al del disparo de arma de fuego; pero cuando solo resulten lesionados asi como la que merece por el delito de disparo de arma de fuego, y no debe tomarse en consideración la clase de arma empleada bastando que reuna en su mecanismo la combinación necesaria para producir el disparo (S.J. Tomo LXXXVI. página 1795.)

El artículo sanciona el disparo hecho sobre alguna persona independientemente de la pena que corresponda por el daño causado, debiendo interpretarse este 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 solo sea el de la privación de la vida solo debe aplicarse la pena correspondiente al Homicidio, porque este delito absorbe al del disparo de arma de fuego que se convierte en el medio adecuado para la consumación de aquel pero si cuando solamente resulten lesionados debe aplicarse la pena correspondiente de ellas y la que corresponda por la del disparo (S.J. Tomo LVIII página 493.)

La Suprema Corte de Justicia que en sus ejecutorias dictadas a partir del año de 1970 sostiene que si bien es cierto que la jurisprudencia número 110 página 232 de la segunda parte de la compilación de 1917-1965 determina que el disparo de arma de fuego se subsume en el Homicidio cuando el proyectil produce como resultado la muerte, también lo es que de acuerdo a la reformada practicada en el año de 1968 al artículo 308 fracción I del Código Penal Vigente y sobre todo de los términos de la iniciativa del ejecutivo para tal reforma, se concluye que dicha asimilación ya que no tiene efecto desde el punto de vista legal pues se sanciona el disparo de arma de fuego independientemente del resultado, de la sanción que corresponda por la comisión de cualquier otro delito (apéndice del Seminario de la Federación de 1975 segunda parte, primera sala tesis 120 página 257 y 258.)

CRITERIOS EN CONTRA DE LA AUTONOMÍA. (41).

Mariano Jiménez Huerta. La crítica que los mejores penalistas españoles enderessaron respecto al artículo 423 del Código Español, son válidas para el vigente Código Penal de México pues la fracción I del Código mencionado en su artículo 306 crea un delito puramente artificial, cuyo contenido, vacilante en la ley es de tan notoria imprecisión técnica que no ha podido ser pacíficamente entendido ni por los escritores ni por la jurisprudencia.

Por otra parte, su industriosa creación legal además de presentar un palmario anacrónico y que da la sensación de que todavía los jueces carecen de formación

⁴¹ Mariano Jiménez Huerta Obra Citada pág. 222.

Jurídica la ley prevee de cerebros mecánicos para que puedan desplegarse su función instituye un verdadero premio en beneficio de autores de atentados gravísimos contra la vida humana, quienes en vez de ser sancionados por la pena del homicidio en grado de tentativa lo son con la especial y mucho más benigna de tres días a tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos. (4), que se señala en el artículo 306. Y si bien en las épocas en que el derecho penal vivía en las tinieblas eran concebibles dado lo movedizo del suelo y los escollos muchas veces insalvables que encontraba a un paso de que se emprendiese por los sinuosos caminos contruidos artificiosamente no lo es ahora en que los problemas penales se encausan por la vía natural que conduce al seguro puerto. Y esta ruta infalible esta canalizada por el artículo 12 en relación al 302, pues si el disparo puso en peligro la vida de la persona atacada de merdiano que se ejecutaron hechos directa e inmediatamente a la realización de un delito de Homicidio que no se consumo por causas ajenas a la voluntad del agente. En el actual momento se desarrollo en nuestra ciencia que no es posible conocer la verdadera intención del que dispara un arma de fuego contra otro.

Con lo antes expuesto Carranca fijo como criterio lógico que hacen que el culpable tuvo intención de matar;

- 1.- La indole del acusado.
- 2.- Las precedentes manifestaciones de su ánimo.

3.- La causa por la que delinquirió.

4.- El número y dirección de los golpes cuando fueren dependientes de su voluntad.

Ellero dice que existen presunciones o indicios que descubran el propósito criminoso, quien hiere a muerte se entiende que quiere matar y no herir, pues es cosa sabida que hirriendose de alguna manera se mata, todo hombre sabe que una herida hecha con tal instrumento y en tal sitio suele sin duda alguna ocasionar la muerte, son datos que revelan el propósito legal el odio moral, las amenazas anteriores al delito y la satisfacción posterior.

Finzin poen en relieve la serie de antecedentes y circunstancias que evidencian que la ejecución consumada o intentada de un hecho lascivo para la vida concurre el *animus necandi* forman dicha cadena de hechos y circunstancias los siguientes:

- a) El medio empleado.
- b) La dirección, el número y la violencia de los golpes .
- c) Las condiciones de espacio, tiempo y lugar.
- d) Las circunstancias conexas a la acción delictiva.
- e) Las manifestaciones del culpable asi como sus actividades anteriores y posteriores al delito.
- f) Las relaciones entre el autor del delito y la victima.
- g) La causa o el motivo por el que se delinquirió.
- h) La indole del culpable.

Jiménez Huerta así como autores que son Luis Jiménez de Azúa y Jose Oneca consideran que este delito que solo por excepción encuentra concordancia en alguna legislación extranjera es una desdichada creación legal a la que no ha podido dotar de contenido los esfuerzos de la jurisprudencia y el empeño de algunos autores, y serán simples amenazas de hecho cuando el culpable tuvo intención de matar o lesionar y será tentativa o frustración de Homicidio, lesiones según el caso pero jamás ofrece por sí solo carácter sustantivo para formar de él, un delito especial.

Quintillo Saldaña también indica que el disparo de arma de fuego, es una frustración de Homicidio por más que la ley se empeñe en indicar, en darle una distinción y lógica. Así como Manuel Castro Junior dice que los delitos de disparo de arma de fuego son de carácter legal sin sustantividad propia porque el problema más escabroso que conforman en hallar en ellos el elemento moral o sea la naturaleza de la culpabilidad en la agresión, precisando que este elemento recibe en tal posibilidad de producir un grave daño a la víctima, estamos simple y llanamente en presencia de un dolo eventual, porque el agresor con su acción ratifica las consecuencias de su acto.

Jose Peco ha expuesto que este delito carece de contenido propio y además de dar otros argumentos a favor de esta tesis nos dice que el arma es el medio para la comisión del delito, al igual que la violencia de las amenazas del engaño de manera alguna el delito en sí mismos, siendo el disparo de armas un instrumento para cometer un homicidio, una lesión, una amenaza o una coacción pero no revista la objetividad jurídica en un delito, como la fiebre no es una enfermedad sino un síntoma.

Porte Pettit (⁴³) dice que los casos que pueden presentarse al disparar un arma de fuego sobre una persona no puede concebirse ello sin la intención de causarle algún daño, lesiones y homicidio, llegando a la conclusión de que el disparo de arma de fuego no es sino una tentativa acabada de lesiones o de homicidio, cuyos elementos subjetivos consisten en causar o querer causar las lesiones o la privación de la vida. existe en este criterio jurisprudencia al respecto.

El delito de disparo de arma de fuego tutela como bien jurídico la seguridad de las personas tratando de evitar el riesgo de perder la vida mismo que se produce cuando alguien dispara un arma de fuego sobre una persona, pero si en su caso determinado el disparo lesiona al ofendido el riesgo de causarle un daño se convierte en la realización de un daño y como este se propuso o puso en peligro la vida, en consecuencia sería indebido imponer doble pena por el mismo hecho de haber puesto en peligro la vida al ofendido, con lo que el delito de disparo de arma de fuego, debe quedar subsumido en el de lesiones que pusieron en peligro la vida (Amparo Directo 8898/987 primera sala pág.38).

3.3.- CLASIFICACION.

Nos basaremos en los elementos del tipo en general así como en su clasificación pero aplicandolo al delito de disparo de arma de fuego. Teniendo que debe existir un elemento objetivo en donde se refiere a los elementos descriptivos del tipo los cuales se dan frente a cosas o sucesos externos,

⁴³ Celestino Forte Pettit Casausap. Obra Citada pág. 318.

perceptibles por los sentidos, y en el caso de disparo de arma de fuego de los que son las personas o persona el elemento objetivo, puesto que si dicho disparo no se dirige a persona o grupo de personas, dicho ilícito no se configura. por lo que puede realizarse un disparo al aire, siendo que esta conducta no la describe en la ley y por lo tanto no es ilícita.

El elemento subjetivo se refiere a sucesos psíquicos que se realizan en el interior del autor. encuadrando en este elemento la intención del sujeto. lo cual viene a ser en el delito de disparo de arma de fuego el elemento subjetivo o sea la intención para que exista la figura a la cual nos estamos refiriendo debe existir el elemento subjetivo mencionado en realizar dicho disparo hacia persona o grupo de personas para que se configure el delito y por lo cual esta siempre como elemento el dolo.

