



20710
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"
FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO LOGICO JURIDICO DEL ARTICULO 306
FRACCION I DEL CODIGO PENAL VIGENTE

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ARTURO FERNANDO RODRIGUEZ VEGA

MEXICO, D. F.

1988

**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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

I N D I C E

ESTUDIO LOGICO JURIDICO DEL ARTICULO 306 FRACCION I DEL CODIGO PENAL VIGENTE

CAPITULO PRIMERO

I. PANORAMA HISTORICO

	1
a) El código penal de 1870 en relación a este de lito	1
b) El código penal de 1929 en relación a este de lito	21
c) El código penal vigente en relación a este de lito	29
d) Los anteproyectos de 1949, 1958 y el código - penal tipo	35
e) Reflexiones y consideraciones	45

CAPITULO SEGUNDO

II. GENERALIDADES EN RELACION A ESTE DELITO

	54
a) Concepto de disparo de arma de fuego	54
b) Naturaleza de este ilícito	61
c) La persona y el grupo de personas en relación a este delito	66
d) Elemento subjetivo en relación a este delito	71
e) La jurisprudencia en relación a este ilícito	77
f) Reflexiones y consideraciones	88

CAPITULO TERCERO

III. DE LA TIPICIDAD	96
a) Tipo y tipicidad	96
b) Elementos del tipo y su clasificación	112
c) Concurso aparente de tipos y principios que - lo norman	144
d) El tipo del delito de disparo de arma de fue- go	159
e) El bien jurídico tutelado	166
f) Casos de atipicidad	173
g) Reflexiones y consideraciones	179

CAPITULO CUARTO

IV. DE SU AUTONOMIA	192
a) La autonomía en relación a este delito	192
b) Criterios en favor de su autonomía	194
c) Criterios en contra de su autonomía	201
d) El delito de disparo de arma de fuego en rela- ción a su clasificación	207
e) Cuadro sinpótico considerando al disparo de - fuego como delito autónomo	211
f) Reflexiones y consideraciones	214

CAPITULO QUINTO

V. DE LA TENTATIVA	217
a) Concepto de tentativa	217
b) La tentativa en el delito de homicidio	235
c) Las lesiones frente a la tentativa	245

d) La tentativa en relación al disparo de arma - de fuego	250
e) Cuadro sinóptico comparativo entre el disparo de arma de fuego y la tentativa acabada de le siones y homicidio.	258
f) Reflexiones y consideraciones	266

CAPITULO SEXTO

IV. CONCLUSIONES	271
------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	274
--------------	-----

CAPITULO PRIMERO

EL CODIGO PENAL DE 1870 EN RELACION A ESTE DELITO

El 6 de octubre de 1862 se nombró una comisión a fin de realizar un proyecto de código penal para el Distrito Federal y Territorios de Baja California, pero sin que dicha comisión llevara a cabo el proyecto, ya que por la invasión extranjera se desintegró la comisión formandose una nueva el día 28 de septiembre de 1868 y la cual se formó con:

1. Lic. Antonio Martínez Castro.
2. Lic. José María Lafragua.
3. Lic. Manuel O. de Montellano.
4. Lic. Manuel M. de Zamacona.

Terminado el código fué promulgado el día 7 de diciembre de 1871 con el nombre de Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos federales.

Por lo que en la fecha mencionada lo expidió el Congreso de la Unión y empezó a regir el día primero de abril de 1872 y dicho código se encuentra formado por 1150 artículos, conteniendo una pequeña explicación preliminar sobre su apli-

cación en la parte general sobre responsabilidad penal y forma de aplicación de las penas, otra de responsabilidad civil derivada de los delitos, una tercera sobre delitos en particular y una última sobre faltas.

Los autores mencionados de este código advirtieron que tenía una característica temporal pero no obstante ello rigo durante 58 años.

Este código en el título VIII el cual se denomina "Delitos sobre las personas" y mismo que se subdivide en los siguientes capítulos:

- A) Parricidio.
- B) Asesinato.
- C) Disposiciones Comunes.
- D) Homicidio.
- E) Infanticidio.
- F) Aborto.
- I) Duelo.
- J) Lesiones.
- K) Disposiciones.Generales.

En lo transcrito observamos que no se incluye dentro de las disposiciones comunes y en general la figura delictiva denominada "DISPARO DE ARMA DE FUEGO".

Por lo que no quedo incluida esta figura en el Código mencionado, tratandose por primera vez en nuestro derecho penal mexicano en los trabajos de revisión del Código de 1870 publicados en 1912 en donde quedo comprendido dentro del artículo 548-Bis y el cual esta incluido en el capítulo de homicidio quedando plasmado en los siguientes términos:

"El que dispare sobre persona alguna un arma de fuego o la ataque de otra manera que en razón del arma empleada de la fuerza o destresa del agresor o de cualquier otra circunstancia que pueda producir como resultado la muerte sufrira por este solo hecho la pena correspondiente al homicidio frustrado a no ser que se averigüe que unicamente se propuso inferir una lesión que no fuera mortal. Si de la agresión resultare una o más lesiones se observara la regla de la acumulación pero sin que la pena pueda exceder de la que se impondría si se hubiese cometido el homicidio". (1)

A continuación se menciona la exposición de motivos de la comisión de reformas de 1912 ya que es necesario para la debida integración de este trabajo ya que es la base del mismo y la cual nos explica el surgimiento de esta figura

(1) Comisión Revisora del Código Penal. Trabajos de Revisión del Código Penal. Secretaría de Justicia Taller de Redacción. Primera Edición. D.F. 1914. pág. 118.

delictiva. (2)

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

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

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

"Nuestro código de la misma manera que todas las legislaciones contemporaneas y siguiendo el principio con más rigor que cualquier otra como una de las bases en el sistema acepta

(2) Comisión Revisora del Código Penal. Trabajo de revisión del Código Penal. pág. 125.

que la pena que se imponga al delincuente debe ser proporcional al mal o daño directo que el a causado o tratado de causar al ofendido, teoría muy bien expresada en los siguientes párrafos:

"Todo delito debe ser considerado bajo un doble aspecto: en la persona del agente y del paciente. En la primera es violación de un deber y en la segunda violación de un derecho lesión de un interés.

Ahora bien que el mal producido por el delito sea más o menos grande, que el mal que el delincuente tenía en mira se realiza más o menos o que no llegue a realizar puede ser que la violación del deber exista siempre en el mismo grado; pero seguramene la lesión del derecho, la lesión del interés no son los mismos y en consecuencia debe de existir menos penalidad. Resumiendo la demostración tenemos:

El mal directamente producido por el delito es el acontecimiento final que se imputa al agente desde el momento en que este se reunía en sí las condiciones exigidas para la imputabilidad, acontecimiento que se dice haber sido causa primera eficiente y responsable y que en consecuencia se lleva a su cuenta penal.

Si ese mal es más o menos grande, evidentemente su

cuenta se aumentara, si el mal no se a realizado o solo se ha realizado en parte su cuenta se disminuira en otro tanto".

En relación a lo antes expuesto nos dice Ortolan en su obra titulada: "Elements de Droit Penal" en los números: 967 y 968 que en los párrafos mencionados se refieren a la discusión sobre si los grados inferiores del delito, conato, delito frustrado y delito intentado deben ser castigados con la misma pena que el delito consumado. Y en ellos funda el autor la tesis de que la pena debe ser reducida en los grados inferiores pero aún sin referirse a la teoría general de la proporción entre la gravedad del delito o sea el mal que causa y la pena, dan idea bastante clara de las opiniones de la escuela que el autor representa o a la que pertenece.

Una vez analizados en ese aspecto de la aplicación de la pena seguimos con la exposición de motivos del proyecto de reforma del código de 1942 pero ahora sobre otro problema de aplicabilidad de la pena el cual lo desarrollamos en seguida primero exponiendo el pensamiento de la comisión y luego una síntesis de ello.

"El problema de las medidas de las penas se presenta bajo otro aspecto que es el siguiente:

Como medida en relación a cada delito, es decir como

aplicar a cada delito la cantidad de pena conveniente.

Las penas deben ser proporcionales al delito, he aquí una verdad general seguramente indiscutible, pero entre tantos elementos que el análisis señala en el delito sobre cuales deberan establecer la proporción.

Nuestra solución ha sido ya expuesta, la pena social asentada en cuanto a su legitimidad sobre una doble base, esta sometida en cuanto a su cantidad a una doble medida, la de la justicia o el mal moral y el de la utilidad o el mal social que a su vez depende el mal individual con el que se liga intimamente.

En el número 661 de la exposición de motivos sigue diciendo: (3)

"Es indiscutible que el sistema de nuestro código penal esta basado en el sistema o el principio de la proporción de la pena con el mal del delito. Dicha proporción aparece con claridad en toda esa obra legislativa y muy especialmente en los delitos mas frecuentes (robo y lesiones) en la que se observa la escala de completo paralelismo con que crecen las penas en la proporción al mal causado, al grado de haberse

(3) Comisión Revisora del Código Penal. Trabajos de Revisión del Código Penal. pág. 130.

establecido y hacerse notable nuestro código y ocupar el primer lugar entre los que siguen esa doctrina, por el rigor con que aplica el principio de la proporción sacrificando la sencillas y brevedad de la ley.

Y sigue el número: 662 con la aclaración en relación al criterio que ostenta la comisión:

662. No es solo el criterio de la utilidad el que satisface aplicando el principio que venimos tratando sino también el sentimiento mismo de justicia pues todos consideramos injusto que se castigue igualmente a un herido que a homicida. Esta satisfacción del sentimiento de la justicia de la conciencia pública, podemos decir, es la más alta calidad o cualidad y la mayor ventaja del principio y lo que hace sea el criterio más conforme con la opinión pública en general lo cual bastaría para hacerlo respetable.

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

Señalaremos sus tres defectos principales:

La pena en que incurren los delincuentes o el delincuente resultara fijada ordinariamente a el ocaso, pues el resultado de sus actos es siempre casual en todo o en parte no hay proporción entre las penas y las necesidades para la convicción del delincuente y por último hay gran dificultad para aplicar exactamente la ley a los grados inferiores del delito, conato, delito frustrado y delito intentado.

Pasamos a aplicar y analizar los defectos mencionados:

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

El ladrón sabe que va a robar, pero no con exactitud lo que va a robar, al penetrar a una casa o asaltar a una persona puede haber tomado la precaución de averiguar la cantidad de dinero o valores sobre la cual podra ejercer su criminal industria pero en rigor no sabra si tiene o no probabilidades de dar un golpe bueno, mediano o malo. Se apodera de cuanto puede, de cuanto le permiten las circunstancias del caso a

saber, la resistencia de la víctima, el tiempo de que disponga para trasladar las cosas robadas y tantas otras que pueden ocurrir.

A veces ni después de ocurrido el robo, conoce el delincuente, el grado de su importancia hasta que con calma puede examinar el monto de lo robado. A veces la misma víctima ignora la cuantía exacta de lo que le han afectado, el monto de el daño que se le ha causado, pues no puede precisar los valores en el momento del robo.

En cuanto a los delitos contra las personas, lo aleatorio del resultado es más evidente todavía, el que dispara sobre otro o dirige un golpe con arma blanca no sabe cual va hacer el resultado de la acción, una línea de desviación basta para ser levisima una lesión que podría ser mortal o viceversa, un leve movimiento de la víctima, la interposición de un tercero o cualquier otra circunstancia pueden ser bastantes para alterar el resultado que el agente se proponía y con ello agravar o disminuir su importancia. Más todavía aún, sin esas circunstancias es en extremo difícil que el agente pueda obtener el resultado de su acción con exactitud. Sí el más hábil cirujano se le pone un puñal en la mano y se le pide que diriga un golpe rapido y violento sobre un cadáver anunciando anticipadamente que organos va a afectar y que musculos va interesar, de que manera y a que profundidad

contestara solo con aproximación y solo podrá predecir el resultado y sin ejercicios previos y una habilidad especial será la exactitud completa imposible.

Si el más hábil tirador dispara sobre el inmóvil hombre, podrá decir con exactitud donde tocara el proyectil, pero las predicciones que se hagan sobre o acerca de la lesión que produzcan resultaran fallidas en la generalidad de los casos.

Si lo anterior acontece cuando se obra sin la pasión y sin peligro, sin temor, con toda serenidad con personas de especial destreza, con conocimientos técnicos, que pasara tratándose de un delito, acto que ordinariamente se ejecuta en circunstancias más adecuadas para restarle serenidad y de incluir la precisión de lo que quiere hacerse. La verdad que el agente se propone una cosa pero realiza otra o sea el agente hace lo que puede, no lo que se propone con su intención de causar daño, sobre todo cuando hay lucha y no solo encuentra resistencia para lograr su objetivo sino que puede verse en la necesidad de defenderse. En la riña cada contendiente se propone dejar fuera de combate a su adversario y para ello causar el mayor daño posible quedando al ocaso el resultado efectivo.

Cuantas veces los agentes lo reconocen expresamente

al reconocer que tuvieron la suerte de herir gravemente a su adversario en lugar de matarlo o a la inversa.

666. Como extraña, aunque ineludible consecuencia del sistema de nuestro código se produce en algunos casos una verdadera anomalía, al menos según lo que constituye la práctica general de los tribunales en cuanto al delito en contra de las personas.

Cuando el delito que el agente se propone se frustra, pero resulta consumado otro se aplica la pena del delito que se consumo, en tanto que el delito se frustra por completo es decir no llega a producirse mal alguno, entonces si se aplica la pena que le corresponde por el delito frustrado.

Como ejemplo tomaremos el caso del disparo de arma de fuego en el se tiene pocas veces la intención deliberada y precisa de matar y casi nunca de causar una lesión determinada, por regla general lo que intenta es causar un mal impreciso, indeterminado, pero siempre grave, pues se procura poner fuera de combate al adversario lo que no se logra con lesiones leves, el delincuente deja en gran parte al ocaso el mal causado.

En el caso del disparo de arma de fuego sobre otro, si se produce una lesión cualquiera que ella sea aún levisima,

el hecho se castiga como delito de lesiones aplicando la pena que comprenda según la gravedad y las consecuencias de la lesión inferida, pudiendo en este caso por lo tanto ser insignificante la pena impuesta. En cambio si el proyectil no toco a la persona sobre la cual se hizo el disparo, la necesidad de imponer una pena lleva a los tribunales a considerar el hecho como delito frustrado y entonces la pena que impone es de ordinario mayor que la del caso de haberse causado la lesión con el disparo. Para considerar que con el mismo acto se han cometido el delito consumado de lesiones y el de homicidio frustrado, es indispensable que aparezca de una manera clara e indubitable la intención precisa y concreta de matar lo cual es muy raro en la práctica.

Esa diferencia de pena es la que calificamos de anomalía y aún se podra decir, que dos actos iguales en la intención resultan castigados con penas cuya gravedad esta en proporción inversa a la importancia del daño causado; pena menor cuando el resultado fué de lesión y pena mayor cuando no hubo lesión.

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

las más leves e imponer por lo mismo la pena más leve o sea la mínima.

668. EL segundo defecto que al sistema del código le hemos señalado, consiste en que conduce en la aplicación de las penas que no guardan la debida proporción con la necesidad de corrección del delincuente.

En efecto el mismo individuo puede cometer, diez veces el mismo delito si siempre es leve, esto es, si el daño que causa es de poca importancia, la pena sera siempre de poca duración, de manera que aún tratándose de delincuentes hábiles la pena impuesta sera siempre leve, por el contrario, si el daño es grave, como lesiones graves, aunque el delincuente deba ser clasificado entre los meramente accidentales o entre los pasionales, no obstante sus atenuantes y sus caracteres demuestran de manera inéquivoca de que no hay temor de que vuelva a cometer otro delito o en otros términos, aunque conste plenamente que no necesita corrección moral, por que no esta depravado a pesar de todo las penas que se le impone es de larga duración.

Resulta de esa manera aplicadas penas cuya duración esta en proporción inversa a la duración o necesidad social de corregir a los delincuentes.

669. El tercer defecto que encontramos en el sistema de nuestro código es la dificultad de aplicar la ley en los casos de grados inferiores del delito.

Según nuestro código los grados inferiores del delito intencional son castigados con una parte alicuota de la pena señalada al delito intencional y por ello encontramos que un quinto de la pena mencionada al conato, de un tercio a dos quintos al delito intentado y de dos quintos a dos tercios al delito frustrado.

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

670. A pesar de lo grave de los defectos señalados en el cuerpo del código la comisión no penso ni por un momento en proponer un cambio radical, pues según se ha dicho no obstante ello hay que reconocer cualidades muy estimadas en el sistema.

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

674. La nueva disposición que consulta el proyecto en su artículo 548-bis es fundamentalmente diversa a los códigos italianos y español, pues se limita a establecer una presunción JURIS TANTUM de que el disparo de arma de fuego sobre otro o lo ataque que en razón del arma empleada, de la fuerza o destreza del agresor o de cualquier otra circunstancia pueda establecer la muerte.

Por supuesto que para la nueva disposición sea aplicable será necesario que el acto ejecutado como ordinariamente sucede con el disparo de arma de fuego, reúna en sí los elementos del delito frustrado de homicidio, esto es que sea el ilícito acto en que debió verificarse la consumación del delito dejando esta de verificarse por causas ajenas a la voluntad del agente. De lo contrario aunque se pudiera decir que había ataque peligroso capaz de producir la muerte el caso quedaría regido por las disposiciones relativas a conato y a delito intentado los cuales no se tiene el propósito de derogar o de modificar.

Creemos por supuesto que en los términos del artículo que se propone no caben otros casos que los del verdadero delito frustrado, pues claramente se habla de disparo de arma de fuego o de otro ataque que pueda producir la muerte del atacado.

Si se tratare de actos que no sean el que constituye el delito consumado, esto es, que no sean sino conato no se podrá decir que haya ataque y si habiendo ataque actual la muerte no se pudiera producir entonces el delito será intentado.

El disparo hecho con arma inservible y sin proyectil, no constituirá según el proyecto o el propuesto artículo un homicidio frustrado, pues no debe ser el último acto de la consumación del homicidio y si el agente dispara creyendo que el arma tenía proyectil o era servible, entonces habrá delito intentado, pero sería indispensable tal creencia en el agente.

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

La comisión sabe bien que con la reforma que propone aumentara considerablemente la duración media de las penas que se imponen, lo que a su vez hara crecer el número de reclusos en los penales, pero son tan frecuentes y lógicas las consideraciones que exige la reforma que no es posible detenerse para no aumentar el número de reclusos. Por otra parte disminuira las penas de corta duración cuyos efectos son tan funestos.

Con lo anterior transcrito nos podemos dar cuenta lo difícil que es probar el elemento subjetivo de la tentativa del homicidio y lesiones, toda vez que el agente activo puede indicar que su intención no era matar o lesionar al sujeto pasivo y para demostrar lo contrario es casi imposible y pensando que por lo regular el sujeto activo es un ser humano ya maleado por las circunstancias y experiencia que ha tenido veremos que nunca a de confesar el delito que se proponía por lo cual se incluyo el precepto de disparo de arma de fuego en nuestra legislación a partir de la reforma a la cual nos acabamos de referir.

Para una mejor comprensión de lo que estamos estudiando incluiremos las definiciones que incluye este código en relación al delito. (4)

(4) Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal. Editorial Porrúa S.A. Decima Primera Edición. México, D.F. 1955. pág. 85.

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

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

TERCERO.- FRUSTRADO: En el cual el agente llega hasta el último acto que debió verificarse la consumación si esta no se origina por causas ajenas a la voluntad del agente diversas a la que expresa el delito intentado.

CUARTO.- CONSUMADO: Cuando se realiza el delito.

Es indispensable conocer el criterio sustentado para la separación y la razón de haber introducido un grado más a los admitidos en la anterior legislación, refiriendonos con ello a un grado más respecto a la realización del delito.

El delito intentado en el código de Martínez de Castro es intermedio entre el conato y el frustrado, por que "no

puede decirse con propiedad que se frustra una cosa imposible que se trata de ejecutar y ademas no es justo aplicar la misma pena para quien se le frustre la ejecución de un delito posible a quien intente cometer vanamente un acto irrealizable.

Satisfechos los requisitos del conato y la punibilidad del mismo este abraza la categoría de actos puramente preparativos de un delito que no es posible que abarque el derecho penal, por que no es dable urguir con resultado positivo la intención humana que no se manifiesta por sus actos externos.

EL CODIGO PENAL DE 1929 EN RELACION A ESTE DELITO.

Antes de abordar el análisis del código de 1929 mencionaremos los siguientes proyectos que influyeron en la elaboración del código mencionado.

En el año de 1903 el gobierno de Porfirio Díaz designó una comisión integrada por el Lic. Miguel S. Macedo, Manuel Olivera Tono, Victoriano Pimentel, Joaquín Clausel, sustituido por Licenciado Jesus María Aguilar para que hicieran una revisión general del código de 1870 y propusieran las reformas conducentes.

En 1909 engrosaron la comisión los señores: Julio García, Juan Pérez y Manuel A. Mercado, fungiendo este último como secretario y separados en el año de 1911 los vocales: Pérez de León participaron con igual carácter los Licenciados: Manuel Catalogo y Fuentes el cual era Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

Con la comisión anterior quedo terminado el proyecto de reformas en junio de 1912 fecha en que se publicó acompañado de una completa reseña de los trabajos efectuados y de una exposición de motivos pero este proyecto no funcionó por las agitaciones internas que existian en el país.

Luego en el año de 1925 fué designada una comisión en la cual figuraron los Licenciados: Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedraza, Enrique G. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almanza este último abogado investido despues de la promulgación del código con el carácter de Presidente del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social organismo tambien de nuevo curso, publicó una explicación de la labor desarrollada, comensando por informar que a su juicio se encontró con un anteproyecto para los dos primeros libros del código que siguió los principios de la escuela clásica, manifestó en el su inconformidad, aduciendo la completa bancarrota de dicha escuela y que con la aceptación de tal anteproyecto la delincuencia seguía su marcha ascendente y presentó un estudio crítico de los principios de la escuela clásica y un anteproyecto propio, estudios que hizo suyos la comisión y que sirvieron de base al nuevo código. Este se basó en la escuela positivista según el expositor fué expedido el día 30 de septiembre de 1929 siendo el presidente Portes Gil en uso de sus facultades que al efecto le concedió el Congreso de la Unión que por decreto el 9 de febrero de 1929 para entrar en vigor en diciembre del mismo año, llegando así a la culminación del código que analizaremos en lo referente al ilícito tema de este estudio y conteniendo dicho código 1233 artículos de los que cinco son transitorios y en el cual buena parte del articulado proviene del anteproyecto del código para el Estado de Veracruz que fué promulgado como código penal hasta 1932.

En relación a lo narrado anteriormente agregaremos que el código mencionado padece de grandes deficiencias de redacción y estructura, de constantes reenvíos, de duplicidad de conceptos y de contradicciones flagrantes lo cual dificulta su aplicación práctica.

En relación al delito de disparo de arma de fuego vemos que el código de 1929 le incluye por primera vez en el artículo 971 como figura autónoma y le imprimió los matices o peculiaridades del delito de "peligro". (5)

Quedando dicho artículo de la manera como se redacta a continuación:

Artículo 971. "Al que dispare sobre alguna persona una arma de fuego o lo ataque de otra manera que en razón del arma empleada, de la fuerza o destresa del agresor o de cualquier otra circunstancia pueda producir como resultado la muerte, se aplicara por ese solo hecho, una sanción de uno a tres años de segregación a no ser que las circunstancias del caso califiquen el delito como tentativa de homicidio".

(5) José Almaraz. Exposición de Motivos del Código Penal Secretaría de Justicia Taller de Redacción. 1979 México, D.F. 1931. pág. 39.

Como se observa en el código penal de 1929 no encontró aceptación el criterio adoptado en el proyecto de reformas de 1912 de consagrar una operancia de una presunción JURIS TANTUM de homicidio frustrado en los casos de disparo y de el llamado ataque peligroso.

En el Código de Almaraz como también se le conoce por primera vez se otorgó autonomía en la legislación penal mexicana a la figura del disparo de arma de fuego, la cual se integró técnicamente con la acción de disparar sobre alguna persona una arma de esa indole, castigandose la potencialidad del daño reveladora de la personalidad peligrosa del autor, independientemente del resultado de su acción dejandose fuera de la hipótesis típica del disparo el caso de la tentativa de homicidio por razones obvias.

También podemos apreciar que en dicho precepto se introduce una reforma en la definición de los hechos criminales que se conservo intacta sino en el sistema de punibilidad, toda vez que se estableció como sanción la de uno a tres años de segregación al no ser que las circunstancias califiquen el delito como tentativa de homicidio. Esta regla introdujo confusión en el entendimiento del precepto por que su redacción literal permitía suponer que la integración del delito obedecía ya al propósito original de suplir la deficiencia de pruebas de la tentativa.

Por lo que apreciamos que en el texto del artículo 548-Bis del proyecto de 1912 permitía aplicar la pena correspondiente al homicidio frustrado, ahora la tentativa al disparo de arma de fuego, al ataque peligroso, acabados o inacabados, por que presume que el agente actuó con intención homicida, destruida la presunción Juris Tantum queda sin sanción la conducta delictuosa (peligrosa).

Cabe hacer la aclaración que el código de 1929 no tiene exposición de motivos ya que fué en el año de 1931 cuando fué realizada por el Licenciado: José Almaraz.

Y en esta exposición realizada posteriormente Almaraz nos comenta en la parte de los grados del delito intencional lo siguiente:

La escuela clasica a partir de un punto aprioristico llegaba necesariamente a una metrica del delito verdaderamente criminometrica que casi necesitaba de tabla de logarismo para calcular y medir los grados del delito.

El señor Martínez de Castro introdujo el delito intentado como caso especial de frustrado. La comisión estima inútil comentar lo improcedente de esta invocación, ya que sí forma parte del delito frustrado y este no debe subsistir en un código moderno, menos podra sostenerse aquella novedad.

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

La comisión revisora hace suyas las ideas del profesor: Saldaña, las expone a continuación: como fundamento de la desaparición del delito frustrado en el proyecto del código.

"El delito frustrado no es sino la antinomia del caso fortuito. Así como en este faltan todos los elementos del delito (daño, intención, ejecución, medios y fines) y solo existía el daño material en el primero se encuentra toda la criminalidad del delincuente (propósito, medios ideoneos, posibilidad y ejecución) y solo falta el hecho accidental del daño.

"Desde el punto de vista de la temibilidad (propósito) el delito frustrado es un delito consumado, psicológicamente completo y desde el punto de vista eventual (reparación del daño) es completamente nulo. Si para graduar la defensa social tomamos como base la temibilidad las sanciones correspondientes a ambos delitos deben ser los mismos; pero si el fundamento aceptado en la materialidad es un efecto producido, no existe delito".

Como se ve todo es cuestión de elegir entre el elemento subjetivo y lo objetivo, entre el delincuente y el daño.

Con los proyectos modernos y fundada en las razones en que se basa la defensa social la comisión de la que hablamos se pronuncia por el primer proyecto.

Volviendo al artículo 971 mencionado vemos que indica en la parte última "califiquen el delito como tentativa de homicidio", hay que hacer mención que en nuestro derecho las "atenuaciones o circunstancias modificativas" de acuerdo a su filología y sus antecedentes legislativos, son antitesis de las calificativas.

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

También indicaremos que no se resuelve el problema casi siempre insuperable del delito de lesiones, cuando se frustra el propósito dañoso para la integración corporal del sujeto pasivo. El precepto del código de 1929 mencionado introduce en la legislación mexicana el llamado "delito formal", "de simple actividad" o "delito de acción sin resultado

dañoso". Ya que sanciona al delito de disparo de arma de fuego o ataque peligroso, por el solo hecho de producirse y sin perjuicio de sancionar la tentativa de homicidio.

Mencionaremos a continuación las definiciones plasmadas en el código de 1929 respecto a delito consumado y tentativa. (6)

Artículo 22.- Tentativa punible es aquella en que el agente invoca exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente con medidas idoneas y "no práctica todos los esenciales de ejecución" que debería de producirlo por "causas o condiciones que no sean su propio y espontaneo desistimiento" y entiende que media este "si nació de un arrepentimiento en el deseo"; no es impuesto por otras circunstancias y entre ellas errar el cálculo. Exime de sanción a la tentativa o conato cuando media el arrepentimiento. Si los actos ejecutados al operarse la tentativa hubieran constituido algun tipo de delito deberían de sufrir la sanción correspondiente.

