

7
21



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

LA DEROGACION DEL ATAQUE PELIGROSO Y
DISPARO DE ARMA DE FUEGO DEL CODIGO PENAL,
COMO CAUSA DE IMPUNIDAD JURIDICA Y LA
NECESIDAD DE REFORMAR LA TENTATIVA
EN HOMICIDIO Y LESIONES.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ABRAHAM ALCANTARA REYNOSO

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEX.

1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta 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.

A G R A D E C I M I E N T O S

A MI MADRE

ANGELA REYNOSO VALLEJO DE ALCANTARA.
POR HABERME IMPULSADO Y APOYADO
EN LA REALIZACION DE MIS PROYECTOS.
SIN MAS QUE EL GRAN AMOR QUE PROFESA
A SUS HIJOS.

A MI PADRE

EDUARDO ALCANTARA OCARIZ

A MIS HERMANOS

JOSE LUIS ALCANTARA REYNOSO Y
JUAN ALCANTARA REYNOSO

COMO UN TESTIMONIO DE LA TRASCENDENCIA
QUE TUVIERON EN LA FORMACION DE MI
PERSONA. CON TODO RESPETO Y CARINO.

A SU MEMORIA

A MIS HERMANOS

MIGUEL ANGEL, BERTHA, AURELIO,
SOCORRO, BRAULIO, LEONOR,
JAVIER Y GUADALUPE.
QUE ME HAN BRINDADO SU CONFIANZA
Y APOYO NECESARIOS, EN TODO
MOMENTO DE MI VIDA.

A SOLEDAD TOVAR LEO Y
MIGUEL ANGEL ALCANTARA.
CON ADMIRACION Y RESPETO.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO,
A LA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
'ARAGON', A TODOS MIS MAESTROS, QUIENES DE ALCUNA
FORMA CONTRIBUYERON A MI FORMACION PROFESIONAL.

AL LICENCIADO JOSE HERNANDEZ RODRIGUEZ
CON TODO RESPETO Y ADMIRACION QUE
SIENTO POR SU GRAN CALIDAD HUMANA
Y PROFESIONAL.

A TODOS MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS
POR SU APOYO Y AMISTAD SIN
MEDIDA.

LA DEROGACION DEL ATAQUE PELIGROSO Y DISPARO DE ARMA DE FUEGO CODIGO PENAL, PARA EL DISTRITO FEDERAL COMO CAUSA DE IMPUNIDAD JURIDICA Y LA NECESIDAD DE REFORMAR LA TENTATIVA EN HOMICIDIO Y LESIONES.

I N D I C E

PROLOGO

INTRODUCCION

I

CAPITULO I

ESTUDIO DOGMATICO DEL ARTICULO 306, DEL CODIGO PENAL ANTES DE SU DEROGACION.

A.	DISPARO DE ARMA DE FUEGO	1
1.	CONCEPTO.	1
2.	FORMACION HISTORICA	6
B.	ATAQUE PELIGROSO	11
1.	CONCEPTO.	11
2.	FORMACION HISTORICA	12
C.	ELEMENTOS DEL TIPO PENAL	14
1.	ELEMENTOS POSITIVOS	14
2.	ELEMENTOS NEGATIVOS	30

CAPITULO II

EL HOMICIDIO Y LESIONES EN GRADO DE TENTATIVA

A.	RESEÑA HISTORICA DE LA SANCION EN LA TENTATIVA DE HOMICIDIO Y LESIONES	47
1.	CODIGO PENAL DE 1871	55
2.	CODIGO PENAL DE 1929	59
3.	CODIGO PENAL DE 1931	61
4.	REFORMAS EN EL ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL TIPO DE 1963	64
B.	FORMAS DE PRESENTACION	65

1.	TENTATIVA ACABADA	72
2.	TENTATIVA INACABADA	74

CAPITULO III

CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA DEROGACION DEL ARTICULO 306 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

A.	EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO Y LA TENTATIVA DE LESIONES Y HOMICIDIO	82
B.	EL ATAQUE PELIGROSO Y LA TENTATIVA	96
1.	DISCORDANCIA JURIDICA DE LA TENTATIVA DE LESIONES Y EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO	98
2.	LA TENTATIVA DE HOMICIDIO Y LESIONES COMO ORGANO NO REGULADOR DE LA ACCION CRIMINAL	102
C.	LA DEROGACION DEL ARTICULO 306 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	104
1.	LA IMPUNIDAD GENERADA POR LA DEROGACION DEL DISPARO DE ARMA DE FUEGO Y ATAQUE PELIGROSO	105
2.	FORMULACION Y ADAPTACION DE LOS ARTICULOS 12 Y 63 DEL CODIGO PENAL	108

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

P R O L O G O

En la actualidad se han dado innumerables opiniones en el sentido de que debe reformarse el Código Penal para el Distrito Federal, teniendo como fin, una expedición más eficaz de la justicia, una actualización de las normas penales, a fin de que contribuya a reducir el índice delictivo y estructurar una mejor política criminal.

En virtud de que como se ha manifestado el Ordenamiento Legal ha ido perdiendo vigencia por el avance mismo de la sociedad y en algunos aspectos no está de acuerdo - con la realidad del país en cuanto a la prevención, sanción y persecución del delito, en la capital del país.

Esto a su vez nos conduce a la generación de una impunidad que de prevalecer no cumpliría con uno de los aspectos básicos de la República y por tanto podría llevarnos a un desequilibrio del estado de derecho, éste a su vez a trastornos sociales que como se ha visto en otros países conllevan una alta contaminación delincencional, difíciles de corregir.

Por lo anterior este trabajo pretende tener como finalidad, contribuir con un punto de análisis respecto a la derogación de una norma penal como posible causa de un aumento o falta de sanción de conductas criminales, así como

la proposición de una adición a otro precepto, a fin de subsanar las omisiones legales que se causaron en relación a la tentativa y en razón de que a nuestro juicio no está debidamente articulado el precepto, requiriendo de una reestructuración en cuanto a sancionar conductas criminales de manera específica y no de manera genérica como actualmente sucede.

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

En el Distrito Federal se dejó de sancionar el delito de disparo de arma de fuego y ataque peligroso, con la derogación del Artículo 306 del Código Penal, en enero de 1992, tomando como argumento, el supuesto de que ambas conductas son tentativas de homicidio y por lo tanto éstas ya están contempladas en los Artículos 12 y 63.

Esta medida a nuestro parecer es correcta, pero también insuficiente, en virtud de que si bien es cierto que el Artículo 306 establecía en la Fracción II, que las conductas descritas deberían tener el ánimo de privar de la vida, la Fracción I sólo menciona el disparo como hecho contra una persona sin especificar la intencionalidad, de tal suerte que dicho precepto también sancionaba la conducta de tratar de amenazar la integridad corporal en todos sus aspectos, de tal manera que aunque no existiera el ánimo de privar de la vida, este precepto tutelaba la integridad corporal y aún la mental del sujeto pasivo, es decir que aunque no se cause un daño efectivo o material, si se pone en peligro la seguridad del atacado y por lo tanto dicha conducta delictiva produce un daño.

Al ser derogado el Artículo 306 se deja sin castigo toda esa variedad de conductas que se realizan en contra del individuo, ya sea para tratar de dañar o bien que no pueden

ser configuradas como tentativa de homicidio.

Asimismo como se verá en el desarrollo de este trabajo, no todo ataque peligroso y disparo de arma de fuego, busca la privación de la vida, pues en muchas ocasiones, el ánimo, sólo es el de lesionar o intimidar, y con la derogación del Artículo 306 del Ordenamiento Penal, sin haber realizado una modificación y adición general a los Artículos 12 y 63 del mismo código, en razón de que se sancione la tentativa según el caso de tentativa, el grado de ejecución, el medio empleado, así como el ánimo y causas que llevan al sujeto activo a realizar la conducta.

Creándose un vacío jurídico pues el juzgador como lo establece la práctica jurídica, en caso de duda o falta de tipo se tendrá que absolver al inculpado, como evidentemente se muestra con la tentativa de lesiones.

Es decir y desde ésta concepción la derogación del Artículo 306, debió estar acompañado de alguna modificación y adición a los Artículos 12 y 63 del Código Penal, en virtud de que la tentativa sea castigada de acuerdo al delito que el sujeto activo buscaba lograr.

Ahora bien el presente trabajo está encaminado a realizar un análisis sobre la factibilidad de que se puedan

III

modificar, así como realizar las adiciones de los artículos que tipifican a la tentativa, a fin de que no queden impunes las conductas criminales, que por su difícil grado de comprobación, el juzgador se vería imposibilitado a sancionar, de tal suerte que se sancione de forma similar a lo enmarcado en el capítulo de lesiones, esto a su vez traería consecuentemente una claridad jurídica en cuanto al tema tratado y por consiguiente una expedición más justa en política criminal en la Ciudad de México.

A. DISPARO DE ARMA DE FUEGO

1. CONCEPTO

Hasta antes de su derogación el delito de disparo de arma de fuego se definía: "Al que dispare a una persona o grupo de personas un arma de fuego se le impondrá una sanción de tres días a tres años de prisión y multa de cinco mil pesos" (Artículo 306 fracción I). De tal suerte que el tipo del delito se agotaba en el acto de disparar un arma a una persona o grupo de personas, requiriendo el motivo que se encuadrara en una conducta de acción, siendo imprescindible una conducta de actividad o movimiento corporal, de tal manera que es innecesario manifestar que la conducta no puede ser llevada a cabo en forma omitiva, por no ser factible hasta ahora el disparar un arma por inactividad corporal.

El acto de disparar implica la acción de hacer funcionar el arma de fuego ya sea haciendo funcionar el gatillo en forma directa, o a través de mecanismos aptos para tal fin, así, entonces no basta el haber apretado el gatillo pues

disparar un arma sin proyectil es una acción que no puede encuadrarse en la acción típica del delito.

Como lo manifiesta el maestro Zafaroni "Es un arma de disparo pero no toda arma de esta índole es de fuego, arma de fuego es la que dispara proyectiles en virtud de un mecanismo de explosión originada por la combustión de la pólvora o cualquier otra circunstancia adecuada. Es por ello que aún empleando el mecanismo descrito lo lancen o disparen proyectiles o balas". (1)

Para ser más explícitos, no se incurrirá en la conducta descrita anteriormente, dando como ejemplo a aquellas armas que disparan proyectiles de goma o caucho, además manifiesta el autor argentino que no basta lo que por su naturaleza es un arma de fuego, siendo de manera indispensable que se realice su empleo como lo que es, ya que pudiera darse el caso de que se realice el disparo, pero el arma solamente está cargada de pólvora, balas de salva, etcétera.

Pues aunque pudiera causar daño a la víctima, en realidad no surge el peligro corrido, exigido en el tipo penal. Por otro lado, la preposición "A" que se empleaba en la Fracción

(1) ZAFARONI, Raúl Eugenio. Manual de Derecho Penal, 2a. ed., Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Buenos Aires, Argentina, 1988, pág. 357.

I del Artículo 306 del C. P. hace patente que la figura del disparo de arma de fuego se integra con la acción de disparar un arma de esa naturaleza a una persona, siendo evidente que se requería que fuera contra o sobre de alguien sin existir el propósito de dañar, tan es así que la doctrina era uniforme en el sentido de que el disparo debería hacerse contra la persona o grupo, lo cual hace una trayectoria imprescindible del proyectil hacia la víctima según lo manifiesta Francisco González de la Vega. (2)

El tipo penal de disparo de arma de fuego no obstante su derogación y en razón del presente trabajo, nos aplica a realizar el estudio dogmático del mismo de tal suerte que, el delito se clasificaba de la siguiente forma.

A. CLASIFICACION DEL DELITO DE DISPARO DE ARMA DE FUEGO HASTA ANTES DE SU DEROGACION.

- a) Es un delito de acción.
- b) Es un delito en donde pueden concurrir la unisubsistencia y la plurisubsistencia.
- a) Este delito era de acción en virtud de la conducta típica descrita en el precepto, ya que estructura una actividad

(2) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos, 20a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1985. pág. 310.

corporal voluntaria de disparar un arma y por consiguiente se imposibilita el funcionamiento de la omisión.

Así como también se consagra en el precepto una norma prohibitiva, un deber jurídico de abstenerse.

b) En el delito de disparo de arma de fuego se podría encuadrar tanto la unisubsistencia y la plurisubsistencia de los actos delictivos, cuando la acción típica se agota en un sólo acto o en varios actos, por ejemplo si el agente dispara una sola vez o descarga toda el arma, en ambos habrá cometido un sólo delito y no tantos como disparos haya realizado, así tenemos que en el primer caso la acción se agota en un sólo acto y en el segundo en varios, que integran la acción misma del delito.

B. CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO.

- a) Delito de resultado instantáneo.
- b) Delito de resultado formal.

a) El disparo de arma de fuego se consideraba un delito instantáneo, pues el "disparar" integra todos los elementos del tipo consumado, y por ende el agotamiento de la figura descrita por el legislador.

b) Siendo el delito de disparo, en que la conducta de acción satisface por sí sola al tipo estableciendo una perfecta adecuación con la hipótesis legal, sin requerir ningún resultado material, se consideraba un delito formal o de conducta.

CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO.

- a) Tipo autónomo o independiente
- b) Tipo normal
- c) Tipo de formulación libre
- d) Tipo complejo

a) Es un tipo autónomo, ya que no se subordinaba ni precisaba ningún otro tipo para tener existencia jurídica según menciona el maestro Jiménez de Azúa. Hay tipos que por estar solos en la ley y no tener relación con otros poseen plena autonomía. (3)

b) Tipo normal es delito de disparo de arma de fuego en virtud de que para su capacitación sólo le bastaba al juez un mero proceso de conocimiento excluyendo todo juicio valorativo.

c) Fue de formulación libre en la noción de disparar un arma de fuego contra una o varias personas que constituye

(3) JIMENEZ DE AZUA, Luis. Delitos de Omisión y Delitos de Omisión por Comisión. 6a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1965, pág. 85.

su concepto jurídico, de tal suerte que se comprendan todas las hipótesis posibles la comisión del delito, por otra parte la formulación tazada es aquella unica forma de comisión el manipular un arma de fuego y disparar.

d) El delito de disparo de arma de fuego, en su existencia jurídica se tuvo como un tipo complejo por aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones cuya función da nacimiento a una figura delictiva nueva superior en gravedad a la que las componen, por ejemplo robo en casa habitación se compone del allanamiento y el robo, de tal suerte el delito de disparo de arma de fuego sería complejo si tomamos en cuenta la portación previa.

2. FORMACION HISTORICA.

Se considera que el antecedente más antiguo de esta figura delictiva es el Artículo 423 del Código Penal español de 1870, manifestando: "El acto de disparar un arma de fuego con tra cualquier persona, será castigada con la pena de prisión correccional en sus grados, mínimo y medio si no hubieren concu rrido en el hecho de las circunstancias necesarias para constitu ción del delito frustrado o tentativa de homicidio, parricidio, lesiones o cualquier otro delito a que esté señalada una pena superior por alguno de los artículos de este Código".

El Tribunal Superior de España interpretó, el citado precepto de tal manera, que la creación del tipo penal obedece a la necesidad de prohibir todo acto de disparar un arma de fuego contra cualquier persona, manifestando el peligro que corría la persona a la cual se le dispara. Así, si el disparo se hace a una o varias personas o sin asegurarse de la puntería del autor, es por tal motivo que desde el momento de su creación, la norma acarreó críticas, manifestando en lo general que tal figura estaba carente de contenido legal pues en todo caso constituía una tentativa o frustración en la comisión del ilícito, siendo de estas críticas la causa por la que los legisladores españoles introdujeron las reformas en el Código de 1928, en su Artículo 541, modificando la estructura del tipo penal encausándolo a la tentativa de homicidio, en los siguientes términos:

"El que dispare contra persona determinada, un arma de fuego será castigado como reo de tentativa de homicidio, cualesquiera que sean las lesiones que ocasione y si no las ocasionare será castigado con pena inferior en uno o dos grados, salvo siempre el caso de que los hechos punibles determinen responsabilidad mayor, con arreglo a los preceptos de este Código y de leyes especiales".

En México el Código Penal de 1871 no legisló en su articulado la figura delictuosa de disparo de arma

de fuego, sólo existiendo un proyecto de reformas que aparece en años posteriores en donde se penalizaba al:

"Que dispare sobre una persona un arma de fuego o la ataque de otra manera que en razón del arma empleada, de la fuerza o de la destreza del agresor, o de cualquier otra circunstancia pueda producir como resultado la muerte, sufrirá por ese sólo hecho la pena correspondiente al homicidio frustrado, a no ser que se averigüe que únicamente se propuso inferir una lesión que no fuera mortal. Si de la agresión resultaren una o varias lesiones se observarán las reglas de la acumulación, pero, sin que la pena, pueda exceder de la que se impondría si se hubiere consumado el delito".

La comisión redactora de las reformas del Código Penal de 1912, se apartó de los códigos españoles e italianos, al redactar el Artículo 548 Bis consagrando una presunción *Juris tantum* en el sentido de que el delito de disparo de arma de fuego sobre otro individuo o el ataque en función del arma empleada, de la fuerza del agresor o cualquier otra circunstancia puedan producir la muerte, eran constitutivas de homicidio frustrado, argumentando, que en la mayoría de los casos el autor del disparo, pretende invalidar al sujeto pasivo causándole la muerte.