Otro elemento sería el sujeto refiriendonos con ello al que realiza la acción jurídico-penal por lo cuál este sujeto es el denominado activo y en la figura del artículo 306 fracción I el sujeto activo es aquel que realiza el disparo de un arma de fuego hacia persona alguna o hacia un grupo de personas.

Cabe hacer mención que existe la acción, lo que en la teoría de la ley son cosas diferentes en cuando al objeto, porque la acción es lo que lleva a cabo para que se de el ilícito penal y el objeto de la acción se debe entender el objeto material sobre el que la acción es ejecutada, y aquí debemos diferenciar del objeto de protección mismo que es el objeto que la ley depara para su protección y así aunque muchas veces coinciden no en todos los casos es lo mismo, puesto que el objeto de la acción es la cosa material y el objeto de

protección es el derecho de propiedad sobre una cosa.

La acción del delito de disparo de arma de fuego es accionar un arma con la finalidad de que el disparo sea dirigido hacia una persona o grupo de personas. Y el objeto de la acción es precisamente realizar el disparo de arma de fuego sobre persona o grupo de personas y el objeto de protección es el peligro corrido, por lo cual vemos claro en el ejemplo de que no siempre es lo mismo el objeto de la acción y el objeto de protección.

Los delitos de acción de resultado y peligro siendo el disparo de arma de fuego encuadrado en el segundo de los mencionados como de Peligro ya que para que exista el delito de disparo de arma de fuego es necesario que se de un resultado, en este delito es el peligro corrido por lo que con el simple hecho de poner en peligro la integridad corporal o la vida se configura el delito.

También es de los llamados tipos simples ya que para que se configure no se requiere de otro tipo para que se lleve a cabo la conducta ilícita y por lo cual es un tipo de los llamados fundamentales ya que para su existencia no requiere de tipo alguno como ya se dijo. También se puede encuadrar en los tipos de formulación casuística ya que son en los que se señala causticamente la conducta productora del resultado típico tal y como sucede en el disparo de arma de fuego entendiéndose como resultado típico el peligro corrido.

En cuanto al sujeto activo, cabe hacer mención que en el delito de disparo de arma de fuego puede ser cualquiera el sujeto activo, toda vez, que en el tipo no se describe a sujeto activo en especial, con alguna característica y vemos que

en relación al tipo refiriendonos al sujeto activo puede ser monosubjetivo, puesto que puede ser realizado por uno ó más sujetos del delito.

También en orden a la clasificación el tipo de disparo de arma de fuego es de los llamados normales puesto que se refiere a situaciones permanentemente objetivas, ya que en algún momento incluye concepto cuyo significado resuelva en un estado anímico del sujeto y por ello no ha descrito en el tipo un elemento subjetivo.

3.4. CUADRO SINOTICO CONSIDERANDO AL DISPARO DE ARMA DE FUEGO COMO DELITO ATONOMO.

A continuación y a base de cuadro sinótico describiremos las figuras en donde se acepta al delito de disparo de arma de fuego como un delito autónomo.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO

	Se mata	Homicidio y dispara
1.- Con intención de matar (animus necandi)	Se lesiona	Tentativa acabada de homicidio y disparo.

2.- Con intención de lesionar (animus laedendi)	Se mata	Homicidio preterintencional y disparo.
		Lesiones y disparo
3.- Con intención de lesionar o matar	Tentativa acabada de	Homicidio o lesiones y disparo.

a) Cuando se realiza el disparo de arma de fuego con la intención de lesionar, y producto de ello se causa la muerte de otro, nos encontramos con la figura típica de Homicidio preterintencional con el disparo de arma de fuego. Y si el producto de este disparo se causan lesiones, nos encontramos entonces con las lesiones y disparo de arma de fuego.

b) Cuando se lleva a cabo el disparo de arma de fuego con cualquiera de las dos intenciones (matar o lesionar) y no se produce resultado alguno, o sea no se causan lesiones y no se priva de la vida a persona alguna, entonces nos encontramos frente a la tentativa acabada de lesiones u homicidio así como en el disparo de arma de fuego.

c) Cuando se realiza disparo de arma de fuego con la intención de matar y se lleva a cabo el resultado o sea logra privar de la vida a otro, estamos frente al homicidio y disparo de arma de fuego (no se olvide que se le esta dando autonomía a este ilícito) y si efectúa el disparo de arma de fuego con la intención de matar, pero esto no ocurre pero si se causan lesiones, tenemos como resultado una tentativa acabada de Homicidio con disparo de arma de fuego.

C A P I T U L O I V

DE LA TENTATIVA

4.1.- DEFINICION

4.2.- TENTATIVA DE HOMICIDIO Y LESIONES

4.3.- TENTATIVA EN RELACION AL DISPARO DE ARMA DE FUEGO

4.4.- CUADRO SINOPTICO COMPARATIVO EN EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO Y LA TENTATIVA ACABADA DE LESIONES Y DE HOMICIDIO.

CAPITULO IV.

DE LA TENTATIVA.

4.1.- DEFINICION

Tenemos que la tentativa es una de las partes del camino criminal, es decir, una fase del INTER CRIMINIS para ello seguiremos una orientación común, sabiendo que el proceso objetivo del delito se integra: (4).

- 1.- La fase oral. La que solo es reprimible excepcionalmente se cumple con la exposición del agente que hace sus intenciones, o mejor dicho de otra forma por las amenazas proferidas pública y privadamente o el anuncio calculado o no de realizar una infracción.
- 2.- Los actos preparatorios que se cumplen con aparente finalidad delictiva y cuya duración es indeterminada, estos actos son equívocos para la doctrina clásica y por ello no debe ser materia de represión, frente a esa posición se levantan algunas positivistas, frente a esa posición se levantan algunos positivistas, que reclaman amplio arbitreo para que el juzgador pueda apreciar si estuvieron específicamente dirigidos a la perpetración del delito o si eran diferentes.

Consideramos que en este aspecto es preferible el criterio clásico por la

⁴⁴ Francisco Pavón Vasconcelos. *La Tentativa* Editorial Porrúa S.A. Segunda Edición México D.F. 1982
pág. 33.

inseguridad que infunda a los derechos personales y por ello evita los peligros de una investigación como la que son sometidos a los presuntos responsables de alguna conducta.

En los actos preparatorios no hay principio de violación a la norma penal o jurídica como lo indica Manzini.

3.- Los actos ejecutivos en que la intervención criminosa se manifiesta exteriormente; el delito proyectado entra en el periodo de acción, pero no se realiza, es la tentativa configura en el artículo 12 del Código Penal y vigente que estudiaremos por separados.

4.- Los actos consummativos en los cuales el inter criminis presenta las siguientes etapas:

4.1.) El delito se realizó plenamente, caso sin dificultad alguna, pues la acción tuvo desenlace que era de esperarse según las circunstancias concurrentes.

4.2.) El delito que queria realizarse sobre un objetivo concreto no afecto a este sino a otro debido a error o accidente.

4.3.) El agente una vez iniciado el camino criminal se detuvo en el antes de ejecutarse el delito.

4.4.- El hecho fue cumplido psiquicas y materialmente pero no tuvo

eficacia por haberlo impedido un suceso cualquiera, independientemente de la voluntad del agente.

4.5.) El agente quiso delinquir y lo hizo, pero con medios incapaces para producir el daño o con nociones falsas de la ilicitud.

Así tenemos pues que existen fundamentos para que la tentativa sea punible ya que el delito tentado fue figura conocida, pero eso fue cuando el derecho romano tuvo pleno desarrollo. Y el Derecho Sajón no tuvo en cuenta la tentativa toda vez que se ocasionaba perjuicio.

Desde entonces han sido elaboradas diversas teorías para razonar la punibilidad de la tentativa a las cuales nos referimos y por ello mencionamos la más discutidas así como la crítica a las mismas:

a) Punibilidad de la tentativa en razón del peligro corrido. (⁴³).

FEURBACH indicó que el conato es punible porque viola una norma, poniendo en peligro el bien jurídico tutelado en ella.;

CARRANCA reafirmó que aunque no existe daño inmediato la razón política para imputar la tentativa recide en el riesgo, pero de todas maneras en conato existe ya que en la intención de causar daño y el riesgo ejecutarlo. En la intención reside el elemento moral, en el riesgo el elemento físico. esa intención debe aparecer perfecta y directa pues, si hay incertidumbre los jueces no pueden

⁴³ Francisco Javier Vasconcelos. *La Imputación*, Obra Citada . p.p. 33, 34

reconocerla, para admitir el peligro es indispensable un perjuicio de ejecución.