Es así como el código de 1929 no incluyo en la tentativa o conato el delito imposible en sus formas absoluta o relativa.

(6) José Almaraz. Exposición de Motivos del Código Penal. pág. 43.

EL CODIGO PENAL VIGENTE EN RELACION A ESTE DELITO.

Antes que entrara en vigor este código se realizó un anteproyecto con fecha 15 de diciembre de 1930 el cual aparece firmado como anteproyecto de código penal para el Distrito Federal y Territorios Federales para la comisión redactora aparecen los Licenciados: José López Lira, José Angel Ceniceros, Alfonso Teja Fabre y Ernesto G. Garza.

Dicha comisión manifestó que al ponerse en vigor el actual código penal (1929) con sus leyes de procedencia complementarias se observaron serias dificultades de aplicación y se hicieron críticas, tanto por la nueva técnica del ordenamiento como por sus consecuencias materiales, sus defectos de redacción y de funcionamiento; inconvenientes que fueron advertidos desde los primeros meses de la vigencia del nuevo código (1929) con tales caracteres de notoriedad que se juzgo necesario emprender una revisión de acuerdo con las fases formadas por la comisión redactora.

Así llegamos al código de 1931 el cual contiene dos libros con un total de 400-bis artículos y cinco transitorios y al que examinandolo representa una tendencia ecléctica entre la doctrina clásica y la positivista es decir es un código de filiación político-criminal.

Dicho código es pragmático por excelencia desarrolla modestamente pero con firme dirección sus preceptos de acuerdo con la realidad mexicana.

En este sentido es un código que ha permitido comodamente ir acopiando experiencias y datos para la elaboración final del código que se impone para el porvenir, el código penal para los Estados Unidos Mexicanos que es instrumento jurídico adecuado de una moderna política criminal aplicada en todo el país.

Toda vez que por la vigencia de este código durante más de un cuarto de siglo de experiencia, la práctica de los tribunales y la doctrina nacional y extranjera ha demostrado que en algunos capítulos es conveniente mejorarlo; el Gobierno de la República a través de la Secretaría de Gobernación designó una comisión redactora del anteproyecto del código penal que viene elaborando acuciosamente durante más de un año y la cual esta formada por el Doctor Luis Garrido Presidente Licenciado Porte. Petit, Don Francisco Arguelles y Don Gilberto Juárez Arvizu el último como secretario y los dos anteriores como vocales.

El anteproyecto fué publicado oficialmente el año de 1949.

Pero volviendo al tema de estudio encontramos que el código de 1931 no tiene exposición de motivos y la que se publica posteriormente esta elaborada por el Licenciado Alfonso Teja Zabre y presentada al congreso jurídico nacional en la ciudad de México en nombre de la comisión revisora de las leyes penales.

El código penal de 1931 recogió igualmente la figura del disparo de arma de fuego y salvo el agregado de la primera parte del artículo 306, conservó íntegramente la noción jurídica creada sobre el delito por el código de 1929, estructurado el tipo con la acción de disparo sobre alguna persona un arma de fuego, aclarando que por decreto del 29 de diciembre de 1967 que apareció publicado en el diario oficial el 8 de marzo de 1968 se reformó el artículo 306 del código penal en vigor tipificándose la figura del disparo de arma de fuego en la función de la conducta consistente en "en disparar a una persona o grupo de personas un arma de fuego".

Por lo que dicho precepto quedó actualmente de la siguiente forma:

Artículo 306: Se aplicara sanción de tres días a tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos:

I. Al que dispare a una persona o grupo de personas una arma de fuego;

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

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

Analizando lo mencionado encontramos que equivocadamente en el último párrafo creado por la reforma citada y el que a quedado plasmado en líneas anteriores, pues en el se menciona "a las sanciones previstas en la fracción I de este artículo" cuando la realidad es que en dicha fracción I no se prevé ninguna sanción sino que tal prevención se hace en el párrafo primero del artículo 306 como se puede apreciar.

Realizando un estudio comparativo en relación a los códigos ya estudiados en el presente trabajo encontramos que sí bien en el artículo 548-bis de los trabajos de revisión del código penal y 971 del código penal de 1929 la expresión "puede producir como resultado la muerte" era preferible, dada

la redacción de los artículos citados, tanto al delito de disparo de arma de fuego como al de ataque peligroso y en el artículo 306 del vigente código penal dicho concepto es elemento unicamente de la fracción II ataque peligroso, pero no de la fracción I disparo de arma de fuego pues la expresión citada esta contenida en aquella pero no en esta.

Lo mencionado se encuentra en la revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia por el Licenciado: Alberto B. Vela indicando Mariano Jimenez Huerta no estar conforme con ello, en virtud que las descripciones típicas que de dichos delitos se hacen en el artículo 306 del código penal vigente son conceptualmente idénticas a las contenidas en los artículos 548-Bis de los trabajos de revisión de 1912 y el 971 del código penal de 1929, sin más variantes que la de dividir su redacción en dos fracciones y recoger morfológicamente en la primera el disparo y en la segunda el ataque, pero esta variante no presume una mutuación conceptual que autorice a suponer o sostener que la expresión "pueda producir como resultado la muerte" que se sigue leyendo al final de la descripción típica de la fracción II es una idea extraña y ajena a la fracción I pues en primer término no hay dato alguno para poder sostener que la división morfológica a la que se ha hecho referencia presuponga en relación al artículo 971 del código penal de 1929 un cambio conceptual en la voluntad de la ley respecto a la "ratio" del delito de disparo de arma de fuego; en segundo

término es evidente que si la fracción I no contiene la frase "que pueda producir como resultado la muerte" que se sigue leyendo al final de la descripción típica de la fracción II es debido a que al dividirse en dos fracciones el artículo mencionado la descripción típica del artículo 971 del código de 1929, se conservó la misma redacción de éste último artículo y por tanto la frase indicada quedo en el mismo lugar de la oración que tenía en el artículo 971 del código de 1929 y en el artículo 548-Bis de los trabajos de revisión de 1912; y en tercero y último lugar implicaría una redundancia inelegante el que la fracción I hiciera expresa referencia a que el disparo de arma de fuego sobre una persona "pueda producir como resultado la muerte" pues es obvio que insista que en el disparo en tales circunstancias esta dicha posibilidad. (7)

Como se puede apreciar en relación al disparo de arma de fuego, el código de 1931 lo contiene sin hacer cambios radicales no así en la generalidad del sistema ya que el código mencionado modifica el sistema del código de 1929 ya que en su artículo 12 no excluye de la punibilidad el delito frustrado y aún se ha querido que se suponga que comprende el antiguo conato y la tentativa de delito imposible sin que haya para ello un claro fundamento pues solo aclara: "la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos (actos) encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

(7) Mariano Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. Quinta Edición. México 1981. pág. 223.

Desgraciadamente los mismos comentaristas y autores de éste código declaran "que las razones que se tuvieron para obrar así fueron principalmente la dificultad de definir algunos grados del delito intencional, dejando la solución de esa dificultad a la honradez y cultura de los jueces de lo cual deben gozar".

El efecto práctico de esta falta de declaración sobre si deben perseguirse algunos actos que podrían considerarse como preparatorios como la inducción y alguna tentativa de delito imposible, ha sido como es natural el de producir vacilaciones en la jurisprudencia que se traduce solo en inseguridad, desigualdad y de injusticia.

LOS ANTEPROYECTOS DE 1949, 1958 Y EL CODIGO PENAL TIPO

En el año de 1948 el gobierno de la República ordenó reformar el código penal vigente (1931) y siendo el Licenciado Ernesto P. Uruchurto subsecretario de Gobernación, encargado del despacho ordenó al Licenciado: Francisco González de la Vega Procurador General de Justicia y al Licenciado Francisco Sodi Procurador General de Justicia del Distrito Federal, previo acuerdo con el señor Presidente de la República lo siguiente: "se ha designado para formar parte de la comisión redactora o revisora del código penal al Licenciado Luis Garrido Director de la Academia Nacional de Ciencias Penales, Fran-

cisco Arguellas Subprocurador General de Justicia del Distrito Federal Licenciado Celestino Porte Petit no es el propósito hacer nuevas leyes en materia penal pues un cambio total en la legislación modificaría la jurisprudencia y las doctrinas que se han elaborado sobre las disposiciones penales vigentes durante más de dieciseis años de aplicación, sin embargo se aprovechara la experiencia adquirida para reformar todo lo que sea necesario subsanando lagunas, eliminando contradicciones y perfeccionando los preceptos legales que haya menester al correr de los años el código penal ha sufrido reformas que muchas veces en lugar de mejorarlo han obscurecido y hecho difícil su aplicación. (8.)

Con tal motivo la comisión que hoy se nombra tendra como tarea esencial la de hacer una labor de coordinación y aseo de nuestra legislación poniendola al día para que responda en todos sus aspectos a la defensa de la sociedad de México. Los trabajos de reformas no seran secretos la comisión recabara opiniones, tanto de Jueces, Magistrados, Ministerios Públicos, Defensores, y en general de todas aquellas personas e instituciones expuestas a emitir una opinión fundada.

(8) Celestino Porte Petit. Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Porrúa S.A. Cuarta Edición. México, D.F. 1978. pág. 60.

El anteproyecto de reformas que se formula se hará del conocimiento de los tribunales y de asociaciones de abogados, para que presente sus observaciones y con vista a ellos redactar el proyecto definitivo.

En consecuencia se hará la más amplia discusión sobre esas reformas para que sean en el futuro el fruto del trabajo serio y metódico que satisfaga las verdaderas necesidades sociales en cuanto a la represión del crimen.

La reforma penal naturalmente tendrá que ajustarse a las posibilidades del erario Nacional, y por lo mismo, no se proyectarán instituciones o sistemas que no puedan llevarse a cabo.

La idea directriz de la reforma no será en consecuencia la de abordar problemas de orden filosófico, histórico o metafísico ni la de afilar el código a una escuela determinada sino la de abordar el asunto con un sentido real.

Por eso la comisión está integrada por Juristas de reconocida competencia práctica legal a fin de que resuelva las modificaciones con la técnica que le es propicia, el Gobierno no desea una reforma precipitada por eso los señores comisionados disfrutaran de todo el tiempo necesario para que su trabajo rinda el fruto que del mismo se espera.

Ademas en forma principal se hace reiterativo que se tendra al corriente de los trabajos de la comisión a los representantes que las cámaras legisladoras designen a quien escucharan con todo interés tomándose muy en cuenta sus opiniones en el anteproyecto que se formula.

La comisión redactora en el año de 1948 término la parte general conteniendo (9) 112 artículos publicándose ese mismo año para la Secretaría de Gobernación posteriormente en el año de 1949 se publicó por la misma Secretaría un segundo anteproyecto comprendiendo la parte general y la parte especial conteniendo 381 artículos y tres transitorios, finalmente en el año de 1950 se publicó el anteproyecto del código penal (1949) por la Cámara de Diputados.

El desarrollo de las juntas que se celebraron se fueron redactando los actos respectivos los cuales no fueron publicados.

Por otra parte no se redactó la exposición de motivos sino que invitado por la Academia de Ciencias Penales el Doctor Celestino Porte Petit dictó dos conferencias relacionadas con el mencionado anteproyecto.

(9) Celestino Porte Petit Candeudap. Obra Citada. pág. 75

El anteproyecto de referencia contiene como se ha dicho 381 artículos y tres transitorios de los cuales 113 comprenden la parte general y los restantes de parte especial.

Tenemos que el proyecto del código penal de 1958 para el Distrito Federal y Territorios Federales, fué elaborado por una comisión redactora integrada por Ricardo Franco Guzman Francisco H. Pavón Vasconcelos, Celestino Porte Petit y Manuel del Río.

Este anteproyecto se inspiró en el anteproyecto del código de defensa social veracruzano así como en el anteproyecto del código penal de 1929 para el Distrito Federal y Territorios Federales y fundamentalmente en el anteproyecto del código penal para el Estado de Baja California.

El anteproyecto del código penal de 1958 contienen 219 artículos de los cuales corresponden 98 a la parte general y los otros a la parte especial.

En relación a este anteproyecto contamos con la opinión de Blasco y Fernández de Moreno en los términos siguientes: "El actual intento reformador ofrece caracteres singulares en su origen, en efecto a fines de julio y comienzos de 1958 la Procuraduría General de la República distribuyó entre las diversas asociaciones de abogados, remitiendo así

mismo a la Academia de Ciencias Penales el anteproyecto y días más tarde abandonó tal iniciativa de valores sin duda negativos, constituyó una comisión formada por Celestino Porte Petit, Ricardo Franco Guzman, Manuel del Río y Pavon Vasconcelos (como ya lo habíamos apuntado) a los que confio la tarea de redactar un nuevo proyecto que reemplazara al desechado, la comisión se expidió con tan inusitada rapidez que ya en su número correspondiente al mes de octubre del mismo año de 1958 la revista criminalia órgano de la academia de ciencias penales dió a la publicidad el texto completo del anteproyecto impuesto.

Sobre tal documento que adolece de entrada del vicio principal de precipitación al compararsele las observaciones que dan materia al presente trabajo".

Y a continuación realiza un análisis del anteproyecto haciendo notar lo que a su juicio constituye una mejoría técnica indicando: "sobre el valor relativo sobre las mejoras y deficiencias técnicas que aquel acusa, comparando su texto - - con el código de 1931 y el anteproyecto de 1949 sus máximos aciertos son en el terreno de las realidades y conveniencias prácticas, presentarse en aquellas de sus partes en que los redactores acataron las directrices que el gobierno mexicano señalo a las del proyecto de 1949.

La comisión redactora del código penal para el Estado de Michoacán de 1962 que tomó primordialmente en cuenta para la reubicación de este código los anteproyectos de 1949 y 1958, ya que constituye una mejoría técnica del código de 1931 según lo expresado por Eugenio Cuello Calón.

Por otra parte en la exposición de motivos del código penal de la República del Salvador suscrita por Manuel Castro Ramírez junior, Enrique Cordova, Julio Fausto Fernández dicen que entre los proyectos consultados lo fué el anteproyecto* del código penal mexicano de 1958 elaborado por la Comisión de Estudios Penales de la Procuraduría General de Justicia.

Código Penal tipo para la República Mexicana de 1963 (10).

El número 52 del dictamen emitido por el Segundo Congreso Nacional de Procuradores determina: "para lograr la uniformidad de la legislación penal elabora un código penal tipo en el que se adoptan en la parte general las tendencias modernas de la norma, el delito, al delincuente, a las penas y medidas de seguridad, consignadas en el catálogo de

(10) Castellanos Tena Fernando. Panorama de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A. Décima Edición. México, D.F. 1977. pág. 13.

los delitos las figuras delictivas necesarias para proteger todos aquellos bienes jurídicos que el Estado necesita tutelar, señalándose las penas cuyo mínimo y máximo tengan la amplitud suficiente para la mejor aplicación en el ámbito judicial".

Agregándose en el propio dictamen en el número 53 que: "se integrase una comisión de cinco personas que redactasen el relacionado proyecto que se sometera a la consideración de todos los señores Procuradores para que formulen las observaciones que estimen pertinentes", la comisión estuvo integrada por: Celestino Porte Petit, Luis Fernández Doblado, Olga Islas de González, Luis Porte Petit Moreno y el Doctor Luis Garrido como asesor de la misma, presidiéndola el Doctor Fernando Roman Lugo entonces Procurador General de Justicia del Distrito Federal y Territorios Federales.

El proyecto de referencia contiene 365 artículos, abarcando la parte general un total de 108 artículos contenidos en ocho títulos la parte especial comprende del 109 al 365 distribuidos en cinco secciones.

El proyecto se encuentra acompañado de una exposición de motivos que se refiere a la parte general y especial habiéndose publicado opiniones de gran interés sobre el mencionado proyecto.

Este proyecto de código penal tipo supera a los demás proyectos a los cuales nos referimos.

Una vez que se a dado un panorama general en relación a los proyectos de 1949, 1958 y 1963 indicaremos que todos estos proyectos no tipifican el delito de disparo de arma de fuego o sea que esta superación hace posible que entrase en función la realidad natural que representa la tentativa de homicidio.

Lo anterior fué debido a la aceptación de las criticas a la figura delictiva del disparo de arma de fuego misma que tomó en cuenta la comisión encargada de elaborar el proyecto de Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1949 la cual estimó conveniente su supresión al considerar que careciendo de sustantividad propia se identificaba con la tentativa de lesiones o de homicidio.

La exposición de motivos del código penal de 1958 en su proyecto acepto el mismo criterio expresando textualmente: "la comisión estima pertinente no incluir en los delitos que comprende este subtítulo los de disparo de arma de fuego y ataque peligroso por que ambos, tal y como se encuentran en el código vigente constituyen una tentativa acabada de lesiones o de homicidio y en el ataque peligroso se puede presentar incluso una tentativa inacabada de los mismos".

Y por último en el proyecto del código penal tipo de 1963 en cumplimiento de una de las recomendaciones del Segundo Congreso Nacional de Procuradores siguió la misma técnica que los anteriores y suprimio la figura delictiva del disparo de arma de fuego.

REFLEXIONES Y CONSIDERACIONES

En relación a este capítulo encontramos que se realiza una redacción de la parte histórica del delito materia de éste estudio, analizando en el mismo los códigos, así como proyectos y en su caso la exposición de motivos de cada uno de los códigos que se mencionan, siendo estos el de 1870, 1929 nuestro código penal vigente (1931) así como los anteproyectos de 1949, 1958 y el código penal* tipo.

Y en el desarrollo del mismo encontramos que en el de 1870 la figura delictiva del disparo de arma de fuego no se encuentra incluido en su articulado. Toda vez que la misma aparece por primera vez en los trabajos de revisión que se realizan al código de referencia en el año de 1912 y en donde aparece en el artículo 548-Bis la siguiente redacción:

"El que dispare sobre persona alguna 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 que pueda producir como resultado la muerte sufrira por este solo hecho la pena correspondiente al homicidio frustrado a no ser que se averigüe que unicamente se propuso inferir una lesión que no fuera mortal. Si de la agresión resultare una o más lesiones se observara la regla de la acumulación pero sin que la pena pueda exceder de la que se impondría

si se hubiese cometido el homicidio".

Y posteriormente encontramos que en la exposición de motivos de la comisión encargada de los trabajos de revisión de 1912 nos explican y fundamentan el porque de incluir esta figura delictiva o sea la del disparo de arma de fuego. Indicando que se debe a la exacta aplicación de la pena en proporción al mal causado por el delincuente. Ya que si bien es cierto que todo delito debe de ser considerado bajo doble aspecto, el cual es: En la personalidad del agente y en la personalidad del paciente. En la primera es la violación de un deber y en la segunda es violación de un derecho. Y dicen que el mal producido por un delito sea más o menos grande que el mal que tenía en mira el delincuente se realizase más o menos o no se llegase a realizar, puede ser que la violación del deber exista siempre en el mismo grado; pero seguramente la lesión del derecho, la lesión del interés no son las mismas y en consecuencia debe de existir menos penalidad.

Y por ello encontramos que dicho código sacrifica sencillas así como por lo mismo es complicado en la aplicación de la penalidad y por lo cual también se le critica de que adolece de tres defectos los cuales son:

La pena en que incurre el delincuente o delinquentes resultara fijada al ocase, pues el resultado de sus actos

es siempre casual, así como no existe proporción entre las penas y las necesidades para la convicción del delincuente y por último hay gran dificultad para aplicar exactamente la ley a los grados inferiores del delito, conato, delito frustrado y delito intentado.

Y luego nos refiere una serie de ejemplos para demostrar el primer defecto mencionado y de los cuales transcribimos el referente a la materia relativa a este estudio y mismo que dice:

"En el caso del disparo de arma de fuego sobre otro, si se produce una lesión cualquiera que ella sea, así, sea aún levisíma, el hecho se castiga como delito de lesiones aplicando la pena que comprenda según la gravedad y las consecuencias de la lesión inferida pudiendo en este caso por tanto ser insignificante la pena impuesta. En cambio si el proyectil no tocó a la persona sobre la cual se hizo el disparo, la necesidad de imponer una pena lleva a los tribunales a considerar el hecho como delito frustrado y entonces la pena que impone es de ordinario mayor que la del caso de haberse producido la lesión con el disparo. Para considerar que con el mismo acto se han cometido el delito consumado de lesiones y el de homicidio frustrado, es indispensable que aparezca de una manera clara la intención precisa y concreta de matar lo que es muy raro en la práctica".

Esa DIFERENCIA de pena es la que calificamos de error o anomalía y aún se podra decir, que dos actos iguales en la intención resultan castigados con pena cuya gravedad esta en proporción inversa a la importancia del daño causado; pena menor cuando el resultado fué de lesión y pena mayor cuando no hubo lesión.

Respecto al segundo defecto señalado, analizamos que en efecto el individuo puede cometer diez veces el mismo delito si siempre es leve, esto es, si el daño que causa es de poca importancia, la pena sea siempre de poca duración de manera que aún tratandose de delincuentes hábiles la pena impuesta sera siempre leve, por el contrario si el daño es grave como lesiones graves, aunque el delincuente deba ser clasificado entre los meramente accidentales o entre los pasionales, no obstante sus atenuantes y que sus caracteres demuestran de una manera inequívoca que no hay temor de que vuelva a delinquir o en otros términos aunque conste claramente que no necesita corrección moral, por que no esta depravado a pesar de todo las penas que se le imponen son de larga duración.

Con relación al tercer defecto que mencionamos, podemos indicar que no obstante que los grados inferiores del delito son castigados con una parte alicuota de la pena señalada en el artículo en relación al delito intencional y por

ello encontramos que a veces es demasiado difícil determinar el daño causado ya que ordinariamente la operación necesaria para determinar la penalidad, representa bastantes molestias al afectado, y respecto al delito de lesiones, vemos que al primero que hay que asegurar es al lesionado, por que si no es imposible saber que tipo de lesión presenta y por lo tanto es difícil la aplicación de la penalidad.

Y finalmente se argumenta en favor de la inclusión del delito de disparo de arma de fuego en dicho código lo siguiente: que es muy difícil en la práctica probar el elemento subjetivo del delito, ya que por lo regular el delincuente es un ser humano ya maleado por las circunstancias y es muy difícil que confiese los hechos que se le imputan.

Llegamos al código penal de 1929 en donde en su artículo 971 aparece como figura autónoma el delito de disparo de arma de fuego, dándole matices de delito de "peligro" y redactando dicho artículo de la manera siguiente:

"Al 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 aplicara por ese solo hecho, una sanción de uno a tres años de segregación, a no ser que la circunstancia del caso califiquen al

delito como tentativa de homicidio".

Vemos como en este código no encontró aceptación el criterio adoptado en el proyecto de reformas de 1912 o sea de consagrar la operancia de la presunción Juris Tantum de homicidio frustrado en los casos de disparo de arma de fuego.

Por primera vez se otorgó autonomía en la legislación penal mexicana al disparo de arma de fuego, la cual se integró técnicamente con la intención de disparar una arma de esa índole, castigandose la potencialidad del daño reveladora de la peligrosidad del autor, independientemente del resultado de su acción dejandose fuera de la hipótesis, el caso de tentativa de homicidio por razones obvias.

Y tenemos el código penal vigente en el cual se conserva integra la noción jurídica creada por el código de 1929, encontrando en el artículo 306 de dicho código (1931) de la manera siguiente:

Artículo 306: Se aplicara sanción de tres días a tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos:

I. Al que dispare a una persona o grupo de personas una arma de fuego;

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

Las sanciones previstas en la fracción I de este artículo se aplicaran independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito.

Vemos que en la redacción anterior del citado artículo en la parte última del mismo equivocadamente indican que la sanción se encuentra en la fracción I siendo que la redacción donde se encuentra la parte de sanción es en el párrafo primero puesto que en la fracción I lo que menciona es la figura delictiva del disparo de arma de fuego.

Una vez que analicemos el contenido de los preceptos invocados en los diferentes códigos encontramos que en el artículo 548-bis de los trabajos de revisión del código penal de 1870 y 971 del código de 1929 la expresión "pueda producir como resultado la muerte" era preferible dada la redacción de los artículos ya citados tanto al delito de disparo de arma de fuego como el de ataque peligroso y en el artículo 306 del vigente código dicho concepto es elemento unicamente de la fracción II (ataque peligroso) pero no de la fracción I (disparo de arma de fuego) pues la citada expresión esta

contenida en aquella pero no en esta.

También existe lo mencionado por el Licenciado Mariano Jimenez Huerta el que indica no estar de acuerdo con lo antes mencionado, argumentando lo siguiente: ya que las descripciones típicas de dichos preceptos o delitos que se hacen en el artículo 306 del Código Penal Vigente son conceptualmente idénticas a las contenidas en los artículos 548-bis de los trabajos de revisión de 1912 y el 917 del Código Penal de 1929 sin más variantes que la de dividir su redacción en dos fracciones y morfológicamente en la primera el disparo y en la segunda el ataque, pero esta variante no presume una mutación conceptual que autoriza a sostener que la expresión "pueda producir como resultado la muerte" que se sigue leyendo al final de la descripción típica de la fracción II sea una idea extraña y ajena a la fracción I pues en primer término no hay dato alguno para sostener que la división morfológica a la que se ha hecho referencia presuponga en relación al artículo 971 del código penal de 1929 un cambio conceptual en la voluntad de la ley respecto a la "ratio" del disparo de arma de fuego; en segundo término es evidente que si la fracción I no contiene la frase "que pueda producir como resultado la muerte" que se sigue leyendo en la descripción típica de la fracción II es debido a que al dividirse en dos fracciones el artículo mencionado la descripción típica del artículo 971 del código de 1929 se conservó la misma redacción de éste

último artículo y por tanto la frase indicada quedo en el mismo lugar de la oración que tenía en el artículo 971 del código de 1929 y en el artículo 548-bis de los trabajos de revisión de 1912 y en tercero y último lugar implicaría una redundancia inelegante a que la fracción I hiciera referencia a que el disparo de arma de fuego pudiera producir la muerte puesto que es obvio que el disparo en dichas circunstancias esta dicha posibilidad.

Y para terminar este análisis del primer capítulo diremos que en los proyectos de 1949, 1958 y en el código penal tipo no se incluye la figura delictiva del disparo de arma de fuego y ello fué debido según la exposición de motivos del código penal de 1958 a lo siguiente: "la comisión estima pertinente no incluir en los delitos que comprende este subtítulo los de disparo de arma de fuego y ataque peligroso por que ambos, tal y como se encuentran en el código vigente constituye una tentativa acabada de lesiones o de homicidio e incluso en el ataque peligroso se puede presentar una tentativa inacabada de los mismos".

Por lo antes mencionado encontramos que la figura del disparo de arma de fuego actualmente se encuentra vigente, pero que si se llegara a promulgar algunos de los códigos comentados al final de este capítulo quedaría sin vigencia.

CAPITULO SEGUNDO
CONCEPTO DE DISPARO DE ARMA DE FUEGO

Partiendo de la idea central de que muchas veces la ley refiere acciones peligrosas es perfectamente claro el sentido histórico y jurídico de estas infracciones.

Para entenderlo sin embargo no debe partirse de la figura del disparo de arma de fuego porque el disparo de arma como tal no es nada jurídicamente y solo se le incrimina cuando esta hecho en contra de una persona o grupo de personas es decir en cuanto una forma de agresión.

La agresión es una figura generica en la cual debemos partir para examinar (11) después las alteraciones que experimenta el tipo según varien algunos de sus elementos.

Por lo cual vemos que se tiene que analizar los términos de la manera siguiente:

AGRESION CON ARMA. Agresión con arma no existe cuando únicamente se le presenta o muestra a otro el arma, jurídica-

(11) Sebastian Soler. Derecho Penal Argentino Tomo III
Tipográfica Editorial Argentina. Edición Primera. Buenos -
Aires Argentina. 1957. pág. 195.

mente hablando y existe tal agresión cuando con ella se acomete, es decir cuando se intenta lesionar cuando menos.

AGRESION. Importa acometimiento y en consecuencia no se identifica con la amenaza, aunque sea con la exhibición de una arma, pero tratándose de arma de fuego la agresión esta constituida por la acción de apuntar en forma amenazante, es decir creandose la situación de peligro equivalente a la del que acomete con un cuchillo o arroja una piedra.