Por lo contrario, el proyecto pretendía haber

encontrado una solución, al sancionar el disparo como homicidio frustrado a no ser que se averiguara que el agente se proponía únicamente inferir una lesión, que no fuera mortal, en cuyo caso dejaba de tener eficacia la referida presunción, considerándose que en tal hipótesis la carga de la prueba debería recaer en el autor del disparo.

El Código Penal de 1931, asimila de igual manera la figura del disparo en su Artículo 306 Fracción I manifestando lo siguiente:

"Se aplicará sanción de tres días a tres años de prisión y multa al que: dispare a una persona un arma de fuego".

Habiendo en su momento encontradas expresiones y creando confusión sobre el verdadero sentido de dicho precepto, conservando éste, la noción jurídica creada sobre el delito por el Código de 1929.

En 1968 se reforma el Artículo 306 Fracción I del Código Penal del Distrito Federal por decreto del 29 de noviembre de 1967, tipificándose la figura del disparo de arma de fuego en función de la conducta, consistente en:

"El que dispare a una persona o grupo de personas un arma de fuego, se aplicará sanción de tres días a tres años

de prisión, independientemente de los que correspondan por la comisión de cualquier otro delito".

Suscitando en esta época una diversidad de problemas respecto a la sanción procedente, cuando el disparo de arma de fuego concurría con lesiones u homicidios, motivando con ello varias interpretaciones de parte de los juristas.

Dándose una interpretación rigurosa considerada como individualista ya que considera operante su penalidad con independencia de la sanción que se aplicaría por el resultado material que se produzca, de tal manera que ante un caso de lesiones y homicidio causados por disparo, la pena de este delito deberá acumularse a la que corresponda al homicidio, o a las lesiones producidas. Sustentándose esta postura en la voluntad de la ley, expresando que si ésta, la ley, en su aplicación no distingue de manera genérica, el intérprete no debe desvirtuar el espíritu de la norma legal en su aplicación.

En relación a lo anterior Celestino Porte Petit, manifiesta que: "Si se acepta que el disparo de arma de fuego es una figura delictiva autónoma se darán las siguientes alternativas. (4)

(4) PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal, 8a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1985, pag. 234.

a) Disparo de arma de fuego con intención de matar, con producción de un homicidio, en cuyo caso hay concurrencia del delito de arma de fuego con el homicidio.

b) Disparo de arma de fuego con intención de lesionar, con producción de un homicidio, en cuya situación se dará un homicidio preterintencional".

c) Disparo de arma de fuego con la intención de lesionar y con este resultado en cuyo caso hay concurrencia del delito de arma de fuego con el de lesionar.

B. ATAQUE PELIGROSO

I.- concepto

Hasta su derogación en el Código Penal para el D. F. en el año de 1992, se establecía el tipo penal como: "Al que ataque a alguien de tal manera que en razón del medio empleado, el arma, la fuerza o destreza del agresor o de cualquier otra circunstancia pueda producir la muerte".

De tal manera que el maestro Miguel S. Macedo, manifiesta que "la propuesta para la creación de este delito encuentra su razón de ser en la necesidad de sancionar aquellas acciones

nes, que como disparo de arma de fuego, o aquellas otras agregaciones, pudieran por su potencialidad lesiva causar la muerte".
(5).

En opinión de Jiménez Huerta, expresa, "En razón de la imposibilidad jurídica de prevenir tal conducta, que se crea una figura o tipo penal en donde se trata y penaliza a todos los casos en que por la dificultad de la prueba sobre la existencia de una tentativa de homicidio y lesiones, se dejan impunes las acciones. Asimismo con la previsión legal del delito de ataque peligroso". (6)

Los legisladores nacionales pretendieron extender los beneficios jurídicos que se daban en el disparo de arma de fuego, a los demás ataques que ponen en peligro la vida, por tal motivo y a nuestro parecer se produce con esta creación una imprecisión y posible causa de impunidad al no existir una especificación penal en cuanto o cuando sea tentativa de homicidio o lesiones en relación al acto delictivo.

2. FORMACION HISTORICA.

El primer antecedente histórico en el país de la creación de este tipo penal, lo encontramos en los trabajos

-
- (5) MACEDO y SABARIA, Miguel. Evolución de los Establecimientos Penales en México, C. ARo XXI, pag. 347.
(6) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, 7a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1986, pag. 237.

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

Esta figura adquiere tipicidad legal hasta el Código de 1929 quedando conformada como sigue: "El que dispare sobre alguna persona un arma de fuego o la ataque de otra manera que en razón del arma empleada. De la fuerza o destreza del agresor o de cualquier otra circunstancia pueda producir como resultado la muerte, se le aplicará por ese sólo hecho una sanción de uno a tres años de segregación, a no ser que las circunstancias del caso, califique el delito, como tentativa de homicidio".

Atendiendo a lo anteriormente descrito se establecía que se dejaba un margen al juzgador para que a criterio judicial determinara si ese ataque peligroso se convalida como una tentativa.

El 29 de diciembre de 1967, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1968 se reforma y adiciona el Artículo 306 del Código Penal, estableciéndolo de la siguiente manera: "Se aplicará sanción de tres días a tres años de prisión y multa de cinco mil pesos. Fracción II.- al que ataque a alguien de tal manera que en razón del medio empleado, el arma, la fuerza o la destreza

del agresor o de cualquier otra circunstancia pueda producir la muerte". De tal manera se conservó hasta su derogación en el año de 1992.

C. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

1. ELEMENTOS POSITIVOS

GENERALIDADES.

Siguiendo la teoría atomizadora o analítica; la cual consiste en el estudio del delito mediante la descomposición del mismo y atento a los diversos criterios y fallos que han emitido nuestros más distinguidos doctrinarios así como tribunales del país, en donde manifiestan que los elementos positivos son:

PRIMERO.-	CONDUCTA O HECHO
SEGUNDO.-	TIPICIDAD
TERCERO.-	ANTI JURIDICIDAD
CUARTO.-	IMPUTABILIDAD
QUINTO.-	CULPABILIDAD
SEXTO.-	PUNIBILIDAD

PRIMERO.- CONDUCTA O HECHO. Los delitos sólo pueden ser imputables a una persona humana, es la única capaz de voluntad y de conducta de un hacer, de omitir simple o de un omitir para la consecución de un fin determinado, en consecuencia, es la única capaz de querer el delito y emplear los medios idóneos para alterar el mundo exterior o para ponerlo en peligro de alteración.

Se dice que la conducta es el soporte básico del Derecho Penal, el maestro Castellanos Tena, al respecto nos dice que "el delito es ante todo una conducta humana. Para expresar este elemento del delito se han usado diversas denominaciones, acto, acción, hecho.

Y dentro del concepto conducta pueden comprenderse la acción y la omisión, es decir el hacer positivo y el negativo, el actuar y el abstenerse de obrar. (7)

Como se aprecia la conducta es una manera de asumir una actitud que puede manifestarse como una acción o como una omisión.

Así tenemos que de acuerdo a la estructura del tipo

(7) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos de Derecho Penal Parte General, 2^a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1985, pag. 135-

la conducta se integra con la realización de un ataque o acometimiento contra una persona cuya consecuencia es la de originar un peligro, demuestra para el atacado que la agresión no existe por el hecho de mostrar un arma a otro sino cuando se le acomete, es decir cuando se intenta cuando menos lesionar según lo manifestado por el maestro Soler". (8)

La primera parte del tipo en su descripción se refiere a la persona que ataca a otra, de tal manera que en razón del medio empleado pueda producir como resultado la muerte, expresión a todas luces imprecisa, de tal suerte que el Artículo 306 tenía la idoneidad necesaria para llegar a consumar la muerte, por los ataques llevados a cabo con armas blancas de punta o de tajo; de igual manera se correrá peligro cuando se emplean explosivos, sustancias tóxicas, así como objetos contundentes como macanas, manoplas, tubos, garrotes, correas, masas que por aplastamiento pueden producir contusiones que hagan peligrar la vida, o hasta qué punto la agresión fue encaminada a lesionar o simplemente a amedrentar al sujeto.

Los ataques de igual manera pueden derivar en peligro de muerte en función de la fuerza del agente del delito, originada en su constitución física, sea mediante el uso de sus

(8) SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Primera Reimpresión, Editorial Tea, Buenos Aires, Argentina 1951.

puños que por el poder muscular del sujeto pegan en forma extraordinaria, o bien a través de un abrazo que cause fracturas o sofocación lanzando violentamente a la víctima contra el suelo se puede también consumir un deceso.

Existe la posibilidad de causar la muerte creando un estado de peligro concreto, en aquellos casos de destreza o habilidad especializada en el agente, bien por su conocimiento técnico de un deporte por ejemplo el boxeo o el karate.

El ataque se sanciona no sólo en razón del arma empleada y de la fuerza del agresor, sino también por virtud de cualquier otra circunstancia semejante que pueda producir la muerte, esto puede suceder por el empleo violento de objetos que no siendo armas, por su naturaleza puedan, no obstante producir la muerte dada su potencialidad lesiva, como son las hoces, guadañas, martillos, formones o cualquier otro objeto similar, asimismo maniobras de embestimiento contra el sujeto al que se pretende privar de la vida, lesionar o espantar según sea el caso que encuadra de manera indudable en un ataque peligroso pero que no se determina que exista en la conducta desplegada el ánimo de matar.

Jiménez Huerta manifiesta que "El arma comprende no sólo los instrumentos que por su naturaleza puedan denominarse así, sino también cualquier objeto que sea apto

para aumentar el poder ofensivo del hombre, de manera que lo importante es la utilidad del daño o posible daño que sea arma u objeto puedan causar dependiendo de la forma de empleo, teniendo que todo lo antes descrito siempre será llevado por una conducta de acción, de acuerdo con la doctrina establecida, pues se realiza únicamente por un hacer recordando que el sujeto activo siempre requiere de una actividad corpórea para llevar a cabo su fin.

SEGUNDO.- **TIFICIDAD.** Elemento positivo que se hace consistir en la total adecuación de la conducta, con la descripción hecha en la ley.

Pavón Vasconcelos, estimaba que "si se aplica el concepto que sobre tipicidad ha elaborado la dogmática del delito, habrá tipicidad en el disparo de arma de fuego y ataque peligroso cuando la conducta se encontrase dentro del perfecto encuadramiento o adecuación al tipo que se describía en el Artículo 306 del Código Penal en el Distrito Federal hasta antes de su derogación. (9)

Celestino Porte Petit, manifiesta que "la sola adecuación de la conducta no constituye la tipicidad, sino

(9) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Los Delitos de Peligro para la Vida y la Integridad Corporal. 5a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1987, pag. 26.

la compleja conformidad con todos los elementos del tipo que contenía el Artículo 306 del Código en comento y se establecía la similitud de los tipos penales en los Artículos 306 y 12 del Código Penal, siendo esta la causa de la derogación del Artículo 306.

Este delito podía llevarse a cabo tanto por un hombre como por una mujer, ya que ambos están capacitados para usar armas o instrumentos peligrosos, así como emplear armas o instrumentos peligrosos y para emplear también la fuerza física o destreza, habilidad especializada que en un momento producir la muerte, según se clasificaba hasta su desaparición legal.

Este tipo penal no exigía calidad alguna en el sujeto activo o en el pasivo del delito, tampoco contenía referencia de lugar o de tiempo de comisión.

El tipo penal contiene referencias al medio creador de la situación de peligro que convertía al ataque en una acción punible, por más que penalmente es el ataque y el peligro derivado lo que interesa fundamentalmente a la noción jurídica del delito.

TERCERO.- ANTIJURIDICIDAD. Podemos entender a la antijuridicidad como lo contrario a la norma penal, la conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tuteladora de un bien jurídico.

Una conducta es antijurídica cuando siendo típica, no hay en favor del sujeto activo una causa de justificación, por lo tanto en el delito que se tipificaba en el Artículo 306 existía antijuridicidad cuando existiendo, adecuación no existía una causa de licitud, es decir una contra norma legal.

CAUSAS DE JUSTIFICACION. Cuando una conducta sea realizada violando una norma penal, chocando con el orden jurídico y aun rompiendo el marco normativo de la sociedad, no será sancionada cuando se efectúe al amparo de una causa de justificación.

Así, el aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación o causas de licitud.

Conforme a nuestro ordenamiento legal, el Código Penal del Distrito Federal en el Artículo 15 menciona entre las causas de justificación las siguientes.

A) Legítima defensa Fracción IV Artículo 15

- B) El estado de necesidad Fracción V
- C) El cumplimiento de un deber Fracción VI
- D) El ejercicio de un derecho Fracción VII
- E) Impedimnto legítimo Fracción IX

LEGITIMA DEFENSA. Por lo que se refiere a esta causa de justificación Pavón vasconcelos (10) manifiesta que ésta podía funcionar en el precepto 306 en su vigencia que dicha conducta carecía de antijuridicidad cuando el agente atacaba a otro de manera que en razón del arma empleada, de la fuerza o destreza o de cualquier otra circunstancia semejante podía producir resultado la muerte, como medio necesario y proporcionando para superar el estado de peligro creado, para su vida o integridad corporal por una agresión actual e injusta no previsto ni provocado, se encuentra plenamente justificada en la fórmula general del Artículo 15 Fracción IV del Código Penal. (11)

Por su parte el tratadista Raúl F. Cárdenas opina que "las causas de justificación en lo referente al artículo derogado era únicamente el cumplimiento de un deber, obediencia

(10) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Los Delitos de Peligro para la Vida y la Integridad Corporal, 5a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1987, pag. 21.

(11) Op. Cit., pag. 23.

jerárquica y la legítima defensa, así como también se afirmaba que la declaración de que la conducta típica es conforme a derecho y no puede tener fundamento en causas que son inaplicables al tipo, "quien desarma a quien lo agrede no comete el delito porque actúa en legítima defensa". (12)

ESTADO DE NECESIDAD. Es la situación de peligro real, grave, inminente e inmediato para la persona, su honor o bienes propios o ajenos que sólo pueden evitarse mediante la violación de otros bienes jurídicamente tutelados, pertenecientes a persona distinta, está excluyente de responsabilidad durante la vigencia del Artículo 306 del Código Penal, en este caso el disparar de manera preventiva a alguien para amedrentarlo.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER. Por cuanto hace a la excluyente de responsabilidad de cumplimiento de un deber prevista en la Fracción V del Artículo 15 del Código en comento, la cual se hace consistir en el actuar por obligación ya sea que esta obligación provenga de la ley o que provenga de un superior jerárquico, resultaba incompatible con el dolo específico del delito que se derogó y producía el efecto de eliminarlo, excluyendo así a la figura delictiva en su aspecto subjetivo, dando de ejemplo que quien ataca a otro con

(12) CARDENAS, Raúl F. Derecho Penal Mexicano Parte Especial Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal, 3a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1982, pag. 187.

la finalidad de prevenir un accidente o el policía que en ejercicio de su cargo lesiona o agrede a un delincuente cumpliendo una orden legítima, estos cumplen un acto de otro carácter que aunque materialmente coincide con el tipo penal, ideológicamente se diferencia de manera notable, por estar ausente el ánimo en forma personal, así tenemos que el ataque se justifica en virtud de la obligación de cumplir con el deber cuando constituye el único medio disponible para superar un estado de peligro no provocado dolosamente, debiendo ser el ataque proporcionalmente al peligro corrido.

EJERCICIO DE UN DERECHO. Por cuanto hace a la excluyente de responsabilidad penal prevista en la Fracción V del Artículo 15 del Código Penal, misma que se hace consistir en el ejercicio de un derecho, resulta indiscutible el hecho de que esta no podía llegar a presentarse en el delito derogado, y se tenía en relación a lo anteriormente señalado que el constituyente en el Artículo 17 de la Constitución Política de la República, establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar un derecho, y si por virtud de una lesión el reo tenía alguna acción que reclamar en contra del ofendido, debió haber acudido a los tribunales en vez de llevarse la acción y vengarse por sí mismo de dicho ofendido, (13) concluyendo que el ejercicio

(13) CRIMINALIA, Revista. Academia Mexicana de Ciencias Penales
AÑO XVIII, Números 1 - 12, Enero - Diciembre 1983,
Editorial Porrúa.

corresponde única y exclusivamente al Estado a través del Ministerio Público.

IMPEDIMENTO LEGITIMO. También es causa que excluye la responsabilidad, es la incriminación por la justificación a ausencia de antijuridicidad en nuestro Derecho, contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda por un impedimento legítimo.

Como se advierte las causas de justificación se refieren sólo a omisiones, nunca a actos y tales omisiones han de reconocer una causa legítima, de lo que la misma no opera en el delito en mención pues como se menciona, ha quedado asentado el elemento positivo del tipo penal en el orden de la conducta resulta ser de un delito de acción durante su vida jurídica.