BETTIOL opina que si el peligro es también una lesión potencial, no se ve porque el legislador no debe de considerar esa situación para constituir la noción delictiva, para admitir esencialmente que puede haber delito también en la hipótesis en la cual un bien jurídico sea puesto en peligro por la acción del sujeto.

Nosotros entendemos que en la tentativa no ocurre un mero peligro de violación, sino una violación auténtica de la norma la ausencia del efecto criminoso demuestra que no existe relación entre el acto y el resultado determinado del peligro. si el disparo de un arma de fuego no ha dado en el blanco, es evidente que no se ha fallado no hay ninguna relación de causalidad entre aquel y el resultado detenido y por tanto el peligro no existe. Toda conjetura en torno a las posibles consecuencias de un hecho que se ha agotado sin producirlas en un contrasentido.

En la tentativa el peligro es inexistente tanto en la abstracta prevención de la norma como en la realidad fenoménica, si un disparo que ha dado en el blanco, es porque evidentemente aquel disparo en esas circunstancias, no tenía capacidad para producir el daño, no era peligroso. En rigor el peligro solo es efectivo cuando el hecho incriminado se ha verificado, esto es, solo cuando el delito se ha consumado. Si la tentativa consiste en el peligro, entonces aquella debería de quedar siempre impune. Por lo anterior el agente debería ser castigado por la voluntad del peligro y en consecuencia debería de coincidir la acción la noción de la tentativa con la de delito de peligro.

b) El conato fundado en la peligrosidad del sujeto: (46).

Consideraron al conato como la alegación positivista para responsabilizar al agente, el cual revela un notable estado de peligro, que puede evidenciarse en circunstancias distintas o más favorables a su propósito. Fracaso su intento bien puede el sujeto auspiciar otro y aun realizarlo plenamente. Es la capacidad de delinquir la que debiera tomarse en cuenta, capacidad que varia según la personalidad del agente apoyada esta posición por Garófalo, Berenini, Florian y Fioretti entre otros.

En nuestro concepto la noción positivista es subjetiva, contrariamente a la clásica que es objetiva, pues considera principalmente la ejecución material y de allí el que denomine a la tentativa delito imperfecto. Pero solo la subjetividad es inconveniente para valorar el hecho cumplido. Es la fusión de los elementos moral y material de donde surge una verdadera comprensión al problema, tanto en el conato como en el delito consumado y el que se frustre.

La tendencia positivista, al fundar el instituto de la capacidad de repetir el acto, confunde la tentativa con la reincidencia no es la personalidad del agente, sino el fin del agente puesto en relación con el acto lo que constituye el fundamento de la punibilidad del conato.

c) La tentativa punible por la alarma social que produce. (47)

⁴⁶ Francisco Pavón Vasconcelos. *La Tentativa*. Obra Citada p.p. 38, 39 y 40

⁴⁷ Francisco Pavón Vasconcelos. *La Tentativa* Obra Citada pág. 41, 42

Para Mario Pagano en su tesis dice que la tentativa para su consumación alcanza a surgir plenamente. A veces aunque haya alarma la tentativa no se configura porque carece de medios idóneos.

Decimos que del delito tentado solo se tiene noticia cuando ha cesado el peligro, de modo que la hipotética alarma no alcanza a surgir plenamente. A veces aunque haya alarma la tentativa no se configura porque carece de medios idóneos.

Entendiendo pues, que si la razón de la tentativa fuera de perturbación social el hecho tentado sería sui generis cambiando a la tentativa del delito por lo del delito de tentativa. Debiendo castigarse de esta forma como tentados no solo las infracciones culposas sino también aquellos hechos que aunque no alcanzan a tener forma de delitos culposos, denuncian una alarma, un peligro social, según tesis debería de castigarse a quién se divierte disparando a un árbol, exponiendo a los que pasan y produciendo alarma colectiva.

d) La tentativa viola el sentimiento de seguridad. (⁴⁶)

Según Pessiana es el punto de vista para sancionar el conato porque aunque no haya dano material protegido por el agente si causa perjuicio y perturba el orden público así como el orden jurídico, dando lugar a ue los asociados se afecten en la sensación de seguridad tan necesaria como la seguridad misma.

Consideramos que el orden jurídico se viola mas no se pone en peligro, pero si por orden jurídico entendemos el conjunto de normas integrantes del mismo

⁴⁶ Francisco Paven Vasconcelos. La Tentativa Obra Citada pp. 43, 44 y 45.

absurdo pensar que la tentativa como el delito mismo tiene virtualidad universal y revolucionaria para trastornarlo. El hecho singular llamado delito cuando más trae riesgos contra los intereses tutelados sin que alcance a determinar una ofensiva victoriosa contra las instrucciones establecidas. Admitirlos así sería convenir en la insignificancia o debilidad de estas. cuestión que la práctica desmiente, porque en todo momento aun en los periodos de transición de un gobierno a otro y de un sistema a otro, la fuerza pública provisional o permanente se mantiene alerta para precaverse contra los atentados de grande escala.

Analizaremos a continuación una vez de haber enunciado anteriores razonamientos a la tentativa, ya que como ha quedado anotado la técnica de la tentativa aparece hasta el periodo denominado Derecho Intermedio.

Partiendo de los tres momentos esenciales del proceso delictivo Alberto Gandino distingue perfectamente entre el único propósito el conato del delito y la consumación, posteriormente la doctrina da una definición acabada de la tentativa pero pese a los distintos conceptos formulados por los autores siempre ha flotado como certeza por breve y exacta a la conocida definición de Romagnosi de que la tentativa es la ejecución incompleta de la infracción.

Sin embargo otros autores dan diversas definiciones sobre la tentativa diciendo que es dar principio a la ejecución del delito por hechos exteriores distingue a la tentativa del proposito. el adverbio directamente en sentir de silva para separar la tentativa de los actos preparatorios que pueden considerarse indirectamente encaminados a la ejecución del delito. Que el culpable

no practique todos los actos de ejecución que debiera producir el resultado separa a la tentativa del delito frustrado y finalmente que la no perfección del delito sea debido a causa o accidente que no sean su propio y voluntario desistimiento, permite redondear la figura separandola de los supuestos de impunidad.

Elementos de la tentativa. (4º).

- a) El fin criminoso.
- b) El comienzo de ejecución.
- c) La idoneidad de los medios
- d) Interrupción de la acción.

a) El fin criminoso.- Dice Mezger que es esta resolución de cometer el delito en donde deben aparecer contenidas las características del tipo de realizarse en la ejecución típica del delito consumado.

Carranca afirma que es necesario abandonar la consideración de lo que sucede para seguir tomando en cuenta de lo que en el preconcepto del agente debía suceder. Siendo esto que el comienzo de las infracciones por culpa no puede

^{4º} Carranca - *Tratado de la Tentativa y de la Conculción a del grado en la Teoría Positiva del Delito*. p.p. 72 y 77 Segunda Edición Madrid 1928.

convertirse en tentativa punible, porque falta ese comienzo. el propósito delictivo. esta razón excluye el conato de los delitos preterintencionales, figuras en las cuales debe aceptarse el delito base dentro de los propósitos del agente pero no más allá. Puede darse la tentativa de lesiones pero no de homicidio preterintencional, en cambio si existe el grado de tentativa en la *aberratio ictus* en la cual hay intención de delinquir.

b) El comienzo de ejecución.- El culpable ha de dar principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores pero , no práctica todos los actos de ejecución que debería de producir el delito. El proceso Ejecucional del delito intentado tiene dos límites;

- b.a.) Un límite mínimo, integrado por los llamados actos preparatorios, cuyo estudio haremos posteriormente.
- b.b.) Un máximo de límite constituido por la parte terminal del proceso delictivo.

La tentativa se mueve entre estos dos, es más que los actos preparatorios y es menos que la frustración y consumación, en este aspecto existen varios criterios para determinar entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos;

- 1.- Criterio cronológico.- Que tiene en cuenta la proximidad del hecho al resultado ideal perseguido, según en el cual los actos preparatorios son los remotos y actos ejecutivos los más cercanos al resultado querido.
- 2.- El de origen según el cuál se singulariza el acto preparatorio por

carácter casual.

3.- El de la índole propia del acto, que hace referencia al carácter equivoco de los preparatorios y la univocidad de los ejecutivos.