Esta conclusión es de acuerdo a los antecedentes de la frase "con toda arma..." entiendase bien que la agresión se da por constituir un peligro real, perfectamente semejante al corrido en la tentativa y no en peligro temido o puramente potencial. No se da la agresión por el solo hecho de que alguien se espante o amedentre.

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

ARMA. Genericamente hablando es un instrumento destinado a atacar o defenderse, en sentido amplio es cualquier objeto de que el hombre se sirve circunstancialmente como

medio de defensa o de ataque, pero en sentido más restringido y exacto reciben éste nombre tanto los instrumentos de ataque y defensa contruidos especialmente para la guerra, la caza o defensa personal.

Si nos vemos más a fondo encontramos que es una agresión se aclara una expresión generica que comprende no solamente los instrumentos que tecnicamente pueden llamarse sino todos los instrumentos capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre. No es necesario, pues que, se trate de un objeto duro, propio para golpear o herir verbigracia: el que arroja un liquido inflamable comete una agresión.

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

ARMA DE FUEGO. Con la invención de la polvora (S. XIV) apareciendo la artillería y las armas de fuego portatiles como el arcabús (arma de fuego antigua semejante al fusil) y el mosquete (arma de fuego antigua, ligeramente más pesada que el arcabuz).

La definición clásica de arma de fuego es la carga

con pólvora.

La definición moderna son las que utilizan la fuerza expansiva de los gases de la pólvora o de otros explosivos para el lanzamiento a distancia de proyectiles.

Son las que se cargan con explosivos y proyectiles, independientemente del género y dimensiones de cada una de ellas; dentro de este grupo figuran además de las ya citadas arcabuces y mosquetes, el fusil (arma de fuego portátil que consta de un tubo metálico (cañón) de pequeño calibre montado en un armazón de madera y de un mecanismo que permite el disparo), la pistola (arma de fuego pequeña), la ametralladora (arma de fuego automática de pequeño calibre, que dispara los proyectiles muy rápidamente y por rafagas), el cañón, el obús (pieza de artillería usada para enviar granadas) etc, en la actualidad casi todas las armas de fuego son automáticas, es decir, que después de cada disparo el arma se carga por medio de sus propios mecanismos sin que intervenga el tirador.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO. Claramente se trata aquí de una figura de agresión calificada por el medio empleado, siendo razonable que así sea porque si la agresión consiste en crear una situación de peligro para la persona física, ese peligro crece en medida que aumenta la potencia del arma empleada.

Y crece no solamente en un sentido individual sino genericamente y para todos los casos. Es esta consideración del peligro genérico y abstracto lo que a merecido más atención de los comentaristas e incluso les ha hecho olvidar que aquel no constituye la base de la incriminación sino que solamente se agrega al peligro concreto que la figura general requiere como toda agresión.

El peligro corrido real y concreto es lo único que justifica el hecho que esta infracción no se encuentre entre las figuras contra esenciales y por eso consideramos equivocadas esas generalidades sociológicas acerca de la costumbre de usar armas con las cuales se intenta vanamente acordar fundamento a esta incriminación.

Además conduce a equivocadas concepciones de la figura especialmente en lo que se refiere al verbo central disparar.

Disparar una arma de fuego significa hacer funcionar el mecanismo del arma de manera que salga el proyectil. Lo disparado es el proyectil de modo que es necesario que el disparo produzca y no basta haber apretado el percutor.

Disparar una arma sin proyectil, gatillar una arma, etc. etc., son acciones que no imputan a la comisión del delito. Para entenderlo así no solo concurre el sentido gramatical

sino el sentido de la infracción genérica como figura de peligro real y concreto.

El disparo debe de ser hecho contra una persona o grupo de personas sin que se exija sea una persona determinada.

Basta que se dispare poniendo en peligro la vida de una persona e incluso si se ignora a quien se disparo esta tipificado como disparo de arma de fuego.

La ABERRATIO ICTUS no cambia tampoco en este caso como en el delito, la expresión "contra una persona" quiere decir físicamente dirigido a ella, no es delito la acción de disparar al aire, la acción de realizar disparos que esten-dirigidos moralmente a alguien tampoco es delito, verbigracia: como el proposito de amendar a alguien en la noche haciendo creer que se disparo contra persona alguna.

Sintetizando diremos que la conducta de este tipo penal, reviste la forma de acción, dado que disparar el arma de fuego hace imprescindible una actividad o movimiento corporal, siendo obvio que la conducta no puede jamas presentar la forma de omisión, por no ser factible disparar el arma por o mediante una inactividad corporal.

Disparar implica el acto de hacer funcionar un arma

de fuego, ya directamente accionando el gatillo o indirectamente mediante cualquier medio apto a tal fin, originando con la acción ejercitada que el arma despida el proyectil.

NATURALEZA DE ESTE ILICITO

Para establecer la verdadera significación penalística de este delito de disparo de arma de fuego preciso es reconstruir su "ratio". (12)

La "ratio" de este delito solo puede hallarse en la necesidad sentida en la práctica judicial desde hace muchos años, de arbitrar algún procedimiento para poder sancionar aquellos ataques que encierren peligro para la vida humana, cuenta habida que no siempre por una u otras causas la mayoría de las veces, como subrayaron: Groizard y Gómez de la Serna, más que por una deficiencia de la ley por falta de preparación científica de los llamados a aplicarla era posible dejar acreditados los elementos constitutivos de la tentativa de homicidio.

Así surgió por vez primera la figura denominada disparo de arma de fuego la cual se plasmó en el código español de 1870 en el artículo 423 y mismo que actualmente se encuentra en los códigos penales de diferentes países hispanoamericanos como por ejemplo en el Argentino (art. 104), cubano (art. 436), guatemalteco (art. 315), hondureño (art. 407), nicaraguense (art. 354), panameño (art. 325), paraguayo (art. 345),

(12) Mariano Jimenez Huerta, Derecho Penal Mexicano, Tomo II, Editorial Porrúa, Edición Segunda, México, D.F. 1971. pág. 220.

salvadoreño (art. 475), uruguayo (art. 324) y desde luego en nuestro código penal (art. 306).

El artículo 423 del código español de 1870 creó esta figura delictiva de la manera siguiente: "El acto de disparar una arma de fuego contra cualquier persona será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimos y máximos, si no hubiere concurrido en el hecho todas las circunstancias necesarias para constituir delito frustrado o tentativa de parricidio asesinato homicidio o cualquier otro delito a que este señalada pena superior por algunos de los artículos de este código".

De la simple lectura del precepto se capta inmediatamente su extraña y deformada naturaleza jurídica, pues mencionaba un acto externo inequívocamente encaminado a lesionar el bien jurídico de la vida humana, disparar contra otro una arma de fuego no puede tener otra significación penalística a pesar de no estar probado que hubieren ocurrido en el caso concreto las circunstancias necesarias para integrar un delito frustrado o una tentativa de parricidio, asesinato, homicidio, o cualquier otro delito, verbigracia: lesiones o dicho de otra manera se sancionaba mediante la creación de un delito subsidiario hechos que tendrían que quedar impunes según el sistema del código, por ser insubsumibles en el dispositivo de la tentativa amplificador de los tipos de parricidio ases-

nato, homicidio o en el tipo autónomo de lesiones.

La entraña artificial y torturada de este delito auxiliar de disparo se ponía a bien de relieve por la naturaleza subsidiaria de su propia existencia pues la aplicación del tipo creado quedaba condicionada a que no concurriera en la conducta descrita las circunstancias necesarias para constituir una tentativa de parricidio, asesinato, homicidio o cualquier otro delito que tuviera señalada pena superior. Con docto criterio el delito en examen fué eliminado del código penal español cuando fué reformado en 1932.

En el artículo 306 del vigente código penal para México el delito de disparo que describe en la fracción I tiene una connotación distinta en el código español, pues no es ya como un delito auxiliar que entraba subsidiariamente en juego cuando el disparo no podría integrar una frustración o una tentativa de homicidio o de cualquier otro delito sancionado con pena mayor sino un verdadero tipo autónomo en el que se erige una figura delicta sui generis una auténtica forma accesoria de conducta sometiendo a una pena propia y cuantitativamente firme, el acto de disparar contra una persona o grupos de personas es en puridad una tentativa de homicidio, habida cuenta de que dicho acto implica ontológicamente un peligro para la vida y esta regido las más de las veces, por el dolo directo de destruir dicho bien jurídico y el resto por el de producir en la persona contra la que se dispara

cualquier lesión determinada o indeterminada, pero cuya causación debido precisamente a la superlativa potencialidad mortífera del arma empleada y el limitado control que su uso ofrece puede notoriamente causar la muerte.

La voluntad de la ley manifestada en la artificiosa creación de la figura delictiva autónoma en examen es sin duda alguna la de orillar al problema de la prueba del "animus necandi" y sanar de una vez por todas las discusiones forenses encaminadas a demostrar que el agente que dispara a otro una arma de fuego, sin lesionarle, no tuvo el propósito de atentar contra el bien jurídico protegido que es la vida humana, incluso la especificación que para el delito de disparo de arma de fuego, establece el artículo 306 es mucho más reducida que la que corresponde a la tentativa de homicidio conforme al artículo 63 enuncia que la voluntad de la ley es la de instituir una sanción premeditada con generosa equidad en atención a las admisibles hipótesis en que el agente actúa con dolo eventual.

Es pues el delito de disparo de arma de fuego en el ordenamiento vigente en nuestro país un delito especial. En la fracción I del artículo 306 se erige en delicta sui generis una específica conducta que tiene desde el punto de vista de la valoración penalística, la significación que corresponde a la tentativa de homicidio y que el código para

eludir las complejidades probatorias atinentes al animus necandi ha tipificado especialmente.

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

A) En orden a la incompatibilidad del delito de disparo de arma de fuego con el homicidio en grado de tentativa.

B) En el de la incompatibilidad del disparo de arma de fuego con los consumados de homicidio o de lesiones que pudieran surgir como efecto de aquel.

LA PERSONA Y EL GRUPO DE PERSONAS EN RELACION A ESTE DELITO

En sentido metafísico y ético "persona" es el individuo humano en que se mezclan armónicamente dos elementos: uno común a los animales que es la individualidad y otro de carácter absoluto y lo que se revela en la razón y la libertad. (13)

En cuanto a individuo la persona es sustancia completa subsistiendo por sí sola indivisible e incommunicable lo que se llaman nomadas.

En cuanto personalidad ética es sujeto racional y libre, dotado del alma inmortal, susceptible de derechos y deberes que actúa en el reino de los fines imputable y responsable, y como tal capaz de mérito, de premio y de pena.

En el momento de trascendencia con relación a la pena individual consistente en el valor y dignidad de la persona.

Desde el punto de vista psicológico "persona" es la conciencia que el hombre posee de ser el mismo y no otro,

(13) Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Tomo IX. Reader's Digest México S.A. de C.V. Décima Séptima Edición. San Mateo Tecolapan Estado de México 1982. pág. 2922.

es decir de ser y permanecer idéntico a pesar de las transformaciones del mundo interior y exterior (autoconciencia).

En sentido jurídico persona es el sujeto del derecho o sea el punto de (14) referencia o centro de imputación, para decirlo con Kelsen del ordenamiento jurídico objetivo. En realidad este ordenamiento es hecho para el hombre pero el hombre a la vez existe como *subjetum juris* (sujeto del derecho) con relación al ordenamiento jurídico. Esta relación entre la subjetividad psicológica y la objetividad jurídica hace que el concepto de personalidad se manifieste como esencialmente relativo a lo largo de todo el curso de la historia.

Y esto nos muestra en sus mudanzas ya categorías de hombres degradados al nivel de cosas, como los esclavos, ya categorías de estos no humanas levantados a grados de personas (como las personas jurídicas); a veces seres humanos en que han desaparecido con la muerte civil toda huella de capacidad jurídica y a veces animales reconocidos por completo o casi reconocidos como sujetos de obligaciones y de pretensiones jurídicas.

La civilización moderna fecunda ideal del cristianismo

(1.) Giuseppe MAZZUCCO. Derecho Penal Parte Especial, Volumen IV. Editorial Temas. Segunda Edición. Bogotá Colombia. pág. 255.

a hecho coincidir los dos conceptos del hombre y de sujeto jurídico; hoy todo ser humano, en cuanto tal, es persona. Lo cual no quiere decir sin embargo que la persona (en sentido jurídico) sea independiente del ordenamiento jurídico. Por lo contrario no hay persona que no reciba el ordenamiento de su propia investidura.

Más por otra parte no hay que creer en la persona como una creación absoluta del derecho.

En ellas en todos los casos hay un elemento de creación intelectual y un elemento real, por lo cual, no solo la persona jurídica sino también la física pueden llamarse en cierto modo personas ficticias, hoy nada le podría impedir al derecho el reconocer a algunos animales un principio de personalidad elevandolos para fines determinados a sujetos de derechos.

El ordenamiento que personifica los fundamentos pueden personificar muy bien un ser humano que poseé un embrión de individualidad psicológica.

La voluntad del ordenamiento puede en abstracto hacerlo todo, pero no puede en concreto ponerse en contra de la realidad de las cosas.

Y subvertir las leyes naturales en efecto por encima del derecho positivo existe un derecho natural, que no pueden ser calculado por la arbitrariedad y que triunfa en toda violación, antes o después.

El concepto de personalidad es como la sustancia inmanente e irreducible de derecho y un ordenamiento jurídico solo es digno de este hombre en cuanto reconosca, ampare y promueva los derechos fundamentales de la persona humana.

Establecido ya el concepto de persona queda por saber cuales son los derechos fundamentales de la persona humana.

Se pueden dividir en dos los derechos de la persona en dos grandes categorías:

1. Derecho a la vida o integridad corporal.
2. Derecho al nombre, a la dignidad y al honor.

Una vez que se ha descrito lo que es persona en las diferentes materias ahora diremos lo que originó esta palabra.

PERSONA. (Del griego prosopom, rostro, aspecto y del verbo latino personare sonar a travez de), fué el principio la mascara usada, por los actores en el teatro griego y latino,

en la cual la boca estaba moldeada de manera que reforsara el sonido de la voz (ut personare). Después esa palabra sirvió para detonar, a demás de la mascara, el personaje (dramatis persona) que trabajaba en escena y por último se hizo anonima de sujeto de derecho. Esto acaeció durante el imperio, la antigua denominación de la capacidad jurídica del hombre fué: caput-cabeza, del campo jurídico al término "persona" pasó al etico, al psicológico y al filosófico.

En relación a la palabra GRUPO esta se refiere a un conjunto de personas o cosas reunidas en un mismo lugar, refiriendonos a persona en sentido jurídico tal y como ya quedo explicado anteriormente.

Es importante recalcar que en el tipo descriptivo de la figura de arma de fuego hace mención a la connotación "A" refiriendose con ello que dicho disparo se debe dirigir a la persona o grupo de personas o sea "sobre", "hacia" y que es indiferente la persona o sea que no debe ser hacia una persona determinada.

ELEMENTO SUBJETIVO EN RELACION A ESTE DELITO

Uno de los temas que más dan motivo a argumentar en contra de esta disposición es el que se conecta con el elemento subjetivo de esta figura.

Incluso contribuye a la confusión, algunos pronunciamientos invocados como buenos por los mismos defensores de la figura, pues se ha llegado a afirmar, con motivo del disparo de armas, que este hecho se reprime como tal, independientemente de la voluntad del actor. Luego nos ocuparemos del caso especial del disparo de arma, pero la situación básica es la de agresión a este respecto los equívocos derivan a nuestro juicio de confundir la intencionalidad con el dolo por una parte y por la otra el dolo propio de una figura de daño y el que corresponde a una figura de peligro. (15)

Si se hubiese tenido siempre presente que aquí se trata de una figura de peligro, no habría tanta complicación en hablar, expresamente para estos casos de dolo determinado, indeterminado o eventual.

No hay en este caso de la agresión, ninguna particula-

(15) Francisco Pavón Vasconcelos y G. Garza. Los Delitos de Peligro para la Vida. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México, D.F. 1981. pág. 56.

riedad en cuanto al dolo, ni siquiera con relación a las características comunes a las figuras de peligro.

En lo que debe ponerse atención es en no pretender que el dolo abarque sino lo que la figura como tal requiere, esto es, el peligro para la persona física.

En consecuencia puede darse la situación dolosa con todos los matices de que es capaz esa forma de culpabilidad, basta en efecto que la voluntad este expresamente dirigida a crear esa situación de peligro o que a lo menos, el sujeto tenga conciencia de la criminalidad de su acto y a pesar de ello lo efectúe o preste su consentimiento a esa situación.

La representación del sujeto se refiere al peligro como tal, como situación objetiva.

Por eso decimos que amenazar con una falsa arma no es agresión aunque puede ser intimidación eventualmente integrante de otro delito. Y eso no es dolo-indeterminado ni eventual, por que en la figura no se contiene como elemento ni las lesiones ni la muerte, de modo que no es con respecto a estos hechos que el elemento subjetivo debe ser considerado. Dolo eventual se tendrá en el delito de disparo de arma si un sujeto, sin saber ni averiguar si el arma esta o no cargada, la gatilla y el tiro efectivamente sale, si suponemos que

quería gatillar y que prefería que el arma estuviese cargada o que a lo menos le era indiferente lo estuviera o no.

Lo que ocurre con las figuras de agresión con arma en ese aspecto perfectamente análogo a otros casos de delito de peligro, pues incluso en el caso de agresión pueden darse situaciones preterintencionales resulta de una agresión inodonea para causar la muerte.

La diferencia esta en que en vez de considerarse el evento preterintencional como agravante de la figura de peligro se considera en forma autónoma o en una figura específica.

Aclarando lo anterior indicaremos que cuando se habla del elemento subjetivo de la figura típica del disparo de arma de fuego se habla del elemento psíquico de la conducta, según es plenamente sabido consiste en la voluntad la cual no trasciende la esfera de la acción o de la omisión.

Hablase doctrinalmente del elemento subjetivo del delito cuando se hace referencia a la culpabilidad carácter indispensable para integrar la infracción penal.

El elemento psíquico en la conducta típica del disparo se identifica con la voluntad o querer que acompaña la acción,

esto es, con el contenido psicológico de la acción.

No basta por tanto disparar una arma de fuego para la existencia del delito, la acción de disparar sera perfecta cuando el movimiento corporal consiste en hacer funcionar el arma, con producción de los efectos naturales consiguientes (caída del gatillo, funcionamiento del percutor, combustión de la polvora, y salida del proyectil) a sido realizado voluntariamente.

Si bien la voluntad acompaña la acción de manera que esta existe jurídicamente cuando se prueba que el agente a querido realizar la actividad que la integra, la culpabilidad en el delito de disparo de arma de fuego se da cuando el autor a querido previa representación no solo la acción de disparar sino hacerlo precisamente a una persona o grupo de personas creando el peligro concreto que se deriva de dicha actividad. Es del todo evidente que la voluntad no puede en el ámbito de la culpabilidad proyectarse a un determinado resultado indiferente a la integración de la figura del disparo.

Puede haber querido el autor matar o lesionar, lo cual demuestra una específica intención que va más allá del dolo del disparo y que puede ser coexistente con éste, más ello no implica que como algunos afirman, exista plena identidad entre la culpabilidad del disparo y la que integra una

tentativa acabada de homicidio o de lesiones; siendo el disparo de arma de fuego un delito formal o de mera conducta (lo que analizaremos en capítulo posterior) el dolo no puede en él ir más allá de la esfera de la descripción típica.

Como aclara debidamente Ricardo C. Nuñez dado que el disparo ya representa en sí una "asentuada probabilidad" de lesionar gravemente o de matar, no puede deducirse del o de los disparos hechos, la intención propia de una tentativa so pena de restringir el contenido subjetivo de la figura del artículo 104 del código argentino, argumento plenamente valido para el código mexicano en su artículo 306 fracción I.

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

Para Porte Petit el dolo existe cuando se quiere o se acepta el resultado y como siempre que un individuo dispara una arma de fuego sobre una persona lo hace con el fin de obtener un resultado que no pueda ser sino el de matar o lesionar, se llega a la conclusión de que el disparo de

arma de fuego no es sino una tentativa acabada de lesiones o de homicidio. Congruente con ese punto de vista hace consistir la culpabilidad en el delito de disparo de arma de fuego en el Animus Necandi o Animus Laendi mismo que integra la culpabilidad en la tentativa acabada de lesiones o de homicidio.

LA JURISPRUDENCIA EN RELACION A ESTE ILCITO

Respecto a la jurisprudencia del delito de disparo de arma de fuego que existe se refiere a tres motivos principalmente, los cuales son:

a) Para señalar los elementos que deben conjuntar el tipo y los cuales se deben dar al momento de la conducta del sujeto activo del delito.

b) Respecto a la autonomía del delito de disparo de arma de fuego relacionado con los delitos de lesiones y de homicidio.

c) La absorción del delito de disparo de arma de fuego respecto a los ilícitos de lesiones y de homicidio.

Por lo que transcribiremos a continuación la jurisprudencia existente respecto al primer punto la cual es la siguiente:

DISPARO DE ARMA DE FUEGO, DELITO DE. El hecho de accionar una arma es insuficiente para integrar el delito de disparo de arma de fuego en los términos del artículo 306 fracción I del código penal vigente sino se dispara contra una persona o grupo de personas".

Amparo directo 4948/75. Luis Antonio Zucollio 26 de abril de 1976. Unanimidad de cuatro votos. Ponente Ernesto Aguilar Alvarez.

Tesis que han sentado precedentes:

Amparo penal revisión 8110/41. Uhart Fernandez Ramón. 1. de julio de 1942. cinco votos quinta época. Tomo LXXIII, pág. 23.

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

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

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

Precedentes primera sala cinco por unanimidad.

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

Directo 6497/62. Federico Apodaca Ramírez. 12 de septiembre de 1963. Por unanimidad cinco votos. Ponente el maestro: Vela, Secretario: Lic. Salvador Sosa Ramos. Primera sala, boletín 1963. pág. 366, sexta época volumen: LXXV segunda parte. pág. 16.

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

Amparo directo 1035/1964. Salvador Murillo Villanueva, septiembre 22 de 1965, pág. 42. unanimidad cinco votos, ponente el maestro: Alberto González Blanco. Primera sala sexta época. volumen XCIX segunda parte. pág. 30.

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

DISPARO DE ARMA DE FUEGO, CUANDO ES PUNIBLE. El ilícito que sanciona la fracción I del artículo 306 del código penal para el Distrito Federal y Territorios Federales requiere necesariamente que el disparo se haya dirigido sobre alguna persona y no es sancionable cuando no se pruebe esa circunstancia aún cuando produzca daños sobre algún vehículo.

Amparo Directo 1035/1964. Salvador Murillo Villanueva, Mismos datos. Informe de 1965. título idéntico.

Ahora pasaremos a transcribir las tesis referibles al segundo punto y el que es relativo a la autonomía del delito de disparo de arma de fuego y siendo dicha jurisprudencia la siguiente:

DISPARO DE ARMA DE FUEGO CON LESIONES Y HOMICIDIO. No viola el juzgador las garantías del quejoso si en su sentencia acumula las penas correspondientes a los delitos de disparo de arma de fuego, lesiones y homicidio en su caso por que el artículo 306 fracción I del código penal constituye la excepción a las reglas de punibilidad del llamado concurso ideal, por tratarse de una norma específica derogatoria de la disposición general.

Directo 8271/1950. José Flores Zuñiga. Resuelto el 27 de febrero de 1957 mayoría de votos. Engrosó el Señor

Maestro: Chavéz Sánchez, Srio. Fernando Castellanos.

En la misma fecha y en igual sentido: directo 1880/1948. Alejandro Mendoza Cuervo, Resuelto por unanimidad de cuatro votos. Excusa del señor: RUIZ DE CHAVEZ. Srio. Lic. Fernando Castellanos. Primera sala, boletín 1957, pág. 191 quinta época tomo CXIII, pág. 439.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO, AUTONOMIA DEL DELITO DE. El tipo de delito de disparo de arma de fuego se surte por el solo hecho de disparar una arma de fuego en contra de una persona o varias personas, independientemente de los resultados según se desprende del último párrafo del artículo 306 reformado del código penal.

Amparo directo 5932/1970, Aurelio Basurto Hernández, junio 9 de 1971. Unanimidad. Ponente: Maestro Abel Huitrón y A.

Primera sala septima época, volumen 30 segunda parte, página 22.

Tesis que han sentado precedente:

Amparo directo 4395/1979. Fernando Herrera Rangel. mayo 3 de 1971. unanimidad ponente Maestro: Ernesto Aguilar

Alvarez, primera sala septima época. Volumen 29 segunda parte. pág. 17.

Amparo Directo 5069/70. Antonio Sánchez García. Mayo 7 de 1971. Unanimidad ponente: Maestro Ernesto Aguilar Alvarez. Primera sala septima época, volumen 29 segunda parte, página. 17.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO, AUTONOMIA DEL DELITO DE.

Si bien es cierto que la jurisprudencia 110, página 232 de la segunda parte de la recopilación de 1917 a 1965 determina que el disparo de arma de fuego se subsume en el homicidio cuando el proyectil produce el resultado mortal también lo es que de acuerdo a la reforma practicada el año de 1968 al artículo 306 del código penal para el Distrito y territorios Federales y sobre todo en los términos del ejecutivo para tal reforma se concluye que dicha asimilación ya no tiene efecto desde el punto de vista legal, pues se sanciona el disparo de arma de fuego independientemente del resultado y de la sanción que corresponde por la comisión de cualquier otro delito y si los hechos tuvieron lugar cuando ya tenía vigencia la reforma del mencionado artículo 306 esa jurisprudencia es inaceptable.

Amparo Directo 4132/1970. Juvenal Flores Bustamante, unanimidad de cuatro votos, septima época, volumen 25 segunda

parte pág. 15.

Ahora tenemos tesis contrarias a las anteriores o sea las que indican que el disparo de arma de fuego debe subsumirse al delito de lesiones o al delito de homicidio, según sea el caso y mismas que son las siguientes:

DISPARO DE ARMA DE FUEGO, ABSORCION DEL DELITO DE. Si bien es cierto que el artículo 306 del código penal para el Distrito Federal dispone en su último párrafo que en las sanciones que establece en su primera parte se aplicarán independientemente de los que correspondan por la comisión de cualquier otro delito, también es verdad que esto es para aquellas veces en que sí pueden tipificarse dos delitos autónomos diferentes, o sea, para aquellas situaciones en que sea compatible una penalidad con otra, pero no ocurre así en el caso del disparo es necesario para causar el homicidio, pues el hecho pone de manifiesto que ya no puede integrarse dos ilícitos autónomos distintos, ni resulta compatible una sanción con la otra y al considerarlo de otra manera es claro que se esta recalificando la conducta del activo por lo que resulta evidente que se violan garantías en su perjuicio.

Amparo directo 377/79. Lina Delfina Espinoza Castañeda, 20 de julio de 1979, Mayoría de tres votos. Disidentes: Manuel Rivera Silva y Mario G. Rebolledo Fernández, primera

sala, séptima época. volumen semestral 127-132, segunda parte, página 92.

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

Tomo LI Solís Ortiz Rangel. Tomo LII Varela García Lauro. Tomo LV Orihuela Beltrán Gabriel. Tomo LXI Estévez Granados Angel. Tomo LXXXVI Ricardo Enrique Jurisprudencia 110 quinta época, página 232, sección primera, volumen primero, sala primera, apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965. En la compilación de fallos de 1917 a 1954 (apéndice al tomo CXVIII) se publicó con el mismo título en el número 369 página 304.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO, HETERONOMIA DEL DELITO DE. El delito de disparo de arma de fuego no puede considerarse con autonomía cuando el medio para cometer una lesión, caso en que este ilícito absorbe al primero, puesto que el artículo 306 fracción I del código penal para el Distrito Federal, tipifican un delito de peligro y éste queda consumido en el de lesión o daño, en virtud de estarse ante una concurrencia de normas incompatibles entre sí en lo que opera el fenómeno de la absorción de la norma de menor entidad valorati-

va en la de mayor amplitud.