CUARTO.- IMPUTABILIDAD. El aspecto positivo del delito denominado imputabilidad deberá entenderse "por la capacidad de entender y querer, considerada dentro del ámbito del derecho penal, esta capacidad tiene dos elementos, uno intelectual, referido a la comprensión del alcance de los actos que uno realiza y otro de índole volitiva, es decir desear un resultado.

Podemos considerar que la imputabilidad es la capacidad de obrar en el ámbito penal, condiciones por razones de edad y salud mental, ahora bien, si la imputabilidad es

capacidad, por lo tanto debe ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas, su corolario inmediato será la responsabilidad como obligación de sufrir las consecuencias jurídicas de los propios actos.

El maestro Castellanos Tena, define los actos de responsabilidad como "El deber jurídico que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado". (14)

En conclusión será imputable todo sujeto que posea un mínimo de condiciones psicofísica y responsable aquel que teniendo estas condiciones realiza un acto tipificado en la ley como delito y contrayendo la obligación de responder por él, en todo caso este elemento encuadraría en el precepto 306 hasta su derogación en 1992 en el Código Penal para el Distrito Federal.

QUINTO.- CULPABILIDAD. Se identifica con la reprochabilidad hacia el sujeto activo, por haberse conducido contrariamente a lo establecido por la norma jurídica penal.

(14) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal Parte General, 21a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1985, pag. 86.

Jiménez de Azúa, define la culpabilidad como "El conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. (15)

Por su parte Castellanos Tena define a la culpabilidad como "El nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto". (16)

La culpabilidad se presenta como, dolo o intención, culpa o imprudencia y preterintención.

El dolo opera cuando el sujeto se ha representado en su mente la conducta que va a realizar y el resultado de esa conducta, decidiendo en un acto de voluntad llevar a cabo lo que en su mente se presentó.

Pavón Vasconcelos es de opinión que el ataque y el disparo es un delito de necesario comisión dolosa y requiere no sólo del dolo genérico, consistente en representar y querer el daño y la lesión, sino además del dolo específico que consiste en el ánimo de dominio "animus domine" que es el de disponer de la superioridad o destreza empleada para la comisión del delito. (17)

-
- (15) JIMENEZ DE AZUA, Luis. Delitos de Omisión y Delitos de Omisión por Comisión, 6a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1965, pag. 96.
- (16) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos de Derecho Penal, 21a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1989, pag. 165.
- (17) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Los Delitos de Peligro para la Vida y la Integridad Corporal, 5a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1985, pag. 71

Por cuanto hace a la culpa o imprudencia, la encontramos cuando el activo realiza una conducta que llevó a un resultado delictivo pero por un actuar imprudente o negligente carente de atención.

Se verificaba con una conducta que producía una resultante dañosa.

Esto sostenido por la Suprema Corte de la Nación que en diversas ejecutorias sostuvo en referencia al Artículo 306 hasta antes de su derogación, manifestando la siguiente:

"Jamás podrá ser cometido por culpa o de manera culposa el delito de ataque peligrosos que ponga en peligro la vida cuyas características están constituidas en cuanto al elemento subjetivo, por simple negligencia, impericia o imprudencia y decir que se cometió un ataque que pone en peligro la vida argumentando circunstancias ajenas a la voluntad del agente, así es que en el delito de ataque peligroso y disparo de arma de fuego, es preciso que haya en el inculpado el ánimo de privar la vida y que por circunstancias ajenas al agente ésta no se consumó.

La preterintención consiste en la suma del dolo y la culpa, una conducta que tiene ya inicio doloso o intencional y una culminación culposa o imprudencial.

De lo que resulta puede presentarse en el delito enmarcado en el Artículo 306 la preterintencionalidad ya sea que queriendo el activo causar un daño puede causar otro mayor.

SEXO.- PUNIBILIDAD. No es sino la amenaza de la pena que se asocia al mandato o precepto contenido en la norma penal.

La punibilidad como elemento del delito ha sido sumamente discutido, hay quienes afirman que efectivamente es un elemento del delito y otros manifiestan que sólo es consecuencia del mismo, de conformidad al Artículo 7 del Código Penal podría resolverse que la punibilidad si es elemento del delito, sin embargo los argumentos en contrario son atendibles, se podrá decir que la discusión acerca de la punibilidad si es elemento del delito y como tal subsiste lo medular que es conocer el tratamiento que le ha dado nuestra Legislación delito en cuestión.

En el análisis de la punibilidad que se aplicaba al delito tipificado en el Artículo 306 del Código en comento, se mantenía la hipótesis de que era benévola en razón de que se aplicaban de tres días a tres años de prisión y multa pecuniaria, comprendiéndose dicha actuación en virtud de que sólo se castigaba la acción y la conducta, más no las consecuencias de la posible culminación o ejecución del delito,

y a mejor explicación contenía en su último párrafo la aclaración de que independiente de las sanciones que correspondan por la comisión del delito se aplicaran las que corresponden por la comisión de otro ilícito, por ejemplo el ataque peligroso y el daño en propiedad ajena, siendo que en ambos se protegían figuras típicas distintas, sin embargo la expresión otro delito no traía consigo necesariamente aparejada la aplicación del principio de acumulación de las penas sea ésta ideal o real, ya que este fenómeno sólo habría de producirse en aquellos casos en que el delito resultante fuere por su naturaleza compatible con el Artículo 306, independiente de todo tipo penal no compatible.

Respecto a la multa, desde el año de 1981 se sustituye el modelo monetario que imperaba hasta entonces tasado en pesos, por un modelo laboral que desconoce el principio de fijación de las penas introduciendo un sistema oscilante y temporal, dado los vaivenes de carácter económico del país, imperando este modelo hasta la desaparición de este precepto.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD. Las condiciones objetivas de punibilidad las define el maestro Castellanos Tena "como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación. (18)

(18) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos de Derecho Penal, 21a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1989, pag. 180.

En relación a las condiciones objetivas de punibilidad existe una gran confusión para algunos autores éstas no existen, en tanto que otros las afirman, otros más las relacionan con algunos elementos del delito así como consideran los elementos del mismo, lo que resulta cierto es el hecho de que muy raros delitos tienen penalidad condicionada.

Advirtiendo que a menudo se confunden los requisitos de procedibilidad con las condiciones objetivas de punibilidad, debiéndose tener en cuenta que los primeros suspenden el ejercicio de la acción penal y los segundos suspenden la aplicación de la penalidad, estos obviamente no imperaron en el delito de disparo de arma de fuego, ni ataque peligroso durante su vigencia.

2. ELEMENTOS NEGATIVOS.

Elementos negativos del delito.

- PRIMERO.- AUSENCIA DE CONDUCTA
- SEGUNDO.- ATIPICIDAD
- TERCERO.- INCULPABILIDAD
- CUARTO.- INIMPUTABILIDAD
- QUINTO.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS

PRIMERO.- AUSENCIA DE CONDUCTA. Resulta ser el aspecto negativo de la conducta.

En ocasiones un sujeto puede realizar una conducta de apariencia delictuosa, pero dicha conducta no puede ser atribuida a la persona como un hecho voluntario, tal sería el caso de una fuerza física exterior irresistible (bis absoluta), la fuerza de la naturaleza o de los animales (bis mayor) o los movimientos reflejos, pero en todo caso estas hipótesis quedan comprendidas en la circunstancia excluyente de la responsabilidad, que de una manera general prevé la Fracción I del Artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, en donde se dispone: "El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente, pudiendo acontecer que un sujeto impulsado por una fuerza física exterior irresistible, bajo la fuerza de la naturaleza e incluso bajo un movimiento reflejo ponga en peligro la vida de otra, por cualquier circunstancia dada, es indudable que dicha conducta quedaría perfectamente encuadrada en la descripción que el delito del Artículo 306 del Código Penal, cumpliéndose con los elementos materiales y normativos que prevé dicha descripción penal, es decir solo es un delito de peligro.

Así tenemos que en el tipo penal resulta ser suficiente el hecho de que existiera una notoria superioridad para que el dolo se presumiera. En concordancia con el criterio de la Suprema Corte "respecto del delito de ataque peligroso

y una vez comprobado el cuerpo del delito se presume legalmente la existencia de la intención dolosa salvo prueba en contrario".
(19)

Lo cual implica que si pueden coexistir el disparo y ataque peligroso en forma culposa.

En la actualidad la presunción está reglamentada en el Artículo 248 del Código de Procedimientos Penales para en Distrito Federal, manifestando que está obligado a probar quien afirma así como quien también niega. Por consiguiente y en relación de la Suprema Corte esto desaparece con la derogación del tipo penal en cuestión, más no los razonamientos jurídicos respecto al dolo de la actuación criminal.

SEGUNDO.- ATIPICIDAD. Se ha aceptado unánimemente que no existe delito sin tipo legal, estableciendo que cuando el legislador no describe una conducta dentro de las leyes penales, tal conducta no es delito, es decir habrá ausencia del tipo, cuando no exista descripción legal específica.

Existe ausencia de tipicidad (antipicidad) cuando una conducta no se adecue a la descripción legal, pues exigiendo el tipo no hay un encuadramiento total de la conducta al marco legal constituido por el delito.

Así tenemos que al momento de la derogación del Artículo 306, dejó de tener un tipo penal y por lo tanto dicha conducta deja de ser delictiva y se traslada al ámbito estricto de la tentativa ya sea de matar o dañar a alguien.

Por otra parte tenemos que la atipicidad se daba cuando existía una ausencia de cualquiera de sus elementos típicos; bien jurídico, objeto material, elemento normativo o el elemento subjetivo del injusto.

Resultando numerosas las causas de atipicidad que se presentaban, teniendo con esto eximientes de responsabilidad.

TERCERO.- INCULPABILIDAD. El aspecto negativo de la inculpabilidad o sea la ausencia del elemento culpabilidad y según expresión de Jiménez de Azúa, "la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto del juicio de reproche".
(20)

La inculpabilidad se presenta cuando una persona actúa en forma aparentemente delictuosa, pero no se le pueda reprochar su conducta por existir una causa de inculpabilidad que se refiere a la ausencia de conocimiento o voluntad en la realización de la conducta.

(20) JIMENEZ DE AZUA, Luis. Delitos de Omisión y Delitos de Omisión por Comisión, 6a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1965, pag. 107.

Para que un sujeto sea culpable era preciso que en su conducta estuviera la intención y el conocimiento, así como de la voluntad, por lo tanto la inculpabilidad debería referirse a esos dos elementos intelectual y volitivo.

El maestro Castellanos Tena, considera que muchos especialistas siguiendo el normativismo, llenan el campo de las inculpabilidades con el error y la no exigibilidad de otra conducta, agregando que en estricto rigor las causas de inculpabilidad serían: el error esencial o de hecho y la coacción sobre la voluntad. (21)

Consideramos que dentro de las causas de inculpabilidad se puede encontrar además de las eximientes putativas, la no exigibilidad de otra conducta, el temor fundado y por último el caso fortuito.

El autor aludido anteriormente, considera el error con un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el objeto conocido, tal como está es en la realidad agregando que el error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto se conoce, pero se conoce equivocadamente.

El error se divide en error de hecho y de derecho;

(21) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal Parte General, 21a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1985, pag. 120.

el de hecho se clasifica en esencial y accidental, el accidental abarca el aberratio ictus, error in objeto o error incorpóreo y el error en la persona, es decir error por confusión.

El error de hecho para tener efectos eximientes debe ser invencible, de lo contrario subsiste la culpa, pero como quiera que sea y como ya queda asentada la naturaleza del ataque peligroso era dolosa, en este sentido se estableció que es preciso que se demuestren los extremos concretos que motivaron en el sujeto inculpatado el nacimiento del error para excluir la conducta antijurídica.

El error esencial de hecho encuentra su fundamento en la Fracción VIII del Artículo 15 del Código Penal que dispone realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta, manifestando en el último párrafo que no se excluye la responsabilidad si el error es vencible.

En el delito en cuestión el error debería de manifestarse por una inculpabilidad dependiente de un error esencial o de hecho e invencible.

El error accidental recae sobre circunstancias secundarias de la conducta desplegada.

El error en el golpe se da cuando el resultado no es precisamente el deseado, pero a el equivale el daño causado en el delito derogado del ataque y disparo de arma de fuego.

Por cuanto hace al error in objeto o error in corporeo, es el que se produce cuando el actor al tratar de lesionar un pie lesiona una mano, por lo que resulta evidente, que su error no incide en los elementos constitutivos del tipo y por lo tanto, su responsabilidad penal se mantiene.

El error en la persona o error en la confusión, al igual en las anteriores formas de error, puede llegar a presentarse, pues es posible que un individuo pretendiendo agredir a una persona determinada, resulta que sea otra la persona atacada en el delito de disparo de arma de fuego puede ocurrir lo mismo, pues se da el caso de la equivocación de la persona dañada.

EL ERROR DE DERECHO. No produce efectos eximientes porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación, la ignorancia de las leyes a nadie aprovecha, en estas condiciones cabe apuntar que no es posible que tanto la ignorancia o el error de derecho tuvieron aplicación en el Artículo 306 del Código Penal, sin embargo nuestra Ley Penal, concede importante papel al error de derecho al que también se le conoce como

error de prohibición, así el Artículo 59 Bis dispone "Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena que le corresponde al delito de que se trate o tratamiento de la libertad según la naturaleza del caso. (22)

LAS EXIMIENTES PUTATIVAS. Por eximientes putativas se entienden las situaciones en las cuales el agente por un error de hecho insuperable cree, fundadamente al realizar un hecho típico del Derecho Penal hallarse amparado por un justificante o ejecutar una conducta atípica sin serlo, hay quienes consideran que dichas eximientes debieron incluirse como formas de error.

Al respecto Raúl F. Cárdenas, estima "que las eximientes putativas que tienen amplio campo de aplicación en los delitos contra la vida y la integridad física, ya que existen situaciones que puedan considerarse de peligro y estar en el error". (23)

LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA. Se refiere a la realización de una conducta que se amolde a un tipo legal

- (22) CRIMINALIA, Revista. Academia Mexicana de Ciencias Penales Año L, Números 1 al 6, Enero-Julio 1984.
- (23) CARDENAS, Raúl F. Derecho Penal Mexicano. Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal, 3a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1982, pag. 72.

pero debido a excepcionales circunstancias que rodean a tal conducta se reputa excusable esa forma de conducta.

En razón de que no se ha logrado determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse determinado con exactitud cual de los dos elementos de la culpabilidad (conocimiento y voluntad) queda anulado en presencia de ella, por lo que sin entrar a la discusión del tema que escapa al propósito de este trabajo, no se encuadraba tal conducta en el Artículo 306 del Código Penal en su existencia por carecer de naturaleza definida.

TEMOR FUNDADO.

Se compromete entre las causas de inculpabilidad, al temor fundado al disponer "Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Puede considerarse esta eximente legal como una causa de inculpabilidad por coacción de la voluntad, siempre y cuando no se anule en el sujeto sus facultades de juicio de tal forma que pueda determinarse en presencia de una seria amenaza.

CASO FORTUITO. La Fracción X del Artículo 15 del Código Penal regula lo relacionado al caso fortuito, al señalarlo como excluyente de responsabilidad "Causar un daño por mero accidente sin intención ni imprudencia alguna ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas".

Como se desprende de la lectura anterior donde se enuncia la conducta y el resultado que se verifican y uno se lleva a cabo así como no son atribuibles al sujeto a título de dolo ni a título de culpa, habida cuenta de que el agente no se propone realizar una conducta típica ni actuar en forma negligente o imprudente, en consecuencia el evento viene a ser un mero accidente de un hecho extraño a la voluntad y al ciudadano del sujeto de la conducta.

En razón del delito derogado y tipificado en su vigencia en el Artículo 306 del Código Penal se proponía la existencia de un dolo genérico consistente en la acción de atacar, resultando que el sujeto no podría alegar en su favor la causa de inculpabilidad a la que me estoy refiriendo, ya que esta se integra (caso fortuito) por la ausencia de intención o imprudencia.

CUARTO.- **ININPUTABILIDAD.** Es el aspecto negativo de la imputabilidad o sea es la incapacidad para entender y querer

en materia criminal, de acuerdo con nuestro sistema penal son irresponsables de los delitos cometidos los menores de 18 años de edad, los que padezcan trastornos mental y los que tengan un desarrollo intelectual retardado.

En el Distrito Federal los menores de 18 años, si realizan una conducta tipificada en las leyes penales como delito, se les sujeta a un estatuto propio de los menores que llevan a cabo este tipo de conductas, el estatuto referido es la ley que crea los Consejos Tutelares para menores infractores.

El Consejo Tutelar para menores previo estudio de personalidad del infractor y del hecho cometido determina las medidas tutelares a que debe someterse a los menores.

La Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, el 26 de noviembre de 1973, tiende a rehabilitar al menor para incorporarlo positivamente a la sociedad y a prevenir futuras conductas infractoras.

El Artículo 15 Fracción VII del Código en mención, establece como circunstancia excluyente de responsabilidad "padecer el inculpaado al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado . . ."