4.- El psicológico que afirma que en el acto preparatorio no existe voluntad esteriorizada lo que si ocurre en el ejecutivo.

c) La idoneidad de los medios.- Estos medios que se pudieran emplear deben ser idóneos para el resultado que se pretende refiriendonos logicamente al delito que por si dichos medios no son idóneos estaremos frente a la figura denominada delito imposible.

Si los medios que se vale tiene capacidad ofensiva o destructora del derecho y a pesar de haberse aplicado no pudieron funcionar debido a contingencias extrañas entonces hay tentativa. Si carecen de potencialidad para lograr el fin propuesto el delito es imposible.

Pero la idoneidad del medio no debe considerarse exclusivamente desde el punto de vista objetivo, sino hay que encuadrarla dentro de la acción total realizada por el sujeto, si el fin perseguido es el que tipifica el resultado de la conducta criminal tentativa, las leyes de causalidad disminuyen su importancia y por eso mismo el medio adquiere un significado relativo. Un medio abstractamente inidóneo, puede ser utilizado con pericia para producir el hecho punible, por el contrario un medio idóneo puede resultar inútil para la

aplicación irracional o contraproducente del sujeto, verbigracia un palillo de dientes no es apto para matar, pero clavado en la parte del cerebro infantil no protegida por la caja cráneana, es suficiente para ese resultado. De allí que se imponga esta triple consideración respecto a la estimativa de la tentativa.

I.- Los medios dirigidos al delito eran idóneos ?

II.- Aplicando tales medios podría el agente conseguir el propósito ?

III.- El acto en las circunstancias concretas que lo rodean eran apropiadas para ocasionar un resultado de daño o de peligro ?

Las tres cuestiones remontan al análisis de la acción. el que quiere decir debe querer algo en concreto y para querer debe querer los medios necesarios para la consecución del propósito. El que quiere el fin quiere los medios, esto es parte de la estructura de la acción en la fase consumativa por operarsele circunstancias son clasificadas en:

a) Físicas. Que impiden al que atenta de servirse de los medios elegidos, actuando ya sea sobre su identidad corporal, ya sea por el medio empleado.

b) Psicológicas. Dependientes de hechos materiales externos, que coarten absoluta o relativamente la voluntad del reo como la sorpresa de la ejecución o durante la ejecución al clamar el agredido o de otros, que asusten o pongan en fuga al delincuente.

Estas circunstancias impeditivas se multiplican en la medida en que crece la solidaridad social o simples vinculaciones de otros hombres formando aunque no solo propongan expresamente una poderosa barrera de protección cuya eficacia se mide después de fracasado el intento.

Por lo tanto y de lo antes expuesto ahora analizaremos a la tentativa en nuestro ordenamiento Penal Vigente dentro del artículo 12 la definición de la misma y en los siguientes términos:

* La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directamente e inmediatamente a la realización de un delito si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. * (50).

Carranca y Trujillo (51). Dice que debemos entender primeramente lo que significa tentativa punible y tentativa impune así como su diferencia. La primera de las mencionadas requiere que el delito no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, pues si no se consuma a causa de esta tentativa con propio desistimiento no será punible.

Pavón Vasconcelos nos indica que la prevención social de la tentativa no solo omite la referencia concreta del acto consumativo del delito lo cuál en todo caso no presentaría especial relevancia, en tanto que puede derivarse de la última parte del mismo párrafo la propia distinción sino que se encuentra

⁵⁰ Código Penal Para el Distrito Federal Editorial Porrúa Cuadragesima Séptima Edición 1990 pág. 10.

⁵¹ Raúl Carranca y Irujo. Raúl Carranca y Trujillo - Código Penal Comentado. Editorial Porrúa S.A. Decima Edición México D.F. 1983 pág. 48.

construido sobre la base del criterio temporal que a nadie convence ya que ya Beling ha criticado.

El criterio cronológico de temporalidad en nada alcanza aclarar la naturaleza de la figuras del delito tentado y por cuanto a la dirección que se estima debe ser entendida como unívoca, tampoco se presenta elemento suficiente para determinar su naturaleza, se hace necesario buscar nuevos elementos como así mismo investigar en el origen de la norma para tratar de encontrar un criterio suficiente válido para individualizar la tentativa punible.

Como consecuencia del texto vigente se discute igualmente si con la redacción actual del artículo debe estimarse que resulten unidos los actos preparatorios en la tentativa, como también igual es la postura del código respectivo en la relación a las figuras del delito imposible y del delito putativo.

Al respecto no deben considerarse incluidas en el contenido del presente ni los actos preparatorios ni el delito imposible, aún cuando el texto literal aparentemente aparezca admitirse una y otra posibilidad. Ya nos dice Palacios que no puede prepararse lo impreparable, de donde quedaría excluida la acción absolutamente inidonea, frente al caso de imposibilidad por inexistencia del delito por no haber un bien jurídico protegido, por último por cuanto se refiere a la posibilidad o posible punición a los actos preparatorios bajo el orden o la creencia que el legislador haya querido o haya sido un propósito punir la preparación del delito.

Por cuanto hace al delito putativo, cuando solo existe en la mente del autor o del agente quien va a realizar el delito no puede ser objeto de pena; en base al principio de reserva que informa el derecho penal se trata de conductas no típicas y solo con texto expreso no haría aplicable a una medida de seguridad.

4.2. TENTATIVA DE HOMICIDIO Y DE LESIONES.

TENTATIVA DE HOMICIDIO.

Para sancionar el delito de Homicidio en grado de tentativa la norma establecida en el artículo 12 del Código Penal Vigente manifiesta que cuando se trate de un comienzo de ejecución del delito o de la realización total del proceso ejecutivo sin llegarse al resultado de la muerte por causas ajenas a la voluntad del agente. La expresión hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, permite hablar de Tentativa Acabada y Tentativa Acabada de Homicidio. (81).

Existe Tentativa Acabada de Homicidio cuando se comienza la ejecución del Homicidio pero no se agota el proceso ejecutivo necesario para llegar a la consumación del delito en virtud de la intervención de factores extraños a la voluntad del agente que dejan incluso dicho proceso y por ende impiden la consumación del resultado de privación de la vida.

82
Antonio F. Moreno. *Código de Derecho Penal*. México Tomo II Editorial Porrúa S.A. Primera Edición
México D.F. 1944 págs. 128.

En consecuencia y como un claro ejemplo podríamos hablar de quien habiendo concebido la muerte de otro propinandole pequeñas dosis de veneno para hacer parecer la muerte como natural es sorprendido al tratar de introducir una segunda dosis de la sustancia venenosa en los alimentos de la víctima. En este ejemplo nos demuestra de que existe tentativa inacabada de Homicidio pues se ha comenzado a matar al propinar la primera dosis de veneno, pero no se ha agotado el proceso de ejecución del delito por haber fallado realizar contra la voluntad del agente , los actos subsecuentes necesarios para producir el resultado.

Habra Tentativa Acabada de Homicidio cuando habiendose realizado todos los actos y agotado el proceso ejecutivo, el resultado de muerte no sobreviene debido a causas ajenas a la voluntad del sujeto. Tal sería el caso de quién propinandole la dosis conveniente de veneno para producir como resultado la muerte, pero esta no acontece debido a la oportuna intervención médica o el mencionado ejemplo el delincuente ha agotado el proceso ejecutivo y no se ha producido la muerte por causas ajenas a la voluntad.

La distinción entre ambas formas de tentativa tiene importancia, pues para imponer la pena los jueces tendran en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiese llegado en las ejecución del delito segun suscribe el párrafo segundo del artículo 12 del Código Penal Vigente.

La Tentativa de Homicidio deja de ser punible cuando la muerte no se produce en virtud de causas propias del agente, esto es, cuando el sujeto se arrepienta en forma activa. evitando la defunción del ofendido. En el primer caso se hace referencia al desistimiento el cuál consiste en el abandono de la actividad

criminal por motivos variados, mientras en el segundo se requiere una actividad cuya finalidad va a destruir la eficacia causal de los hechos realizados y agotadores del proceso ejecutivo, razón por la cuál se le denomina **arrepentimiento activo**.

Por cuanto hace al ejemplo aludido con anterioridad, existe desistimiento, si el sujeto activo despues de haber hecho ingerir las pequeñas dosis de veneno a la presunta víctima abandona su proposito criminal y omite continuar realizando los demás actos ejecutivos del delito.

Si la dosis administrada es suficiente para producir la muerte pero el activo del hecho con su actuación evita el resultado haciendo intervenir a quién puede proporcionar auxilio médico o bien actuando directamente lograr el mismo fin de hacer ingerir a la presunta víctima el contraveneno indicado, desaparece la tentativa punible de Homicidio por operar el arrepentimiento, activo, no obstante el desistimiento como el arrepentimiento, el sujeto responde penalmente por los hechos realizados cuanto por su constituyen un delito.