Amparo directo 576/81. Juan Florín Nava. 30 de junio de 1981. -Mayoría de tres votos. Disidentes maestro: Manuel Rivera Silva y Mario G. Rebolledo. Precedentes primera sala septima época, volumen semestral 145-150, segunda parte. pág. 93.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO, HETERONOMIA DEL DELITO DE. (Legislación penal de Tabasco Estado). El artículo 265 del código penal de Tabasco dispone en su último párrafo que: "las sanciones previstas en la fracción I de este artículo se aplicaran independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito"; pero lo anterior es para los casos en que sí pueden tipificarse dos delitos autónomos diferentes o sea para aquellas situaciones en que sea compatible una penalidad con otra pero no cuando uno de los disparos efectuados por el inculpado priva de la vida a otra persona; lo que pone de manifiesto que ya no pueden integrarse dos delitos autónomos distintos, puesto que el disparo fué necesario para causar el homicidio y el considerarlo de otra manera se estaría recalificando la conducta del activo.

Amparo Directo 7154/80. Leodegario Vazquez Morales. 7 de agosto de 1981, mayoría de tres votos. Disidentes Manuel Rivera Silva y Mario G. Rebolledo F.

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

Amparo Directo 6758/79. Juan Villalobos Martínez. 25 de agosto de 1980. Mayoría de tres votos. Ponente Fernando Castellanos Tena. Dicidentes: Mario G. Rebolledo y Manuel Rivera Silva. Primera sala septima época. Volumen semestral 139-144. segunda parte página 47. primera sala informe 1980 segunda parte. tesis 33 página 20.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO, NO COEXISTE CON EL DE DELITO DE LESIONES QUE PUSIERON EN PELIGRO LA VIDA. El delito de disparo de arma de fuego tutela como bien jurídico la seguridad de las personas, evitando el riesgo de perder la vida, el cual se corre si alguien dispara una arma de fuego sobre ellas. Ahora bien si con el disparo se lesiona al ofendido el riesgo de causarle el daño se convierte en la realización del mismo y como ese daño (tal como sucedio en la especie) puso a su vez en peligro la vida, la ley aumenta la pena tanto por el

de daño (que es la lesión) como por el riesgo de perder la vida. Por ello sera indebido estimar que el quejoso debe penarsele doblemente por haber puesto en peligro la vida del ofendido y en consecuencia el delito de disparo de arma de fuego debe quedar subsumido en el delito de lesiones que pusieron en peligro la vida.

Amparo directo 8898/67. Juan Alvarado Rodriguez. junio 7 de 1968. unanimidad de cinco votos. ponente: Manuel Rivera Silva. primera sala informe 1968, página 38.

REFLEXIONES Y CONSIDERACIONES

En el presente capítulo encontramos que se entra ya en materia respecto al delito en estudio el cual es el disparo de arma de fuego y en el mismo en el punto primero hacemos un análisis de lo que es el disparo de arma de fuego, realizando un estudio de dicho concepto y en donde encontramos lo siguiente:

Primeramente se define lo que es la agresión en sentido general, así como la agresión con arma y ello debido a que el disparo de arma de fuego es una agresión con arma y por ello encontramos así mismo la definición primeramente de arma y después lo que es una arma de fuego, viendo que una arma es un instrumento destinado a atacar o a la defensa, en sentido amplio es cualquier objeto de que el hombre puede disponer como medio de defensa o de ataque, pero en sentido más restringido y exacto reciben este nombre los instrumentos destinados a la defensa o al ataque contruidos especialmente para la guerra, la caza o la defensa personal.

Jurídicamente hablando lo que se requiere en la Ley es que algó se empleé como arma en consecuencia lo decisivo es siempre la forma en que el objeto se empleé multiplicando las fuerzas.

Y luego encontramos la definición de arma de fuego, misma que indica en la forma clásica "es la carga con pólvora". Pero encontramos una definición moderna en la que ya se mezclan términos técnicos y la cual dice: "son las que utilizan la fuerza expansiva de los gases de la pólvora o de otros explosivos para el lanzamiento a distancia de proyectiles".

Y en dicha definición se pueden comprender tanto el arcabuz, mosquete, fusil que son de los más antiguos hasta el cañón, pistolas y en general todas las armas de fuego, ya que incluso en la actualidad existen la mayoría de ellas en forma automática o sea que cada disparo del arma se carga por medio de sus propios mecanismos sin que intervenga el tirador.

Y así llegamos a la definición del disparo de arma de fuego, encontrándonos que se trata de una figura de agresión calificada por el medio empleado, siendo razonable que así sea ya que si la agresión consiste en crear una situación de peligro genérico y abstracto para la persona física, ese peligro crece en medida que aumenta la potencialidad del arma y es por ello que dicha figura es de las llamadas de peligro.

Viendo como disparar una arma de fuego significa hacer funcionar su mecanismo de manera que salga el proyectil, lo disparado es el proyectil de modo que es necesario que

el disparo produzca y no basta haber apretado el percutor.

Y reflexionando sobre esta figura encontramos que el disparo de arma de fuego como se ha mencionado, debe ser dirigido sobre una persona o grupo de personas, sin que sea exigible que contra determinada persona, ya que incluso aunque se realiza el disparo sin saber hacia cual persona se realizo es sancionable dicha conducta, y por ello el disparo debe ser dirigido a persona alguna y cuando realiza el disparo hacia el aire, no esta tipificado, así como cuando se dispara moralmente en contra de alguna persona.

Haciendo de esta figura un tipo de acción ya que para disparar una arma de fuego es necesario e imprescindible una actividad corporal, siendo obvio que la conducta no puede presentarse en la forma de omisión.

E incluso como esta figura es de las calificadas de "peligro" basta que el disparo sea dirigido hacia una persona o grupo de personas, aunque no la lesione o la mate, para que la figura sea típica.

Después encontramos que se hace una reconstrucción de la "ratio" de este delito o sea la esencia del mismo y por ello encontramos que surge esta figura del disparo de arma de fuego toda vez que en la practica que se ha llevado

durante años ha sido muchas veces imposible probar los elementos constitutivos de la tentativa de homicidio y por lo cual se creó la figura mencionada en donde se sanciona por el peligro corrido no por el resultado de la acción.

Encontramos que en el artículo 306 fracción I del código penal para el Distrito Federal la descripción que se encuentra en el mismo es la del disparo de arma de fuego pero como una figura SUI GENERIS no como se encontraba en el código español en donde era una figura subsidiaria. Y vemos que se ha plasmado de la forma mencionada en el código para evitar las complejidades probatorias atinentes al animus necandi por ello se tipificó para evitar el problema de la tentativa de homicidio la probansa de la misma.

Luego encontramos en este capítulo diferentes concepciones de lo que es persona, entre ellas en sentido filosófico, hasta llegar a lo que es persona en sentido jurídico y luego se analiza lo que es el grupo y con ello se termina el punto III del presente capítulo, y siendo la definición más importante para nuestro trabajo la que indica: "todo sujeto de derecho".

En seguida vemos que en el punto IV de éste capítulo se analiza el elemento subjetivo respecto al disparo de arma de fuego y por ello se agarran los opositores de esta figura

de este elemento subjetivo para atacarla.

Y para ello encontramos que los equívocos se derivan de confundir la intencionalidad con el dolo por una parte y por la otra el dolo propio de una figura de daño y el que corresponde a una figura de peligro.

Si se hubiese tenido en cuenta que aquí se trata de una figura de peligro no habría tanta complicación en hablar expresamente para estos casos de dolo determinado, indeterminado o eventual, no hay en este caso de la agresión ninguna particularidad en cuanto al dolo ni siquiera con la relación a las características comunes a las figuras de peligro.

Y por ello vemos que para darse la situación dolosa con todas las características de que es capaz esa forma de culpabilidad, basta en efecto que la voluntad este expresamente dirigida a crear una situación de peligro o que a lo menos el sujeto tenga conciencia de la criminalidad de su acto y a pesar de ello lo efectuó o preste su consentimiento a esa situación. La representación del sujeto se refiere al peligro como tal como situación objetiva.

Y para ello tenemos los ejemplos que a continuación se mencionan: amenazar con una falsa arma no es agresión aunque puede ser intimidación eventual integrante de otro delito.

Y eso no es dolo indeterminado o eventual, por que en la figura no se contiene como elemento ni las lesiones ni la muerte, de modo que no es respecto a estos hechos que el elemento subjetivo debe ser considerado.

Dolo eventual se tendra en el disparo de arma de fuego si un sujeto, sin saber ni averiguar si el arma esta o no cargada, la gatilla y el tiro efectivamente sale, si suponemos que quería gatillar y que prefería que el arma estuviese cargada o que por lo menos le era indiferente que lo estuviera o no.

Lo que se considera como evento preterintencional como agravante de la figura de peligro es lo correcto, pero desgraciadamente no se considera en esa forma ya que es en forma autónoma a una figura específica.

Y en el disparo de arma de fuego cuando se habla del elemento psíquico se habla del elemento subjetivo, o sea el elemento subjetivo es el elemento psíquico de la conducta, según es plenamente sabido consiste en la voluntad la cual no trasciende la esfera de la acción o de la omisión. Y se habla doctrinalmente del elemento subjetivo del delito cuando se hace referencia a la culpabilidad carácter indispensable para integrar la infracción penal; el elemento psíquico en la conducta típica del disparo se identifica con la voluntad

o querer que acompaña la acción esto es con el contenido psicológico de la acción o dicho en otros términos con la voluntad de realizar la propia acción.

No basta por lo tanto disparar una arma de fuego para la existencia del delito, la acción de disparar será perfecta cuando el movimiento corporal consistente en hacer funcionar el arma, con la producción de los elementos naturales consiguientes a sido realizado voluntariamente.

Si bien la voluntad acompañada de la acción de manera que esta existe jurídicamente cuando se prueba que el agente a querido realizar la actividad que la integra, la culpabilidad en el delito de disparo de arma de fuego se da cuando el autor ha querido previa representación no solo la acción de disparar sino hacerlo precisamente a una persona o grupo de personas, creando el peligro concreto que se deriva de dicha actividad.

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

Y con esto llegamos al punto V de éste capítulo en

donde se analiza la jurisprudencia existente respecto al disparo, de arma de fuego, encontrando tres grandes grupos o criterios los cuales son los siguientes:

A) Para señalar los elementos que deben conjuntar el tipo y los cuales se deben dar en el momento de la conducta del sujeto activo del delito.

B) Respecto a la autonomía del delito de disparo de arma de fuego relacionado con los delitos de lesiones y homicidio.

C) La absorción del delito de disparo de arma de fuego respecto a los ilícitos de lesiones y homicidio.

Y por ello vemos que en la jurisprudencia existente no existe un criterio definido respecto a la autonomía de la figura delictiva del disparo de arma de fuego, puesto que hay tesis favoreciendo esta pero también hay tesis contrarias a la misma y como analizaremos en capítulo posterior la doctrina tampoco tiene un criterio definido.

CAPITULO TERCERO

TIPO Y TIPICIDAD

PUNTO I

El tipo es una creación legislativa es la descripción legal del delito aún cuando no todos los delitos están contemplados descritos pues en ocasiones no se describe el delito sino la conducta antijurídica como en el homicidio.

TIPO. Descripción legal.

TIPICIDAD. Encuadramiento de la conducta al tipo.

Por lo antes mencionado podríamos pensar que es fácil y nada complejo el tema pero veremos en las siguientes líneas que hay una serie de situaciones que es preciso dominar para la debida comprensión del tema.

Para ello (comprensión) en su exacta significación la concepción mencionada, primeramente nos referiremos a la trayectoria del concepto tipo y a las características de la tipicidad. Para iniciar con ello expondremos brevemente la concepción Belingiana que es verdaderamente genial y que constituye un poderoso avance en la ciencia penal y en especial

en la dogmática del delito (16).

LA TEORIA DEL TIPO DE ERNST BELING. Importancia de la teoría y primera concepción de 1906 (17).

De una gran importancia es esta teoría expuesta primeramente en el año de 1906 en la obra DIE LEHRE VOM VERBRECHEN y reformada en el año de 1930 debido a la crítica de varios autores principalmente de: SAUER, MEZGER, MAYER, FINGER, así como DOHNA. Se encuentra en aquella obra los lineamientos esenciales de la teoría del delito tipo "como se ha traducido al castellano y que también se denomina teoría del tipo o Tatbestand".

Desde un principio esta fué considerada por Beling como una mera figura "rectora" simplemente "descriptiva" desligada de los restantes elementos, es decir de la antijuricidad y de la culpabilidad. Se sostiene la tesis de limitar el concepto de Tatbestand al "tipo firmemente delimitado de la singular especie delictiva considerandolo por tanto como una figura abstracta".

Ahora vemos independientemente de lo anterior que

-
- (16) Jesús Angeles Contreras. Compendio de Derecho Penal, Textos Universitarios, S.A. Edición Primera. México, D.F. 1969. pág. 161.
- (17) Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa S.A. Cuarta Edición. México, D.F. 1975. pág. 423.

otros autores indican que el tipo constituye un presupuesto general del delito dando paso a la fórmula NULLUM CRIMEN SINE TIPO.

Y vemos que el contenido del tipo puede ser meramente objetivo, u objetivo y normativo; conjuntamente objetivo, normativo y subjetivo; o bien subjetivo objetivo. De tal manera que el concepto que se da al tipo, debe ser en el sentido de una conducta o hechos descritos en la norma o en ocasiones esa mera descripción objetiva, conteniendo además según el caso elementos normativos o subjetivos o ambos.

Todos los datos para que la ley exige que un hecho sea considerado como infracción, constituyen elementos específicos o propios de esta. Es decir más de la noción general del delito, cada precepto de la parte especial exige la concurrencia de requisitos sin los cuales no puede haber imputación. Para saber si alguien es homicida, tiene que haber primero cumplido la conducta descrita en el precepto respectivo, esto es, haber ocasionado la muerte de alguien con el propósito de matar, lo cual indica que hay dos aspectos por descubrir: si se presentó el hecho externo muerte, que se acredita con el cadáver y si hubo elemento interno moral, esto es, la intención homicida.

Significa lo anterior que el tipo de delito de homi-

cidio, concurren los elementos subjetivos y objetivos. Estos últimos son los conceptos "suscceptibles de ser determinados especial y temporalmente, perceptibles por los sentidos" y "que han de ser apreciados por el Juez mediante la simple actividad del conocimiento".

Los elementos subjetivos son más complejos pues se refieren:

1. A la culpabilidad, como son las expresiones "el que a sabiendas", "el que sin propósito de matar",

2. A los móviles, como cuando dice el precepto: "El que sin ánimo de lucro", "el que para satisfacer un deseo erótico sexual".

3. A ciertos estados de conciencia, como ocurre en la atenuante por riña o dolor provocados injustamente. Los propósitos o intenciones exigidos constituyen el DOLO ESPECIFICO.

Los elementos normativos se tienen en cuenta en algunos casos en que la ley exige condiciones de valorización jurídica, pues que no son ni subjetivos ni objetivos. Por eso se denominan a tales elementos formas anormales de tipicidad. Son ejemplos ciertas expresiones producidas así "persona

validamente casada" en el delito de bigamia. Entonces es indispensable que el juez realice una apreciación jurídica o un juicio de valor como dicen los técnicos juristas para extraer el exacto sentido del derecho y ubicar adecuadamente la conducta de el agente.

Hay varias teorías en relación al tipo las cuales redactaremos a continuación en forma somera (18).

I. TEORIA DE LA PURA COORDINACION. De acuerdo con la prelación lógica en el delito, primeramente debe existir una conducta o hecho y después la adecuación o conformidad al tipo. En consecuencia ha de estudiarse con posterioridad a la conducta o al hecho, el tipo y su aspecto negativo, para continuar con la tipicidad y su aspecto negativo. Así Maurach expresa que es una exposición del delito que sirva a las necesidades prácticas, corresponde pues, a continuación de la acción a estudiar la teoría del tipo.

De acuerdo a la teoría de Beling llamada de la pura coordinación se considera el tipo como meramente objetivo o descriptivo.

II. ANALISIS DE LA TEORIA BELINGIANA. Mezger dice

(18) Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 427.

que el gran merito de Beling constituye el haber despertado la atención respecto a esta importante figura del genuino tipo penal que reviste una importancia básica en todo el sistema.

III. EL TIPO COMO FUNCION INDICIARIA DE LA ANTIJURICIDAD. (Teoría del indicio). La tesis del indicio sostenida por Mayer, que atribuye al tipo penal un valor indiciario de antijuricidad o sea que toda conducta que se ha conformado a un tipo debe estimarse presuncionalmente antijurídica. Así piensa entre otros Antolisei cuando describe que el Tatbestand es la base del conocimiento (ratio cognoscendi) de la antijuricidad; en forma más simple, la conformidad al tipo es un indicio de la ilicitud. Por su parte Jimenez de Azúa considera que la tipicidad no es ratio esendi de la antijuricidad sino más bien un indicio de ella, como Mayer expuso con acierto o a lo sumo función de concretización y de conocimiento de la antijuricidad a los efectos penales.

Anticipandonos debemos observar, que no es posible aceptar la tesis de Mayer por que no es exacto que toda la conducta o hecho que se adecuó al tipo es presuncionalmente antijurídica, habida cuenta que la conducta lícita o ilícita desde su nacimiento, pues de otra manera habría que admitir de acuerdo con la ratio cognoscendi que al no existir una causa de ilicitud la conducta tendría que ser presuncionalmente

antijurídica.

IV. EL TIPO COMO RATIO ESENDI DE LA ANTIJURICIDAD. (Teoría de la identidad). Esta tesis consiste en que el tipo es la ratio esendi de la antijuricidad fase que Puig Peña denomina de la superación*.

Como es natural Mezger que piensa "un paso adelante dan aquellos escritores que conciben al tipo por lo menos como indicio, como fundamento cognotivo (aunque no como fundamento real) como ratio cognosendi (aunque no como ratio essendi) de la antijuricidad de la conducta" que "los adversarios de la teoría aquí definida que solo ven en el tipo penal un indicio no el fundamento real de la antijuricidad de la conducta desconocen la significación verdadera del acto legislativo por el que surgen las leyes penales".

Mezger al hablar de tipo como fundamento de la antijuricidad expresa que el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente en tanto no exista una causa de exclusión del injusto; que el tipo jurídico penal que describe el dicho actuar típico posee por tanto la más alta significación en orden a la existencia de la antijuricidad penalmente relevante de la acción que es fundamento real y de validez (ratio essendi de la antijuricidad) aunque a reserva siempre de que la acción no aparezca en virtud de una causa especial de exclusión del

injusto, pues si tal ocurre la acción no es antijurídica a pesar de su tipicidad.

V. LA ANTIJURICIDAD COMO RATIO ESSENDI DEL TIPO.

Este criterio es sustentado por Blasco Fernandez de Moreda, en el sentido de que no solo la tipicidad de la RATIO ESSENDI de la antijuricidad al contrario en la antijuricidad es donde hay que buscar la RATIO ESSENDI de la tipicidad ya que si una determinada conducta humana llega a ser tipificada en las disposiciones penales, lo es por que la misma se reputa en la generalidad de los casos es decir cuando no comuniquen otros motivos suficientes o justificantes de ella, como tan gravemente antijurídica en cuanto es contraria a las normas de conducta o cultura en que el estado encuentra su base jurídica y conforme a las cuales orienta su función creadora del derecho que no haya visto el legislador para defender dichas normas, que declarar aquella conducta delictiva y por ende sujeta a una sanción penal.

VI. EL TIPO COMO ELEMENTO DE CONCRECIÓN Y DE CONOCIMIENTO.

La fase del tipo como elemento de concreción y de conocimiento, se encuentra sostenida por José Arturo Rodríguez Nuñez, teoría que comentada por Puig Peña ha dado lugar a que este exprese: "de acuerdo con ella el famoso elemento tiene una función más modesta: de concreción y de conocimiento. De concreción cuando existiendo la norma anteriormente, la

tipicidad delimita y encuadra la conducta antijurídica; y de conocimiento cuando coincidiendo típicamente un acto la aparición de la antijuricidad y el tipo, este último es indispensable al conocimiento de la primera, agregando, que realmente con esta tesis vuelve a ser un elemento del delito algo puramente descriptivo, ya que su uso como es expresarnos que porción de la antijuricidad debe ser sancionada con una pena.

Una vez expuesto lo relativo al tipo pasamos a explicar lo relativo a la tipicidad.

TIPICIDAD. El origen de la tipicidad ha sido objeto de análisis en Alemania y que ha contagiado a nuestros penalistas mexicanos, tienen un origen muy exclusivo y nacional de la patria tudesca (19).

El párrafo 59 del código penal alemán de 1870 dice así: "si alguien al cometer una acción punible no conocía la existencia de circunstancias de hecho que pertenecen al contenido legal del hecho o elevar la punibilidad, no le deberán ser imputadas esas circunstancias en el caso de castigar las acciones cometidas culposamente esta disposición rige sólo en tanto que la ignorancia misma no sea debido a la culpa"

(19) Luis Carlos Perez, Tratado de Derecho Penal, Vol. I, Editorial Temis Bogota, Edición Primera, Bogota Colombia, 1967. pág. 483.

La palabra Tatbestand quiere decir delito tipo, tipicidad, descripción legal, como ya se apuntó al principio de la redacción del presente tema, de manera que cuando el agente no tenía conocimiento de las circunstancias de hecho referidas a la figura descrita en este código, no se le podía cargar a su conducta. En otros términos para constituir la doctrina del error y del dolo, fué indispensable a los juristas alemanes proceder a desglosar el Tatbestand desentrañando su significado y composición. Se les dió campo y oportunidad de emplear sus datos analíticos que no son pocos y la paciencia de los autores. Así lo hicieron hasta el extremo de que entre sí, no se entienden y que han convertido en una tortura para los penalistas extranjeros. Algunos de estos acumulando concientemente la tipicidad, tomandola como un producto nacional necesario para entender el texto legislativo, otros han tratado de aplicar a sus códigos de sus respectivos países demostrando un seguidismo allí donde no existe el problema legal.

Otros ponen en relieve su entidad y quisieron que los textos normativos sobre que trabajan tuvieran el mismo vacío que el alemán para darse el gusto de componer páginas abstractas que se apartan de lo que deben ser el derecho penal como modelo de sencillez y claridad.

La palabra tipicidad como otras de cierta apariencia

misteriosa, han recorrido ya un largo camino por eso mismo es forzoso desentrañar lo que ella significa maxime cuando explicamos la teoría pura del delito y de la cual se dice que es parte integrante.

La tarea de precisar cuales son los contornos del tatbestand es pertinente como dice Arfalión para evitar que se introduzcan todas las lucubraciones de Belling, Meyer, Mazger entre otros, olvidando que la teoría alemana de la tipicidad no apareció dentro de una auténtica construcción del derecho, con alcance universal necesario, sino como recurso contingente apta para dar cuenta en el mejor de los casos de una peculiaridad del código represor de Alemania. (20)

La distinción entre la norma que fija las garantías creando lo jurídico y por contraste lo antijurídico y la ley que describe los medios de obrar violatorios de aquella señalando las sanciones, hecha por Binding es a juicio de quienes se ocupan de esta materia origen de la doctrina de la tipicidad, de aquí recoge Belling la idea que el precepto legal contiene solo descripciones con datos subjetivos y objetivos, que sirven para elevarse hasta el juicio de valor sobre la norma. La tipicidad fué pues en sus comienzos una nomenclatura de las exigencias necesarias para que determinado hecho pudiera ser declarado criminoso.

(20) Luis Carlos Pérez. Obra Citada, pág. 488.

EVOLUCION Y ESTADO ACTUAL DEL CONCEPTO DE TIPICIDAD.

Inicialmente Belling quiso repetir con el concepto de delito tipo el decir que las infracciones se concentraron en unidades precisas y no en vagos conceptos genéricos. La ley tiene que describir la conducta si en realidad hubiera sido llevada a cabo

Como es obvio este método legislativo impide el que se sancione a una persona por lo que es, sino por lo que ha hecho, desarrollando así practicas contrarias a los del liberalismo filosófico y jurídico, que obliga a delimitar lo que es objeto de la punición. Se reforzó así la protección jurídica de el individuo al asumir el legislador el monopolio de cometer o construir los tipos penales o delictivos, haciendo el catálogo de estos con exclusión del derecho consuetudinario y la analogía. La antijuricidad y la culpabilidad concierne a la tipicidad como característica expresa, elemento este en que se objetivisan aquellas.

Después de haber planteado Belling la tipicidad como función meramente descriptiva Mayer agregó que además constituye indicio de antijuricidad.

En otro momento Mezger sostuvo que la tipicidad determina la antijuricidad precisa e inequívocamente. Su significación conceptual se simboliza en el tipo, esto es, como

dijera Mezger en el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos a cuya realización va ligada la pena.

Una conducta no puede ser delictiva no obstante su difana ilicitud en tanto no este comprendida en un tipo penal.

Interesa para mayor claridad distinguir entre el ordenamiento para que según Beling se reduce a un catálogo de hechos delictuosos y que de acuerdo con Carnelutti es una especie de museo donde los modelos estan expuestos con gran variedad.

Y la relación de estos tipos con la conducta o lo que Beling denomina la adecuación al catálogo o adecuación típica. Así como en una ley de aduanas el concepto de objetos gravados se obtiene con la relación genérica con la tarificación aduanera.

Esta distinción ya la puso en claro Jimenez Huerta de la manera siguiente:

"El tipo es la descripción de conducta que a virtud del acto legislativo queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad y con expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre vivificando

activamente el tipo en virtud de su subordinación o vinculación con la descripción escogida en la ley".

El tipo plasmado en la ley tiene un caracter estático pues permanece en el mismo sentido a la vista de todos aquellos que lo interpreten. La adecuación típica es un concepto dinámico ya que presupone la existencia de una conducta vinculada a un tipo y en el directamente subsumible o a el legalmente ligada por un nexo de temporal dependencia.

En seguida indicamos el papel que juega la tipicidad en la teoría del delito y vemos que una vez comprobado que existe una conducta o hecho delictuoso debe investigarse que haya adecuación al tipo. Y por ello vemos que: (21)

- a) La tipicidad es una característica esencial del delito.
- b) La tipicidad es un requisito del hecho según el derecho positivo.
- c) La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito.
- d) La tipicidad es una condición pero no elemento del delito.
- e) La tipicidad constituye una relación conceptual.

Respecto al concepto de tipicidad existen varios de ellos dependientes de los diferentes autores, por lo que a continuación mencionamos algunos de ellos:

(21) Celestino Porte Petit. Apuntamientos de la Parte General - de Derecho Penal, Tomo I. pág. 448.

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

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

JIMENEZ DE AZUA. "La tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen receptora expresada en la ley en cada especie de infracción.

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

JIMENEZ HUERTA. "Adecuación típica significa encuadramiento de la conducta principal en un tipo de delito y vinculación al mismo de las conductas accesorias".

PORTE PETIT. "La tipicidad no debe concretarse única y exclusivamente al elemento objetivo por que puede contener el tipo además algún elemento normativo o subjetivo del injusto

o ambos" a no ser que el tipo requiera unicamente el elemento objetivo".

Consecuentemente la tipicidad consistiría en la adecuación de la conducta a lo prescrito en el tipo.

PUNTO II. ELEMENTOS DEL TIPO Y SU CLASIFICACION

Primeramente veremos los fundamentos legales para que nacieran los tipos penales y como se fueron desarrollando a través del tiempo hasta llegar a las actuales clasificaciones dadas por diversos autores.

FUNDAMENTOS. La práctica jurídica penal había extendido de tal modo el poder judicial que el Juez podría castigar toda ilicitud culpable, toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción punible.

Contra esto dirigió su ataque el liberalismo naciente en el Siglo XVIII afirmando la inseguridad jurídica que tal sistema importaba; a falta de una firme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles, el juez podía someter a una pena toda acción que la considerara desagradable, pretendiendo antijurídica y podía imponer arbitrariamente una pena grave o leve para toda acción estimada punible.

Siguiendo este movimiento liberal la legislación posterior redujo el concepto de acción antijurídica, de común dominio de la ilicitud culpable fueron recortados y extraídos determinados tipos delictuosos.

Para cada uno de tales tipos se previó una pena concreta y así quedarón como no punibles ciertas formas de obrar antijurídicamente que no correspondían a ninguno de esos tipos numerados, así se logró exponer un valioso pensamiento: "EL DE QUE SOLO CIERTOS MODOS DE CONDUCTA ANTIJURIDICA (LOS TIPI-COS) SON SUFICIENTEMENTE RELEVANTES PARA LA INTERVENCION DE LA RETRIBUCION PUBLICA Y QUE ADEMAS DEBEN TODOS SER COLO-CADOS EN UNA FIRME ESCALA DE VALORES".