Por trastorno mental debe entenderse según el maestro Raúl Carrancá y Trujillo "Toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas, innatas o adquiridas, cualquiera que sea su origen". (24)

Es de estimarse, que quien ingiere bebidas embriagantes o usa tóxicos o enervantes, accidental o involuntariamente y realizaba la conducta tipificada por el Artículo 306 del Código Penal, estará en presencia de la causa de inimputabilidad que estamos analizando, sin embargo y una vez desaparecido el estado que motivó el trastorno el sujeto activo estará encuadrado con todas las consecuencias al tipo legal descrito. Ahora bien si el agente se ha colocado voluntariamente en estado de inconciencia y comete el delito de disparo o ataque peligroso, será responsable del delito ejecutado, en este sentido el mismo Carrancá y Trujillo opina "La embriaguez fortuita no es imputable, en el caso de embriaguez voluntaria o culposa no es posible en cambio la inimputabilidad; los delitos cometidos en esta estado son punibles, ya que la imputabilidad se transporta al momento en que la embriaguez se originó (acto libera e incausa) ya que el individuo debió haber prevenido que el vino bebido con exceso podría situarle en un estado peligroso para los demás".

(25)

(24) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Parte General, Tomo I, 10a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1986, pag. 302.

(25) Op. Cit., pag. 308.

CAUSAS SUPRALEGALES DE INIMPUTABILIDAD. Se reconoce generalmente la existencia de tres estados fisiológicos en que la forma de actuar de el sujeto no responde a una conciencia y a una voluntad normal y por tanto significa una excluyente de imputabilidad éstos son el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo; mismas que son consideradas como causas supralegales de inimputabilidad.

Algunos autores consideran a dichas causas como el aspecto negativo de la conducta y no como causas de inimputabilidad, pero como quiera que sea, resulta innecesario tomar partido siendo difícil configurar delitos de acción durante el sueño, máxime que el delito de ataque peligroso y disparo de arma de fuego presupone una conducta activa.

Se establece como excluyente de responsabilidad; padecer el inculpado al cometer la infracción . . . desarrollo intelectual retardado que le impida comprender o actuar con plena comprensión, o sea capacidad para querer y entender.

Se entiende por desarrollo intelectual retardado, la disminución de las facultades para entender, de captar cabalmente los fenómenos de conducirse con un mínimo de inteligencia, esto es, se considera una disminución -no trastor no mental- de la inteligencia, disminución que anula las facultades de querer y entender.

En el desarrollo intelectual retardado quedan comprendidos los estados permanentes de afectación mental, tales como la locura, la idiotez, la imbecilidad, etc. a los que se les ubica genéricamente como enfermedad mental.

Resulta ocioso hacer notar, que bajo este estado de inconciencia un individuo puede no sólo cometer el delito de ataque peligroso y disparo de arma de fuego, hoy en día tentativa de homicidio y lesiones; sino cualquier otro ilícito penal, pero en todo caso esta conducta no podrá estar sujeta a juicio de responsabilidad por existir una causa de inimputabilidad, lo que no significa que se dejen de tomar medidas preventivas a efectos de evitar que se produzcan hechos sociales, los cuales se encuentran previstos en el Capítulo V del Título III del Código Penal.

MIEDO GRAVE.

Se establece como excluyente de responsabilidad "Obrar en virtud de un miedo grave o temor fundado o irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos protegidos por la ley, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente".

En la fracción transcrita se habla del miedo grave y de temor infundado, que técnicamente pueden identificarse

El miedo grave consiste en una causa de inimputabilidad y el temor fundado puede originar una causa de inculpabilidad, asimismo cabe apuntar que el miedo grave va de adentro hacia afuera, que a diferencia del temor fundado, esta va de afuera hacia adentro.

Osorio y Nieto al respecto opina "El miedo grave es un fenómeno psicológico subjetivo capaz de producir inconsciencias, reacciones, imprevistos y pérdida de control de la conducta, que engendra un estado de inimputabilidad fundamentada en las alteraciones de las funciones psicológicas".
(26)

De lo anterior y una vez que se ha analizado el miedo grave, erá poco probable que la conducta que se describía en el Artículo 306 del Código Penal pudiere haberse desarrollado como consecuencia de un estado de miedo grave, aun siendo así, el sujeto no quedaba exento del juicio de reproche por la acción que se realizaba ya que la respuesta era mayor que la supuesta acción era causa del temor o miedo.

En relación al sonambulismo, caracterizado por el automatismo de la acción como consecuencia del estado de inconsciencia, resultando indudable que bajo esta condición el sonámbulo llegase a realizar el ataque peligroso y el disparo de arma de fuego sin la capacidad de querer

(26) OSORIO Y NIETO, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal, 4a. Ed., Editorial Trillas, México, 1988, pag. 59.

y entender, pues en todo caso estaba ausente el elemento subjetivo del delito que no es otro que el ánimo de atacar o dañar, sin embargo puede acontecer que una vez que haya salido de su estado de inconsciencia y ratificara su acto, se configuraría el delito en cuestión con todas sus consecuencias.

La hipnosis, entendida como la serie de ilusiones y alucinaciones de los sentidos provenientes de una especial sugestión transmitida durante el sueño, que pone al sujeto bajo una especie de concentración de la conciencia y de la voluntad sobre las representaciones y las tendencias engendradas por el sugestionador, la inimputabilidad se debe a ese estado en que se dice que hay una obediencia automática bajo el supuesto estado de inconsciencia (hipnosis) en el delito de disparo de arma de fuego y ataque peligroso se puedan presentar diversas hipótesis.

A) Que el hipnotizado realice el disparo y el ataque a sugerencia del hipnotizador y posteriormente recobre el sentido, en este caso el hipnotizado no tendrá responsabilidad, por cuanto actuaba como instrumento.

B) Si el hipnotizado al despertar se encuentra con que ha causado el daño, en este remoto caso de suscitarse se tendrá con que en realidad no era responsable ya que no existió el ánimo de dañar.

C) Si durante el estado hipnótico realiza el acto delictuoso y si al despertar lo continua haciendo, esta era una comisión de el delito ya que existía el ánimo de seguir dañando.

D) Si se sometía dolosamente a dicho estado de inconsciencia, para facilitar la comisión del delito de manera indudable que era responsable.

En los anteriores elementos se basa el presente estudio dogmático del delito tipificado en el Artículo 306 del Código Penal del Fuero Común para el Distrito Federal, hasta antes de su derogación en el año de 1992.

CAPITULO II

EL HOMICIDIO Y LESIONES EN GRADO DE TENTATIVA

A. RESEÑA HISTORICA DE LA SANCION EN LA TENTATIVA DE HOMICIDIO Y LESIONES

- 1. CODIGO PENAL DE 1871**
- 2. CODIGO PENAL DE 1929**
- 3. CODIGO PENAL DE 1931**
- 4. REFORMAS EN EL ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL TIPO DE 1963**

B. FORMAS DE PRESENTACION

- 1. TENTATIVA ACABADA**
- 2. TENTATIVA INACABADA**

A. RESEÑA HISTORICA DE LA SANCION EN LA TENTATIVA DE HOMICIDIO Y LESIONES

Para un mejor entendimiento y a nuestro parecer es necesario realizar un estudio, del desarrollo histórico de la tentativa de manera genérica, así tenemos que cuando se empezó a tomar como delito a aquellos actos encaminados a infringir una ley y que por causas ajenas a la voluntad del actor el fin no se conseguía, será necesario remontarse hasta el Derecho Romano.

En Roma se considera al delito como una fuente de obligación civil, ya que existía una distinción que se remonta a los primeros siglos de Roma, siendo la existencia de delicta privata y delicta pública.

Los delitos privados consistían en hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin perturbar en forma directa el orden público.

Los delitos públicos eran los que atacaban directamente al orden público, a la organización política o a la seguridad del estado.

Las instituciones de Gayo y las de Justiniano sólo citan los siguientes delitos:

1.- Fortum - robo

2.- El daño causado injustamente y castigado por la Ley Aquilia.

3.- El robo y el daño acompañado de violencia.

No se mencionara castigo alguno para el delito en grado de tentativa.

Según Capoblanco, señala la existencia en el Derecho Romano de una teoría de la tentativa. Lo cual no implica la impunidad de los actos de ejecución del delito, pues en los "crimina extraordinaria" se llegó a imponer a éstos haciendo uso del arbitrio concedido a los jueces, pena similar a la del delito consumado.

En el Derecho Penal Privado se atendió al daño causado y en el Derecho Penal Público a pesar de que el animus se exteriorize no exigiéndose siempre un resultado caracterizado por un daño, ejemplo de lo anterior eran los delitos de "lesa maiestatis" siendo punible como delito consumado cualquier acto que exteriorizara la voluntad delictuosa, aun cuando se tratara de actos puramente ejecutivos.

Al final del imperio las circunstancias de inconsumación del delito fueron usados como atenuantes.

Señala el maestro Jiménez de Azúa "El Derecho Penal Romano en forma general no llegó a formar un concepto de la tentativa". (27)

En el Derecho Germánico, aun cuando no llegó a precisarse una formula diferenciadora, se equiparó al delito consumado. Principalmente en el delito flagrante, siendo hasta los siglos XIV y XV que aparece el concepto de tentativa en forma rudimentaria "El castigo a aquellos que realicen actos encaminados a delinquir sin llegar a la consumación".

En el Derecho Italiano de la edad media se encuentra un concepto de conato, el Derecho Longobardo considera la tentativa como de menor importancia a la consumación castigándola con pena atenuadora inidónea y el desistimiento espontáneo es el nacimiento de los conceptos de conatus remotus y del proximuss.

Las partidas distinguieron entre los delitos graves tales como homicidio, traición, rapto, etc. Y los yerros menores equiparándose, respecto de los primeros, la tentativa y

(27) JIMENEZ DE AZUA, Luis. Delitos de Omisión y Delitos de Omisión por Comisión, 6a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1965, pag. 37.

la consumación, salvo que en aquella se diera el desistimiento o arrepentimiento "su comenzase a se meter en obra magüer non lo cumpliese, merece ser escarmentado bien así como si lo hubiese cumplido porque no fincó por el cumplir si pudiera".
(28)

Es hasta el llamado Código de Carolina (Constitución criminal) el cual fue dictado por Carlos V, en que se regula la tentativa, siendo en el Artículo 178 donde se da la definición de tentativa con los elementos configurativos, como actos externos de la voluntad criminal y ausencia de consumación del resultado contra la voluntad del agente, siendo así que la influencia se empieza a expandir por toda Europa y en los estados alemanes se da la definición siguiente:

"Si alguien se atreve a realizar un acto malo mediante algunas obras externas que puedan ser apropiadas para la consumación del acto malo fuera impedido contra su voluntad por otros medios, será castigada penalmente esta voluntad maliciosa, de la cual resulta como se dice alguna obra mala, pero en un caso más severamente que en otro en vista de las circunstancias y formas de las cosas". (29)

(28) CRIMINALIA, Revista. Academia Mexicana de Ciencias Penales Año XLV, Julio-Septiembre 1978.

(29) Op. Cit., Revista Septiembre 1978, Año XLV.

Es a partir del Código de Carolina que se empieza a formar la tendencia de distinguir los actos preparatorios de los actos de ejecución, estos como constitutivos de tentativa punible y delito frustrado conservándose en forma casi invariable al principio de penar en forma atenuada la tentativa y en algunas excepciones, se equiparó en la sanción el delito frustrado y el consumado.

En México, en la época precortesiana, es poca la influencia o trascendencia en materia penal que logra sobrevivir al México Virreinal, pues prácticamente el Derecho Penal comienza con la conquista, pues en todo lo anterior falta mucho por descubrir, tan es así que el maestro Macedo señala "La influencia del rudimentario Derecho prehispánico o indígena en la vida del pueblo mexicano es de difícil comprobación, los mexicanos aun el indio de raza pura, estamos totalmente desprendidos de toda idea jurídica propiamente indígena, es decir que tenga su raíz y origen en los usos y costumbres precortesianos". (30)

No obstante lo anterior es necesario señalar algunos datos sobre el Derecho Penal prehispánico aunque con toda la reserva debida ya que aunque se de por cierta la existencia de un Código Penal de Nezahualcóyotl para el valle de Texcoco

(30) MACEDO Y SARABIA, Miguel. Evolución de los Establecimientos Penales en México, C. Año XXI, pag. 347.

en donde a lo tocante a los delitos en grado de tentativa es nula la información, no obstante se cree que tenían el mismo grado de castigo que los delitos consumados, siendo indudable la contradicción existente entre autores y textos referentes a la materia, explicable esto, por las diferentes culturas y pueblos que habitaron el Valle de Anáhuac, así como la imposibilidad de ubicación en tiempo o época determinada, para así saber qué cultura influyó en otra, más bien lo que puede resumirse en que los pueblos precortesianos seguramente contaron con un sistema de leyes para la represión de los delitos, que la pena fue cruel y desigual y que en las organizaciones más avanzadas con toda seguridad que las clases teocráticas y militares aprovecharían la intimidación para consolidar su predominio. El derecho precortesiano no tiene influencia alguna en la colonia y ni mucho menos en el actual.

EPOCA COLONIAL. En la época colonial debido a la subyugación existente en la imposición de todas las leyes españolas en las nuevas tierras conquistadas, salvo las de carácter administrativo que sólo se adccuaron, las leyes ibéricas prácticamente se aplicaron de igual forma que en España, de tal manera que la Ley Título Primero Libro Segundo de las Leyes de Indias dispuso que por las leyes de esta recopilación, o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla, conforme a las De Toro, así de cuanto en

cuanto a la sustancia resolución y desición de los casos, negocios y pleitos como a la forma y orden de substanciar. "Por tanto fue Derecho vigente durante la Colonia el principal y el supletorio, el primero constituido por el Derecho Indiano y el segundo por el Derecho de Castilla".

De las diversas recopilaciones de leyes, las que se formularon para las colonias fue la principal la recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias en 1680, encontrándose también las ordenanzas para la dirección y régimen de gobierno es así que con respecto de las sanciones se concedía jurisdicción al Tribunal y a las Diputaciones siempre que las cosas fuesen leves, de lo contrario procediendo a la imposición de la pena ordinaria, mutilación de algún miembro u otra que sea corporal y sólo les correspondía formar sumario y remitirla en seguida a la sala del crimen de audiencia, por lo que respecta a la tentativa esta por lo general se castigaba siguiendo los lineamientos de la doctrina europea, la cual atenuaba el castigo.

EPOCA INDEPENDIENTE. A la consumación de la independencia de México en el año de 1821 las principales leyes vigentes eran como derecho principal, las que habían dejado las estructuras legales españolas de cominación (la recopilación de Indias) las cuales se completaban con los autos acordados, las Ordenanzas de Minería, etc. El Estado nacido de la

independencia política de España se tuvo que entregar a la elaboración de las leyes para su estructuración y buen funcionamiento, en principio tuvo que legislar sobre su ser y funcionamiento de Estado soberano y entre las primeras legislaciones se encuentran las relativas a la aportación de armas, el uso de bebidas alcoholizadas, represión a la vagancia y de la mendicidad, organización de los cuerpos policíacos, ejército, etc., siendo escasa la legislación para atacar los grandes problemas que en materia penal existían y a los que se orilló para que se buscaran soluciones o una causa legal en los textos heredados de la Colonia y cuya vigencia real se imponía no obstante la independencia política que se reclamaba, es natural que con los problemas y la constante inestabilidad política y tomando en consideración que no se legisló grandemente en materia penal salvo a lo dispuesto y en relación a salteadores de caminos en cuadrilla y ladrones en despoblado, estos delitos se castigaban de igual manera tanto la tentativa como la ejecución disponiendo juzgarlos militarmente o en consejo de guerra y al no tenerse los elementos suficientes para realizar una legislación o por las circunstancias de una constante inestabilidad política que caracterizó al periodo de la independencia consecuencia, tenemos que la tentativa de homicidio o lesiones se castigó según el grado al que haya llegado su ejecución.

1. CODIGO PENAL DE 1871

Las raíces del Código Penal de 1871 tuvieron lugar en los proyectos elaborados por los constituyentes de 1857, que junto con los legisladores de la Asamblea del 4 de diciembre de 1860 y 14 de diciembre de 1864 fueron los que establecieron las bases del Derecho Penal mexicano, al hacer sentir la urgencia y necesidad de codificar los delitos y sanciones para una mejor política criminal, pero fue hasta que el país se consolidó y bajo la presidencia de Juárez cuando este ocupó la capital en el año de 1867 que se estabilizó el país y se nombró a el Licenciado Don Antonio Martínez de Castro para que procediera a organizar y presidir la comisión redactora del primer Código Penal Federal Mexicano del año 1871.

Dicha comisión logró dar fin al proyecto del Libro I, pero hubo que suspender los trabajos a causa de la guerra contra la intervención francesa y una vez vuelto el país a la normalidad se designó una nueva comisión en septiembre 28 del año 1868 y por espacio de dos años ésta trabajó, llegando a formular el proyecto de Código el cual fue aprobado y promulgado el primero de abril de 1872.

El Código Penal de 1871, tomó como ejemplo próximo al Español de 1870 que como es sabido se inspiró en sus antecesores, el Código se componía de 1151 artículos y fue

decretado por el Congreso y promulgado por el presidente Juárez.