Cuando los medios empleados sean idóneos o falta de objeto sobre el cuál puede recaer la actividad criminoso estaremos en presencia de la imposibilidad de poder integrar la tentativa de Homicidio, ya que quién proponiendose privar de la vida a otro utiliza una sustancia inócua atribuyendole subjetivamente un poder letal que carece . no respondera de Tentativa de Homicidio pues el resultado es imposible de realizarse atendiendose a la ineficacia causal del medio empleado.

Quien dispara sobre un cadaver creyendo que se trata de un cuerpo vivo, tampoco comete Tentativa de Homicidio pues no se puede privar de la vida a un cuerpo muerto, en cuyo caso hay delito imposible por faltar el objeto jurídico de la protección penalística.

A continuación mencionaremos los elementos de Tentativa Acabada de Homicidio y Tentativa Inacabada de Homicidio segun Porte Pettit, mismo autor que recordando las formas en que se expresa la conducta en el Homicidio señala los elementos de la tentativa acabada o inacabada, cometidas mediante comisión por omisión.

TENTATIVA ACABADA DE HOMICIDIO.

I.- Intención de cometer el homicidio.

II.- Una total realización de los actos de ejecución.

III.- No realización del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

TENTATIVA INACABADA DE HOMICIDIO.

I.- Intención de cometer el delito.

II.- Una comisión de ejecución.

III.- No realización del Homicidio por causas ajenas a la voluntad del agente

TENTATIVA ACABADA DE HOMICIDIO POR COMISION POR OMISION.

I.- Intención de cometer el delito de Homicidio.

II.- Una total ausencia de los actos, es decir no realización de la conducta esperada , un no hacer.

III.- No consumación del Homicidio por causas ajenas a la voluntad del agente.

La Suprema Corte de Justicia ha establecido respecto de la tentativa inacabada del delito de Homicidio lo siguiente:

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 y precisa.

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 acredita el grado que se analiza y de que se acusa al reo si

los actos de ejecución no fueren completos, precisos y determinados a su logro y no pueden estimarse como tales, el haber sacado una pistola o haber hecho además de sacarla.

(Semanario Judicial de la Federación XCII, quinta época).

De igual forma la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado, respecto a la tentativa acabada de Homicidio lo siguiente:

Tratándose de los grados inferiores del delito en el caso de Homicidio Frustrado, el cuerpo del delito debe darse en la comprobación de la intención Homicida para lograr la materialización exterior consistente en haber disparado un arma de fuego lo 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 testigos, que dijeron haber oído decir al acusado **ahí viene el fulano, el tal mengano y ahora me las vas a pagar**, tal expresión no puede confundirse ni equivale a la amenaza de muerte, porque causar puede en cualquier momento cualquier daño o mal diferente al de privar la vida a aquellas personas, por lo tanto si el acusado dispara contra ellas sin causarles daño, es violatorio de garantías, el auto de formal prisión que tuvo por comprobado el cuerpo del delito de Homicidio Frustrado. (Semanario Judicial de la Federación LXIII, quinta época).

Casos de Homicidio en grado de Tentativa.

I.- Homicidio Frustrado, sin causar daño alguno al sujeto pasivo.

II.- Homicidio Frustrado, causando daño (lesiones) al sujeto pasivo.

En este último citado no obstante que haya habido lesión a un bien jurídico protegido por la ley, la salud personal, no estamos frente al delito de lesiones, pues el animus del sujeto activo que era el de matar, animus necandi en consecuencia se configura la tentativa de Homicidio por no realizarse éste.

Dice Manzini cuando los actos ejecutivos han ocasionado alguna lesión personal no seguida de la muerte el delito de lesiones personales queda absorbido en la tentativa de Homicidio del cual es elemento constitutivo.

A este respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido a este respecto que Si la víctima declara que por dificultades de índole amorosa el acusado la agredió con un cuchillo para lo cual arrojó primeramente la tierra y en esa postura le dirigió varios golpes lesionandola y que se salvo de ser muerta por la intervención de los policas y el acusado declara que el agredir a la ofendida tenía la intención de matarla, porque estaba cegado por la ira y que no lo consiguió porque el cuchillo era de mala calidad y se doblo y por cuando estaba lesionandola lleo la policía , asi mismo el juzgador dió fe de que el arma empleada se doblo como consecuencia a los golpes inferidos , de todos estos datos aparece ampliamente comprobado que el acusado ejecuto hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito de Homicidio. no consumandose el hecho por causas ajenas a la voluntad del agente como lo fueron inutilización del arma, la presencia de la policía, por lo cual no se violaria de garantías la sentencia que impone pena por el delito de Homicidio en grado de Tentativa. (Semanario Judicial de la Federación LXIII quinta época).

El problema de la posibilidad de un Homicidio culposo en grado de tentativa es inaceptable, porque la culpa, en sus dos grados, impide por su propia naturaleza la existencia de aquella que tiene como uno de sus elementos querer cometer el delito.

La tentativa en el delito de Homicidio preterintencional tampoco es admisible por falta de dolo respecto de la muerte producida por tanto no puede haber tentativa inacabada o acabada de un resultado no querido.

TENTATIVA DE LESIONES

El ilícito de lesiones es un delito material en que no se da un proceso ejecutivo, la Tentativa constituye una Hipótesis viable y punible en el delito de lesiones de conformidad a la norma amplificadora del artículo 12 del Código Penal Vigente (⁵³).

Podrá existir la tentativa cuando el agente realiza actos que constituyen un comienzo de ejecución de las lesiones o el total proceso ejecutivo sin alterar la salud o causar daño en el cuerpo por causas ajenas a la voluntad del agente, formula que abarca tanto la tentativa propia, conato o tentativa inacabada como la frustración o tentativa acabada, como ya se vió en el punto anterior en la primera hay comienzo de ejecución, en la segunda agotamiento de todos los actos ejecutivos sin que en ambas se consume el delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

⁵³ Antonio P. Moreno Obra Citada. pág. 105.

Analizando lo establecido en el artículo 288 de nuestro ordenamiento penal vigente, vemos que no solo se hace referencia genérica a dicho resultado o sea Toda alteración en la salud y cualquier daño que deje huella material en el cuerpo humano, sino también subraya la expresión si estos efectos son producidos por una causa externa su vinculación con el antecedente material que le determine. Los artículos 289 y 293 del mencionado ordenamiento indican; al que infiera, concretizando ese antecedente material en una conducta humana al mismo tiempo que describe y especifica la relevancia penal del resultado. Y dado que el delito de lesiones es un delito material no existe ningún impedimento antológico para que pueda conectarse el mismo ejemplo típico de la tentativa.

Carranca afirmó que la esencia de este delito consiste en un acto material que produce el efecto de disminuir en el hombre sin destruir el goce de su personalidad ahora ocasionándole dolor físico, ahora causándole perjuicio a su cuerpo o perturbando su inteligencia. Si tales efectos no se alcanzan, pero fueron queridos por el agente y los actos que realizó eran idóneos para causarles, surge el título de la lesión intentada o frustrada.

Todo comportamiento finalísticamente orientado a lesionar la integridad personal del sujeto pasivo es subsumible en el dispositivo típico de la tentativa (artículo 12) cuando por causas ajenas a la voluntad del agente no alcance a consumarse el resultado propuesto.

Constiyendo tanto la tentativa de lesiones . alzar el brazo armado con bastón y descargarlo sobre cualquier persona que logra esquivarlo, correr tras el sujeto pasivo con un palo en la mano sin lograr darle alcance etc.

De lo anterior podría desprenderse que existen casos en los que la propia estructura y peculiar sistema del Código excluye la posibilidad de la tentativa. No es configurable en la lesión que ponga en peligro la vida (artículo 293 C.P.) una conducta idónea para poner en peligro la vida y finalísticamente orientada hacia ese fin, constituiría una tentativa de Homicidio sino fuera porque según el peculiar sistema del Código integro el For Sui Generis ahora un delito de disparo de arma de fuego (artículo 306 frac. I) ahora un ataque peligroso (artículo 306 frac. II).

Es configurable la tentativa en los casos de lesiones siempre y cuando aparezca plenamente acreditado que el sujeto activo se propuso consumar el concreto resultado. No sería lógico negar la existencia de tentativa de lesiones gravísimas descritas en el artículo 292 por ejemplo: con una navaja barbera, el sujeto hubiera intentado cercenar a otros los testículos o con un hierro ardiendo producir ceguera. Y es intuitivo que cuando no conste un resultado concreto que se produce alcanzar quien realice actos idóneos para lesionar finalísticamente orientadas a ese fin, el amplificador típico del artículo 12 del Código Penal deba concretarse con la lesión levisima descrita en el párrafo primero del artículo 289 del Código Penal Vigente.