La protección jurídica del individuo se reforzó pues, tomando el legislador mismo el monopolio de la facultad de construir los tipos y de imponerles la pena con exclusión del derecho consuetudinario y de la analogía.

De este modo reduce el actual derecho penal en el catálogo de tipos penales.

La antijuricidad y la culpabilidad subsisten como notas conceptuales de la acción punible, pero concurre con ellos, como característica externa la "tipicidad" (adecuación al catálogo) de modo que dentro de la ilicitud culpable esta delimitado el espacio dentro de lo cual aquellos son punibles (así como en la ley de aduana, el concepto de objetos gravados se obtienen de la relación de la ley general con la tarificación aduanera). Por lo cual acción punible lo es únicamente la acción típicamente antijurídica y culpable.

En seguida y en forma de cuadros sinópticos anotaremos las clasificaciones de los tipos delictivos y luego describiremos cada uno de ellos (22).

(22) Celestino Porte Petit Candeudap. Obra Citada, pág. 445.

LA ESTRUCTURA INTERNA DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO

- | | | | |
|---|---|---|---|
| 1. Los elementos descriptivos del tipo | a) Elementos típicos objetivos
b) Elementos típicos subjetivos | | |
| 2. Los elementos típicos normativos | a) Elementos típicos de juicio cognitivo
b) Elementos típicos de juicio valorativo | | |
| 3. Los elementos típicos relacionados con el autor y con el hecho | a) Sujeto

b) La acción y el objeto de la acción | I. Puede ser cualquier persona
II. Subjetivamente limitados: | II.a. Delitos especiales
II.b. Delitos de propia mano
II.c. Delitos especiales - de autores |
| 4. Tipos relacionados con la acción | Delitos de simple actividad | I. Forma general
II. Forma especialmente mencionada | |
| 5. Tipos relacionados con el resultado | a) Delitos de peligro
b) Delitos de lesión | | |
| 6. Tipos fundamentales: | a) Agravados (calificados)
b) Atenuados (privilegiados) | | |
| 7. Tipos simples y compuestos | a) Acumulativos
b) Permanentes | | |
| 8. Tipos fijos y mixtos | | | |
| 9. Tipos cerrados y tipos que necesitan un complemento | a) Leyes penales en blanco: | I. En sentido amplio
II. En sentido estricto | |

CLASIFICACION DE LOS TIPOS

1. Tipos fundamentales o básicos
2. Tipos especiales
 - a) Tipo especial privilegiado
 - b) Tipo especial cualificado
3. Tipos independientes o autónomos
4. Tipos complementados, circunstanciados o subordinados
 - a) Tipo complementado privilegiado
 - b) Tipo complementado cualificado
5. Tipo presuncionalmente complementado, circunstanciado o subordinado cualificado
6. Tipos de formulación libre.
7. Tipos de formulación casuística
8. Tipos mixtos alternativamente formados
9. Formas de conducta en los tipos altamente formados
10. Tipos mixtos acumulativamente formados:
 - a) Alternativamente o acumulativamente en forma libre.
 - b) Alternativamente o acumulativamente en forma casuística
 - c) Acumulativamente en forma casuística o libre
 - d) Alternativamente en forma casuística o libre
11. Tipos de resultado cortado o de consumación anticipada

1. Presupuestos de la conducta o del hecho
2. Elementos típicos objetivos;
 - a) Estados y procesos susceptibles de ser determinados especiales y temporalmente perceptibles por los sentidos, fijados en la ley en forma descriptible.
 - b) Estados y procesos anímicos en otras personas que no sean precisamente el autor.
 - a) Referencias temporales
 - b) Referencias especiales
 - c) Los tipos exigen determinados medios, delitos con medios legalmente determinados.
 - d) Elementos de juicio cognitivo
 1. Elementos con valoración jurídica
 - II. Elementos con valoración cultural
 - e) Elementos normativos
 - f) Elementos subjetivo del injusto
3. Referencias exigidas por el tipo
4. Sujeto activo
 - a) Delito indiferente
 - b) Delitos propios, especiales o exclusivos
 - c) Delitos de propia mano
 - d) Respecto al número de sujetos:
 - I. Monosubjetivos
 - II. Plurisubjetivos
5. Sujeto pasivo
 - a) Delito personal
 - b) Delito impersonal
6. Respecto al objeto jurídico y material
 - a) Bienes individuales
 - b) Bienes de la colectividad
 - c) Bienes disponibles
 - d) Bienes no disponibles

CLASIFICACION DE LOS TIPOS

1. Normales y anormales
2. Basicos
3. Especiales
4. Complementados
5. Autonomos o independientes
6. Formulación casuística:
 - a. Alternativamente formados
 - b. Acumulativamente formados
7. Subordinados
8. Formulación precisa
9. De daño, lesión o de peligro

LOS ELEMENTOS TÍPICOS DEL JUICIO COGNITIVO. En los cuales el juez deduce este juicio con arreglo a los conocimientos generales que ofrece la experiencia en el caso de la verdad o no verdad del hecho o de toda especie de peligrosidad por ejemplo el instrumento peligroso o la peligrosidad de la acción.

También tenemos los ELEMENTOS TÍPICOS DE JUICIO VALORATIVO (emocional) los cuales exigen una valoración en sentido estricto en el caso de "maltratar" o de la integridad o de la necesidad por ejemplo.

Luego encontramos los elementos típicos relacionados con el autor y con el hecho, aquí ya pasamos a los distintos elementos que integran los tipos, se trata por un lado de conceptos legales que tienen en cuenta la persona del autor y por otro de conceptos que se refieren a la acción y al resultado por lo cual encontramos:

SUJETO refiriendonos con ello al de la acción jurídico penal y por lo cual ocurren en dos formas: la primera es la que se encuentra en la gran mayoría de las disposiciones penales, contenidas en la parte especial y las cuales empiezan con las siguientes palabras: "al que mate o prive de la vida" "el que desapoderando de "en estos ejemplos puede ser autor cualquiera "el que" puede ser sinonimo de cualquiera. Y la

Después de apuntar en cuadros signóticos las diferentes clasificaciones que existen en los tipos y lo relacionado con ellos, ahora analizaremos en forma breve lo que significa cada clasificación, procurando no ser repetitivos.

En el cuadro de la página número 115 , encontramos los elementos descriptivos del tipo, los cuales se dan frente a cosas y sucesos externos, perceptibles por los sentidos como frente a procesos y estados psicicos, por lo tanto pueden ser los elementos objetivos del mundo sensible externo, como la cosa mueble, el hombre, la mujer, etc. etc.

Otros elementos típicos subjetivos los cuales se refieren a sucesos psicicos que se realizan en el interior del autor, especialmente en los casos de los elementos subjetivos del injusto ya descritos como las intensiones, pero corresponde mencionar también como ejemplo la satisfacción del instinto sexual, etc., a estos elementos pertenecen asimismo los sucesos psicicos no situados en el interior del autor, por ejemplo: el hecho de causar escandalo.

Luego tenemos en el mismo cuadro los elementos típicos normativos, en los cuales no puede el juez atenerse a la simple descripción que se hace en la ley sino que debe realizarse un juicio ulterior relacionado con la situación de hecho y de acuerdo a ello se distinguen:

segunda forma es de donde existen tipos subjetivamente limitados, vale decir tipos donde el autor puede ser solamente un círculo determinado de personas, un extraño no puede ser tomado en cuenta como autor. Los ejemplos más comunes son: los llamados delitos especiales, en los que la ley menciona muy especialmente a personas calificadas que son exclusivamente autores, como son los empleados públicos, los abogados el conyuge, los padres, el tutor, etc. etc. además también ofrecen ejemplos en tal sentido los delitos llamados de propia mano, en los que puede ser autor la persona que actúa directamente no tomándose en cuenta, por lo tanto la autonomía mediata (como el que jura en falso) finalmente los tipos especiales de autores como ser el delincuente habitual peligroso, etc. etc.

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

Por objeto de la acción se debe entender el objeto material sobre el que la acción es ejecutada; se diferencia

del objeto de protección que es el objeto que la ley depara para su protección. Puede coincidir ambos objetos como ocurre a propósito de el hombre pero no es necesario que ello ocurra siempre.

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

Pero también tenemos en la ley medios o formas de comisión especialmente mencionadas y en el objeto de protección propiedades determinadas.

De modo que no están incluidas en el tipo de las acciones que no responden a estos requisitos. Así se presupone como medio de comisión una acción engañosa como medio para perjudicar. Se puede incluir aquí determinadas relaciones especiales o temporales, como el carácter público, no siempre el trato especial y temporal del delito es el modo y el tiempo sin perjuicio y sin fin a veces esta prevista una intención más rígida del objeto de la acción por ejemplo: una contraposición con el (despojo) que abarca cosas inmuebles el (robo) incluye también cosas muebles, si se trata de cosas inmuebles no hay robo y si se trata de cosas muebles no hay despojo, etc. etc.

Y siguiendo con nuestro cuadro tenemos los tipos relacionados con la acción y el resultado, encontrando lo siguiente: Que es un contraste que abarca la totalidad del tipo y encontramos los delitos de simple actividad y los delitos de resultado y en los primeros vemos que es suficiente que el autor despliegue una actividad determinada, sin que sea necesario que la misma sea acompañada de un resultado. En tal sentido han sido estructurados por ejemplo, los informes falsos dados a una autoridad o el profanar una amenaza, etc. etc. etc.

Y en los de resultado pertenecen al tipo además de la actividad desplegada la producción de un resultado determinado, si falta inconcreto, se puede hablar a lo sumo de una tentativa por ejemplo: el homicidio que requiere la muerte de un hombre, el robo que requiere de un apoderamiento de una cosa mueble, etc.

Y dentro de los delitos de resultado distinguimos dos tipos, que son los de lesión y los de peligro, en estos últimos la producción de un peligro en el sentido que hemos expuesto forman parte del tipo esto vale con más exactitud con respecto del peligro concreto. Peligro abstracto en actos de peligrosidad general de la acción da lugar a la sanción penal y puede aplicarse el castigo aún en el caso que no se haya producido en concreto peligro especial alguno.

En los primeros mencionados o sea en los de lesión, el mismo peligro no es suficiente sino que debe producirse de arreglo al tipo de lesión de un bien jurídico tutelado, por ejemplo la muerte. El hecho de perjudicar la salud de otro constituye sin lugar a dudas una lesión de la salud en cambio es discutible si en el maltrato corporal existe una lesión en este sentido o si la verdadera lesión no constituye un requisito esencial.

Luego tenemos los tipos fundamentales y sus modificaciones esta contraposición tiene una amplia significación para la estructuración de la parte especial la misma posibilidad tomar como punto de partida en la exposición de la parte especial, tipos básicos, bien determinados y describir las divergencias como modificaciones. No es posible determinar de antemano en forma determinada y definitiva como se delimitan y se conciben estos tipos fundamentales. Es más o menos una cuestión de criterio práctico, también la evolución histórica tiene que ver en ello, tales tipos fundamentales son por ejemplo: el homicidio, el robo, lesiones, etc. etc.

Tales tipos fundamentales sirven como formas nucleares para estructurar en particular grupos más grandes de delitos, esto se desprende con especial claridad ejemplo: lesiones y sus diferentes modificaciones.

Atendiendo a ello encontramos que pueden ser: los casos agravados (calificados) cuando la penalidad aumenta o los casos atenuados (privilegiados) o sea cuando la penalidad disminuye.

En otro punto de nuestro cuadro encontramos que existen también los tipos simples y compuestos se trata aún aquí por lo general de combinaciones de formas típicas especialmente determinadas y conocidas al respecto, distinguimos tipos simples se dan por lo común en los tipos fundamentales pero no se limitan a ello aún en el caso de que un tipo fundamental pero se forman de un tipo especial por agregarse a una característica anterior es cuando hablamos de tipo compuesto.

Luego tenemos los tipos fijos el cual puede ser de una forma y el tipo mixto reúne a varios tipos de una unidad o bajo una sola sanción penal.

Y por último de este cuadro tenemos los tipos cerrados y los tipos que necesitan un complemento y por los primeros entendemos los tipos que llevan en si mismos todas las características del hecho punible correspondiente.

Y por los segundos entendemos a los tipos que en forma externa remiten a complementos que se encuentran fuera de ellos, esta técnica legal es frecuente en las leyes jurídico

penales accesorios y se denominan también leyes penales en blanco, pudiendo ser en sentido amplio cuando el necesario cumplimiento y complemento están contenidos en la misma ley o por lo menos en otra ley emitida por la misma autoridad legislativa. Y también pueden ser leyes penales en blanco en sentido estricto en los cuales el necesario complemento se encuentra en otra ley emanada de otra autoridad legislativa.

Ahora analizaremos el cuadro de la página 116 en donde en primer término encontramos tipos fundamentales es aquel que no deriva de tipo alguno y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo.

Tipos especiales en contraste con el delito fundamental o básico, si existe el delito especial que en forma autónoma se agrega al tipo fundamental o básico con otro requisito. Este a su vez se subdivide en tipo especial privilegiado y tipo especial cualificado los que se describen a continuación el primero es cuando se forma autónomamente agregando al tipo fundamental otro requisito que implica atenuación o disminución de la pena y el segundo es aquel que se forma autónomamente agregando al tipo fundamental o básico otro requisito que implica aumento de la pena.

Luego tenemos en este cuadro los tipos independientes

o autónomos los cuales consisten en los que tienen vida o existencia propia. En este punto de la clasificación se presenta una polémica o un problema, lo cual consiste en lo siguiente: ¿Cuáles tipos tienen autonomía? Respecto a esta interrogante se presentan diversas respuestas dependiendo del autor que las da y entre ellas tenemos:

Porte Petit indica que tanto los tipos fundamentales como los tipos especiales son autónomos, tienen absoluta independencia.

Pero vemos que Mezger y Jimenez de Azua sostienen que el delito especial tiene cierta independencia y dice Mezger: "Se habla de un delito SUI GENERIS en contraste al delito básico simplemente cualificado o privilegiado cuando teniendo en cuenta el sentido y conexión de los diversos artículos de la ley, la causa de agravación o atenuación es utilizada para formar un hecho punible nuevo independiente pero en estos casos y desde el punto de vista del sistema solo hay en verdad una simple modificación del tipo básico pero jurídicamente surge un delito que posee una relativa independencia.

Jimenez de Azúa dice: "En cierto modo los delitos o tipos especiales sensu estricto a pesar de proceder de otros de naturaleza fundamental, adquieren relativa importancia por hallarse la completa descripción en el propio tipo especí-

fico calificado o privilegiado.

Prosiguiendo con el análisis de este cuadro encontramos como paso siguiente los tipos complementados, circunstanciales o subordinados y este es el que necesita para su existencia del tipo fundamental o básico, añadiéndose una circunstancia pero sin que se origine un delito autónomo y a su vez se subdivide en tipo complementado privilegiado es aquel que necesita para su existencia el tipo fundamental o básico (pero sin que se origine un delito autónomo) al que se agrega una circunstancia atenuándolo. Y el tipo complementado cualificado es igual al privilegiado pero se agrega la circunstancia para agravar la pena.

Luego tenemos el tipo presuncionalmente complementado, circunstanciado o subordinado calificado de acuerdo con nuestra legislación penal podría hablarse de este tipo cuando concurren cualquiera de las hipótesis señaladas en el artículo 315 párrafo final del código penal vigente y lo cual hace alusión a incendios, minas, inundaciones, bombas, etc. etc.

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

La diferencia entre el tipo especial y tipo comple-

mentado, circunstanciado o subordinado, es indudable la diferencia entre ambos, ya que el tipo especial necesita para su existencia del tipo básico o fundamental, pero una vez creado el tipo especial se independiza del básico o fundamental tiene autonomía, sustantividad propia, pues como indica Sauner: "se ha hecho independiente como la colonia deja la metrópoli y sus propias leyes sui generis.

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

Posteriormente tenemos los tipos de formulación libre y Antolesi afirma que son tipos de formulación libre aquellos delitos que pueden ser realizados con cualquier actividad que produzca un determinado resultado (figuras que la ley describe en términos puramente causales).

Pannain nos dice que el delito de formulación libre, la actividad productora del resultado no ésta descrita o determinada en el precepto penal, delitos de formulación libre

son aquellos en que la ley se limita a enunciar el comportamiento genérico susceptible de comprender en su noción infinita variedades, prefiriendo en sustancia poner de relieve ciertos resultados y la relación de causalidad, esto es, una actividad cualquiera productora de resultado.

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

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

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

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

Tipos mixtos alternativamente formados indudablemente es suficiente una sola conducta o un hecho para que exista el delito, empero el tipo puede contener más de una conducta o hecho.

Grispigni anota: que a veces la figura delictiva legal al inducir la especie de conducta señala alternativamente dos, en el sentido de que el delito puede estar constituido por una o por la otra. En este caso estamos frente a un tipo alternativamente formado, en que tiene una función básica el "o" y lo que significa a veces, a decir de Beling, distintas modalidades equivalentes dentro del mismo tipo delictivo.

Igualmente Mezger sostiene que la "o" expresa con frecuencia tan solo diferentes modificaciones del tipo, todos ellos de igual valor y enumerados en forma casuística, careciendo de propia independencia y por ello son perturbables entre sí debiendo ser determinados alternativamente en el proceso judicial.

Formas de conducta en los tipos alternativamente formados:

a) Que las conductas previstas en el tipo se concreten en un hacer es decir comisivos alternativamente.

b) Que las conductas previstas en el tipo se concreten a hacer y en no hacer alternativamente.

c) Que las conductas previstas se concreten en un no hacer o sea una inactividad, una omisión alternativamente.

Tipos mixtos acumulativamente formados, el tipo es acumulativamente formado cuando las conductas o hechos que contiene estén previstos en forma acumulativa y pueden estar reglamentados:

- a) Alternativamente o acumulativamente en forma libre.
- b) Alternativamente o acumulativamente en forma casuística
- c) Acumulativamente en forma libre y casuística
- d) Alternativamente en forma libre y casuística

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

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

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

a la consumación. En fin Jimenez de Azúa estima que delitos de resultado cortado son aquellos en que la impaciencia del legislador hace que la consumación se anticipe, considerando como tal, actividades que de otro modo deberían atenderse como y meramente preparatorios.

Nosotros consideramos como delito de resultado cortado cualquier momento de el inter criminis anterior a la propia consumación, resolución manifiesta, actos preparatorios o bien ejecutivos (tentativa).

Seguiremos nuestro estudio, ahora con el análisis del cuadro de la página 117 y en donde tenemos:

Presupuestos de la conducta o del hecho en primer lugar forman parte del tipo el presupuesto de la conducta o del hecho originando su ausencia una atipicidad.

Elementos típicos objetivos,. La doctrina se refiere a tipos descriptivos de esta clase los siguientes:

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

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

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

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

Hay que observar que generalmente el tipo no contiene referencias de la conducta y por lo tanto de existir son irrelevantes para la existencia de la tipicidad por no ser exigidos.

Por ello Jimenez de Azúa expresa que podemos decir que en principio y en la mayor parte de los casos las modalidades de la acción es decir las referencias temporales y especiales de coacción y los medios empleados no interesan para el proceso de subsumir el hecho en el tipo penal "pero hemos indicado que el tipo puede requerir las referencias a que se han hecho referencia, en consecuencia debemos de hacer una valoración de cada una de ellas.

A) Referencias temporales: En consecuencia el tipo reclama en algunas ocasiones alguna referencia de tiempo y de no ocurrir no se dara la tipicidad. Por ello expresa Mezger que la ley a veces establece determinados medios temporales como exclusivamente tipicos y por lo tanto no caera en el tipo de ejecución en tiempo distinto en que señala la ley.

B) Referencias espaciales o sea de lugar, Mezger a este respecto anota "la ley fija exclusivamente como tipicos determinados medios legales de comisión del delito y que la ejecución del acto en otro lugar no recae bajo el tipo". Por lo tanto es necesario para que exista la tipicidad que concurren estas notas locales exigidas por el tipo.

C) Exigencias en cuanto a los medios de comisión. Los tipos en numerosos casos exigen determinados medios originandose los tipos llamados "delitos con medios legalmente determinados o limitados" ello quiere decir que para que pueda darse la tipicidad tienen que concurrir los medios que exige el tipo correspondiente. De aqui que Mezger exprese que por delitos por medios legalmente determinados debemos entender aquellos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce no mediante cualquier realización del resultado último, sino solo cuando este se ha conseguido en forma que expresamente lo determina.

Ahora bien el medio exigido por el tipo da lugar a consecuencias diversas que la doctrina se ha encargado de precisar.

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

Vemos que aquí son elementos con colaboración jurídica por ejemplo: cuando el tipo dice: cosa ajena-funcionario-bien inmueble. etc. etc.

E) Elementos normativos. Son de dos casos el mencionado en el párrafo anterior y el de valoración cultural, y este último existe cuando por ejemplo en el tipo se menciona: casta y honesta - acto erotico sexual - etc. etc..

F) Elementos subjetivos del injusto. La doctrina hace mención en los elementos subjetivos del injusto que consisten en: características subjetivas o sea situadas en el alma del autor.

Posteriormente en nuestro cuadro encontramos como

punto siguiente el sujeto activo el cual es el requerido por el tipo, es un elemento de este ya que no se conside un delito sin aquel debiendose entender por este el que interviene en la realización del delito como actor o coactor.

El sujeto activo puede ser cualquiera y en cuando nos encontramos frente a un delito común o indiferente pero en ocasiones el tipo exige determinado sujeto activo es decir una calidad en determinado sujeto activo, originandose los llamados delitos propios, especiales, o exclusivos, esto quiere decir que el tipo restringe la posibilidad de ser autor del delito de integrar el tipo con relación a aquel que no tiene dicha calidad exigida; concepto de delito especial que poseé a decir de Mezger destacada significación practica de la teoría de la delincuencia, indicando que la limitación del circulo de los que pueden ser actores en los llamados delitos especiales, no supone que las personas que no pertenecen al mismo circulo, esto es, los no cualificados (extraños) no pueden en absoluto ser sujetos activos del delito pues si bien no pueden ser actores en el sentido extricto de la palabra queda la posibilidad de que participen en el hecho como complices y sean por tanto sujetos del delito advirtiendose de lo que antecede la tipicidad solo se dara cuando el sujeto activo tenga la calidad demandada por el tipo.

Por lo que también tenemos delito especial en sentido

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

Luego nos encontramos con los delitos llamados de propia mano son aquellos en que el sujeto activo, esta limitado al igual que los tipos propios, especiales o exclusivos, originandose los delitos de propia mano, que son aquello que la, conducta delictuosa la realiza personalmente el sujeto.

Respecto al número de sujetos activos encontramos lo siguiente:

En orden al número la doctrina divide los delitos en individuales monosubjetivos o de sujeto único y delitos plurisubjetivos, de concurso necesario o pluripersonal.

Monosubjetivo es aquel en que el tipo puede realizarse por uno o más sujetos.

Plurisubjetivos cuando requiere de dos o más sujetos, por otra parte los delitos plurisubjetivos se clasifican en sentido amplio y en sentido propio.

Luego tenemos en otro punto el sujeto pasivo el cual debe existir sin olvidar que "no se da un delito sobre el mismo porque no es admisible un desdoblamiento de la personalidad humana, de modo que esta puede considerarse a un mismo tiempo desde cierto punto de vista como sujeto pasivo y como sujeto activo.

Y cuando la conducta del sujeto recaé sobre sí mismo no viene a ser sujeto pasivo sino objeto delictuoso ahora bien, ¿que debe entenderse por sujeto pasivo? es el titular del bien jurídico protegido por la ley.

Bettiól considera que "en todo delito existen dos sujetos pasivos, uno consiste en el Estado, administración que se hace presente en todo delito, por cuanto que todo delito es violación de interes público estatal; y otro eventual dado que el titular del interes concreto violado por la infracción y que se toma especialmente en consideración por motivo del caso del consentimiento de derecho inherente a la querrela y de la acción civil que puede hacerse valer en el curso de procedimiento civil o en el mismo procedimiento penal.

Problema básico es el relativo a saber quienes son los sujetos pasivos del hecho delictuoso.

Por lo regular el sujeto pasivo del delito es diferen-

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

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

Se puede presentar de acuerdo con la doctrina estas hipótesis en relación al sujeto pasivo:

- A) Que el sujeto pasivo y activo sean los mismos.
- B) Que el sujeto pasivo y el sujeto activo sean diferentes.
- C) Que el sujeto pasivo sea el objeto material.
- D) Que el sujeto pasivo sea diferente al objeto material.
- E) Que el sujeto pasivo sea distinto de la persona sobre la cual se lleva a cabo la conducta o hecho delictuoso,

Y por último encontramos en nuestro cuadro el objeto jurídico o material y vemos que también el objeto forma parte del tipo pues es inconcebible este sin aquel pudiendo ser

el objeto jurídico o material.

Los bienes jurídicos se deben de distinguir en bienes "individuales" y bienes de la "colectividad" en bienes disponibles y bienes no disponibles.

Debemos entender por bien jurídico el valor tutelado por la ley penal.

Y con ello terminamos con lo relacionado a este cuadro pasando ahora al de la página 118.

En el que encontramos en primer término los tipos normales mismos que se refieren en la ley al establecer los tipos, generalmente hacen una descripción objetiva, pero a veces incluyen elementos normativos y subjetivos, en el caso del homicidio en los normativos y de estupro en los objetivos.

El tipo es normal cuando se refiere a situaciones permanentemente objetivas y es anormal cuando se necesita establecer una valoración puede la descripción legal contener conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto y entonces se esta en presencia del elemento subjetivo (engaño en el fraude).

Básicos: Son aquellos ante los cuales se agrupan alrededor otros tipos, por ejemplo: los delitos contra la

vida.

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

Complementados. Los tipos se integran con el básico y una circunstancias distinta (homicidio calificado).

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

Autónomos o independientes. Son los que tienen vida propia sin depender de otro tipo por ejemplo el robo.

Subordinados. Son los que dependen de otro tipo por su caracter circunstanciado por el tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de este al cual no solo complementa sino se subordina. (homicidio en riña)

Formulación casuística. Son aquellos en que el legislador no describe una modalidad única sino varios fines de ejecutar el delito, se clasifican en alternativamente formados

y acumulativamente formados. En los primeros se preveen dos o más hipótesis comisivas y el tipo se complementa o se forma con cualquiera de ellas (adulterio: domicilio conyugal o escandalo) y en los segundos el tipo exige las dos conductas (vagancia y malvivencia).

Formulación precisa se describe una hipótesis única en donde caben todos los medios de ejecución como el apoderamiento en el robo.

De daño o lesión y de peligro. El tipo de daño o lesión es cuando se tutela los bienes frente a su destrucción o disminución (robo, fraude u homicidio) y es de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado (disparo de arma de fuego).

CONCURSO APARENTE DE TIPOS Y PRINCIPIOS QUE LO NORMAN.

Hipótesis de concurso y sistemas para estudiarlo. Fuera de la hipótesis de acto unico con lesión única, como quiera que no existe concurso, ni aún en el caso que la acción se repita inmediatamente, se enuncian cuatro casos de concurso delictivo y los cuales son los siguientes:

A) Una sola acción ocasiona distintas lesiones jurídicas; Concurso formal.

B) Varias acciones producen una sola lesión. Es el delito continuado.

C) Diversas acciones ocasionan varias lesiones: Es el concurso material.

D) EL delito se comete despues de que el agente ha sido sentenciado por uno anterior: reincidencia.

Veamos como Constantino Bernaldo de Quiroz, nos indica que podemos articular en cuatro posturas las relaciones que pueden mediar, desde el punto de vista número, entre dos de los tres términos fundamentales del derecho penal.

A) El delito y el delincuente.

- B) Delito y un delincuente.
- C) Un delito y varios delincuentes.
- D) Varios delitos y varios delincuentes.

Conviene observar que respecto a la reincidencia no existe propiamente concurso, pues aunque el agente comete varios delitos, ha transcurrido un tiempo prudencial entre ellos y se han ejecutoriado los fallos condenatorios en su caso, por lo cual la reincidencia no debe incluirse.

Concurso Formal.- Quien comete varios delitos debe ser reprimido más duramente que el que comete uno solo. Según los clásicos, se da entonces una criminalidad cuantitativa superior. Conforme a los positivistas la acumulación de acciones revela mayor peligrosidad, de modo que el responsable despierta más vigorosamente el mecanismo de la defensa común.