El Código de Martínez de Castro como también así se le llamó, pretendiendo la creación de un verdadero sistema, distinguió en el Capítulo II, del Título Primero del Libro Primero cuatro grados del delito intencional.

Primero el conato, segundo el delito intentado, el tercero el delito frustrado y cuarto el delito consumado.

El artículo 19 definió al conato como la ejecución de uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a su consumación, pero sin llegar al acto que lo constituye asimismo, el Artículo 20, estableció la punibilidad únicamente cuando no se llega al acto de consumación por causas independientes a la voluntad del agente, se exige además para la aplicación de la sanción correspondiente al responsable del conato que:

A) Que los actos ejecutados den a conocer por si solos o acompañados de algunos indicios, cual era el delito que el reo tenía la intención de perpetrar.

B) Que la pena al imponerse por el delito, si se hubiere consumado, no baje de quince días de arresto o quince días de multa.

El Artículo 25 configuraba al delito intentado como el que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si esta no se consuma por tratarse de un delito imposible, o por ser inadecuados los medios empleados.

El Artículo 26 se refería al delito frustrado como el que llega hasta el último acto en que debía verificarse la consumación, si esta no se realiza por causas extrañas a la voluntad del agente.

Es así como se manifiesta con anterioridad que el Código de 1871, estipuló la punición del delito imposible diferenciado entre conato y delito frustrado, siendo que la motivación para la punición se determinó en base a la perversidad revelada, por el sujeto a través de los actos realizados y por la alarma social que se produce por los mismos.

Esta fundamentación como lo manifiestan los tratadistas se adelanta a los argumentos que invocan los positivistas, al propugnar por el castigo de todo acto en el cual el sujeto pretenda llegar a la consumación del delito, en función de la peligrosidad exteriorizada ya fuera idónea o inidónea para conseguir su fin.

El Código de Martínez de Castro, al estructurar la fórmula del delito imposible, desarrolló la hipótesis de la inidoneidad absoluta y relativa, en referencia a los medios empleados como el objeto, admitiendo de antemano el propósito de la ley para abarcar la punición del delito en general.

Consideramos que el Artículo 25 del Código en comento, fue más allá de lo razonable al castigar toda tentativa aun aquella absolutamente imposible, pues si la razón aducida para sancionarlo atiende a la peligrosidad del autor y a la alarma provocada por el hecho y ante la imposibilidad de la existencia de un peligro real, es por consiguiente que la hipótesis de inidoneidad absoluta de los medios y del objeto, debió adaptarse en todo caso el criterio de la aplicación de simples medidas de seguridad y no de una sanción penal.

Si bien es criticable la extensión dada al delito imposible en el Artículo 25, es de elogiarse la distinción entre conato y frustración y solo en el Artículo 24 solamente serían punibles cuando por sí mismos sean constitutivos de un delito concreto.

La ley subordina la punición del conato a la naturaleza de los actos preparatorios, en cuanto estos se den a conocer por sí solos o acompañados de algunos indicios en donde se determine cuál era el delito que el reo tenga la

intención de perpetrar.

2. CODIGO PENAL DE 1929.

En 1912, a los inicios de la etapa revolucionaria, el Licenciado Miguel S. Macedo presidió la Comisión Revisora del Código Penal de 1871 presentando un proyecto de reforma del mismo.

Los trabajos de la Comisión Revisora no fructificaron y ni mucho menos pasaron a la Cámara Legislativa, esto es de lógica comprensión por la situación imperante en el país, lo cual requirió que la atención de los gobernantes se centrara en la sofocación de los movimientos revolucionarios, dejando el aspecto legal en el olvido, así cuando el país en forma paulatina fue recuperando la estabilidad política, renacieron las inquietudes reformadoras y en 1925 se designaron nuevas comisiones revisoras que en el año de 1929 concluyeron sus trabajos, promulgándose el Código Penal de esa fecha.

El presidente Emilio Portes Gil, en uso de las facultadaes que al efecto le concedió el Congreso de la Unión, por decreto del 9 de febrero de 1929 expidió el Código Penal del 30 de septiembre de 1929 para entrar en vigor el día 15 de diciembre del mismo año, el cual quedó integrado por 1233 artículos de los cuales 5 son transitorios.

Este Código representó un gran avance en nuestro sistema legal, ya que el sistema adoptado para la individualización de la pena, mediante los mínimos y máximos señalados para cada delito, lo que se conjugaba con la regla siguiente: "dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito considerando éste como un sistema legal en la temibilidad del delincuente Artículo 161".

Además distinguió en los delitos intencionales: el delito consumado y la tentativa o conato, el Artículo 22 declaró la existencia de la tentativa punible. "Cuando la gente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictivo directamente por actos idóneos y no practica todos los esenciales de ejecución que deberían producir el delito, por causa o condición que no sea su propio y espontáneo desistimiento". (31)

A semejanza del Artículo 23 del Código de 1871, más no así, el articulado del capítulo II del Título Primero del Código, el cual superó a su antecesor al formular el concepto del conato o tentativa inacabada, refiriéndose al principio de ejecución, también el delito frustrado o tentativa acabada.

La propia noción legal sobre la tentativa punible

(31) CRIMINALIA, Revista. Academia Mexicana de Ciencias Penales
AÑO L, Números 1 - 6, 1984.

en el Código de 1929, excluye el delito imposible por inidoneidad total, ya por ineficiencia de los medios o por la inexistencia del objeto.

3. CODIGO PENAL DE 1931.

Las dificultades que en la práctica y en la aplicación, del código especialmente en lo referente a la reparación del daño en caso de homicidio y lesiones en grado de tentativa, así como a la individualización de la pena pecuniaria, hicieron sentir a los órganos jurisdiccionales, el legislativo y la práctica jurídica, la necesidad de una nueva reforma que diera satisfacción a las inquietudes doctrinales recogidas, por el mismo Código de 1929, así tenemos que el mérito principal de dicho código fue proyectar la integración penal de las diferentes doctrinas criminales mexicanas, derogando el excelente Código de Martínez de Castro, abriendo con esto un cauce legal a las modernas corrientes del Derecho Penal mexicano.

El Presidente de la República Licenciado Emilio Portes Gil, de nueva cuenta instituyó una comisión revisora la que laboró el hasta hoy vigente Código Penal de 1931 del Distrito Federal en Materia de Fuero Común y de toda la República en Materia de Fuero Federal.

Este código fue promulgado el 13 de agosto de 1931, por decreto del 2 de enero de ese mismo año y contenía cuatrocientos cuatro artículos y tres transitorios.

La Comisión Redactora tuvo en cuenta las orientaciones resumidas por su Presidente el Licenciado Teja Sabre, los cuales son:

- A) Ampliación del arbitrio judicial hasta las limitaciones judiciales.
- B) Disminución del casuismo con los mismos límites.
- C) Individualización de las sanciones (transición de las penas a las medidas de seguridad).
- D) Efectividad de reparación del daño.
- E) Simplificación del trabajo en las oficinas judiciales.

Fue notorio el avance de este Código, pero en relación con la tentativa, significó un retroceso con relación a sus antecesores al prescribir al antiguo Artículo 12 que era: "La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si este

no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente", se sancionaba de acuerdo a una interpretación literal del texto, los actos puramente preparatorios, y no los ejecutivos del delito, esta anomalía fue detectada, por primera vez por el maestro Celestino Porte Petit, (32) distinguiendo que al señalar las características generales de la tentativa nos esforzamos por precisar que todo juicio valorativo, tanto sobre el delito consumado como sobre la tentativa acabada o inacabada se coloca en forma imprescindible la existencia de un hecho típico, ya que previamente a la determinación del contenido material de la ilicitud y de la reprochabilidad de la acción, se requiere la comprobación de su tipicidad, pues de no ser así, carecería de sentido dicha valoración.

Por otra parte y de acuerdo con la significación gramatical del Artículo 12 en el antiguo texto penal, los hechos encaminados a la realización del delito son los que pueden facilitar su ejecución, siendo claro que se trata de hechos enjuiciados en la norma del antiguo Artículo 12, no eran los que comienzan la ejecución del delito, sólo los que entran al campo del tipo y en consecuencia sólo podría tratarse de los preparativos.

Es incuestionable que la voluntad de la ley no había

(32) PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Dogmática contra los Delitos contra la Vida y la Salud Personal. 8a. Ed., Editorial Porrúa, 1985.

sido la de sancionar la preparación del delito, dejando impune la ejecución completa o incompleta, el alcance del precepto mediante su interpretación lógica fue precisado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al afirmar a través de sus fallos que la tentativa es "comienzo de ejecución del delito" o agotamiento del proceso ejecutivo sin producir resultado por causas ajenas a la voluntad del autor y sólo mediante el recurso de esa clase de interpretación fue posible fijar la noción de la tentativa, así como la comprensión en ella del conato y la frustración.

4. REFORMAS EN EL ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL TIPO DE 1963.

El anteproyecto del Código Penal Tipo elaborado en el año referido, adoptó una definición similar a los proyectos anteriores de 1949 y 1958 al expresar en su Artículo 15, "La tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir un resultado, si la ejecución se interrumpe o el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente", de lo anterior se desprende que se volvió a la anterior legislación construida en el concepto de ejecución como expresión objetiva de la voluntad criminal complementada con el criterio de frustración.

La Reforma del Artículo 12 que fue la que originó el texto vigente, antes descrito, consagró un precepto o concepto sobre la tentativa que vino perfeccionándose a través de los diversos proyectos ya citados; adopción del principio de ejecución o de todo proceso ejecutivo y de la no consumación del delito por causas ajenas al agente, adquiriendo el desistimiento espontáneo el arrepentimiento anterior al acto, esto de indudable manera mejoró la antigua fórmula tantas veces criticada que justificada o injustificadamente recibió.

Esta fórmula también fue criticada, ya que en opinión de Malo Camacho (33) la fórmula del Artículo 15 del anteproyecto del Código Penal Tipo de 1963, le parece confusa al eludir, a continuación del comienzo de ejecución, a todos los actos que debieron producir el resultado, pues en lugar de aclarar el difícil problema, impone tal complemento que origina la necesidad de una nueva interpretación".

B. FORMAS DE PRESENTACION.

LA TENTATIVA: El Artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal, establece que la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si este no se consuma por causas

(33) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa, 4a. ed., Editorial Porrúa, México, 1989, pags. 155 y 156.

ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito.

En el delito doloso no sólo se castiga la conducta que se realiza en su totalidad o que produce un resultado típico, esto es por quedarse en una etapa anterior a su realización, siendo indispensable que esa etapa anterior deberá haber alcanzado cierto grado de desarrollo para que pueda considerarse típica, la conducta delictiva sea truncada o frustrada por elementos ajenos al sujeto activo, en los grados últimos de consumación, de lo contrario se perdería toda seguridad jurídica, debiéndose tomar en cuenta que el delito se inicia cronológicamente como una idea en la mente del agresor que a través de un proceso que abarca la concepción o idea criminal, la decisión, la preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento, esta llega a la culminación y por lo tanto la afectación de un bien jurídico tutelado (la vida o lesión corporal) en la forma descrita por el Tipo Penal, este proceso que va desde la concepción hasta la culminación del delito se llama "inter criminis" y en razón de esto no todo inter criminis puede ser penado, ya que de ser así, la seguridad jurídica se vería seriamente afectada en razón de que lo que estaría penado en muchos de los casos

sería, el pensamiento. Etapas que son internas del ser lo que sería una violación a los derechos constitucionales, así como a los principios jurídicos que establecen "que el pensamiento jurídico no puede soportar ninguna pena".

Nuestra legislación marca una ampliación en sentido inverso, hasta abarcar los actos que implican en comienzo de ejecución del delito.

Cuando se ejecuten actos o hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad de éste. Esta fórmula legal que previene el Código francés, deja fuera del ámbito de la tentativa los actos realizados o pensados anteriormente o al comienzo de la ejecución de los hechos delictivos y sólo por las circunstancias y excepciones se tipifican en el Código algunos actos preparatorios, por ejemplo la asociación delictuosa o conspiración.

Se han formado dos vertientes doctrinales, unos manifiestan que la tentativa es un delito incompleto y la otra manifiesta que es un delito encuadrado en un tipo independiente, la primera manifiesta que la tentativa es un delito incompleto en el que no se dan todos los elementos típicos porque la conducta se detiene en la etapa de ejecución además de que no se produce resultado.

La segunda corriente manifiesta que la tentativa es un delito independiente, de igual manera que lo es el encubrimiento, argumentan que nada tiene que ver con el tipo del cual nació ya que sólo es un vehículo y al no culminarse, en forma automática se construye otro delito, con todos los elementos del tipo, existiendo el resultado aunque en ocasiones no sea de tipo material.

La punición de la tentativa ha configurado varios criterios, para unos la tentativa se castiga en atención a que pondrá en peligro un bien jurídico, para que otros la tentativa se penaliza de acuerdo a criterios subjetivos porque se revela una voluntad contraria a Derecho, existente en la tentativa de homicidio y lesiones, siendo igual la existente del delito consumado lo cual no corresponde distinguir entre la pena de la tentativa y el delito consumado.

Asimismo se dice que la fundamentación de la punición de la tentativa es la peligrosidad del autor, así como también se expone que se castiga a la tentativa por la peligrosidad o prevención social.

En síntesis y en forma particular la punición de la tentativa debe obedecer a que es una forma comisiva y dolosa como se analizará posteriormente; y evidentemente que al exteriorizar el dolo en contra de alguien, necesariamente

implica la afectación del bien jurídico protegido.

LA ESTRUCTURA DEL DELITO TENTADO. El dolo en la tentativa; éste siempre será requerido en los delitos en grado de tentativa, es decir que el fin de cometer un determinado delito conlleva siempre una manifestación dolosa del actor; por otra parte no existe razón para excluir a la tentativa al dolo eventual, por ejemplo, hay tentativa de homicidio y/o lesiones cuando se arroja una granada de mano a un edificio, sin preocuparse de la posible muerte del morador o cualquier otra persona, así tenemos que el dolo de la tentativa es el mismo dolo del delito consumado, el querer el resultado de muerte o lesión es el mismo.

LA CONSUMACION COMO LIMITE DE LA TENTATIVA. Existe tentativa desde el inicio de la ejecución hasta antes de que se consuma desde el delito y con la terminación acaba toda posibilidad de tentativa en la determinación del momento en que tiene lugar la culminación del proceso delictivo, teniendo conflictos de interpretación en casos particulares en la aplicación de otros tipos penales por ejemplo el robo, más no así en el homicidio.

Se da la necesidad de distinguir que forma de consumación suelen destinarse los tipos instantáneos y

permanentes, llamándose delito instantáneo al que tiene una sola acción consumativa, ejemplo el homicidio, así como permanentes que es al que la consumación se mantiene en el tiempo dando como ejemplo al secuestro. (El delito continuado art. 7 C.P.)

ACTOS EJECUTIVOS Y ACTOS PREPARATORIOS. El problema más grande en el análisis de la tentativa es el momento de la determinación del actuar y culminar los actos ejecutivos y en qué momento comienzan los actos preparatorios ya que de ahí se determinará la iniciación del delito.

Los actos preparatorios en general impunes y en forma excepcional en figuras típicas como asociación delictuosa, castigables pero de difícil comprobación en la realidad jurídica, será sumamente laborioso y de difícil fundamentación la comprobación del inicio delincencial.

Este problema, como ya se mencionó de difícil solución ha generado diversas teorías.

A) La teoría negativa; manifiesta que es imposible determinar cuando hay acto de ejecución y cuando un acto preparatorio de la tentativa y de conformidad la ley no debería distinguir entre los diferentes actos y penalizarlos a todos por igual, esto es si se atendiera la mayor violación a los principios generales de derecho.

B) Se manifiesta que el criterio subjetivo de distinción no puede funcionar, ya que todo acto de preparación termina siendo un acto de tentativa así como el de ejecución, ya que existe voluntad criminal en ambos.

C) En relación a las dos doctrinas se estableció un criterio que se apega más a la imparcialidad legal y es el llamado objetivo individual tomándose en cuenta para establecer la diferencia del plan concreto del delincuente (individualización) en razón de que no siempre se podrá establecer la separación entre acto preparatorio y acto ejecutivo, y de conformidad a este criterio, la tentativa comienza con la actividad con que el autor, según su plan delictivo se aproxima inmediatamente a la realización del acto delictuoso (34) o ya sea visto de manera diferente hay tentativa en toda actividad que juzgaba sobre la base del plan concreto del delincuente, se muestra en forma natural a su fabricación como una parte integrante de una acción típica.

Atendiendo a nuestro criterio y en concordancia con lo anteriormente expuesto, se entiende que será imprescindible tomar en cuenta el plan y fin último del actor para así poder configurar en forma aproximada la distinción entre preparación y ejecución, entendiéndose que pese a ser el criterio individual el que resuelva la problemática de la delimitación,

(34) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa, 4a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1989, pag. 47.

sigue prevaleciendo el cuestionamiento de la ciencia jurídico-penal y será de más estudios doctrinales.

1. TENTATIVA ACABADA.

Tentativa acabada o también llamada delito frustrado es aquella en la que el sujeto realiza la totalidad de la conducta tipificada en el Código Penal, pero que no se produce el resultado típico sin que se produzca el acto delictuoso por causas ajenas a la voluntad del actor.