El sistema de punibilidad seguido por nuestra legislación en relación a este delito en las que para fijar la sanción se deba atender preferentemente a la mayor o menor gravedad de la lesión y a sus consecuencias, es imposible a lo menor en la mayoría de los casos la demostración en el proceso de la clase de lesión que hubiera podido resultar en caso de consumación del delito tanto más que es muy frecuente la preterintencionalidad y el dolo eventual careciendo de

base el juez para aplicar la pena de la tentativa.

En las lesiones es aplicable los principios de tentativa o sea cuando los medios empleados resulten idóneos para lograr el resultado típico consistente en la alteración de la salud o daño corporal o bien cuando falte el objeto material mismo sobre el cual recae la conducta delictuosa, pues en ambas ocasiones se esta frente a un delito imposible.

4.3. TENTATIVA EN RELACION AL DISPARO DE ARMA DE FUEGO.

Existe gran controversia en relacion a que algunos autores afirman la existencia de la tentativa en el delito de arma de fuego pero otros niegas esta postura.

El Autor Pavón Vasconcelos (⁶⁴) dice que considerando el caracter formal del delito debiera pensarse en la imposibilidad de la integración de una tentativa de disparo de arma de fuego recordando la idea expresada por Rocco de que no es posible un peligro de un peligro.

Recordando que en aquellos delitos formales en los que la acción admite la posibilidad de su fraccionamiento en varios actos, puede agotarse alguno o algunos que sin agotar el proceso ejecutivo den lugar a una tentativa punible cuando la consumación no se verifica por causas ajenas a la voluntad del agente, esta posibilidad es admitida por Nuñez cuando indica que toda tentativa

⁶⁴ Pavón Vasconcelos y G. García López. *Los Delitos de Peligro para la Vida*. Pág. 63.

constituye un acto ejecutivo del proposito de disparar un arma de fuego contra otra persona, cuando no se logre el disparo o bien cuando no este desviado de su dirección por causas ajenas a la voluntad del agente.

Jiménez Huerta (⁵⁵) así como Carranca y Rivas (⁵⁶) sostiene en relación a la tentativa de disparar un arma de fuego el primero afirmandola diciendo que es premisa de consumo establecidaa en la elaboracion jurídica penal que cuando la ley excepcionalmente rige en tipos autónomos delictiva sui-generis, conducta humana ontologicamente no son otra cosa que actos preparatorios o tentativa de otros delitos, es conceptualmente imposible ampliar la base típica de aquellos pues los actos anteriores a los que recoja dicha fase carece de naturaleza ejecutiva. Este principio admite pues si la elaboración científica pretende recoger la rica gama fenoménica que la vida ofrece pues no puede encasillarse en dogmas abstractos de universal o inmutable vigencia. El que radica es resolver si la tentativa esencialmente erigida como delicta sui generis la cuál no abarca todos los actos ejecutivos del lesiones del bien jurídico tutelado en cuyo caso es inconcebible que pueda estructurarse una tentativa de delicta sui generis la cual no abarca todos los actos que implica el peligro efectivo para el bien jurídico tutelado o mejor dicho si fuera de la conducta descrita como delicta sui generis pueden concebirse otros actos de índole ejecutiva cuya realización presupone un peligro corrido para el bien jurídico tutelado.

Y esto último acontece en el delito especial en exámen , pues parte de los actos ejetuvos dispara el arma de fuego que integra la conducta descrita como

⁵⁵ Marías Jiménez Huerta, Decreto Penal Mexicano Tomo I y II, pág. 221.

⁵⁶ Carranca y J. Trujillo Basí Decreto Penal Mexicano, Código Penal, Comentado pág. 648.

delicta sui generis en la fracción I del artículo 306 existen otras directamente encaminados a la realización de dicha conducta que implican también un peligro real y efectivo para el bien jurídico tutelado.

Cuando en un delito sui generis entra todo acto de tentativa del delito sui generis por el contrario como sucede en la fracción I del artículo 306 se tipifica una conducta que presupone la causación del último acontecimiento salida de proyectil necesario para la lesión del bien jurídico tutelado evidentemente es que aquellos actos situados con anterioridad que representan también un peligro efectivo para el bien protegido, apretar el gatillo de un arma debidamente cargada sin que el proyectil sea disparado constituye una tentativa de delicta sui generis. Agrenado que dichos actos fueron elocuentemente inidóneos para crear un peligro efectivo para el bien jurídico tutelado sean insubsumibles en el espíritu de la tentativa o en el dispositivo de la tentativa.

Carranca y Rivas dicen que el profesor Jiménez Huerta sostiene que en el delito de disparo de arma de fuego es configurable la tentativa pero en el ejemplo que ofrece nos asalta la duda (apretar el gatillo de un arma de fuego sin que el proyectil salga disparado porque hubo un encasquillamiento) Sería posible hablar en este caso de Homicidio en grado de tentativa ?; Se podría argumentar que en tal hecho caben igualmente otras hipótesis, las lesiones en grado de tentativa y el disparo de arma de fuego de tentativa ?; Porque se elige a la tentativa en cuanto al disparo ?.

La cuestión desde luego no es sencilla para el profesor Jiménez Huerta la

posibilidad de tentativa en el caso se funda porque fuera de la conducta descrita como dice delicta sui generis se pueden concebir otros actos de índole ejecutivo cuya realización presupone un peligro para el bien jurídico tutelado, pues aparte de los actos ejecutivos, disparar el arma de fuego, existen otros directamente encaminados a la realización de la conducta, piensa Jiménez Huerta que implican también un peligro real y efectivo para el bien jurídico tutelado que es la vida.

Ahora bien si como dice Jiménez Huerta fuera de la conducta descrita delicta sui generis pueden concebirse otros actos de índole ejecutiva cuya realización presuponen un peligro corrido para el bien jurídico tutelado, o sea que se trata de actos ejecutivos aparte de los actos, es precisamente a nuestro juicio esta calidad marginal de tales actos lo que nos hace pensar en la imposibilidad de la tentativa de disparo de arma de fuego. El mismo Jiménez Huerta sostiene que el acto de disparar contra una persona es en realidad una tentativa de Homicidio.

Carranca y Rivas dice que su duda sobre la imposibilidad de la tentativa se ahonda cuando fuera de la conducta descrita como delicta sui generis aparte de los actos ejecutivos es si (disparar un arma de fuego) se plantea el hecho de apretar el gatillo del arma sin que salga el proyectil.

Es evidente que esta lejanía de los actos ejecutivos en si nos sitúan en el Homicidio en grado de Tentativa, porque ya quedo debidamente aclarado que el delito de disparo de arma de fuego es absorbido por el Homicidio de lesiones (ya que el primero es el medio productor de lo segundo) respecto a ello lo

estudiaremos en lo referente a la autonomía del delito en estudio en tal virtud si A dispara a B pero la bala no sale porque se encasquillo no nos cabe duda que ante todo hay que pensar en una Tentativa del delito de Homicidio que es el delito mayor y por lo cual absorbe a los otros. Ni siquiera el mismo A podría aclarar si su intención era nada más el de disparar, lesionar o matar ya que el simple hecho del disparo en las condiciones del tipo previsto en el artículo 306 Fracción I presupone la intención de matar. En otras palabras A no pudo saber y el resultado sería solo el de lesionar o sería contra la vida que en B produciría.

No es evidente entonces que la figura mayor es la del Homicidio y que las otras lesiones y disparo en grado de tentativa, quedan supeditadas a la existencia de la primera ?; si en la realidad del delito de disparo de arma de fuego queda absorbido por el Homicidio y por el de lesiones, no debe suceder otra cosa en la hipótesis es decir ante el ejemplo del encasquillamiento no podemos saber que estragos hubiera causado la bala y por lo tanto la lógica no nos impide hablar de Homicidio en grado de Tentativa, ya que si en realidad el delito mayor absorbe a los menores en la hipótesis debe suceder lo mismo.

El hecho de que existe la posibilidad de un dolo eventual concede carácter de delito sui generis al delito de disparo de arma de fuego pero no presupone que desde el punto de vista de la lógica se puede hablar de una tentativa de tentativa que esto sería en realidad la Tentativa de Disparo de Arma de Fuego.