A pesar de la unificación de criterios sobre la más intensa punibilidad del ejecutor de varios delitos, no ha existido acuerdo respecto a la forma como se gradúan las sanciones. Acerca de esta materia se conocen cuatro sistemas los cuales son los siguientes: (23)

(23) Concurso Aparente de Tipos Carlos Pérez. Tratado de Derecho Penal Vol. II, Temis Bogota. Edición Primera Bogota Colombia. 1967. pág. 60.

I. El de la acumulación material: Según el cual deben imponerse penas correspondientes a los delitos cometidos, métodos que como dice Couche, es de aplicación imposible tanto desde el punto de vista objetivo como desde el punto de vista moral. En los países en donde existe la pena de muerte, sería impracticable la acumulación de ésta con una temporal. Además la suma de sanciones privativas de la libertad resultaría a veces tan considerable, que no alcanzaría a pagarla nunca el criminal.

II. El de la absorción, que consiste en aplicar la pena señalada para el delito más grave, y que tiene el enorme defecto de dejar impugna la infracción considerada como de menor importancia, hecho que induciría al delincuente a rodear su acción principal, de una pluralidad de delitos menores, ya que estos escaparían al central de la justicia.

Vemos como existen incluso ya desde el derecho romano tanto la acumulación material con el principio "TOT DELICTA TOT PENA" como la absorción con la formula: "POENA MAIOR ABSORBET MINORE" formula esta que el derecho germanico tomo con más fuerza y como un principio.

Estos dos sistemas son los que desde el comienzo de las codificaciones se divide desde o en el campo de las legislaciones. Pero el sistema germanico mencionado es único,

y no admite subdivisiones; mientras que en el derecho romano se tomó dos matices distintos, dado que, en efecto unas veces la acumulación de penas es matemática como la mencionada y otras veces es jurídica.

ACUMULACION JURIDICA.- Estriba en modificar las penas correspondientes a los distintos delitos, de modo que ganen en intensidad, tomando generalmente la pena aplicable al delito más grave y aumentándola en una proporción determinada.

De estos tres sistemas mencionados, de la acumulación jurídica, de la absorción y de la acumulación matemática, el más extendido y aceptado en las legislaciones es el último mencionado.

Existe una cuarta postura, la cual es mencionada o ideada por Impallomeni, que los delitos concurren, pero no se acumulan; y que siendo así, debe aumentarse la responsabilidad del delincuente al crecer el número de infracciones. "Cada nuevo delito que se realice no es fuente de una responsabilidad nueva, sino una causa ulterior agravante de responsabilidad... Si el autor de varias infracciones se presenta en el juicio con responsabilidad única, no hay cúmulo de responsabilidades penales, sino diversos delitos que actúan como causa concurrentes de una sola incriminación. Y si no hay cúmulo

de delitos, es lógico que menos puede haber cúmulo de penas. La consecuencia directa de esto es que las concurrentes deben ser tratados con unidad de pena, y la unidad de pena es progresiva en razón del número y calidad de los delitos, tomando como punto de partida el que señala para el delito más grave".

CONCURSO IDEAL DE DELITOS.- Concurso ideal de delitos o aparente de infracciones existen cuando con una sola acción se violan varias disposiciones penales. El hecho criminoso puede ser comisivo u omisivo.

Por esto vemos que se da este concurso cuando a la vez de un solo acto, se da por resultado dos o más delitos, incluso heterogeneos, tan unidos, hasta en la propia persona de la víctima, de ordinario, que no es posible distinguirlos sino intelectualmente. Incluso puede decirse que en él, concurren con toda perfección las tres unidades de lugar, de tiempo y de víctima. Supongamos un duelo del que han sobrevenido lesiones, aquí de un solo acto se derivan dos delitos, el duelo y las lesiones. Imaginemos del mismo modo una violación con previo allanamiento de morada, seguido de contagio venereo. Unas lesiones cometidas sobre mujer embarazada, a consecuencia de las cuales se produce el aborto; hay casos sin embargo que aquellas unidades se descomponen creandose situaciones más extrañas como en el ejemplo de el que buscando a su enemigo para ofenderlo, dispara sobre otro y lo hiere,

en cuyo supuesto según algunos prácticos hay una tentativa o mejor, un delito frustrado, de homicidio doloso, y otro considerado de delito culposo, aquel y este sobre personas distintas.

Vemos que el primer elemento del concurso ideal, la UNIDAD DE ACCION, la expresión de un mismo hecho quiere decir una misma acción, porque, nuestra ley, admite ambas para representar la actividad psíquica del agente. Con ellas se traduce también la palabra delito, o sea, la calificación de esa actividad como antijurídica. Hecho pues, significa, conducta, acto, ejecución que modifica el mundo exterior. La ley puede haber dicho igualmente "el que con un mismo acto" o "el que con una misma acción" sin que variare el sentido del precepto; aunque es preciso conservar o convenir que la palabra hecho es la más adecuada porque esta comprende aquellos ya que el hecho es la actividad, psíquica y física; es una consecuencia de las dos fuerzas, (objetiva y subjetiva) para emplear términos de Carrara.

El empleo de la palabra hecho, evita, entre otras cosas, las sutiles distinciones que se vió obligado a formular José Irueta Joyena, en la nota explicativa del código Uruguayo: "acción dice-Irueta, es el género, acto es la especie; toda acción es un acto, pero no todo acto es un acción; en una acción puede haber cierto número de actos; la acción de robar,

por ejemplo, cabe que se halle integrada por tres o cuatro operaciones".

Aclarando tales distinciones, Bayardo Bengoa, recuerda este ejemplo: si Juan sustrae una docena de naranjas de un árbol plantado en el huerto de Pedro, ha cumplido una acción única y un delito simple e instantáneo, aunque haya tenido que realizar doce movimientos es decir doce actos.

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

"El principio de la unidad subjetiva de la acción en el concurso formal delitos, tiene especial importancia, porque si en el ánimo del agente han existido diversas intenciones criminosas, entonces el elemento psíquico, se bifurcando dando vida a distintas modalidades criminosas. . . lo que en el fondo no sería otra cosa que un concurso material".

El criterio subjetivo se complementa así con el objetivo del resultado. Pero esto solo no dice nada. Por eso habiendo una sola intención, como en el caso que acabamos

de mencionar, la ocurrencia de varias violaciones esta unificada en virtud del concurso formal.

Si no se atiende al elemento subjetivo pretende verse solamente el número de violaciones, desaparece el concepto diferencial entre el concurso aparente y el real.

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

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

Independizar el resultado de la vida interna del delito, es tanto como presentar el cuerpo sin alma o una materia sin energía.

La preocupación por descubrir los dos elementos no puede decaer en tratándose del concurso. Entonces es cuando

más debe tomarse en cuenta para conocer la indole de este fenómeno.

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

El adjetivo varios tiene en nuestro idioma el significado de algunos, y señala así de manera general la cantidad de violaciones a las disposiciones, sin que interese en que pertenezcan todos al código o a las diferentes leyes especializadas, lógicamente al código penal. Tampoco importa el grado de las violaciones: consumación, tentativa y frustración.

En el concurso formal existen estas dos hipótesis:

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

B) Cuando se vulnera la misma clase de derechos pertenecientes a dos o más personas, como ocurre con quien, habiendose propuesto matar a una persona, arroja un explosivo al dormitorio de esta y mata también a otra que circunstancialmente se encontraba ahí.

Este último caso difiere del concurso material, en el propósito perseguido: Si el sujeto conocía la presencia de la otra persona y los ataca a ambos hay aquí dos delitos de homicidio cometidos conjuntamente (cada uno de los cuales tiene su propia existencia física y moral); pero si solo se propuso atacar a una, ignorando la presencia de la otra - (a quien también alcanzo) el resultado aunque múltiple, se unifica según las reglas del concurso ideal.

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

Puede ocurrir que la primera violación sea dolosa y la segunda se produzca por culpa.

En este caso las disposiciones infringidas son dos; pero siendo única la acción el concurso es formal.

CONCURSO MATERIAL DE DELITOS.- La diferencia funda-

mental entre el concurso aparente y el concurso material consiste en que el primero la actividad psíquica no corresponde al resultado obtenido; mejor dicho, en el primero la actividad es simple y complejo el resultado.

Desde el punto de vista externo el delito es múltiple, pues se viola más de una disposición penal, pero es único desde el punto de vista moral, ya que el propósito del agente no se encauza sino hacia el fin concreto y singularizado y no hacia uno indeterminado y plural.

En cambio, el concurso material, requiere que cada uno de los delitos cometidos tengan su identidad propia, psíquica y física, cometerse por separado (como cuando se matan para luego robar, los objetos encontrados en la habitación de la víctima o para ocultar otro delito) o conjuntamente (como cuando se arroja una bomba al sitio donde estan varias personas reunidas). Las infracciones son independientes a pesar de la unidad de la comisión. Cada hecho puede ser imputado individualmente.

El cuerpo de cada infracción debe aparecer netamente, en su doble aspecto: Objetivo y subjetivo. Por eso el artículo correspondiente dice que la sanción se aplicara al responsable de varios delitos, esto es, a la persona en quien se reunen todos los caracteres de criminalidad actos para declarar que

han incurrido en una pena.

Por consiguiente los elementos del concurso material son:

A) El agente Unitario, sobre el cual no se necesitan otras explicaciones que los anteriormente mencionados y que llevan a distinguir el concurso real de la coparticipación.

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

C) Unidad de designio, es decir el propósito perseguido sea el de cometer todas esas infracciones.

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

PROBLEMAS SOBRE LA PLURALIDAD DE DELITOS EN EL CONCURSO.

Los delitos cometidos por el mismo agente son:

I. Independientes unos del otro o de otros, sin otra vinculación que la del autor.

II. Unidad entre si formando lo que se llama la conexidad que requiere pronunciamientos especiales, puesto que puede ser:

A) Ideológica o Teológica como la denominan entre otros Bettiol cuando una infracción se conecta con otra en relación de medio a fin, como en el caso de falsificar un documento para cometer una estafa. Algunos autores han visto en esta consideración un solo delito, pues lo que vale es en propósito final que es singular y en tales condiciones psíquicas el delito medio queda absorbido por el otro; tesis combatida por Impallomeni quien sostiene que podía coexistir perfectamente la unidad de la terminación genérica de la pluralidad de determinaciones específicas y que la pena no se impone tomando en cuenta el fin propuesto sino la ofensa de la ley.

En el derecho agredido es donde se recibe la fuerza objetiva del delito.

También Alimena fué de este parecer al observar que el reo tiene necesidad de una determinación dirigida al fin y despues otra determinación dirigida al medio con conciencia de ambos delitos, lo cual hace juridicamente indispensable

las dos lesiones, además "el reo ve los delitos distintos y separados uno del otro y después para su comodidad se unen".

De otra parte hay casos en los cuales la conexión ideológica no se toma en cuenta para acusar por concurso real por la misma ley hace las infracciones múltiples una entidad agravada, por ejemplo: el homicidio que se comete por facilitar cualquier otra infracción, solo se toma en cuenta el homicidio bajo la denominación de asesinato (esto en el código penal de Bogotá, Colombia).

B) Consecuencia, cuando el segundo delito sirve para ocultar el primero, asegurar su producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables.

A veces el segundo delito queda absorbido por el primero.

Fuera de estos grupos quiso constituirse otro de delitos complejos consistentes en quebrantar distintos bienes o intereses jurídicos, cada uno de los cuales se presenta por sí solo un delito, como el homicidio y el robo, la falsedad y la estafa, pero el intento doctrinario por distinguir la clase de los delitos conexos no condujo a nada práctico por lo cual la jurisprudencia hubo de concluir:

"Puede hacerse una distinción entre delitos complejos

y delitos conexos pero la opinión que parece más común hace considerar que el delito complejo es menester que uno de los hechos que la integran sea medio necesario para la realización del otro, de suerte, que haya entre ellos relación de medio a fin y así los dos términos de complejo y conexo se confunden o significan lo mismo".

EL delito complejo ocurre en el concurso formal y en el material, en el primero la complejidad depende del resultado, de la actividad objetiva, pero no del elemento moral, en el segundo depende tanto de la producción de varios delitos como de la intención de ocasionarlos.

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

Así en el adulterio de la mujer, que como delito, no continuado, sino continuo que es en tanto que no cese la relación de adulterio es uno solo así se cometa una sola vez la cópula culpable o muchas.

EL TIPO DEL DELITO DE DISPARO DE ARMA DE FUEGO.

El delito tipificado en el artículo 306 fracción I del código penal vigente admite como cualquier otro diverso clasificaciones, según desde el punto de vista donde se adopte, por lo cual se puede clasificar de la siguiente manera: (24)

A) En orden a la conducta puede ser:

1. Delito de acción.
2. Delito unisubsistente o plurisubsistente.

La conducta típica descrita en el precepto que prevé el mencionado disparo de arma de fuego hace no solo inevitable sino imprescindible la actividad corporal voluntaria de disparar sobre una persona una arma de fuego.

EL precepto contiene a travez de su estructura típica una norma prohibitiva y por ello consagra un deber jurídico de abstenerse a cargo de su destinatario deber de naturaleza diversa al de hacer contenido en las normas preceptivas, cuya violación siempre implica una omisión simple.

(24) Francisco Pavón Vasconcelos y G. Garza. Obra Cita, pág. 58.

El disparo de arma de fuego puede funcionar como delito unisubsistente o plurisubsistente según la acción típica se agote en uno o varios actos; tanto si el agente dispara una sola vez sobre la víctima como si lo hace varias veces en una misma ocasión; por ejemplo hasta vaciar la carga de su pistola, habra cometido un solo delito y no tantos como disparos haya realizado. En el primer caso la acción se agota en un solo acto y en el segundo varios actos integran la misma acción típica de disparar el arma de fuego.

B) En orden al resultado puede ser:

1. Delito instantáneo
2. Delito formal o de mera conducta
3. Delito de peligro concreto

Si se adopta el criterio de la consumación el disparo de arma de fuego tipificado en el artículo 306 fracción I del código penal vigente debe estimarse como delito instantáneo, pues el "disparar" integra todos los elementos del tipo consumando y agotando el delito.

Siendo el disparo de arma de fuego de aquellos delitos en que la conducta (acción) por sí misma llena completamente el tipo, estableciendo perfectamente adecuación con la hipótesis legal, sin requerir ningún resultado material debe ser

considerando un delito material o de mera conducta.

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

Por esa razón se considera el disparo de arma de fuego como un delito de peligro concreto para los bienes jurídicos de la vida y la integridad corporal.

C) En orden al tipo se clasifican en:

1. Tipos autónomos o independientes.
2. Tipo normal.
3. Tipo de formulación libre.
4. Tipo complejo.

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

Dice Jiménez de Azúa que por estar "solos" en la ley y no tener relación con otros, posee plena autonomía. Pavón Vasconcelos dice que el criterio de independencia no debe confundirse con otra peculiaridad de ciertos tipos, nacida de la relación conceptual de sus elementos constitutivos, así por ejemplo: los tipos especiales tienen indudablemente relación conceptual con los tipos básicos de los cuales se forman a pesar de lo cual tienen autonomía e independencia funcional respecto de estos.

En función de la naturaleza puramente descriptiva de sus elementos constitutivos, el disparo de arma de fuego debe clasificarse como tipo normal, dado que para su captación le basta al Juez con un mero proceso de conocimiento excluyendo todo juicio valorativo.

Como ya quedo anotado en el capítulo respectivo a la clasificación a los tipos, encontramos que también existen los anormales, estimando que en estos existen igualmente además de los elementos descriptivos, elementos normativos y subjetivos los cuales obligan al Juez penetrar en el ánimo del agente.

El disparo de arma de fuego se contiene en un tipo de formulación libre, pues en la noción de disparar una arma de fuego a una persona o grupo de personas que constituyen su concepto jurídico se comprenden todas las hipótesis posibles

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

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

Unas veces la figura típica queda perfectamente descrita pero su elasticidad elimina detalles como por ejemplo: los referentes a los modos de ejecutar el hecho.

Sirve de ejemplo el delito de homicidio. En otras hipótesis legales la descripción sin ser casuística es decir sin estar formulada en forma de casos, es detallada en cuanto al objeto y a los medios como ocurre con el robo que se determina el objeto el cual debe ser mueble, así como los medios deberán ser fuerza en las cosas y violencia en las personas.

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

como el de la integridad corporal.

D) En orden al sujeto, se clasifica en:

1. Tipos de sujeto común e indiferente.
2. Tipos monosujetivos.
3. Tipos personal.

En su descripción típica el artículo 306 fracción I no exige ninguna calidad con relación al sujeto activo, ni tampoco por cuanto al sujeto pasivo del delito. No se trata por lo tanto de ningún tipo de sujeto "calificado" o "exclusivo" resultado de ello que el delito de disparo de arma de fuego es un tipo de sujeto común o indiferente pues puede realizar la conducta en él descrita cualquier persona imputable con indiferencias de demás características.

En relación al número de sujetos activos y dado que el artículo 306 fracción I del Código Penal vigente, no precisa en forma necesaria para integrar el delito la concurrencia de varios sujetos en su comisión el disparo de arma de fuego es un delito monosubjetivo lo cual no excluye la posibilidad de un concurso eventual de sujetos en su realización.

Puede aunque en forma excepcional darse el caso de una participación delictuosa en el disparo como sucedería

entre el instigador y el autor material del delito, más ello no varía el carácter de delito monosubjetivo que le hemos atribuido, recordando aquí que son delitos plurisubjetivos los que según el esquema legal considerado no puede cometerse sin la necesaria cooperación de varios sujetos a quienes la ley considera punibles.

Con estricta referencia al sujeto pasivo que no puede ser sino una persona física el disparo de arma de fuego se clasifica como un delito eminentemente personal.

Frente a los delitos personales en función del sujeto la doctrina coloca a los delitos impersonales los cuales se cometen en contra de una persona moral o jurídica, contra el Estado o bien contra la sociedad en general.

Así por ejemplo es delito impersonal entre otros muchos el denominado contra la salud en sus diversas modalidades.

EL BIEN JURIDICO TUTELADO

Respecto al bien jurídico tutelado indicaremos que es el mismo que tutela el delito de homicidio esto según, lo que expone Mariano Jiménez Huerta en su obra titulada: "Derecho Penal Mexicano" volumen II pero con ello no están de acuerdo todos los estudiosos del derecho penal puesto que algunos dicen que el bien jurídico tutelado en el delito de disparo de arma de fuego es EL PELIGRO CORRIDO de la vida y la integridad corporal por lo que existe discusión al respecto.

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

Lo que ha llegado incluso hasta la Suprema Corte de Justicia la cual sustenta diversos criterios respecto al bien jurídico tutelado en el delito de disparo de arma de fuego.

Viendo que sostuvo siempre hasta las ejecutorias dictadas a partir de 1970 que los delitos de disparo de arma de fuego y homicidio eran incompatibles entre sí; por cuanto a los delitos de disparo de arma de fuego y lesiones mantuvo diversos criterios desde la promulgación del código penal hasta el año de 1937 se pronunció por la incompatibilidad entre ambos delitos y a partir de las ejecutorias dictadas de este año hasta 1947 afirmó que cuando a consecuencia del disparo de arma de fuego se ocasionaran lesiones deben imponerse las sanciones de ambos delitos, empero desde el año de 1947 volvió a sostener la tesis de la incompatibilidad con los siguientes argumentos:

"Es criterio de esta primer sala de la corte que el delito de disparo de arma de fuego que tipifica el artículo 306 fracción I del código penal para el Distrito Federal tiene las siguientes características: el elemento moral en este delito es el mismo exigido que en el de homicidio y lesiones; su resultado es el peligro corrido esto es el mismo que se aprecia en la tentativa; su estructura típica la de un delito de peligro concreto contra la vida y la integridad corporal y el bien jurídico protegido en el tipo la existencia o integridad de la vida física; por ello es que el delito de disparo de arma de fuego queda absorbido por el de homicidio o lesiones en el caso de que se cause la muerte de una persona contra la que se dispare o se cause daño en su integridad corporal

ya que ambos delitos son incompatibles entre sí; pues punir el disparo y lesiones equivaldría a punir la puesta en peligro del bien jurídico y el daño causado".

Posteriormente el supremo tribunal introdujo en algunas ejecutorias distingos casuistas pues aunque mantuvo el criterio de la incompatibilidad entre los delitos de disparo de arma de fuego y homicidio en torna al delito de disparo de arma de fuego y lesiones sostuvo que la incompatibilidad existía cuando las lesiones hubieran puesto en peligro la vida no cuando se hubieran ocasionado otra clase de lesiones, casos estos en que existe la compatibilidad pues el daño ocasionado no consume o absorbe el total peligro creado por el delito de disparo de arma de fuego.

Años más tarde la Suprema Corte de Justicia cambió nuevamente de Punto de vista y en sus ejecutorias dictadas a partir del año de 1970 sostiene:

"Si bien es cierto que la jurisprudencia de 1917 a 1965 determina que el disparo de arma de fuego se subsume al homicidio cuando el proyectil produce el resultado mortal tambien lo es que de acuerdo a la reforma practicada el año de 1968 el artículo 306 del código penal para el Distrito Federal y Territorios Federales (actualmente no existen los territorios federales) y sobre todo de los términos de la

iniciativa del ejecutivo para tal reforma se concluye que dicha asimilación ya no tiene efecto desde el punto de vista legal pues se sanciona el disparo de arma de fuego independientemente del resultado y de la sanción que corresponde por la comisión de otro delito".

Por lo que indicamos que no obstante todos los criterios sustentados por la Suprema Corte, el bien jurídico protegido en el disparo de arma de fuego no cambia y siempre se refiere al peligro corrido respecto a la integridad física o a la vida.

Y vemos como después de la reforma de 1967 y dado los términos de la nueva frase: " .. un grupo de personas. Dispare..." una situación especial en la que el disparo no queda consumido en el homicidio o lesiones causados, pues subsiste un peligro más amplio. Nos referimos en el caso en que el sujeto activo hace contra el grupo dos o más disparos y uno de ellos mata o lesiona a un individuo del grupo y con el otro no causa ningún daño, lesión u homicidio. En esta hipótesis no queda consumido en el daño causado a la persona que se mata o lesiona el peligro creado por el disparo y corrido por las otras personas que integran el grupo. Este efectivo peligro persiste en el disparo que no causó daño alguno lesión o privo de la vida, sin que pueda valorarse como consumido por el daño causado a la persona que resulto muerta o herida

a consecuencia del disparo que sí dió en el blanco.

Con este último ejemplo queda claro que el bien jurídico o protegido en la figura típica del disparo de arma de fuego es el peligro corrido o sea el mismo que protege o al cual se refiere la tentativa de lesiones o de homicidio.

Respecto a ello existe el dilema de la compatibilidad y existiendo los criterios que dan autonomía a la figura típica del disparo de arma de fuego respecto a los ilícitos de lesiones y homicidio, pero ello lo estudiaremos en el capítulo correspondiente.

Nos dice Carranca y Trujillo (25) que como en ambos casos se tutela el bien jurídico de la vida humana frente al peligro real y cierto que implica disparar a una persona o a un grupo de personas un arma de fuego es obvio que conforme a los principios más elementales que rige el concurso aparente de tipos resulta imposible también aplicar las sanciones establecidas en el artículo 63 en relación al 302 para la tentativa de homicidio pues son incompatibles con las establecidas en el artículo 306 por el disparo de arma de fuego y por ende no son como textualmente exige el párrafo in fine del artículo

(25) Raúl Carranca y Trujillo. Derecho Penal Mexicano Parte General. Porrúa S.A. Décima Cuarta Edición. D.F. 1982. pág. 194.

306 "las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito".

Respecto al elemento subjetivo del delito del disparo de arma de fuego, independientemente de lo mencionado por la Suprema Corte de Justicia también tenemos la doctrina ya mencionada así como la que a continuación se redacta.

El elemento psíquico de la conducta, según es plenamente sabido, consiste en la voluntad, la cual no trasciende la esfera de la acción o de la omisión. Hablase doctrinalmente del elemento subjetivo del delito cuando se hace referencia a la culpabilidad, carácter indispensable para integrar la infracción penal.

El elemento psíquico en la conducta típica del disparo se identifica con la voluntad o querer que acompaña la acción esto es, con el contenido psicológico de la acción o dicho en otros términos con la voluntad de realizar la propia acción. No basta por tanto disparar una arma de fuego para la existencia del delito. La acción de disparar será perfecta cuando el movimiento corporal, consistente en hacer funcionar el arma, con producción de los elementos naturales consiguientes (caída del gatillo, funcionamiento del percutor, combustión de la pólvora y salida del proyectil) ha sido realizado voluntariamente.

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

Siendo el disparo de arma de fuego un delito formal o de mera conducta el dolo no puede en él ir más allá de la esfera de la descripción típica.

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

CASOS DE ATIPICIDAD

Empesaremos dando el concepto de atipicidad, para que sea más sencillo entender el contenido del presente tema.

ATIPICIDAD. Nos referiremos a este concepto, transcribiendo las diferentes definiciones de los autores.

BALLUE: Considera que hay atipicidad conjuntamente carencia del hecho punible, cuando no hay actos de realización del núcleo del tipo o sea del tipo propiamente dicho.

JIMENEZ DE AZUA: Ha de afirmarse que existe ausencia de tipicidad:

1. Cuando no concurren en el hecho concreto todos los elementos descritos en el código penal.

2. Cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con características de antijurídica.

RANIERI: Piensa que son causas de la exclusión de la tipicidad.

1. La ausencia de una norma a la cual refiere el

hecho.

2. En caso que la norma exista la falta de conformidad de los elementos del hecho y los elementos que componen el tipo.

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

SAUCER: Estima que se da ausencia de tipo cuando no se presenta un caracter del tipo legal en el caso singular.

PORTE PETIT: Si la tipicidad consiste en la conformidad del tipo y este puede contener uno o varios elementos, la atipicidad existira cuando no haya adecuación al mismo es decir cuando no se integra el elemento o los elementos del tipo descrito en la norma pudiendose dar el caso de que cuando el tipo exige más de un elemento puede haber adecuación al tipo en uno o más elementos de este, pero no a todos los que el mismo tipo requiere.

Por lo antes mencionado pondremos las diferentes hipótesis de atipicidad:

PRIMERA. Es la descrita por Mezger.

- I. Cuando falta el sujeto que la ley exige.
- II. Cuando falta el objeto que la ley exige.
- III. Cuando falta el medio de ejecución que la ley exige.
- IV. Cuando falta la referencia especial que la ley exige.
- V. Cuando falta la referencia temporal que la ley exige.
- VI. Cuando falta la referencia de otra índole que la ley exige.

SEGUNDA. La mencionada por RANIERI,

- I. Ausencia de una norma a la cual referir un hecho.
- II. Falta de conformidad entre los elementos del hecho y los elementos que están en el tipo.
- III. Por falta en el sujeto de la calidad exigida en el modelo legal.
- IV. Por defecto del elemento objetivo, en el hecho no existe un hecho jurídicamente relevante.
- V. Por que no es idoneo. En lo siguiente:
 - a) Por que falta el nexo causal
 - b) Por que falta el objeto material
 - c) Por que falta las cualidades al objeto material

b) Por que faltan las modalidades exigidas en la conducta misma.

VI. Por defecto del elemento subjetivo del hecho.

VII. Por falta de algunos de los ulteriores que completan la descripción del hecho.

TERCERA. La mencionada por Jiménez de Azúa:

I. Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto activo.

II. Ausencia de adecuación típica por falta del sujeto pasivo.

III. Ausencia de adecuación típica por falta de objeto

IV. Ausencia de adecuación típica por falta de referencias temporales.

V. Ausencia de adecuación típica por falta del medio previsto.

VI. Ausencia de adecuación típica por carencia de los elementos subjetivos del injusto.

VII. Ausencia de adecuación típica por carencia de elementos normativos.

CUARTA. La mencionada por PORTE PETIT.

Dice que según sea el contenido del tipo así sera

la extensión de la atipicidad o no conformidad de los elementos del tipo, para señalar las atipicidades bastara colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo.

- I. Ausencia del presupuesto de la conducta o del hecho.
- II. Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida por el tipo.
- III. Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida por el tipo.
- IV. Ausencia del objeto jurídico.
- V. Ausencia del objeto material
- VI. Ausencia de las modalidades de la conducta.
 - a) Referencias temporales
 - b) Referencias espaciales
 - c) Referencias a otro hecho punible
 - d) Referencias de otra indole exigida por el tipo
 - e) De los medios empleados.
- VII. Ausencia del elemento normativo
- VIII. Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

Por todo lo antes expuesto, concluimos que las consecuencias de la atipicidad son los siguientes:

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

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

Por lo que encontramos el dogma penal que dice: "NULLUM CRIMEN SINE TIPO" esto constituye la más elevada garantía del derecho penal liberal, al no poderse sancionar una conducta o hecho en tanto no este descrito en la ley penal.