En la actualidad en el delito frustrado la acción es completa en el ámbito subjetivo pero incompleta en el objetivo, en virtud de no haberse verificado el evento por razones ajenas, en la tentativa acabada se requerían actos de ejecución del delito, siendo que en la frustración se llevan a cabo todos los que lógicamente habrían producido el resultado a pesar de la cual el delito no se consuma.

Como lo manifestaba el maestro Carrara (35) y siguiendo a la doctrina italiana, en todo delito existen acciones externas y estas se componen de diversos momentos morales, los momentos físicos pueden estar incompletos tanto subjetiva como objetivamente, cuando ninguno de ellos haya tenido su curso y por lo tanto no se haya alcanzado el fin propuesto por

(35) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa, 4a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1989, pag. 30.

el culpable; en ocasiones tales momentos pueden estar subjetivamente completos pero objetivamente incompletos pues a pesar de haberse agotado los momentos físicos de la acción, el derecho atacado por el agente no ha resultado afectado, en tales casos el delito presenta una degradación en la fuerza física, porque no está perfecta la acción, o si la acción al interrumpir el curso de sus momentos físicos, o cuando aún siendo perfecta la acción en todo lo necesario a alcanzar el fin propuesto y por ello suficientes los momentos precisos para la finalidad, el efecto no ha sido logrado debido a un impedimento imprevisto, en el primer caso surge el conato, en tanto en el segundo puede tenerse el delito frustrado o tentativa acabada.

La diferencia entre la tentativa inacabada y la frustrada, se funda en la existencia entre ejecución subjetiva y objetiva, de tal suerte que la tentativa acabada o frustrada la acción es completa en el ámbito subjetivo pero incompleta en el objetivo y en la tentativa inacabada la ejecución resulta incompleta tanto objetiva como subjetivamente, así como también que tanto ambas requieren de actos de ejecución del delito, la primera se llevan a cabo todos los actos que lógicamente podrían haberla producido, y en la segunda sólo se llevarían a cabo una parte de aquellos actos para llegar a un resultado o para llegar a la consumación del hecho querido.

2. TENTATIVA INACABADA.

Es la que tiene lugar cuando un sujeto interrumpe la realización de la conducta típica, existiendo dos variantes:

A) Cuando dicha interrupción fue realizada en la etapa preparativa.

E) Cuando dicha interrupción se realiza en la etapa ejecutiva.

En la primera no será punible, pues no cobra vida exterior, volviéndose a la tesis doctrinal de que no se puede castigar o punir el pensamiento.

En la segunda existe una exteriorización de la conducta delictiva, dicha conducta celebrada en forma dolosa.

Se debe mencionar que en la realidad jurídica, la distinción entre tentativa y delito frustrado carece de importancia en virtud de que los Códigos Penales la hacen innecesaria, al comprender en un sólo concepto "tentativa" lo antiguamente conocido como instituciones diversas de un mismo proceso.

El maestro Edmundo Mesger citado por Francisco Pavón

Vasconcelos (36) al referirse a la distinción entre tentativa acabada e inacabada aclara que la misma no se refiere al resultado del acto sino al término de la actitud desplegada.

En la tentativa inacabada el sujeto no ha realizado todos los actos, sin que en ambos el resultado se haya producido en virtud de causas ajenas a su voluntad del propio autor.

Respecto a la delimitación entre ambas tentativas será la resolución del agente la base determinante pues sólo "en el sentido subjetivo del autor mismo puede llegarse al conocimiento de si ha o no verificado todo lo de su parte que sea necesario para la consumación".

Nuestra legislación penal en su historia siempre ha buscado su perfeccionamiento, existiendo, como en todo proceso fallas, correcciones, y en ocasiones en la expedición de los ordenamientos legales, que en aras de un mejoramiento en el aspecto punitivo ha ocasionado una verdadera y real contradicción en los doctrinarios del Derecho y en forma particular, de conformidad a los lineamientos de nuestro trabajo, los elementos que motivaron la desaparición del Artículo 306 del Código Penal para el Distrito Federal.

Nos encontramos que con los cambios en la legislación a través de los usos de la sociedad que deberán servir para una mejor especificación y aplicación legal, que de manera necesaria implica una existencia de elementos determinantes de varios tipos se puede hablar por ejemplo de factores económicos y sociales y asimismo de la práctica y eficacia de la ley, los cuales establecen que los anteriores elementos son en realidad generados por cambios afectativos del entorno social, todos ellos encaminados o formulados con el fin de una mejor prevención de la criminalidad, dándose el caso que en no pocos casos el aspecto de proponer o de legislar alguna ley no intervenga el aspecto de querer mejorar una legislación penal sino sólo busca el beneficio traducido a cuestiones políticas.

Estos cambios de manera innegable tienden a promover el nacimiento de nuevas figuras o tipos penales, desechando las inoperantes o los ordenamientos legales caducos, tenemos que un cambio en un determinado aspecto legal que por ordinario que sea no permanece limitado a ese sólo aspecto, sino por consiguiente deberá suscitar cambios en otros órdenes, los cuales a su vez engendran cambios en otros factores de orden punitivo, así de manera sucesiva, por ejemplo la máquina que transformó la producción industrial provocó un problema de concentración excesiva de población, llevándonos esto a un aumento en el índice de criminalidad y esta conlleva al Estado a la elaboración de leyes y ordenamientos penales, aunado a una sofisticación en el actuar criminal, teniendo esto una invariable carrera por el perfeccionamiento de leyes, requiriendo una especialización técnica con un avance en teorías y presupuestos que deberán influir de manera directa en la elaboración y práctica punitiva, y estas por sí solas tienden a modificar estructuras de base de los tipos penales que influirán en el actuar del delincuente.

De tal manera que el desarrollo de técnicas jurídicas, producen avances que a su vez modifican estructuras sociales que en una colectividad un elemento de humano antisocial provoca una modificación en el actuar social y por ende en la creación de tipos penales que pretenden regir una conducta social de tal manera que unos son causantes de un interactuar en la relación

pena, castigo, regeneración, prevención del entorno criminal.

Así tenemos que cuando un precepto legal deja de tener vigencia, no significa que haya perdido rango o importancia y de manera alguna pudiera ser debido, a que el precepto ha conseguido dominar la esfera del ámbito criminal para la que fue creado desarrollándose y tutelando de manera natural la conducta, en el desarrollo de este capítulo se explicarán las agravantes, los tipos penales y todos aquellos elementos contenidos en el Ordenamiento Punitivo para el Distrito Federal que van de manera aparejada con los delitos de tentativa de homicidio y lesión, así como el de disparo de arma de fuego y ataque peligroso.

La derogación del Artículo 360 del Código Penal, fue propuesta desde la misma creación del tipo penal, argumentando que sólo se trataba de una simple tentativa de homicidio, excluyendo la posible intencionalidad del sujeto el cual solo pretendió causar una lesión menor o incluso el de atemorizar o intimidar, siendo estas conductas de manera incongruente con el castigo que se les aplicará en razón de que todas las conductas se califiquen como tentativas de homicidio.

Excluyendo en nuestra legislación la posibilidad de ser el ánimo del atacante lesionar, ya que como se establece en el Artículo 288 del Código Penal se tiene como lesión

no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino también toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella natural en el cuerpo humano; si esos efectos son producto de una agresión externa excluyendo por su difícil comprobación aquellas lesiones que pudieran causarse de orden mental y no dejan huellas físicas que hoy en día con los adelantos técnicos médicos puedan realizarse y dejar sin castigo al agresor y por lo tanto ser causa de una impunidad. El disparo de arma de fuego era una conducta típica que al realizarse se hacía acreedor a una sanción la cual era independiente de si se llegase o no al fin pretendido, esta conducta podría haber causado ya sea daños permanentes o simplemente asustar a la víctima, ya que como se observa las lesiones y homicidio tienen por sí mismas la problemática del presupuesto del delito, es decir la existencia de una vida humana.

En relación al resultado causado, el delito de lesiones es material ya que altera la salud física del pasivo y como consecuencia la vida de una persona.

El disparo de arma de fuego que al ser realizado con la intención de causar un daño físico o la muerte es necesariamente una tentativa y atendiendo al daño causado se atenderá a fin de la penalización, a la clasificación de las

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

lesiones, existiendo varias formas para clasificar las lesiones que tendrá por objeto un mejor análisis de este tipo penal y se clasifica en orden a la penalidad, la elección de un criterio para que se establezca un parámetro de las lesiones causadas según el tipo el daño causado, el lugar del cuerpo donde son inferidas que pueda comprender daños de muy distintas clases y gravedades, estableciendo con esto una problemática para lo cual se propusieron sistemas que van de conformidad a la personalidad del sujeto agresor, estos son:

A) El sistema objetivo.- Que atiende de manera exclusiva el daño causado al ofendido.

B) El subjetivo.- Que atiende la intención que persigue el actor al cometer las lesiones, independientemente del resultado obtenido.

C) El sistema mixto.- Que pretende aprovechar tanto el daño causado como la intención para marcar la penalidad.

D) El defensivo.- Que otorga pleno arbitrio al juzgador el cual tendrá la facultad discrecional para establecer la penalidad conforme al resultado.

CLASIFICACION DE LAS LESIONES EN CUANTO A SU GRAVEDAD.-
Las lesiones provocadas por disparo de arma de fuego podrán

ser de una gravedad mayor o menor y se dividen en lesiones levisimas y leves, por ejemplo aquellas que ponen en peligro la vida y sanan en menos o más de 15 días, de conformidad a lo establecido por el Artículo 289 del Código Penal, etc.

CAPITULO III

CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA DEROGACION DEL ARTICULO 306 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

- A. EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO Y LA TENTATIVA DE LESIONES Y HOMICIDIO
- B. EL ATAQUE PELIGROSO Y LA TENTATIVA
 - 1. DISCORDANCIA JURIDICA DE LA TENTATIVA DE LESIONES Y EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO
 - 2. LA TENTATIVA DE HOMICIDIO Y LESIONES COMO ORGANO NO REGULADOR DE LA ACCION CRIMINAL
- C. LA DEROGACION DEL ARTICULO 306 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
 - 1. LA IMPUNIDAD GENERADA POR LA DEROGACION DEL DISPARO DE ARMA DE FUEGO Y ATAQUE PELIGROSO
 - 2. FORMULACION Y ADAPTACION DE LOS ARTICULOS 12 Y 63 DEL CODIGO PENAL

A. EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO Y LA TENTATIVA DE LESIONES Y HOMICIDIO.

Como se ha tratado con se supone que el delito de disparo de arma de fuego, es una conducta que encuadra en los Artículos 12 y 302 del Código Penal para el Distrito Federal, siendo esta la causa principal de su derogación, calificada como una conducta de homicidio en grado de tentativa, permaneciendo la absorción del delito de mayor sanción hacia el de menor punibilidad, no importando el vacío legal en que queda la falta de definición de la lesión en grado de tentativa, pudiendo haber existido de manera autónoma.

En consideración a lo anterior se tomó en cuenta, que al realizarse un disparo de arma de fuego en contra de una persona, puede originar la muerte, esto es de manera que se manifiesta que con tal conducta sólo se tenía como fin el de privar de la vida, es decir sólo y exclusivamente se realizan actos encaminados directa e inmediatamente a la comisión del homicidio, no dejando otra opción, en donde se pudieran presumir otra acción o un fin diferente que pueda o se presuma de la conducta del agente agresor y así se concluía, que la no consumación, es o sería por causas ajenas a la voluntad del mismo, siendo la opinión que prevaleció fortaleciendo la tendencia entre los legisladores de que debía

ser derogado el precepto en referencia del ordenamiento legal punitivo.

Así tenían que el daño que se pretendía causar y en la hipótesis se describían conductas consideradas en grado de tentativa y que debido a la subjetividad de lo que se proponía, el activo, que ha podido ser de manera clara demostrable, siendo que por ese sólo hecho una conducta que se subsumía a la tentativa, y no se tomó en cuenta que el Artículo 306 prevenía conductas que en la realidad jurídica eran autónomas ya que tutelaban el posible daño que se causaría con la agresión, independientemente de que existieran otros delitos autónomos a los cuales se les sumaría creándose un concurso de delitos, así tenemos que la tentativa de lesiones y homicidio en razón de la conducta del sujeto activo, este no tenía la intención de realizarlas pero a criterio del juzgador, del Ministerio Público e incluso de el entorno social, éste apegado a Derecho, sería una conducta típica en la descripción del tipo correspondiente al Artículo 12 ó 302, sin dejar espacio a otra opción siendo en este caso una legislación rigurista y por lo tanto ajena al factor social de gobernabilidad en un país democrático.

La primera fracción del Artículo 306 del Código Penal establecía lo siguiente: "Se aplicará sanción de tres días a tres años de prisión y multa de 5 a 5 mil pesos al que

dispare a una persona o grupos de personas un arma de fuego.

Este delito tenía que reunir los requisitos siguientes:

- 1.- Disparar un arma de fuego.
- 2.- Que la conducta se ejecute en forma intencional.
- 3.- Que dicho disparo sea en contra de una persona o grupo de personas.
- 4.- Que el sujeto que dispara no tuviera la intención de privar de la vida a alguna persona.

Por lo que respecta al primer requisito que se exigía, este por su misma naturaleza es entendible y en efecto el verbo típico de disparar un arma de fuego significaba el de realizar una conducta tendiente a que un objeto de esa naturaleza expulse un proyectil encuadrándose en arma de fuego, todos aquellos cuyos proyectiles sean expulsados por explosivos (pistolas, rifles, metralletas, etc.).

Y resulta de lo anterior se puede disparar el arma y se encuadraría en un tipo diferente, siendo el caso que resultaría de daño y dicho delito sería imprudencial dándose

el caso que existió el delito de disparo, pero sin la intención de realizar acción en contra del pasivo.

Por lo que respecta al tercero de los requisitos el disparo debería de hacerse en contra de una persona o grupo de personas y por lo tanto no existía, según lo dispuesto en el delito cuando se disparase hacia un lugar en donde no estuvieran personas, o bien cuando se dispare contra un animal o hacia un objeto, quedando la conducta de haber disparado, fuera de la ley penal, constituyendo ese proceder una falta administrativa.

Por último, para que un sujeto encuadrara en la Fracción I del Artículo 306 del Código, en el supuesto que hubiere disparado un arma de fuego, debería probar en el procedimiento que dicho activo no tuvo la intención de privar de la vida al que le disparó, ya que en caso contrario existía una tentativa de homicidio, esto sin lugar a dudas estaría en contra del principio elemental del Derecho Penal, el cual manifiesta que el Órgano persecutor del delito en este caso el Ministerio Público es el encargado de probar la comisión del delito y no el sujeto activo, es decir que todo individuo será inocente hasta que se pruebe lo contrario.

Así tenemos que existe una separación entre la consumación del delito de homicidio y la frustración del mismo, por lo cual tenemos que puede existir de manera autónoma

Los delitos de homicidio y lesiones en grado de tentativa, pudiendo ser esta acabada o inacabada como ya se explicó en capítulo aparte.

Esta tentativa cuenta con los elementos siguientes:

1.- Querer privar de la vida a otro

2.- Comienzo de ejecución

3.- No realización de la muerte por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

Por lo que respecta a la tentativa acabada de homicidio también llamado delito frustrado, esta se da cuando:

1º.- Se quiere privar de la vida a otro.

2º.- Existe una total realización de los actos de ejecución.

3º.- La no consumación del homicidio por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

La punibilidad en la tentativa de homicidio, se da por regla general en que los ilícitos cuando se ejecutan

en grado de tentativa tienen una sanción que es hasta las 2/3 partes de la pena que le corresponde en caso de haberse consumado el delito, según lo dispone al Artículo 63 del Código Penal.

En el Código Penal existe disposición contraria a esa regla existiendo dos clases de ésta.

1a.- Establece que los delitos sólo se castigarán cuando se hayan consumado, o sea que no admiten la tentativa.

2a.- Que son las disposiciones que establecen sanciones idénticas en los delitos en grado de tentativa como los consumados rompiéndose con ello la regla anterior.

En la primera existen dos Artículos (261 y 275 del Código Penal). El primero establece: el delito de atentados contra el pudor sólo se castigará cuando se haya consumado, y el Artículo 275 "sólo se castigará el adulterio consumado".
(37)

Por lo que respecta a los segundos sostienen los Artículos 238 y 371 del Código Penal; el Artículo 238 sostiene: Al que cometa el delito de falsificación de billetes de Banco,

(37) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo II, 7a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1986, pag. 234.

en grado de tentativa se le impondrá la misma pena que si lo hubiere consumado; y el Artículo 371 dispone: "En los casos de tentativa de robo, cuando no fuere posible determinar su monto se aplicará de tres días a tres años de prisión.

Tales hipótesis rompen con la regla general contenidos en el Artículo 63 del mismo código, el cual precisa que en los delitos en grado de tentativa se les impondrá a los responsables de ella hasta las dos terceras partes de la pena correspondiente en caso de haberse consumado.