Por lo antes expuesto dice Jiménez Huerta que si Carranca y Rivas hubiera tenido en cuenta y comprendido la génesis de este extraño y artificioso delito

de disparo de arma de fuego no hubiera podido plantearse las dudas que confiesa tener, y las interrogantes que paralogicamente a si mismo formula, pues no hubiera olvidado que el disparo de arma de fuego en nuestro Código Penal tiene una naturaleza Autónoma plasmada en una figura típica independiente delictiva sui generis que se integra por el hecho de tirar del gatillo para alcanzar un resultado o salida del proyectil por la explosión de la pólvora el cual se frustra o que de intentado cuando dicho resultado no se produce.

De lo antes expuesto se deduce que mientras un autor le da carácter de delito autónomo al disparo de arma de fuego, el otro lo niega.

4.4. CUADRO SINOTICO COMPARATIVO ENTRE EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO Y LA TENTATIVA ACABADA DE LESIONES Y HOMICIDIO. (37).

Conducta: Disparar sobre una persona.

Tipicidad: Adecuación de la conducta al artículo 306 fracción I del Código Penal Vigente.

Disparo de arma de
fuego.

Antijuricidad: La conducta, siendo típica no la ampara ninguna causa de justificación.

Culpabilidad: Animus Necandi o laedendi.

³⁷ Celestino Forte Petit Casadevall, *Manual de la Parte General de Derecho Penal*. Obra Citada pág. 320.

Conducta: Disparar sobre una persona.

Tipicidad: Adecuación de la conducta al artículo 12. en relación al 288 a 302 según el caso del Código Penal Vigente.

Tentativa Acabada de Lesiones u Homicidio. **Antijuricidad;** La conducta siendo típica no esta amparada por ninguna causa de justificación.

Culpabilidad; Animus Necandi o Laedendi.

El maestro Celestino Forte Petit nos menciona el cuadro sinóptico anteriormente descrito para el cuál el delito de disparo de arma de fuego y la tentativa acabada de lesiones y Homicidio vienen siendo lo mismo, por lo que nos indica además que el delito de disparo de arma de fuego carece de autonomía y que debe desaparecer dicha figura, pero no todos los autores opinan lo mismo por lo que a continuación veremos lo siguiente. (18).

Una gran parte de la doctrina ha destacado que la figura del delito de disparo de arma de fuego carece de sustantividad propia. puesto que la acción típica del delito integra necessariamente, una tentativa acabada de lesiones o de

¹⁸Celestino Forte Petit Candaudap. Obra Citada Pág. 321.

Homicidio y vemos que el maestro Jiménez Huerta indica, que el delito de disparo de arma de fuego carece de autonomía y que además no tiene naturaleza de delito auxiliar, que presentaba en la legislación española, en la cual solo operaba en forma subsidiaria cuando el disparo no podía integrar una frustración tentativa de Homicidio u otro delito sancionado con pena mayor.

El tipo aludido recoge en rigor técnico, una tentativa acabada de lesiones o de Homicidio por cuanto quien dispara sobre una persona un arma de fuego, lo hace invariablemente con el ánimo de privarlo de la vida o de lesionarla. esto es, con intención directa o eventualmente dirigida a ocasionar la muerte o lesionar.

Según Soler para quien dice que no es posible sostener que el disparo de arma de fuego constituye necesariamente una tentativa de Homicidio o una frustración de Homicidio . En todo delito cuya consumación importa un recorrido no pueden dejarse de considerar las posibilidades que el delincuente efectivamente tenía, de seguir su ánimo. Si un sujeto tiene un revolver con cinco balas y hace un disparo contra una persona sin herirlo, para poder afirmar que eso constituye una tentativa de Homicidio no basta consultar cual era la intención conque el primer disparo se hizo para concluir en que si había inicialmente intención de matar ya es punible la Tentativa de Homicidio.

Eso importa descuidar el valor que tiene el desistimiento en aquellos casos en que el sujeto sabe que no ha logrado su intención dispone de medios para proseguir y sin embargo no lo hace. No cabe argumentar que en contra al anterior

razonamiento sea unicamente válido en orden a lo dispuesto por el artículo 104 del Código Penal Argentino y que parezca de significación para el Código Penal Vigente Mexicano, pues ni en aquel ni en este se han pretendido como suponen algunos tipificar una tentativa de Homicidio o de Lesiones, sino sancionar el hecho mismo del disparo de arma de fuego cuando se realiza sobre persona alguna con absoluta independencia del animus que acompaña la acción típica, creandose así un tipo especial dirigido a proteger la vida y la salud de la situación de peligro concreto originado en el hecho mismo del disparo de arma de fuego.

Si bien es cierto que en un principio el legislador al crear la figura del disparo de arma de fuego pretendió dar solución a los casos prácticos de Tentativa donde presentarse por ausencia de pruebas, el problema de establecer el animus necandi, refiriéndose a la Tentativa de Lesiones o de Homicidio, a la fecha no puede con relación a nuestro código sostener dicho criterio, porque ello significa pretender desconocer la ratio típica del artículo 306 fracción I el cual al dar la autonomía al delito de disparo de arma de fuego, prescinde de la intención del sujeto proyectada a un resultado material determinado para elaborar un delito de peligro y de daño.

Esto nos lleva a una interpretación lógica en cuanto a el artículo 306 Fracción I del Código Penal Vigente y vemos como la voluntad de la ley ha sido tomada en cuenta de la autonomía del delito de disparo de arma de fuego, determinar con claridad el ámbito de aplicación del tipo a aquellas situaciones en que la acción de disparar sin producir casualmente un daño material, origina no obstante una situación de peligro para los bienes jurídicos de la vida y de la integridad corporal haciendo reserva de la aplicación acumulativa de las

penas respecto de los daños causados cuando estas logicamente integren figuras delictivas diversas pero compatibles con la del disparo de arma de fuego.

A continuación tenemos algunas hipótesis sobre lo anterior:

a) Lógico es inferir de lo anterior, en primer término que si alguien dispara sobre una persona cualesquiera su arma de fuego, estableciéndose plenamente la existencia de un animus necandi, habría de aplicarse la pena correspondiente a la tentativa acabada de Homicidio, pues siendo esta una entidad valorativa mayor respecto del disparo y operándose el fenómeno de la concurrencia de normas incompatibles entre si privar la regla punitiva del principio de la aplicación o absorción.

b) Cuando en virtud del disparo de arma de fuego, ejecutado con animus necandi, se produce como resultado la muerte de una persona, habría aplicarse la pena del delito de Homicidio, excluyendo la del disparo, para consistir este en el medio comisivo del delito mas grave. En esta Hipótesis funciona también el principio de la absorción del delito de menor entidad valorativa por el mayor valor en el orden normativo haciéndose impreacindible la aplicación de la regla del artículo 59, pues existiendo la concurrencia de dos norma incompatibles entre si el tipo de Homicidio excluye, con su aplicación al delito de disparo de arma de fuego.

c) Cuando el agente dispara sobre alguien un arma de fuego con animus laendi, causando su muerte, pues aunque en la hipótesis se integraría un Homicidio preterintencional, le corresponde legalmente en tratamiento de homicidio doloso

(intencional) atenta la presunción establecida en el artículo 90. fracción II del Código Penal en vigor.

d) Se distinguen dos hipótesis de la concurrencia del delito de disparo de arma de fuego con el tipo integrante de un resultado de lesiones:

d.a) Si el resultado lesivo amerita pena mayor o más grave con relación a la señalada por el disparo de arma de fuego, habría de ser aquella la aplicable en virtud de la regla del artículo 59 del ordenamiento invocado.

d.b) Si la pena del delito de disparo de arma de fuego es mayor que la aplicable a la lesión inferida, habría de individualizarse la del artículo 306 fracción I con eliminación de la señalada en la lesión causada, como consecuencia de la misma norma citada, pues en el concurso aparente de tipos y de acuerdo a la solución adoptada por la legislación mexicana, es la pena mayor la aplicable cuando el delito puede ser considerado bajo dos o mas aspectos y bajo cada uno de ellos merezca una sanción diversa.

Existe otra hipótesis cuando se realiza con el disparo de arma de fuego, un delito diferente a los ya mencionados y es el daño en propiedad ajena, en esta situación tratandose de tipos compatibles entre sí (disparo 306 Fracción I y Daño en propiedad ajena 399) se integraría un concurso ideal de delitos y consecuentemente produciría la aplicación de la pena que merezca la mayor la cual podría aumentarse en una mitad mas del máximo de su duración. según lo señala el artículo 58 del Código Penal Vigente.