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

REFLEXIONES Y CONSIDERACIONES

En este capítulo en su primer punto lo primero que tenemos es lo relativo al tipo y la tipicidad, en donde se mencionan varias teorías, como son la teoría del tipo de Ernst Beling, en la cual surge en el año de 1906 y misma que da pauta a las demás teorías, así como se estudie en el derecho penal lo relativo al tema (tipo) y nos dice Beling que el tipo es una figura rectora simplemente desligada de los otros elementos o sea de la antijuricidad y de la culpabilidad y sostiene la tesis siguiente: "el tipo firmemente delimitado de la singular especie delictiva considerandolo por tanto como una figura abstracta".

Y luego tenemos que otros autores no están de acuerdo por lo expresado por Beling ya que dicen que el tipo es el presupuesto general del delito dando paso a la fórmula NULLUM CRIMEN SINE TIPO o sea que no hay delito sin tipo.

Entonces encontramos que el contenido del tipo puede ser meramente objetivo, o puede ser objetivo normativo; o conjuntamente objetivo, normativo y subjetivo; o bien subjetivo y objetivo. Por lo cual el concepto de el tipo debe ser en el sentido de una conducta o hechos descritos en la norma o en ocasiones una mera descripción objetiva, conteniendo además según el caso elementos normativos y subjetivos o ambos.

Todos los datos que la ley exige para que un hecho sea considerado como delictivo, constituye elementos específicos o propios de esta (elemento objetivo).

Y respecto al elemento subjetivo este es más complejo, encontrando que se refiere a la culpabilidad como son las expresiones: "a sabiendas" "el que sin el propósito de matar", así como a los móviles como cuando dice el precepto: "el que sin ánimo de lucro" "al que para satisfacer un deseo erótico sexual", así como a ciertos estados de conciencia, como ocurre con la atenuante de la riña o dolor provocados injustamente. Por lo cual los propósitos o intenciones exigidas constituyen el dolo específico.

También tenemos los elementos normativos, mismos que se tienen en cuenta cuando la ley exige condiciones de valoración jurídica, puesto que no son objetivos ni subjetivos, por ello se denominan a tales elementos formas anormales de tipicidad y son ejemplo aquellas expresiones producidas así "personas validamente casada" en el delito de bigamia.

Pero también existe como ya dijimos otras teorías en relación al tipo y las cuales son las siguientes: teoría de la pura coordinación y misma que se refiere a la prelación lógica en el delito, ya que primero debe existir una conducta o hecho y después de ello la adecuación al tipo.

Luego se encuentra la denominada el tipo como función indiciaria de la antijuricidad (teoría del indicio) y misma que es sostenida por Mayer el cual dice que el tipo penal es un indiciario de antijuricidad o sea que toda conducta que se ha conformado a un tipo debe estimarse presuncionalmente antijurídica. Y respecto a esta existe la crítica que no es exacto que toda la conducta o hecho que se adecuó al tipo sea presuncionalmente antijurídica, habida cuenta que la conducta lícita o ilícita desde su nacimiento, pues de otra manera habría que admitir de acuerdo con la ratio cognocendi que al no existir una causa de ilicitud la conducta tendría que ser presuncionalmente antijurídica.

Y luego tenemos la teoría como ratio esendi de la antijuricidad (teoría de la identidad) en donde mencionan los autores que el tipo es la ratio esendi de la antijuricidad ya que cuando existe una conducta que se adecua al tipo esta lleva en si misma la antijuricidad, al no ser que exista una causa de justificación que señala la misma ley.

Y tenemos también la teoría de la antijuricidad como ratio esendi del tipo esta teoría es totalmente contraria a la expuesta anteriormente ya que su autor: Blasco Fernández nos dice que en la antijuricidad es donde hay que buscar la ratio esendi de la tipicidad ya que si una determinada conducta humana es antijurídica por ello mismo se expone en el catálogo de los delitos o sea se tipifica, esto cuando no existan causas

de justificación alguna y dice que es gravemente antijurídica en cuanto es contraria a las normas de conducta o cultura en que el estado encuentra su base jurídica y conforme a los cuales orienta su función creadora del derecho que no haya visto el legislador para defender dichas normas.

Y existe también la teoría de concreción y de conocimiento, misma que es expuesta por Arturo Rodríguez Nuñez y dice que el tipo tiene una función más modesta ya que es de concreción cuando existiendo la norma anteriormente, la tipicidad la limita y encuadra la conducta antijurídica; y de conocimiento cuando coincidiendo típicamente un acto la aparición de la antijuricidad y el tipo este último es indispensable al conocimiento de la primera, agregando que realmente con esta tesis vuelve a ser un elemento del delito algo puramente descriptivo ya que su uso como es expresarnos que porción de la antijuricidad debe ser sancionada con una pena.

Así llegamos en este capítulo a la tipicidad en donde Beling dice que es la adecuación al catálogo o la adecuación típica y nos dice Jiménez Huerta que el tipo es la descripción de conducta que a virtud del acto legislativo queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad, con expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre, vivificando activamente al tipo en virtud de su subordinación o vinculación con la descripción típica escogida

en la ley. Y vemos que a ello se agrega que la adecuación típica es un concepto dinámico ya que presupone la existencia de una conducta vinculada a un tipo y en el directamente subsumible o a el legalmente ligada por un nexo de temporal dependencia.

Y vemos que la tipicidad tiene las siguientes características.

La tipicidad es una característica esencial del delito, es un requisito del hecho según el derecho punitivo, es uno de los elementos esenciales del delito es la que constituye una relación conceptual.

Así llegamos a los elementos del tipo y su clasificación, en donde primero se mencionan cuadros sinópticos y a continuación describimos cada uno de ellos, así se encontraron lo siguiente:

Con los elementos típicos objetivos y los cuales se dan frente a cosas, y sus casos externos, perceptibles por los sentidos así como los elementos típicos subjetivos los cuales se refieren a sucesos psíquicos que se realizan en el interior de el autor y también los que no se encuentran en el interior del sujeto (autor) y citamos como ejemplo el hecho de causar escándalo.

Así como los elementos típicos normativos en donde se debe realizar un juicio ulterior relacionado con la situación de hecho y por lo que encontramos elementos típicos del juicio cognitivo en los cuales el juez deduce de este juicio con arreglo a los conocimientos generales que ofrece la experiencia en el caso de enjuiciar los hechos. Así como los elementos típicos de juicio valorativo los que exigen una valoración en sentido estricto y luego tenemos los elementos típicos relacionados con el autor encontrando al sujeto y viendo que puede ser cualquier persona, subjetivamente limitados por delitos especiales, por delitos de propia mano y por delitos especiales de autores.

Y llegamos a la acción la cual es indiferente en el modo que se ha llevado a cabo y en forma general se ve junto con el objeto de la acción por lo cual se debe entender el objeto material sobre el que la acción es ejecutada y se diferencia del objeto de protección que es el que la ley depara exclusivamente para eso o sea para su protección y por lo cual el objeto de acción es la cosa material y en cambio el objeto de protección es el derecho de propiedad sobre la cosa.

Así mismo tenemos los medios o formas de comisión especialmente mencionadas y en el objeto de protección propiedades determinadas, de modo que no están incluidas en el tipo de las acciones que no responden a estos requisitos.

Así como tenemos los tipos relacionados con el resultado y los cuales son de peligro y de lesión. Y como su nombre lo dice son tipos el primero que requiere de un resultado para que se dé el ilícito y el segundo únicamente es por medio del peligro corrido, aunque no se tenga un resultado en concreto, y un ejemplo es el delito material de este estudio o sea la figura típica del disparo de arma de fuego.

Tenemos los tipos fundamentales, los simples y los compuestos así como los fijos y los mixtos y por último los cerrados y los que necesitan un complemento, todos los cuales no es necesario realizar una mención puesto que han quedado claros en el presente capítulo.

Después de las diferentes clasificaciones que se dan, llegamos a una parte de suma importancia en el estudio que llevamos a cabo lo cual es el concurso aparente de tipos y los principios que lo norma, ya que en base a esto analizaremos en capítulos posteriores lo relacionado a la tentativa de lesiones y de homicidio en relación al disparo de arma de fuego.

Y vemos que se mencionan las hipótesis de concurso así como los sistemas para estudiarlo, encontrando que se enuncian cuatro casos los cuales son:

Cuando una sola acción ocasiona distintas lesiones jurídicas lo que se denomina concurso formal y en el cual encontramos:

La acumulación material según la cual debe imponerse penas correspondientes a los delitos cometidos, pero en la practica es muy difícil llevarlo a cabo desde el punto de vista objetivo como desde el punto de vista moral, ya que a veces la suma de sanciones privativas de libertad resultaría a veces tan considerable que no alcanzaria a pagarla nunca el criminal. Así tenemos en el mismo concurso formal el criterio de la absorción que consiste en aplicar la pena señalada para el delito más grave y el cual tiene el defecto de dejar impugne la acción que ocasiono el delito considerado de menor importancia, hecho que ocasionaria que el delincuente a rodear su acción principal de una pluralidad de delitos menores ya que estos escaparían al control de la justicia. Y tenemos un tercer sistema el cual se denomina: Acumulación jurídica, mismo que estriba en modificar las penas correspondientes a los distintos delitos, de modo que ganen en intencidad, tomando generalmente la pena aplicable al delito más grave y aumentandola en una proporción determinada. Este sistema es el más extendido y aceptado en las legislaciones. Existiendo un cuarto el cual se denomina responsabilidad única en la que se sostiene que los delitos concurren, pero no se acumulan y que siendo así debe aumentarse la responsabilidad del

delincuente al crecer el número de infracciones y el principio de esta postura es "cada nuevo delito que se realice no es fuente de una responsabilidad". Si el autor de varias infracciones se presenta en el juicio con responsabilidad única, no hay cumulo de responsabilidades penales, sino diversos delitos que actúan como causa concurrentes de una sola incriminación. Y si no hay cumulo de delitos es lógico que mucho menos puede haber cúmulo de penas, la consecuencia directa de esto es que las concurrentes deben ser tratados con unidad de pena y la unidad de pena es progresiva en razón del número y calidad de los delitos tomando como punto de partida el que señala para el delito más grave".

Como vimos en el presente capítulo, existe el concurso ideal mismo que se refiere al concurso ideal de delitos y es cuando existe con una sola acción la violación a varias disposiciones penales.

Y tenemos que el primer elemento del concurso ideal es la unidad de acción la expresión de un mismo hecho quiere decir la unidad de acción.

Siendo el segundo elemento del concurso ideal la pluralidad de lesiones jurídicas y en ello se explica que infringir varias disposiciones en materia penal es cometer un número plural de delitos, no importando el grado de las

violaciones o sea consumación, tentativa y frustración.

Y existen dos hipótesis las cuales son, la primera de ellas cuando se atacan derechos diversos y la segunda cuando se vulnera la misma clase de derechos pertenecientes a dos o más personas, este último caso difiere del concurso material en el propósito perseguido y como ejemplo tenemos cuando el sujeto conocía la presencia de otra persona y ataca a ambas, logrando matar a ambas, existe aquí el delito de homicidio cometidos conjuntamente (cada uno de los cuales tiene su propia existencia física y moral), pero si solo se propuso atacar a una ignorando la presencia de la otra el resultado aunque multiple se unifica según las reglas del concurso ideal.

Existiendo también el concurso material de delitos, encontrando que la diferencia fundamental entre el concurso aparente y el concurso material consiste en que el primero la actividad psíquica no corresponde al resultado obtenido o sea que la actividad es simple y complejo el resultado, en cambio el concurso material requiere que cada uno de los delitos cometidos tengan su identidad propia tanto psíquica como física, aquí las infracciones son independientes a pesar de la unidad de la comisión.

El cuerpo de cada infracción debe aparecer netamente en su doble aspecto, objetivo y subjetivo.

Por lo cual encontramos que los elementos del concurso material son:

El agente unitario sobre el cual no se necesitan otros elementos, la variedad de infracciones, unidad de designio es decir el proposito perseguido sea el de cometer todas las infracciones penales así como exclusión de la reincidencia, esto es que sobre el agente no haya recaído la condenación de delitos con anterioridad cometidos a los del concurso.

En este capítulo también se mencionan los problemas sobre la pluralidad de delitos en el concurso.

Encontrando que estos son independientes uno del otro, sin otra vinculación que la del autor. También una unidad entre si formando lo que se llama la conexidad que requiere pronunciamientos especiales ya que puede ser: teológica cuando una infracción se conecta con otra en relación de medio a fin. Y en consecuencia cuando el segundo delito sirve para ocultar el primero, asegurar su producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables.

Y por último vemos que el delito complejo ocurre en el concurso formal y en el material, en el primero la complejidad ocurre en el concurso formal y en el material, en el primero la complejidad depende del resultado de la activi-

dad objetiva, pero no del elemento moral, en el segundo depende tanto de la producción de varios delitos como de la intención de ocasionarlos.

La repetición de acciones delictuosas en los cuales es indiferente para su existencia que los actos en que consisten sean únicos o varios, en estas no existe concurso formal de delitos.

Y llegamos así al punto IV de este capítulo en donde se analiza el tipo del disparo de arma de fuego, teniendo lo siguiente:

En orden a la conducta puede ser de acción, así como unisubsistente o plurisubsistente: así como en orden al resultado es delito instantáneo, delito formal y delito de peligro concreto; en orden al tipo se clasifica en autónomo o independiente, así como normal, como tipo de formulación libre y tipo complejo; en orden al sujeto se clasifica en tipo de sujeto común o indiferente, tipo monosubjetivo y tipo personal.

Respecto a cada una de las formas anteriores, no tiene caso volver a indicar la definición de cada una de ellas, toda vez que ya ha quedado claro en el presente estudio.

Teniendo que seguir con el bien jurídico tutelado

en el delito de disparo de arma de fuego, encontrando que el bien jurídico tutelado es el peligro corrido de la vida y la integridad corporal, ya que respecto a esta afirmación existe discusión no solo en la doctrina, sino incluso en la jurisprudencia puesto que hay criterios diversos, así encontramos que algunos autores y tesis jurisprudenciales que indican que el bien jurídico tutelado en el disparo de arma de fuego es la vida o la integridad corporal.

Llegamos así al último punto del presente capítulo en donde se encuentra la definición de lo que es atipicidad, misma que debemos entender por la no adecuación al tipo es decir cuando no se integra el elemento o los elementos del tipo descrito en la norma, pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo exige más de un elemento puede haber adecuación al tipo en uno o más elementos de este pero no a todos los que el mismo tipo requiere.

Por lo que podemos afirmar que la atipicidad se refiere cuando existe la descripción en la ley de la conducta y ésta (conducta) no se adecua a esa descripción y no es lo mismo que la ausencia del tipo, ya que ello es cuando no existe descripción de la conducta o hecho en la normal penal.

CAPITULO CUARTO

LA AUTONOMIA EN RELACION A ESTE DELITO

Es importante dejar aclarado que quiere decir la palabra autonomía toda vez que de esta depende una controversia en nuestro derecho, respecto al delito de disparo de arma de fuego, como veremos más adelante en el presente capítulo y así tenemos que el significado de la palabra autonomía es el siguiente:

- A.- Estado y condición del pueblo que goza de entera independencia.
- B.- Condición del individuo que de nadie depende en ciertos conceptos
- C.- Potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios o regiones para regirse mediante normas propias. (26)

De los anteriores conceptos concluimos que autonomía se refiere a independencia a tener vida propia a no depender de algo para poder ser para vivir por lo cual esta aplicado al campo jurídico quiere decir que es un precepto que tiene

(26) Diccionario Enciclopédico Salvat. Ilustrado. Tomo I.
Reader's Digest México, S.A. de C.V. Décima Séptima Edición. San Mateo Tecolapan Estado de México. 1982. pág. - 312.

vida propia y que no depende de otros conceptos o de otros preceptos para subsistir.

Por ello tenemos que el disparo de arma de fuego se dice que es autónomo toda vez que no depende de otros conceptos y que tiene vida propia, pero sobre de esta afirmación existe controversia y por ello lo analizaremos en el punto siguiente, ya que hay criterios afirmando la autonomía y otros negando dicha autonomía, refiriéndonos con ello a la autonomía del disparo del arma de fuego por lo cual tenemos que referirnos a ambas posturas.

CRITERIOS EN FAVOR DE SU AUTONOMIA (27)

Los autores que sostienen esta teoría indican que el disparo de arma de fuego tiene subsistencia propia y entre estos se encuentra: Sebastián Soler, el que indica que los que impugnan que el disparo de arma de fuego no tiene autonomía, son los que tienen la tendencia a considerar los mismos como un caso de homicidio frustrado, pero que ello se debe a que cargan demasiado la tónica de la tentativa en la intención con desmerito de elemento acción, agregando que no es posible sostener que el delito en cuestión constituye necesariamente una tentativa de homicidio o una frustración de homicidio y por eso cree impropio llamarse a este delito "Homicidio imperfecto".

También Eusebio Gómez al dar una crítica del código argentino menciona que el artículo 104 en el cual contiene el precepto del disparo de arma de fuego, no es como dice Jiménez de Azua una simple amenaza de hecho y que este ilícito es por sí solo un precepto con vida propia y que no depende de ningún otro para tener substantividad.

Y como ya vimos anteriormente Carranca y Trujillo (28)

(27) Celestino Porte Petit Candaudap. Doctrina Sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal. Editorial Porrúa S.A. Octava Edición. 1987. pág. 315.

(28) Raúl Carranca y Trujillo. Obra Citada, pág. 220.

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

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

Carranca y Trujillo que lo anterior es perfectamente válido incluso cuando a consecuencia del disparo se producen lesiones leves o levisimas: el agente en este caso resulta beneficiado si se compara la pena de las lesiones con la

pena del disparo de arma de fuego en el supuesto de que no hubiera lesionados. Y nos dice que Jiménez Huerta califica el precepto que estamos analizando de absurdo y anacrónico, pero nos vuelve a indicar Carranca que no obstante lo anterior es un precepto que debe subsistir por la imposibilidad de resolver plenamente las dudas que surgen en la hipótesis mencionada de que en tal clase de conducta el dolo del agente sea eventual.

Y vemos como nos cita el autor de nombre Groizard como el que argumenta que el disparo debe ser hecho con conciencia y voluntad de ejecutarlo por parte del agente; sin la intención de privar de la vida o de lesionar, pues en estos casos constituiría tentativa acabada de lesiones o de homicidio, este comentario es realizado haciendo referencia al código penal español.

Vemos que Juan José González Bustamante nos dice respecto al disparo de arma de fuego: "constituye una figura autónoma en tanto que el daño puede causarse con el disparo sea potencial en tanto no se produzca el resultado dañoso porque entonces desaparece dicha figura delictiva, para subsumirse en el delito de lesión o de homicidio o de daño que se hubiera producido con el disparo ya que sería monstruoso y antijurídico imponer una pena por el riesgo que ocasione el disparo a la vida o integridad corporal y cuando con el mismo disparo

se produce un daño como homicidio o lesiones o sea sumar a lo anterior que se impone por razón del peligro corrido la que corresponde por el daño causado".

Respecto al criterio aceptando la autonomía del delito de disparo de arma de fuego hay jurisprudencia la cual también existe en contrario, apuntando en seguida únicamente la correspondiente al criterio en estudio.

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

"Los elementos materiales constitutivos del delito de disparo de arma de fuego según su descripción legal son: A) Un disparo de arma de fuego. B) Que dicho disparo sea - - sobre una persona. El segundo elemento puede comprobarse por la concluyente circunstancia que el lesionado lo sea como con-

secuencia de dicho disparo. (Tesis XII página 412 A.J).

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

"Cuando el disparo cause la privación de la vida solo debe aplicarse la pena correspondiente al homicidio, porque este último delito absorbe al del disparo de arma de fuego; pero cuando solo resulten lesiones debe aplicarse tanto la pena que merece por el delito de lesiones así como la que merece por el del disparo de arma de fuego, y no debe tomarse en consideración la clase de arma empleada bastando que reúna en su mecanismo la combinación necesaria para producir el disparo (S.J. tomo LXXXVI página 1795).

El artículo sanciona el disparo hecho sobre alguna persona independientemente de la pena que corresponda por el daño causado, debiendo interpretarse este precepto legal en el sentido de que el legislador quiso castigar la peligrosidad que implica toda agresión por medio de un disparo de arma de fuego y cuando el daño que resulte solo sea el de la privación de la vida solo debe aplicarse la pena correspondiente al homicidio, porque este delito absorbe al de disparo de arma de fuego que se convierte en el medio adecuado para la consuma-

ción de aquel; pero cuando solamente resulten lesiones debe aplicarse la pena correspondiente por ellas y la que corresponde por la del disparo. (S. J. tomo LII página 1231).

El delito de disparo de arma de fuego no incluye al de lesiones inferidas por el proyectil de armas pues el delito del artículo 306 fracción I código penal vigente, tiene existencia jurídica no obstante que como consecuencia del disparo resulte el paciente lesionado...ya que de otra manera no tendría aplicación en ningún caso la disposición de la ley sustantiva mencionada. (S. J. tomo LVIII página 493).

Vemos por último que la Suprema Corte que en sus ejecutorias dictadas a partir del año de 1970 sostiene que "si bien es cierto que la jurisprudencia número 110 página 232 de la segunda parte de la compilación de 1917-1965 determina que el disparo de arma de fuego se subsume en el homicidio cuando el proyectil produce tal resultado mortal, también lo es que de acuerdo a la reforma practicada el año de 1968 al artículo 306 fracción I del código penal vigente y sobre todo de los términos de la iniciativa del ejecutivo para tal reforma, se concluye que dicha asimilación ya no tiene efecto desde el punto de vista legal pues se sanciona el disparo de arma de fuego, independientemente del resultado, de la sanción que corresponde por la comisión de cualquier otro delito" (Apéndice

ce del Seminario de la Federación de 1975 segunda parte, primera sala tesis 120, página 257 y 258).

CRITERIOS EN CONTRA DE LA AUTONOMIA (29)

Respecto a este criterio uno de los autores que los sostienen es Mariano Jimenez Huerta en donde nos da una crítica a este delito de disparo de arma de fuego y para ello dice:

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

Por otra parte, su industriosa creación legal además de presentar un palmario anacronismo ya que da la sensación de que todavía los jueces carecen de formación jurídica la ley los provee de cerebros mecánicos para que puedan desplegar su función instituye un verdadero premio en beneficio de autores de atentados gravísimos contra la vida humana, quienes en vez de ser sancionados por la pena del homicidio en grado de tentativa, lo son con la especial y mucho más benigna- "de

(29) Mariano Jiménez Huerta. Obra Citada, pág. 222.

tres días a tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos" que señala el artículo 306. Y si bien en las épocas en que el derecho penal vivía en las tinieblas eran concebible dado lo movedizo de su suelo y los escollos muchas veces insalvables que encontraba a su paso que se emprendiese por los sinuosos caminos contruidos artificiosamente no lo es ahora en lo que los problemas penales se encausen por la vía natural que conduce al seguro puerto. Y esta ruta infalible está canalizada por el artículo 12 en relación al 302, pues si el disparo puso en peligro la vida de la persona atacada es meritorio que se ejecutaron hechos directa e inmediatamente a la realización de un delito de homicidio que no se consumó por causas ajenas a la voluntad del agente. En el actual momento se desarrolló en nuestra ciencia argüir que no es posible conocer la verdadera intención del que dispara una arma de fuego contra otro.

Con base a estos argumentos y a las diversas circunstancias y antecedentes concomitantes a los hechos bien puestos en relieve por la práctica, ya Carranca fijó como criterio lógicos que hacen presumir que el culpable tuvo intención de matar: PRIMERO: La índole del acusado. SEGUNDO: las precedentes manifestaciones de su ánimo. TERCERO: la causa por la que delinquo. CUARTO: la naturaleza de las armas empleadas. QUINTO: el número y dirección de los golpes cuando fueren dependientes de su voluntad.- También Ellero dice que existen

presunciones e indicios que descubren el propósito criminoso: Quien hiera a muerte se entiende que quiere matar y no herir, pues es cosa sabida que hiriendo de alguna manera se mata todo hombre sabe que una herida hecha con tal instrumento y en tal sitio suele sin duda alguna ocasionar la muerte. Son así mismo datos que revelan el propósito legal, el odio mortal, las amenazas anteriores al delito y la satisfacción posterior. Y en nuestros días, Finzin ha puesto en relieve la serie de antecedentes y circunstancias que evidencian que la ejecución consumada o intentada de un hecho lascivo para la vida concurre el animus necandi, forman dicha cadena de hechos y circunstancias: A) El medio empleado. B) La dirección, el número y la violencia de los golpes. C) Las condiciones de espacio, tiempo y lugar. D) Las circunstancias conexas a la acción delictiva. E) Las manifestaciones del culpable así como sus actividades anteriores y posteriores al delito. F) Las relaciones entre el autor del delito y la víctima. G) La causa o el motivo por el que se delinquo. H) La índole del culpable.

Y vemos como al igual que Jiménez Huerta, hay otros autores como Luis Jiménez de Azua y José Oneca consideran que este delito que solo por excepción encuentra concordancias en alguna legislación extranjera es una desdichada creación legal a la que no ha podido dotar de contenido los esfuerzos de la jurisprudencia y el empeño de algunos autores, y dicen

que sean simples amenazas de hecho cuando el culpable no tuvo intención de matar o lesionar y será tentativa o frustración de homicidio, lesiones según el caso; pero jamás ofrece por sí solo carácter sustantivo para formar de él, un delito especial.

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

José Peco ha expuesto que este delito carece de contenido propio y además de dar otros argumentos a favor de esta tesis nos dice que el arma es el medio para la comisión del delito, al igual que la violencia de las amenazas del engaño, pero de manera alguna el delito es en sí mismo, siendo el disparo de armas un instrumento para cometer un homicidio, una lesión, una amenaza o una coacción pero no reviste la objetivi-

dad jurídica en un delito. Como la fiebre no es una enfermedad sino un síntoma.

Nos dice Porte Petit (30) que los casos que pueden presentarse al disparar un arma de fuego sobre una persona no puede concebirse ello sin la intención de causarle algún daño; lesiones y homicidio, llegándose a la conclusión que el disparo de arma de fuego no es sino una tentativa acabada de lesiones o de homicidio, cuyos elementos subjetivos consisten en causar o querer causar las lesiones o la privación de la vida.

Respecto a este criterio también existe jurisprudencia a favor del mismo y la cual se apunta en seguida:

"El delito de disparo de arma de fuego tutela como bien jurídico la seguridad de las personas tratando de evitar el riesgo de perder la vida mismo que se produce cuando alguien dispara una arma de fuego sobre una persona, pero si en su caso determinado el disparo lesiona al ofendido el riesgo de causarle un daño se convierte en la realización de un daño, y como este se propuso o puso en peligro la vida, en consecuencia sería indebido imponer doble pena por el mismo

(30) Celestino Porte Petit Candaudap. Obra Citada (27), pág. - 318.

hecho de haber puesto en peligro la vida del ofendido, con lo que el delito de disparo de arma de fuego, debe quedar subsumido en el de lesiones que pusieron en peligro la vida (Amparo directo 8898/987, primera sala, página 38).

EL DELITO DE DISPARO DE ARMA DE FUEGO EN RELACION A SU CLASIFICACION

Para la elaboración de este capítulo nos basaremos en los elementos del tipo en general así como en su clasificación, lo cual se encuentra en el capítulo tercero del presente trabajo, pero esto aplicándolo al delito denominado disparo de arma de fuego.

Así tenemos que debe existir un elemento objetivo en donde se refiere a los elementos descriptivos del tipo los cuales se dan frente a cosas y sucesos externos, perceptibles por los sentidos, y en el caso de disparo de arma de fuego vemos que son: "las personas" o "persona" el elemento objetivo, puesto que si dicho disparo no se dirige a persona o grupo de personas, dicho ilícito no se configura, por lo que puede realizarse un disparo al aire, siendo esta conducta no la descrita en la ley y por lo tanto no ilícita.