LA TENTATIVA EN EL DELITO DE LESIONES. Nuestra legislación crea un gran problema al no establecer una sanción específica para el delito de lesiones en grado de tentativa, en efecto es evidente que un sujeto que al pretender causar una lesión a otro y esto no lo consigue, se tendrá como una tentativa, pero como se observa en el Capítulo Primero Título Décimonoveno, que a continuación se describe:

LESIONES: "Artículo 288 bajo el nombre de lesión se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.

Artículo 289, al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días se le impondrán de tres días a cuatro meses de prisión o de 10 a 30 días de multa, si tardare en sanar más de quince días se le impondrán de cuatro meses a dos años de prisión o de 60 a 270 días de multa.

Los delitos previstos en este artículo se perseguirán a petición de parte del ofendido.

Artículo 290, se impondrán de dos a cinco años de prisión y multa de cien a trescientos pesos al que infiera una lesión que deje al ofendido cicatriz en la cara perpetuamente notable.

Artículo 291, se impondrá de tres a cinco años de prisión y multa al que infiera una lesión que perturbe para siempre la vista o disminuya la facultad de oír.

Artículo 292, se impondrán de cinco a ocho años de prisión al que infiera una lesión de la que le resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo.

Se impondrán de seis a diez años de prisión al que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte

incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales

Artículo 239, al que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, se le impondrán de tres a seis años de prisión sin perjuicio de las sanciones que le correspondan conforme a los artículos anteriores . . .

Artículo 297, si las lesiones fueren inferidas en riña o en duelo las sanciones señaladas en los artículos que anteceden podrán disminuirse hasta la mitad o hasta cinco sextos según se trate del provocado o provocador . . .

Artículo 298, Cuando concorra una sola circunstancia a que se refiere el Artículo 315 (calificativas) se aumentará en un tercio la sanción que correspondería, si la lesión fuere simple, cuando concurren dos se aumentará la sanción a la mitad y si concurren una de dos de las circunstancias se aumentará la pena hasta las dos terceras partes.

Artículo 300, si el ofendido fuese ascendiente del agresor, de una lesión se aumentará dos años de prisión a la sanción que corresponda . . .

Ahora bien, se desprende de lo anterior que se

encuentra con un vacío legal en cuanto a la tentativa y con la derogación del disparo sin reformas se encuentra con que no existe razón legal para no imputar al sujeto activo la comisión del delito.

El delito de homicidio y lesiones en relación con el precepto derogado admite su configuración con calificativas teniendo esta una mayor peligrosidad en el delincuente, así tenemos que las calificativas son:

A) Premeditación

B) Ventaja

C) Alevosía

D) Traición

Así tenemos que la premeditación es: Cuando el activo cause una lesión después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer, siendo una calificativa prevista en el Código Penal y que únicamente funciona o tiene efectos de agravante sólo por lo que respecta a los delitos de lesiones y homicidio y lesiones en grado de tentativa. Artículo 315 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común.

Ahora bien es indudable que un sujeto después de haber reflexionado en forma madura, serena y a fin de privar de la vida a otro o bien de alterarle la salud al realizar la conducta correspondiente, o sea al ejecutar actos encaminados a la realización del ilícito, no se consuma por causas ajenas a su voluntad. En tal supuesto el delito correspondiente es en grado de tentativa y calificado con premeditación.

Existen dos clases de premeditación según algunos autores.

1.- Premeditación condicionada. Hecho futuro.

2.- Premeditación indeterminada. No existen en su mente persona en particular.

La premeditación condicionada aparece cuando el sujeto activo previa reflexión persistente y continuadamente hace depender la ejecución del delito de un hecho futuro.

La premeditación indeterminada existe cuando el agente del delito reflexiona, con persistencia atentar contra una persona o grupo de personas ya sea para privarlos de la vida o lesionarlos; en esta clase de calificativa, el sujeto en su reflexión no considera a ninguna persona en particular, sino contra cualquier sujeto.

LA VENTAJA, POR LO QUE RESPECTA A ESTA CALIFICATIVA.

La ventaja existe cuando sea tal que el sujeto delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido, esto es, que quien la posea permanezca inmune al peligro, es decir que racionalmente no se pueda concebir la hipótesis de que resulte lesionado por el ofendido.

Por lo anterior debe decirse que para que exista ventaja en los delitos tentados específicamente en homicidio y lesiones deberá demostrarse en autos, o sea en el proceso que el sujeto activo no corrió riesgo alguno de ser lesionado por el pasivo, o sea que al realizar su conducta no hubo posibilidad de que resultara herido que fue inmune al peligro, porque en caso contrario no se dará tal calificativa.

Por último, independientemente de que halla esa superioridad absoluta, o sea que no se corra riesgo alguno debe darse igualmente el elemento subjetivo, consistente en que se tenga conocimiento, es decir conciencia de esa superioridad.

La ventaja consta de dos elementos:

El objetivo. Ausencia de correr riesgo alguno o sea inmunidad al peligro.

El elemento subjetivo. Conciencia de superioridad.

Premeditación y ventaja. Indudablemente que la premeditación y la ventaja en un momento dado, pueden darse en los delitos de homicidio y lesiones, en efecto si un sujeto después de haber reflexionado sobre la comisión del delito en cuestión al ejecutar su conducta no corre ningún riesgo de ser muerto o herido por el pasivo, en tal supuesto el delito ejecutado es calificado porque existen tanto la premeditación como la ventaja.

Tentativa de lesiones y homicidio con premeditación y ventaja, igualmente si una persona reflexiona con persistente propósito delictivo de alterar la salud de otro o bien privarla de la vida y a fin de realizar la conducta ejecuta actos directos e inmediatos con el propósito de consumar el ilícito no lográndolo por causas ajenas a su voluntad, y si en la realización de los actos no se corrió ningún riesgo de que fuera herido, dicha conducta ya sea tentada o frustrada se considera calificada por haber mediado la premeditación y la ventaja.

ALEVOSIA. Concepto. La circunstancia de actuar con alevosía al privar de la vida a una persona o el alterarle la salud convierte al homicidio y lesiones simples en calificadas.

CONCEPTO LEGAL. El Artículo 318 del Código Penal, señala lo siguiente: "La alevosía consiste en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer".

De conformidad con el criterio del maestro Porte Petit (38) existen en la alevosía tres formas que son las siguientes:

1.- Sorpresa intencional que no le da lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiere hacer.

2.- Asechanza que no le da lugar a defenderse al pasivo ni a evitar el mal que se trata de hacer.

3.- Empleo de cualquier medio que no le dé lugar a defenderse al pasivo ni a evitar el mal que se quiere hacer.

En consecuencia, se puede definir a la alevosía como aquella conducta del activo que no da lugar a defenderse ni oportunidad de evitar el mal que se pretende.

Así tenemos que "La alevosía se realiza cuando el victimario se oculta a la vera del camino y al ver pasar a su víctima le dispara por la espalda".

LA PREMEDITACION Y LA VENTAJA. Si el sujeto después

(38) PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal, 8a. Ed., Editorial Porrúa, 1985, pag. 347.

de haber reflexionado en forma madura y serena sobre la comisión del delito de lesiones y homicidio al ejecutar la conducta correspondiente no le dio oportunidad de defenderse ni de evitar el mal que se le hace, (Artículo 316 fracción II del Código Penal para el D.F.) empleando cualquier otra circunstancia evidentemente se tendrá una comisión del delito con ambas calificativas las cuales deberán ser debidamente comprobadas en el proceso penal.

LA TENTATIVA DE LESIONES Y HOMICIDIO CON ALEVOSIA.

Si una persona sorprende intencionalmente a otra o bien empleó asechanza o cualquier otro medio, que no le da lugar a defenderse a esta última, conducta tendiente a lesionarla o a privarla de la vida, no consumándose el hecho por causas ajenas a la voluntad de aquella, el delito de lesiones u homicidio se considera tentado o bien frustrado con la calificativa de alevosía.

Tesis.— La alevosía se realiza cuando el victimario se oculta a la vera del camino y al ver pasar a su víctima le dispara por la espalda, tal tesis es aplicable al delito de homicidio y lesiones en grado de tentativa con la calificativa de alevosía, ya que si en ese caso, por error o mala puntería no se lesionó al que esperaba, dicho delito es considerado como homicidio en grado de tentativa con alevosía

de igual manera se podrán presentar que los delitos de tentativa de homicidio y lesiones en relación con el disparo de arma de fuego se puede dar la traición.

TRAICION.- Se ha dicho que la traición es una super calificativa, ya que agrava a la alevosía por las circunstancias de que el alevoso viola la lealtad, la fidelidad que la víctima esperaba del sujeto activo, bien por sus promesas expresas al respecto o por sus relaciones personales o familiares preexistentes.

CONCEPTO LEGAL DE TRAICION.- El Artículo 319 define a dicha calificativa en los siguientes términos: "Se dice que obra a traición el que no solamente emplea la alevosía, sino también la perfidia violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la tácita que ésta debía prometerse de aquél que por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquier otra que inspire confianza".

Al relacionar el contenido de la traición y los delitos de disparo es eminente que este puede darse en estas circunstancias las cuales agravarían la penalidad.

Resumiendo las ideas plasmadas con anterioridad, así como el análisis y estudio tanto del disparo de arma de fuego como los delitos de lesiones y homicidio en grado de

tentativa, tenemos que el disparo de arma de fuego hasta antes de su derogación no incluía que fuera necesaria una conducta de tratar de privar de la vida, así tenemos que este tipo penal sólo busca castigar la acción criminal que se puede haber ocasionado con el disparo, tanto por el peligro corrido, como la impericia tratando tal vez de detener con esto el uso indiscriminado de armas no obstante de existir ya un tipo penal que regula esta situación, es decir buscaba ser un auxiliar en la prevención de la portación de arma de fuego.

B. EL ATAQUE PELIGROSO Y LA TENTATIVA.

Como ya se ha dicho en este precepto si incurren ambos en una confluencia o similitud de normas penales, ya que antes de ser derogada la Fracción II del Artículo 306 del Código Penal manifestaba: "Al que ataque a alguien de tal manera que en razón del medio empleado, el arma, la fuerza o destreza del agresor, o de cualquier otra circunstancia semejante pueda producir como resultado la muerte".

Esto es que la Fracción en mención es indudablemente el mismo tipo penal que el de la tentativa de homicidio, ya que contiene todos los elementos en donde no incurre concurso de normas por ser conductas similares ya que ambas son actos encaminados a la privación de la vida.

Las conductas que se describen, el ataque deseando la muerte del agredido forman un dualismo, pues en tanto que los ataques perpetrados por cualquiera de los medios violentos a que hace referencia son sancionados con pena especial de tres días a tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos, que dicho artículo establece los actos de naturaleza insidiosa, el ejemplo serían los venenos, que están encaminados a la privación de la vida, lo son con mucho más elevada, que para la tentativa en referencia al Artículo 63 del ordenamiento legal punitivo, esto es que al realizar los actos encaminados a privar de la vida estos medios sean venenos, gases o sustancias químicas requieren por su naturaleza una aplicación que conlleva un grado de delito calificado como mínimo pudiendo ser la ventaja.

Esto sólo nos contempla que el ataque peligroso al ser derogado constituyó una sana política criminal, ya que con esto se evitó que personas con un alto grado de peligrosidad, o ser verdaderos criminales, quedaban sólo sujetos a las reglas punibles del Artículo 306 Fracción II, ya que tenemos que el fin de la justicia penal no es el delito sino el delincuente quien por medio de su conducta revelará su estado peligroso.

El delincuente se ve determinado por factores que descartan el libre albedrío como fundamentación de la sanción.

Que el infractor debe recibir la sanción en proporción al daño causado.

En conclusión y a nuestra consideración el haber derogado el delito de ataque peligroso fue una consideración acertada, pero debiendo de tipificar de manera individual a aquellos en los cuales no existe la intención de matar, sino sólo la de dañar o lesionar ya que no se ha tipificado hasta la fecha la tentativa de lesiones.

1. LA DISCORDANCIA JURIDICA DE LA TENTATIVA DE LESIONES Y EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO

Como ya se ha dicho uno de los argumentos que se utilizaron para derogar al Artículo 306 Fracción Primera, es la que éste constituía una clara tentativa de homicidio y lesiones según el caso y que este tipo ya estaba regulado por el Artículo 12, 62 del Código Penal y que dicha figura, el disparo de arma de fuego, sólo contribuía a hacer más confusa nuestra legislación penal siendo esto a nuestro parecer incierto en virtud de que al no incluir en su redacción el que el disparo de arma de fuego el ánimo o la intención de matar o lesionar, buscaba ser una conducta con un tipo penal autónomo que castigaba el uso y disparo del arma con una sanción que equivalía a un delito menor pero nunca dejando sin castigo la actividad realizada por el sujeto, la discordancia jurídica,

es decir, la discrepancia o el desacuerdo entre el disparo y la tentativa estriba en que no buscaba castigar el tipo penal derogado, conductas típicas tentadas, sino sólo el hecho de haber realizado un disparo de arma de fuego que si tenemos a la concepción de arma de fuego esta pudiese ser desde una pistola de menor calibre hasta un cañón o basuka y teniendo ahora que la tecnología ha avanzado entraría en ese rubro los lanza misiles portátiles, esto es que dicho precepto castigaba y prevenía el uso de cualquier arma.

Jurídicamente existe una discrepancia o desacuerdo en ambos preceptos en virtud de que su redacción que por si misma lo manifiesta textualmente, es decir la estructura de la redacción es totalmente diferente y buscan ambas prevenir o corregir conductas distintas ya que la tentativa es el hecho de querer realizando todos los actos de privar de la vida a otro o lesionarlo, en cambio el precepto nunca incluyó el de privar de la vida o que fuera hecho el disparo de arma para lograr ese fin, por otro lado se tiene que la derogación del Artículo 306 se dio porque existía un aparente concurso de normas penales.

Aunque ordinariamente la jurisdicción penal que culmina con la sentencia, se limita esencialmente a la declaración del Derecho mediante la determinación de la norma

singular que rige el hecho enjuiciado, así como su aplicación al caso particular, en ocasiones el juzgador en el examen del hecho tiene que precisar, mediante el fenómeno de la investigación de las normas aplicables, es decir cuales de las concurrentes puedan coexistir no creando ningún problema; éste surge en el momento en que las normas que vienen en concurrencia a disciplinar el mismo supuesto de hecho excluyendo de tal manera que la aplicación de una repele necesariamente la efectividad de la otra, es decir que el disparo de arma de fuego no concurre en todo lo fundamental con los delitos en grado de tentativa.

A mayor explicación respecto a la hipótesis que señala que el disparo de arma de fuego sólo es un delito tentado y por tanto el concepto en lo referente a la concurrencia de normas jurídicas. Es decir existen dos hipótesis que comprende la concurrencia de normas jurídicas.

A) La concurrencia de normas compatibles, en la cual se presenta el concurso de delito y que da origen a la acumulación.

B) La concurrencia de normas incompatibles en la que el juez mediante la aplicación del principio de elección, resuelve el conflicto en favor de una de ellas con exclusión

de todas las demás, así tenemos que este principio otorga la facultad al juzgador para que de manera personal interpretar la ley y elegir de entre las concurrentes la norma que debe aplicarse al caso específico, como se manifiesta en el artículo sexto del Código Penal en comento, donde se preve la aplicación de la norma especial sobre la general.

En relación a lo enunciado anteriormente para una mejor comprensión debemos entender como concurrencia a la colisión, choque de normas jurídicas que por su misma naturaleza pueden ser aplicables a un caso específico, así tenemos que por una pluralidad de normas sucesivas en el tiempo; de igual manera, si eso sucede respecto de una pluralidad de normas con diversas esferas de aplicación pero similares en la redacción así tenemos que a nuestro juicio cualquier definición sobre concurso aparente de normas a de referirse fundamentalmente al hecho de la pretensión normativa del caso particular a una pluralidad de disposiciones legales y así recaer la exclusión de manera formal hasta la prevalescencia de una de ellas, es por ello que la existencia de varias normas en ocasiones parece que concurre dos o más de las normas siendo tarea del jurista en dilucidar cual norma debe aplicarse a un caso concreto, así tenemos que se puede producir un concurso aparente de leyes, cuando a un mismo hecho punible le pueden ser aplicables diversos preceptos penales, que se excluyen entre si de modo que por esta, exclusión, sólo una de las leyes podrá ser aplicada.

Porte Petit considera que existe el llamado concurso aparente de normas "cuando una materia se encuentra disciplinada por dos o más normas incompatibles entre sí" (39) de lo anteriormente expuesto se debe destacar la diferencia entre los auténticos conflictos de normas de aquellos que no lo son, porque la mera existencia de la pluralidad jurídica esta misma puede ser la que origina que desaparezca. Una vez que se ha explicado el problema. Así puede ser que se de el disparo de arma de fuego y daño en propiedad ajena, disparo de arma de fuego no coexiste con el de lesiones que pusieron en peligro la vida en razón de que el delito de disparo de arma de fuego tutela como bien jurídico la seguridad de las personas, evitando el riesgo de perder la vida, el cual se corre si alguien dispara un arma de fuego, ahora bien si con el disparo se lesiona al ofendido el riesgo de causarle un daño se convierte en la realización del mismo y como este daño puso a su vez en peligro la vida, la ley aumenta la pena tanto por el daño que es la lesión, como por el riesgo de perder la vida, por lo tanto es indebido que se le penare por ambos delitos, así que cuando coexistían ambos tipos penales el delito de disparo de arma de fuego no quedaba subsumido en el de lesiones.