Existe una gran polémica en cuanto al delito de disparo de arma de fuego, tipo penal que según destacado grupo de la doctrina carece de sustantividad propia, pues la conducta descrita en la norma configura necesariamente una tentativa acabada de Lesiones o de Homicidio, dado que quién dispara sobre una persona lo hace siempre con el animus de matarla o lesionarla lo que implica voluntad de causación de tales resultados.

Excepcionalmente el disparo de arma de fuego no constituye una tentativa acabada de frustración de homicidio, como algunos autores lo han puesto de relieve y aun admitiendo que en el disparo vaya implícita la mencionada voluntad de lesionar o de matar, de hecho incontrovertible es que el legislador creó un tipo especial protector de la vida y la salud, respecto de la situación y peligro concreto originando en la acción de disparar sobre una persona o grupo de personas, quedando al margen toda controversia realtiva a la intención de dañar.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Por lo que hace al ilícito motivo del presente trabajo exige que la integración de este, el sujeto activo debe disparar un arma de fuego a una persona o grupo de personas, y agrega en su último párrafo que las sanciones previstas en la fracción I se aplicaran independientemente de las que corresponda por la comisión de otro ilícito, notándose que en dicho precepto no corresponde la redacción ya que en la fracción I del artículo 306 del Código Penal Vigente no menciona sanción alguna.

SEGUNDA.- La fracción I del artículo 306 debe ser analizada en atención a la tentativa relacionada con los ilícitos de lesiones y homicidio.

TERCERA.- El ilícito de disparo de arma de fuego no tiene naturaleza jurídica definida ya que puede variar por la tentativa de lesiones o de homicidio según sea el caso.

CUARTA.- Puede coincidir el bien jurídico tutelado del disparo de arma de fuego con el que se tutela en la tentativa de lesiones como en el de Homicidio.

QUINTA.- La figura del delito de disparo de arma de fuego surge ante la necesidad de poder probar el elemento subjetivo en la tentativa de lesiones o de Homicidio quedando impune en ocasiones estas conductas delictivas.

SEXTA.- De acuerdo a nuestro ordenamiento Penal Vigente el disparo de arma de

fuego constituye una suplencia de la tentativa de lesiones o de Homicidio.

SEPTIMA.- Por tentativa se entiende según nuestro Ordenamiento Penal Vigente, la realización de todos los actos o hechos encaminados directamente a la realización de un delito si este no se consuma por causas ajenas o la voluntad del agente.

OCTAVA.- Al crearse la figura relativa al disparo de arma de fuego se consideró que no se podía sancionar dicha conducta sin la existencia de los elementos del Homicidio Frustrado, confundiendo en su origen con la tentativa.

NOVENA.- Se debe tener especial atención en la fracción I del artículo 308 del Código Penal Vigente, para que tal conducta quede encuadrada únicamente en el catálogo relativo a la tentativa.

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

- 1.- ALIMENA BERNARDINO
DELITOS CONTRA LA VIDA
EDITORIAL TERRIS, BOGOTA
SEGUNDA EDICION
ANO 1975.

- 2.- BERNALDO DE QUIROZ CONSTANTINO
DERECHO PENAL
EDITORIAL JOSE MARIA CAJICA JR.
PRIMERA EDICION
PUEBLA, PUE.
ANO, 1948.

- 3.- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL
DERECHO PENAL MEXICANO. PARTE GENERAL
EDITORIAL PORRUA, S.A.
DECIMA PRIMERA EDICION
MEXICO, D.F.
ANO 1977.

- 4.- CASTELLANOS TENA FERNANDO
LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL
EDITORIAL PORRUA S.A.

DECIMA EDICION. MEXICO D.F. AÑO 1977.

- 5.- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO
DERECHO PENAL MEXICANO (LOS DELITOS)
EDITORIAL PORRUA S.A.
DECIMA SEXTA EDICION, MEXICO D.F. AÑO 1980

- 6.- GRAF ZU DAHNA ALEXANDER
LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO
CUARTA EDICION TRADUCIDA POR CARLOS PORTON BALESTRA
MEXICO D.F. AÑO 1978.

- 7.- GIUSSEPE MAGGIORE
DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL
VOLUMEN IV EDITORIAL TEMIS
SEGUNDA EDICION, BOGOTA COLOMBIA 1978.

- 8.- JIMENEZ HUERTA MARIANO
DERECHO PENAL MEXICANO TOMO I Y II
EDITORIAL PORRUA S.A. EDICION SEGUNDA
MEXICANO D.F. AÑO 1971.

- 9.- MEZGER EDMUNDO
DERECHO PENAL LIBRO DE ESTUDIO (PARTE GENERAL)
PRIMERA EDICION
MEXICO D.F. AÑO 1958.

- 10.- P. MORENO ANTONIO
CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO
LOS DELITOS EN PARTICULAR. PARTE GENERAL
TOMO I Y II EDITORIAL PORRUA S.A.
EDICION PRIMERA AÑO 1944.
- 11.- PALACIOS VARGAS J. RAMON
DELITOS CONTRA LA VIDA E INTEGRIDAD CORPORAL
EDITORIAL TRILLAS PRIMERA EDICION
MEXICO D.F. AÑO 1978.
- 12.- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO
LA TENTATIVA
SEGUNDA EDICION. EDITORIAL PORRUA S.A.
MEXICO D.F. AÑO 1974.
- 13.- PAVON CASCONCELOS FRANCISCO
LOS DELITOS DE PELIGRO PARA LA VIDA
CUARTA EDICION. EDITORIAL PORRUA S.A.
MEXICO D.F. AÑO 1991.
- 14.- PEREZ CARLOS LUIS
TRATADO DE DERECHO PENAL
EDITORIAL TEMIS BOGOTA TERCERA EDICION
BOGOTA COLOMBIA AÑO 1967.

15.- PEREZ CARLOS LUIS

CONCURSO APARENTE DE TIPOS. TRATADO DE DERECHO PENAL
VOLUMEN II EDITORIAL TEMIS. BOGOTA COLOMBIA
PRIMERA EDICION AÑO 1967.

16.- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO

APUNTES DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL
CUARTA EDICION EDITORIAL PORRUA S.A.
MEXICO D.F. AÑO 1974.

17.- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO

DOGMATICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL
TERCERA EDICION. EDITORIAL JURIDICA MEXICANA
MEXICO D.F. AÑO 1972.

18.- PUIG PENA FEDERICO

DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO I
UNICA EDICION , EDICIONES NAUTA S.A.
BUENOS AIRES ARGENTINA, AÑO 1944

19.- SOLER SEBASTIAN

DERECHO PENAL ARGENTINO TOMO III
SEGUNDA EDICION EDITORIAL ARGENTINA TIPOGRAFIA
BUENOS AIRES ARGENTINA, AÑO 1957.

20.- VILLALOBOS IGNACIO

DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL

CUARTA EDICION EDITORIAL PORRUA S.A.

MEXICO D.F. AÑO 1975.

21.- VON BELING ERNEST (TRADUCIDA POR SEBASTIAN SOLER)

LA DOCTRINA DEL DELITO TIPO. ESQUEMA DE DERECHO PENAL

EDITORIAL DE PALMA BUENOS AIRES UNICA EDICION

BUENOS AIRES ARGENTINA AÑO 1944.

LEGISLACION

- 1.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
EDITORIAL PORRUA S.A.
EDICION CUADRAGESIMA TERCERA
MEXICO D.F. AÑO 1982.

- 2.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
EDITORIAL PORRUA S.A.
CUADRAGESIMA SEPTIMA EDICION MEXICO D.F. AÑO 1990.

- 3.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL
EDITORIAL PORRUA S.A. TERCERA EDICION
EDICIONES D.F. AÑO 1982.

OTRAS FUENTES

- 1.- CISNEROS ANGEL
CRIMALIA (REVISTA)
EDICION BOTAS MEXICO AÑO 1972

- 2.- GRAN DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO TOMO II
READER'S DIGEST MEXICO D.F. DE C.V.
DECIMA SEPTIMA EDICION.

SAN MATEO TECOLAPAN ESTADO DE MEXICO AÑO 1982.

3.- LEYES PENALES MEXICANAS

INSTITUTO MEXICANO DE CIENCIAS PENALES

EXPOSICION DE MOTIVOS DEL CODIGO PENAL DE 1929

AÑO 1979.

4.- REVISTA DE LA SECRETARIA DE JUSTICIA (COMISION REVISORA DEL CODIGO PENAL)

CODIGO PENAL VOLUMEN IV

TRABAJOS DE REVISION DEL CODIGO PENAL

PROYECTO DE REFORMAS Y EXPOSICION DE MOTIVOS AÑO 1914.