2. LA TENTATIVA DE HOMICIDIO Y LESIONES COMO ORGANO NO REGULADOR DE LA ACCION CRIMINAL

Este tipo penal descrito en los Artículos 12 y 63,

(39) PORTE PETIT, Candaudap Celestino, Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal, 8a. Ed., Editorial Porrúa, 1985, pag. 400.

referentes a la tentativa de homicidio y lesiones y según nuestro particular criterio, no regula la acción criminal por sí sólo, pues deja innumerables vacíos jurídicos que una vez que se trate de llevar a juicio al presunto delincuente, éste podrá desvirtuar las imputaciones en contra suya, así tenemos que por su propia naturaleza y por su difícil grado de comprobación en relación de un ataque ya sea utilizando un arma de fuego o algún otro medio para realizar la agresión no regula en su totalidad la conducta encaminada a causar un daño y que no consigue su fin en razón a causas ajenas a su voluntad, ya que si el órgano encargado para la integración de la averiguación previa no logra encuadrarlo en el delito de tentativa de homicidio. El sujeto activo necesariamente tendrá que ser puesto en libertad por falta de elementos.

Ahora bien, si se trata de consignar al sujeto activo por tentativa de lesiones, este ni siquiera se verá afectado pues no existe tipo penal que regule dicha conducta, y así tenemos que el tipo penal es demasiado genérico para tratar de regular conductas que se han dejado de punir con la derogación del Artículo 306 del Código Penal.

De tal manera que con los requisitos que se exigen actualmente respecto a la flagrancia del sujeto activo en la comisión del delito y para que se verifique la detención inmediata, por lo regular estos delitos implican un grado

de premeditación los que realmente son encaminados a privar la vida requieren de un grado mayor de preparación quedando por este tipo sujetos a la delimitación con que se maneja de manera genéricamente el delito en estudio.

**C. LA DEROGACION DEL ARTICULO 306 DEL CODIGO PENAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

Las causas que motivaron la derogación del tipo penal citado y según los tratadistas fueron.

a) Que dicho precepto sólo era una tentativa de homicidio y lesiones.

b) Que el artículo 306 sólo contribuía a una confusión en la aplicación de la ley penal.

c) Que la sanción entre la tipificada por los Artículos 12 y 63 en comparación con la que establecía la del Artículo 306 resultaba demasiado benigna la última y por lo tanto no conducía a una sana política criminal.

Así tenemos que por el afán de elaborar un Código Penal más claro y expedito para una mejor política punitiva que a nuestro parecer no se logra derogando o creando normas penales, sino que sólo se tiene que buscar la adecuación al tiempo actual y que se adicione a los ya existentes los

preceptos necesarios o párrafos; ya que existen en nuestro ordenamiento legal punitivo las estructuras necesarias para una función preventiva del delito asimismo se deberán buscar los antecedentes sociales, que son en gran medida causas del aumento del índice delictivo.

De tal suerte que el Estado no logrará eliminar o reducir el índice delictivo creando tipos penales más severos como es el caso, en una sociedad que por su misma naturaleza y acostumbrada a creer poco en las leyes, no se logrará una mejor impartición de justicia.

1. LA IMPUNIDAD GENERADA POR LA DEROGACION DEL DISPARO DE ARMA DE FUEGO Y ATAQUE PELIGROSO.

La falta de castigo (impunidad) que se da a partir de la derogación queda de manifiesto en razón de que se dejan de sancionar una conducta delictiva que por su misma naturaleza es de una frecuencia mayor y que cada día va en aumento.

De tal manera que el ataque peligroso y el disparo de arma de fuego al ser tratados como tentativas de homicidio y lesiones, se trata de castigar a todos aquellos individuos que en razón de causas diferentes pueden llegar a cometer dicho ilícito sin pretender los fines establecidos en dicha tentativa, ahora bien con la derogación los doctrinarios

pretenden atribuirse el pensamiento de la población en general esto es que el núcleo social tendrá una conducta criminal uniforme y todos respecto a la comisión del delito tendrán un mismo fin, dejando fuera la posibilidad de que el daño fuera el de sólo intimidar o dañar simplemente, en el caso de disparo de arma de fuego.

En relación al ataque peligroso y según nuestro particular punto de vista, no sólo si se trata de una tentativa de homicidio sino que usurpaba funciones de ésta, además de contemplar una conducta más benévola, pero también se pudo haber corregido dicha falla sólo si se suprimía la última frase. "O cualquier otra circunstancia semejante que pueda producir como resultado la muerte", siendo que el tipo penal con esta supresión quedaría con que sólo se catigaría la intención de agredir o dañar y quedando fuera el ánimo de matar y este entraría a la esfera del ámbito de la tentativa de homicidio, dando más autonomía al juzgador para poder determinar el castigo a cada caso en particular.

Teniéndose que tomar en consideración que es necesario que el momento de la expedición de la justicia, así como por los investigadores del derecho den a la realidad social y por las causas reales del aumento de la criminalidad no tratan de encasillar todas las conductas que existen en un sólo tipo penal, al ser un hecho que al realizar la sociedad y los

individuos integrantes de ella actos delictivos hay una gran variedad, y no se podrá determinar con un sólo precepto, en este caso tentativa de homicidio, la culpabilidad y penalidad de todas ellas.

Así tenemos que se genera una flata de castigo por la difícil comprobación, al momento de realizar el delito y en todo caso si realmente se llevara al pie de la letra el aspecto punitivo al que se refieren las normas penales, no existirían prisiones suficientes para recluir a los delinquentes de las tentativas, ya sea por su gran número de infractores o por su alta penalidad.

Por otra parte, en la capital del país han aumentado los niveles de portación de armas o utensilios de defensa, que podrán ser catalogados como armas por motivos de defensas o seguridad personal, y a gran escala para delinquir trayendo con esto una gran variedad de delitos que se cometen a diario y quedan impunes.

La sanción en referencia será de que tendrán que pasar en prisión no menos de 12 años, como consecuencia de una catalogación genérica de todas las disposiciones y ataques peligrosos contemplados en la tentativa de lesiones, sin atender a la peligrosidad del delincuente.

Por lo anteriormente descrito al ver que no todos los actos descritos podrán ser sancionados, esto de manera inversa hará que queden sin castigo todos aquellos verdaderos delinquentes, quedando en posibilidad de volver a realizar el intento y tal vez en un segundo o tercer intento sí lograr su propósito.

2. FORMULACION Y ADAPTACION DE LOS ARTICULOS 12 Y 63 DEL CODIGO PENAL

Según la tradición legislativa sería impropio volver a poner en vigencia el Artículo 306 del Código Penal, ya que tal hecho constituiría un retraso, aceptando una falta de análisis y objetividad por parte de los legisladores. es por tanto que en este trabajo se propone una nueva formulación y adiciones a los Artículos 12 y 63 del código punitivo y en referencia establece que serían considerados como tentativa todos los disparos de arma de fuego, así como los ataques de peligro y que por el sólo hecho de realizar esta acción merezca una penalidad que se tomaría como medida preventiva.

Asimismo se deberá incluir un párrafo en lo referente a un castigo a los delitos de lesiones en grado de tentativa pues por su difícil grado de comprobación en la intencionalidad del sujeto activo, en referencia hacia donde y en que grado

se pretendía causar el daño no pueden ser sancionadas, y a este problema los doctrinarios no han buscado dar solución.

Este trabajo pretende que sea sancinada toda aquella persona que por el sólo hecho de realizar la conducta y aún cuando no logre culminarla, en razón de una penalidad baja y como referencia la que contenía el precepto 306 hasta antes de ser derogado, así como que se estipulo parámetros de ejecución y los medios empleados.

Ahora bien, en la actualidad existe un concenso de reformar el Código Penal, a fin de lograr una legislación más eficaz punitivamente y de prevención del delito, no pretendiendo este trabajo que sea un código persecutorio ni inflexible, sino al contrario que se analice que en base a que si hoy en día se castigara a los sujetos activos de la tentativa de homicidio existiría una gran desigualdad en razón de que hoy en día no se castiga a todos los delincuentes y sí en cambio podría ser castigada alguna persona que no tenía la intención de causar la muerte a otra, sino sólo la de asustar o causar un daño menor, pero sin tener consecuencias físicas.

Así tenemos que la adaptación contempla las adiciones que a nuestro parecer requieren los artículos 12 y 63 del Código Penal, pudiéndose enumerar de la siguiente manera:

a) Cuando el sujeto sólo trate de intimidar.

b) Cuando el sujeto sólo pretenda causar golpes o exista un intercambio de golpes, por ejemplo en un malentendido en el metro o en un accidente de tránsito.

c) Cuando se utilicen herramientas que por la naturaleza de la misma no se busque inferir lesión que pueda causar la muerte.

d) Cuando realicen disparos en contra de una o varias personas por armas largas, o de repetición automática, así como de calibre mayor.

e) Cuando se busque privar de la vida y que por los medios empleados no quede lugar a dudas de la intención del agresor, por ejemplo, utilizando venenos, estiletes, rifles, pistolas de calibre no permitido, etc.

Así tenemos que este trabajo sólo busca dar una modesta solución al aumento y desproporcionado castigo que se da con tratar a todos como sujetos que intentan con un ataque o disparo de arma la privación de la vida y hacer más explícito nuestro ordenamiento legal en cuanto a la tentativa de lesiones, y que realmente se sancione a quien lo merece.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- El sistema legal normativo en materia penal por su misma naturaleza es renovado de forma constante a fin de ser acorde con los tiempos, rigiendo de acuerdo a las necesidades reales en la prevención y persecución del delito, asimismo deberá ser un órgano sancionador eficaz y de manera específica en la Ciudad de México, que por sus características sociales y de población es una ciudad de altos índices delictivos.

SEGUNDA.- Cuando en un sistema jurídico se realizan cambios éstos siempre deberán tener como finalidad la de superar los conceptos anteriores, no dejando dudas o lagunas jurídicas así cuando se derogan normas o tipos penales se entiende que ya están sobrepasados por el avance de técnicas o desuso de prácticas criminales, esto no sucedió en el caso de la derogación del Artículo 306 del Código Penal para el Distrito Federal, siendo que para que ocurra esta derogación se debe entender no sólo que será un elemento más en el Código, sino que exista una real inoperancia y por lo tanto carezcan de eficacia jurídica. Es decir que la norma penal al perder vigencia en el actuar social como órgano regular del actuar delictivo, se deberá a nuestro particular punto de vista revisar si existen otros tipos penales que realmente vayan

a cubrir o punir la conducta que se deja al desaparecer el tipo penal, porque en caso contrario sólo se dejará un vacío legal y de manera consecuente una falta de castigo.

TERCERA.- Las críticas que se dirigieron respecto al Artículo 306 del Código Penal y que pugnaron por su derogación, a nuestro entender también debieron ir acompañadas de proposiciones que subsanaran el espacio legal que dejaba de tipificar, de tal suerte que si en el contenido del Ordenamiento Legal pugna por uno más claro y expédito no se puede dejar de tipificar conductas, que algunos tratadistas consideran intrascendentes o repetitivas, ya que no es deseable para una política criminal sana, atenerse sólo a unos cuantos criterios, en razón de que estos consideran que las conductas humanas son genéricas o piensan y así lo describen en el caso concreto al definir el tipo penal que existió enumerado en el Artículo 306 del Código Penal como una simple tentativa de homicidio, sin considerar que dicha norma penal tutelaba el daño presunto que se pudiese ocasionar. Así tenemos que se debe tomar en cuenta en el ámbito legislativo no sólo la opinión de los Doctrinarios del Derecho, sino también a todos aquellos que tienen que ver con la impartición de la justicia, esto es: Jueces, Ministerios Públicos, Colegios y Barras de abogados y litigantes en general, a fin de tener un conocimiento real y efectivo de la operabilidad de una norma penal.

CUARTA.- El haber derogado el artículo 306, trajo consigo por una parte que se castigara de manera excesiva a aquellos individuos que al realizar la conducta señalada en el supuesto del tipo en mención, no obstante que no busque la privación de la vida y por lo tanto por el hecho de haber realizado la conducta de disparar un arma de fuego tendrán una sanción de por lo menos 12 años de prisión, estos sujetos pudieran estar en el presupuesto de ser primo-delincuentes; por otra parte tenemos a aquellos sujetos que son verdaderos delincuentes y que conocen el actuar judicial conociendo los medios para evadir la justicia en virtud de tener una experiencia anterior con el trato de la justicia, se les facilitará el evadir el castigo pues en razón de la estructura misma del tipo penal de tentativa por ser ambiguo su redacción se complica la comprobación e imputación del delito, pues no existen hasta ahora elementos que ayuden al conocimiento de las verdaderas intenciones del sujeto activo, por tal razón que si la conducta se realiza sin testigos sólo se tendrá la imputación del agredido que por sí sola es insuficiente para la comprobación del delito de tentativa de homicidio; por tal motivo se ha manifestado que existe una ambivalencia en el delito de tentativa de homicidio, por no tener una aplicación clara y específica.

QUINTA.- Se tiene que todas las conductas que se encuadraban en el tipo penal derogado (Artículo 306) se deberán

tomar como tentativas de homicidio según el criterio de algunos doctrinarios, quedando las presuntas tentativas de lesión sin sustento legal o en un vacío jurídico en virtud de que actualmente no existe tipo penal en donde se pueda encuadrar a esta conducta por ser de difícil comprobación las lesiones en grado de tentativa y es un problema al que se han negado a entrar en estudio por su difícil grado de comprobación, ya que como dijimos anteriormente no existen medios para saber con exactitud la intencionalidad del sujeto activo y precisamente esa era la función del Artículo 306, castigar el riesgo que sufría el físico con el ataque a su persona, y como no se podía comprobar la intencionalidad se tenía que encuadrar la conducta en el precepto derogado, salvando la falta de castigo hacia el sujeto activo.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- CASTELLANOS TENA, Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General.
21a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1985, 141 p.
- 2.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl.
Derecho Penal Mexicano, Parte General.
Tomo I, 10a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1972, 606 p.
- 3.- COLIN SANCHEZ, Guillermo.
Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.
21a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1986, 716 p.
- 4.- DIAZ DE LEON, Marco Antonio.
Tratado sobre las Pruebas Penales.
21a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1985, 612 p.
- 5.- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José.
Principios de Derecho Penal Mexicano.
8a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1985, 416 p.
- 6.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco.
Derecho Penal Mexicano, Los Delitos.
14a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1977, 444 p.
- 7.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco.
El Código Penal Comentado, Procedido de las Leyes Penales en México.
- 8.- JIMENEZ DE AZUA, Luis.
Delitos de Omisión y de Omisión por Comisión.
6a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1965.
- 9.- JIMENEZ HUERTA, Mariano.
Derecho Penal Mexicano.
7a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1986.
- 10.- MACEDO Y SARABIA, Miguel.
Evolución de los Establecimientos Penales en México.
C. Año XXI, 347 p.
- 11.- MORENO, Antonio de P.
Curso de Derecho Penal Mexicano.
Emilio Pardo Aspe.
Editorial Porrúa, México, 1968, 579 p.

- 12.- OSORIO Y NIETO, César Augusto.
Síntesis de Derecho Penal.
4a. Ed., Editorial Trillas, 1988.
- 13.- PAVON VASCONCELOS, Francisco.
Derecho Penal Mexicano, parte General.
8a. ed., Editorial Porrúa, México, 1984, 534 p.
- 14.- PAVON VASCONCELOS, Francisco.
Delitos de Peligro para la Vida y la Integridad Corporal.
5a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1987, 221 p.
- 15.- PAVON VASCONCELOS, Francisco.
Breve Ensayo sobre la Tentativa.
4a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1989, 195 p.
- 16.- PAVON VASCONCELOS, Francisco.
Concurso Aparente de Normas.
3a. Ed., editorial Porrúa, México, 1989, 267 p.
- 17.- PAVON VASCONCELOS, Francisco.
Comentarios de Derecho Penal.
5a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1982, 245 p.
- 18.- PORTE PETIT, Candaudap Celestino.
Apuntamiento de la Parte General de Derecho.
6a. Ed., Editorial Porrúa, México, 1982, 553 p.
- 19.- SOLER, Sebastián.
Derecho Penal Argentino.
1a. reimpresión, Editorial TEA, Buenos Aires, 1951.
- 20.- VELA TREVIÑO, Sergio.
Antijuridicidad y Justificación.
2a. Ed., Editorial Trillas, México, 1986, 323 p.
- 21.- VELA TREVIÑO, Sergio.
Culpabilidad e Inculpabilidad.
Editorial Trillas, México, 1987, 405 p.
- 22.- ZAFARONI, Raúl Eugenio.
Manual de Derecho Penal.
Editorial Cárdenas, Buenos Aires, Argentina, 1988, 829 p.
- * Criminalia Revista Academia Mexicana de Ciencias Penales.