Luego tenemos el elemento subjetivo lo que se refiere a sucesos psíquicos que se realizan en el interior del autor, encuadrando en este elemento la intención del sujeto, lo cual viene a ser en el delito de disparo de arma de fuego el elemento subjetivo o sea "la intención" para que exista la figura a la cual nos estamos refiriendo debe existir el elemento subjetivo mencionado en realizar dicho disparo hacia

persona o grupo de personas, para que se configure el delito y por lo cual este siempre tiene como elemento el dolo.

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

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

Así tenemos que la acción en el delito de disparo de arma de fuego es accionar el arma con la finalidad de que el disparo sea dirigido hacia persona o grupo de personas. Y el objeto de la acción es precisamente realizar el disparo de arma de fuego sobre persona o grupo de personas y el objeto

de protección es el peligro corrido, por lo cual vemos un claro ejemplo de que no siempre es lo mismo el objeto de la acción y el objeto de protección.

Y luego tenemos los delitos de acción, resultado y de peligro, siendo el disparo de arma de fuego encuadrado en los delitos denominados de Peligro, ya que para que exista el disparo de arma de fuego, no es necesario que se de un resultado ya que el bien jurídico tutelado en este delito es el peligro corrido por lo que con el simple hecho de poner en peligro la integridad corporal o la vida se configura el delito.

Así mismo vemos que el disparo de arma de fuego es de los llamados tipos simples ya que para que se configure no se requiere de otro tipo para que se lleve a cabo la conducta ilícita, y por lo cual es un tipo de los llamados fundamentales ya que para su existencia no requiere de tipo alguno como ya se dijo.

También lo podemos encuadrar en los tipos de formulación casuística ya que son en los que se señala casuísticamente la conducta productora del resultado típico tal y como sucede en el disparo de arma de fuego entendiéndose como resultado típico el peligro corrido.

Respecto al sujeto activo, cabe hacer mención que en el disparo de arma de fuego puede ser cualquiera el sujeto activo, toda vez que en el tipo no se describe a sujeto activo en especial, con alguna característica y vemos que en relación al tipo refiriéndonos al sujeto activo puede ser monosubjetivo, puesto que puede ser realizado por uno o más sujeto el delito.

Vemos que en otro orden de clasificación el tipo de disparo de arma de fuego es de los llamados normales puesto que se refiere a situaciones permanentemente objetivas. Ya que en momento alguno incluye concepto cuyo significado resuelva en un estado anímico del sujeto y por ello no hay descrito en el tipo un elemento subjetivo.

Así vemos como el disparo de arma de fuego presenta las clasificaciones antes mencionadas.

CUADRO SINOPTICO CONSIDERANDO AL DISPARO DE ARMA DE FUEGO COMO DELITO AUTONOMO

Vemos que si se acepta al disparo de arma de fuego como un delito autónomo pueden presentarse las figuras siguientes:

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

2.- Cuando se realiza el disparo de arma de fuego con la intención de lesionar (*animus laedendi*) y producto de este disparo se causa la muerte de otro nos encontramos con la figura típica de homicidio preterintencional con el disparo de arma de fuego.

Y si producto de este disparo se causan lesiones, nos

encontramos entonces con las lesiones y el disparo de arma de fuego.

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

Lo antes expuesto siempre y cuando se le de autonomía al disparo de arma de fuego, lo cual se encuentra fuera de la realidad como se demostrará posteriormente en las conclusiones del presente estudio.

Y para sintetizar lo anterior lo haremos en forma de cuadro sinpótico en la página continua.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO

1.- Con intención de matar (animus necandi).

Se mata

Homicidio y Disparo

Se lesiona

Tentativa acabada de homicidio y disparo

Se mata

Homicidio preterintencional y Disparo

2.- Con intención de lesionar (animus laedendi)

Lesiones y Disparo

3.- Con intención de lesionar o matar

No se produce el resultado

Homicidio o lesiones y Disparo

tentativa acabada de

REFLEXIONES Y CONSIDERACIONES

En este capítulo analizamos el concepto de autonomía, así como los criterios que existen en favor de la autonomía del disparo de arma de fuego y los criterios que existen en su contra, así como la clasificación del disparo de arma de fuego como delito autónomo.

Encontramos que autonomía es en general aquello que tiene independencia, vida propia, por ello encontramos que el delito de disparo de arma de fuego tiene vida propia ya que no depende de ningún otro delito para existir.

Pero ello no es definitivo toda vez que existen criterios en contra de la autonomía de este delito.

En relación a los criterios que están a favor de la autonomía del disparo de arma de fuego citamos a varios autores, entre ellos a Sebastian Soler, Eusebio Gómez, Carranca y Trujillo el cual nos indica que el disparo de arma de fuego es autónomo y dice que ante la dificultad de probar un dolo eventual en la tentativa acabada de homicidio o de lesiones, se ha optado por hacer autónoma la conducta del disparo de arma de fuego.

Y también tenemos varios autores que están en contra

de la autonomía de dicho delito, entre ellos se encuentran: Mariano Jiménez Huerta, Luis Jiménez de Azua José Antón Oneca, Quintillo Saldaña, José Peco así como Porte Petit.

Estos autores indican que los casos en que puede presentarse el disparo de arma de fuego no pueden concebirse estos sin la intención de matar o lesionar, llegándose a la conclusión que el disparo de arma de fuego no es sino una tentativa acabada de lesiones o de homicidio, cuyo elemento subjetivo consiste en causar o querer causar las lesiones o la privación de la vida.

Así mismo tenemos en este capítulo la clasificación del disparo de arma de fuego en relación a el tipo, encontrando que es normal, teniendo un elemento objetivo, un sujeto activo y en relación a este es un delito monosubjetivo, así como debemos tomar en cuenta la intención del agente.

Y lo principal que es un delito de los llamados de peligro, toda vez que el bien jurídico tutelado en este es el peligro corrido para la vida o la integridad corporal, debiendo no con ello tener un resultado, ya que no es necesario para la integración de este delito.

Y por último tenemos el cuadro sinpótico considerando al disparo de arma de fuego como delito autónomo, poniendo

de relieve las situaciones que se presentan si se considerase a este delito en forma autónoma, por lo cual en algunas hipótesis se da el homicidio con el disparo, como es cuando se tiene la intención de matar por medio del disparo de arma de fuego y se logra el resultado pretendido o sea privar de la vida.

Así como se puede dar el homicidio preterintencional con el disparo cuando se tiene la intención de lesionar por medio del disparo de arma de fuego pero se causa privar de la vida (homicidio). Vemos con estos dos ejemplos que el disparo de arma de fuego como delito autónomo no debía de existir, tal como se probara en el capítulo correspondiente.

CAPITULO QUINTO

CONCEPTO DE TENTATIVA

Para poder comprender el tema es preciso indicar que la tentativa es una de las partes del camino criminal o sea una fase del INTER CRIMINIS y para lo cual vamos a seguir una orientación común y para ello tenemos que el proceso objetivo del delito se integra: (31)

- A) Fase Oral
- B) Los Actos Preparatorios
- C) La Tentativa o Comienso de Ejecución
- D) La Fase Consumativa

Analizaremos brevemente cada una de ellas para luego dedicarnos a lo que es la tentativa.

A) La fase oral solo es reprimible excepcionalmente, se cumple con la exposición del agente que hace de sus intenciones. En otros términos por las amenazas proferidas pública o privadamente o el anuncio calculado o no de realizar una infracción.

(31) Francisco Pavon Vasconcelos. La Tentativa. Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición. México, D.F. 1982. pág. 33.

B) Los actos preparatorios que se cumplen con aparente finalidad delictiva y cuya duración es indeterminada. Por ejemplo conseguir una arma, observar costumbres de la víctima, comprar un veneno. Estos actos son equivocados para la doctrina clásica y por eso no debe ser materia de represión; frente a esa posición se levantan algunos positivistas, que reclaman amplio arbitrio para que el juzgador pueda apreciar si estuvieron específicamente dirigidos a la perpetración del delito o si eran indiferentes.

En este aspecto es preferible el criterio clásico por la seguridad que infunda a los derechos personales y por que evita los peligros de una investigación como la que son sometidos los presuntos responsables de alguna conducta como la descrita.

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

C) Los actos ejecutivos en que la intervención criminosa se manifiesta exteriormente; el delito proyectado entra en el período de acción, pero no se realiza, es la tentativa configurada en el artículo 12 del código penal y vigente y que estudiaremos por separado.

D) Los actos consumativos en los cuales el inter crimi-

nis presenta estas etapas:

PRIMERA. El delito se realizó plenamente, caso sin dificultad ninguna, pues la acción tuvo el desenlace que era de esperarse según las circunstancias concurrentes.

SEGUNDA. El delito que quería realizarse sobre un objetivo concreto no afectó a este sino a otro debido a error o accidente.

TERCERA. El agente una vez iniciado el camino criminal se detuvo en el antes de ejecutar el delito.

CUARTO. El hecho fué cumplido psíquica y materialmente pero no tuvo eficacia por haberlo impedido un suceso cualquiera, independientemente de la voluntad del agente.

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

Una vez que se ha escrito sobre el camino que hay que recorrer para cometer un delito pasamos a analizar lo que es la tentativa y sus generalidades.

Existen fundamentos para que la tentativa sea punible ya que el delito tentado fué figura conocida sino cuando el

derecho romano tuvo pleno desarrollo, por lo que el derecho sajón no tuvo en cuenta la tentativa toda vez que no ocasionaba perjuicio. Desde entonces han sido elaboradas diversas teorías para razonar la punibilidad de la tentativa a las cuales nos referiremos y por ello mencionamos las más discutidas así como la crítica a las mismas.

1. PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA EN RAZON DEL PELIGRO CORRIDO

Es el fundamento clásico desde Feurbach hasta Carrara adoptado por algunos especialistas en la materia. El primero mencionado indico que el conato es punible por que viola una norma, poniendo en peligro el bien jurídico tutelado en ella.

Así Carrara reafirmó que aunque no existe daño inmediato la razón política para imputar la tentativa reside en el riesgo: "Este hace las veces de daño, aunque falta fuerza objetiva y también aunque resulte incompleta su fuerza subjetiva". Pero de todas maneras el conato existe ya que es la intención de causar daño y el riesgo de ejecutarlo. En la intención reside el elemento moral; en el riesgo el elemento físico, esa intención debe aparecer perfecta y directa, pues, si hay incertidumbre los jueces no pueden reconocerla, para admitir el peligro es indispensable un perjuicio de ejecución".

Analogamente opina Bettiol pues "si el peligro es

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

CRITICA. A lo antes mencionado existe la siguiente crítica:

En la tentativa no concurre un mero peligro de violación, sino una violación autentica de la norma. "La ausencia del efecto criminoso demuestra que no existe relación entre el acto y el resultado determinante del peligro. Si el disparo de una arma de fuego no ha dado en el blanco, es evidente que como se ha fallado no hay ninguna relación de causalidad entre aquel y el resultado tenido y por lo tanto el peligro no existe. Toda conjetura en torno a las posibles consecuencias de un hecho que se ha agotado sin producirlas es un contrasentido.

en la tentativa el peligro es inexistente tanto en la abstracta prevención de la norma como en la realidad fenoménica. Si un disparo que ha dado en el blanco, es por que evidentemente aquel disparo en esas circunstancias, no tenía capacidad para producir el daño, no era peligroso. En rigor el peligro solo es efectivo solo cuando el hecho

incurrido se ha verificado, esto es, solo cuando el delito se ha consumado. Si la tentativa consiste en el peligro, entonces aquella debería de quedar siempre impune. Por lo tanto, el agente debería ser castigado por la voluntad del peligro y en consecuencia debería coincidir la acción la noción de tentativa con la de delito de peligro".

2. EL CONATO, FUNDADO EN LA PELIGROSIDAD DEL SUJETO

Es la alegación positivista para responsabilizar al agente, el cual revela un notable estado peligroso, que puede evidenciarse en circunstancias distintas o más favorables a su propósito. Fracasado su intento bien puede el sujeto auspiciar otro y aún realizarlo plenamente. Es la capacidad de delinquir la que debiera tomarse en cuenta, capacidad que varía según la personalidad del agente.

Esta posición positivista esta sustentada por Garofalo, Berenini, Florían y Fioretti entre otros.

CRITICA. La noción positivista es subjetiva, contrariamente a la clasica que es objetiva, pues considera principalmente la ejecución material y de allí el que denomine a la tentativa delito imperfecto. Pero la sola subjetividad es inconveniente para valorar el hecho cumplido. Es de la fusión de los elementos moral y material de donde surge una

verdadera comprensión al problema, tanto en el conato como en el delito consumado y el que se frustró.

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

3. LA TENTATIVA PUNIBLE POR LA ALARMA SOCIAL QUE PRODUCE

Es la tesis de MARIO PAGANO para quien la falta de consumación alcanza a despertar la alarma en los asociados: "el delito perfeccionado lesiona siempre los derechos ajenos, pero la tentativa ofende la tranquilidad y la seguridad".

CRITICA. Del delito tentado solo se tiene noticia cuando ha cesado el peligro, de modo que la hipotética alarma no alcanza a surgir plenamente. A veces aunque haya alarma, la tentativa no se configura por que carece de medios idoneos. "Por otra parte si la razón de la tentativa fuera la perturbación social, el hecho tentado sería SUI GENERIS, cambiando la tentativa del delito por la del delito de tentativa. Y debería castigarse como tentados no solo las infracciones culposas, sino también aquellos hechos que aun cuando no alcanzan a tener forma de delitos culposos, sin embargo denuncian

una alarma, un peligro social, según esta tesis debería castigarse a quien se divierte disparando a un árbol, exponiendo a los que pasan y produciendo alarma colectiva.

4. LA TENTATIVA VIOLA EL SENTIMIENTO DE SEGURIDAD

Es el punto de vista de Pessina para sancionar el conato, porque aunque no haya daño material proyectado por el agente si menoscaba y perturba el orden público así como el orden jurídico, dando lugar a que los asociados se afecten en la sensación de seguridad tan necesaria como la seguridad misma.

CRITICA. El orden jurídico se viola más no se pone en peligro; pero si por orden jurídico debe entenderse el conjunto de normas integrantes del mismo es absurdo pensar que la tentativa, como el delito mismo tiene virtualidad universal y revolucionaria para trastornarlo. El hecho singular llamado delito cuando más trae riesgos contra los intereses tutelados sin que alcance a determinar una ofensiva victoriosa contra las instituciones establecidas. Admitirlos así sería convenir en la insignificancia o debilidad de estas, cuestión que la practica desmiente, porque en todo momento aún en los períodos de transición de un gobierno a otro gobierno y de un sistema a otro sistema, la fuerza pública provisional o permanente se mantiene alerta para precaverse contra los aten-

tados en grande escala.

Una vez que ha quedado escrito los razonamientos por los cuales se creó la figura que estamos estudiando con sus respectivas críticas, pasamos a analizar lo que es la tentativa.

La construcción técnica de la tentativa no aparece en la historia del derecho penal hasta el período denominado Derecho intermedio como ya había quedado apuntado, en que los prácticos se prestan a formularla. Partiendo de los tres momentos esenciales del proceso delictivo. Alberto de Gandino distinguió perfectamente entre el mero propósito el conato de delito y la consumación. Posteriormente la doctrina se ocupó de dar una definición acabada de la tentativa pero peso a los distintos conceptos formulados por los autores siempre ha flotado como certera por breve y exacta la conocida definición de Romagnosi: "tentativa es la ejecución incompleta de la infracción".

Con el fin de orientar a los aplicadores de la ley y perfilar la figura como para su distinción del delito consumado y el supuesto fin de la frustración los legisladores han conseguido definiciones de la tentativa de marcado saber descriptivo.

Y vemos como dan algunos autores la siguiente definición: "hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debiera producir el delito por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento". En esta descripción concebida en términos bastante exactos, existe un cuidadoso empleo de las palabras.

Efectivamente la expresión "dar principio a la ejecución del delito por hechos exteriores" distingue a la tentativa del mero proposito, el advierio directamente en sentir de Silvela para separar la tentativa de los actos preparatorios que pueden considerarse indirectamente encaminados a la ejecución del delito. Que el culpable "no practique todos los actos de ejecución que debiera producir el resultado" separa a la tentativa del delito frustrado y finalmente que la no perfección del delito sea debido a "causa o accidente que no sean su propio y voluntario desistimiento" permite redondear la figura separandola de los supuestos de impunidad.*

Por lo cual analizaremos cada uno de los elementos de la tentativa.

PRIMER ELEMENTO. El fin criminoso:

Es esta resolución de cometer el delito dice Mezger

deben aparecer contenidas todas las características del tipo que de realizarse encarnarían en la ejecución típica del delito consumado.

Por lo cual dice Carrara que "es necesario abandonar la consideración de lo que sucede para seguir la consideración de lo que en el preconcepto del agente debía suceder.

Tan evidentemente es esto, que el comienzo de las infracciones por culpa no puede convertirse en tentativa punible, por que falta en ese comienzo el propósito delictivo. Esta razón excluye el conato de los delitos preterintencionales, figuras en las cuales debe aceptarse el delito base dentro de los propósitos del agente pero no más allá. Puede darse la tentativa de lesiones pero no de homicidio preterintencional. En cambio si existe el grado de tentativa en la aberratio ictus en la cual hay intención de delinquir.

SEGUNDO ELEMENTO. El comienzo de ejecución.

El culpable a "de dar principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores" pero "no practica todos los actos de ejecución que debería producir el delito". El proceso ejecucional del delito intentado tiene dos límites:

A) Un límite mínimo, integrado por los llamados

actos preparatorios, cuyo estudio haremos posteriormente.

B) Un máximo de límite constituidos por la parte terminal de procesos delictivos.

La tentativa se mueve entre estos dos, es más que los actos preparatorios y es menos que la frustración y consumación. Pero ¿Donde podremos situar la línea de acabamiento? Teóricamente la cuestión no ofrece dudas, pero en la práctica se presentan obstáculos casi insuperables.

Y prosiguiendo con nuestro estudio vemos que existen varios criterios para determinar entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos.

1. Criterio cronológico: que tiene en cuenta la proximidad del hecho al resultado ideal perseguido, según el cual los actos preparatorios son los remotos y actos ejecutivos los más cercanos al resultado querido.

2. El de la índole propia del acto: que hace referencia el carácter equivoco de los preparatorios y a la univocidad de los ejecutivos.

3. El del origen según el cual se singulariza el acto preparatorio por su carácter casual.

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

TERCER ELEMENTO. La idoneidad de los medios:

Los medios que se emplean deben ser idoneos para el resultado que se pretende refiriendonos logicamente al delito por que si dichos medios no son idoneos estaremos frente a la figura denominada delito imposible.

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

Pero la idoneidad del medio no debe considerarse exclusivamente desde el punto de vista objetivo, sino hay que encuadrarla dentro de la acción total realizada por el sujeto.

SI el fin perseguido es el que tipifica el resultado de la conducta criminal tentativa, las leyes de casualidad disminuye su importancia y por eso mismo el medio adquiere un significado relativo. Un medio abstractamente inidoneo

puede ser utilizado con pericia para producir el hecho punible. Por el contrario un medio idóneo puede resultar inútil para la aplicación irracional o contraproducente del sujeto. Verbi-gracia un palillo de dientes no es apto para matar, pero clavado en la parte del cerebro infantil no protegida por la caja craneana, es suficiente para ese resultado. De allí que se imponga esta triple consideración respecto a la estimativa de la tentativa.

- I. Los medios dirigidos al delito ¿eran idóneos?
- II. Aplicando tales medios ¿Podía el agente conseguir el propósito?
- III. El acto en las circunstancias concretas que lo rodean ¿era apropiado para ocasionar un resultado de daño o peligro?

Las tres cuestiones remontan al análisis de la acción: "el que quiere debe querer algo en concreto y para querer debe querer los medios necesarios para la consecución del propósito. El que quiere el fin quiere los medios, esto es parte de la estructura de la acción. Por lo tanto el medio es inherente al fin del agente.

El propósito anima, invade desde el principio hasta el fin la vida de la tentativa y el solo hasta para darle sentido en un acto. Establecida la falta del fin de matar

con fundamento en un conjunto de circunstancias que excluyan la univocidad de los actos dirigidos al homicidio, pero que señalaban un innegable propósito de causar lesiones resulta suficiente el uso de un medio que podría en un homicidio tentado resultar idóneo para causar la muerte pero que corresponde al propósito de lesionar al agente. El concepto de medio es relativo y concebible solo con referencia al fin.

CUARTO ELEMENTO. Interrupción de la acción que no obstante los mencionados puntos anteriores el resultado no se lleve a cabo por causas ajenas a la voluntad del agente.

La interrupción de la acción en la fase consumativa por operarsele circunstancias ajenas a la voluntad del agente, dichas circunstancias son clasificadas en:

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

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

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

Para cerrar el presente punto analizaremos el código penal vigente en lo referente a la tentativa y en el cual encontramos en el artículo doce la definición de la misma en los siguientes términos:

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

Nos dice Carranca y Trujillo (32) que lo primero que tenemos que distinguir es la diferencia entre tentativa punible y tentativa impune. La primera requiere que el delito no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, pues si no se consuma a causa de ésta-tentativa con propio desistimiento-no será punible.

Como nos indica Pavón Vasconcelos la prevención actual

(32) Raúl Carranca y Rivas. Raúl Carranca y Trujillo. Código Penal Comentado. Editorial Porrúa S.A. Décima Edición. México, D.F. 1983. pág. 48.

de la tentativa no solo omite la referencia concreta del acto consumativo del delito lo cual en todo caso no presentaría especial relevancia, en tanto que puede derivarse de la última parte del mismo párrafo la propia distinción sino que se encuentra construido sobre la base del criterio temporal que a nadie convence y que ya Beling ha criticado. El criterio cronológico de temporalidad en nada alcanza aclarar la naturaleza de la figura del delito tentado y por cuanto a la dirección que se estima debe ser entendida como univoca, tampoco se presenta como elemento suficiente para determinar su naturaleza; se hace necesario buscar nuevos elementos como así mismo investigar en el origen de la norma para tratar de encontrar un criterio suficiente valido para individualizar la tentativa punible.

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

Al respecto no deben considerarse incluidas en el contenido del presente ni los actos preparatorios ni el delito imposible, aún cuando el texto literal aparentemente aparezca admitirse una y otra posibilidad. Ya nos dice Palacios que no puede prepararse lo impreparable, de donde quedaría excluida

la acción absolutamente inidónea, frente al caso de imposibilidad por inexistencia del objeto, se presenta como caso de atipicidad y por tanto inexistencia del delito por no haber un bien jurídico protegido; por último por cuanto se refiere a la posibilidad o posible punición a los actos preparatorios bajo el orden o la creencia que el legislador haya querido o haya sido su propósito punir la preparación del delito.

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

LA TENTATIVA EN EL DELITO DE HOMICIDIO

La norma suscrita en el artículo 12 del código penal vigente, permite sancionar el delito de homicidio en grado de tentativa, bien se trate de un comienzo de ejecución del delito o de la realización total del proceso ejecutivo sin llegarse al resultado de la muerte por causas ajenas a la voluntad del agente. La expresión hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente permite hablar de Tentativa Inacabada y Tentativa Acabada de homicidio. (33)

Habra tentativa inacabada (tentativa propia, delito tentado o conato) de homicidio cuando se COMIENZA LA EJECUCION DEL HOMICIDIO pero no se agota el proceso ejecutivo necesario para llegar a la consumación del delito en virtud de la intervención de factores extraños a la voluntad del agente que dejan incluso dicho proceso y por ende impiden la consumación del resultado de privación de la vida.

Un ejemplo de lo anterior sería el caso de quien habiendo consebido la muerte de otro propinandole pequeñas dosis de veneno para hacer aparecer la muerte como natural

(33) Antonio P. Moreno. Curso de Derecho Penal Mexico, Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. Edición Primera. México, D.F. 1944. pág. 128.

es sorprendido al tratar de introducir una segunda dosis de la sustancia venenosa en los alimentos de la víctima.

En este ejemplo hay tentativa inacabada de homicidio pues se "ha comensado a matar" al propinar la primera dosis de veneno, pero no se ha agotado el proceso de ejecución del delito por haber faltado realizar contra la voluntad del agente los actos subsecuentes necesarios para producir el resultado.

Habra tentativa acabada de homicidio cuando habiendose realizado todos los actos y agotado el proceso ejecutivo, el resultado de muerte no sobreviene debido a causas ajenas a la voluntad del sujeto. Tal sería el caso de quien propinando la dosis conveniente de veneno para producir como resultado la muerte, pero esta no acontece debido a la oportuna intervención médica en el mencionado ejemplo el delincuente ha agotado el proceso ejecutivo y no se ha producido la muerte por causas ajenas a su voluntad.

La distinción de ambas formas de tentativa tiene importancia, pues para imponer la pena los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiese llegado en la ejecución del delito según suscribe el párrafo segundo del artículo 12 del código penal vigente.

La tentativa de homicidio deja de ser punible cuando

la muerte no se produce en virtud de causas propias del agente, esto es, cuando el sujeto se arrepienta en forma activa, evitando la defunción del ofendido. En el primer caso se hace referencia al desistimiento el cual consiste en el abandono de la actividad criminal por motivos variados, mientras en el segundo se requiere una actividad cuya finalidad va a destruir la eficacia causal de los hechos realizados y agotadores del proceso ejecutivo, razón por la cual se le denomina: "arrepentimiento activo".

En el ejemplo utilizado anteriormente, habrá desistimiento si el sujeto activo después de haber hecho ingerir las pequeñas dosis de veneno a la presunta víctima abandona su propósito criminal y omite continuar realizando los demás actos ejecutivos del delito. Si la dosis administrada es suficiente e idónea para producir la muerte pero el activo del hecho con su actuación evita el resultado haciendo intervenir a quien puede proporcionar auxilio médico o bien actuando directamente logra el mismo fin de hacer ingerir a la presunta víctima el contraveneno indicado desaparece la tentativa punible de homicidio por operar el arrepentimiento activo. No obstante en el desistimiento como en el arrepentimiento, el sujeto responde penalmente por los hechos realizados cuanto por si constituyen un delito, por ejemplo si causa lesión a consecuencia de haber administrado el veneno.

Habra imposibilidad de integrar la tentativa de homicidio cuando los medios empleados sean ineficaces o falta de objeto sobre el cual pueda recaer la actividad criminal (delito imposible). Quién proponiéndose privar de la vida a otro utiliza una sustancia inocua atribuyéndole subjetivamente un poder letal que carece, no responderá de tentativa de homicidio pues el resultado (privación de la vida) es imposible de realizarse atendiendo a la ineficacia causal del medio empleado.

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

Porte Petit menciona lo siguiente:

TENTATIVA ACABADA DE HOMICIDIO, Elementos:

- a. Intención de cometer el homicidio
- b. Una total realización de los actos de ejecución
- c. No realización del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

TENTATIVA INACABADA DE HOMICIDIO, Sus elementos

son:

- a. Intención de cometer el delito
- b. Un comienzo de ejecución
- c. No realización del homicidio por causas ajenas a la voluntad del agente.

El mismo autor recordando las formas en que se expresa la conducta en el homicidio señala los elementos de la tentativa: acabada o inacabada, cometidas mediante comisión por omisión de la siguiente forma:

En la tentativa acabada de homicidio por comisión por omisión en:

- a. Intención de cometer el delito de homicidio.
- b. Una total ausencia de actos de ejecución (total inejecución) es decir la no realización de la conducta esperada (un no hacer)
- c. No consumación del homicidio por causas ajenas a la voluntad del agente.

El comienzo de inejecución depende del tiempo en que haya la intervención de causas ajenas es decir, hasta antes del momento en que exista una inejecución total. Por

tanto, cuando el sujeto realiza "la acción esperada" existiendo un comienzo de inejecución estaremos frente a una tentativa desistida.

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

"La ley requiere para que exista la tentativa de un delito la concurrencia de dos elementos constitutivos A) un principio de ejecución de una acción delictiva, cierta, precisa. B) una suspensión de dicha acción delictiva, por causa o accidente, que no sea el propio y espontaneo desistimiento del agente activo del delito, pero no se acredita en grado que se analiza y de que se acusa al reo, si los actos de ejecución no fuerón completos, precisos y determinados a su logro y no pueden estimarse como tales, el haber sacado una pistola o haber hecho además de sacarla".

Semanario Judicial de la Federación, XCII, quinta época.

También la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado, respecto a la tentativa acabada de homicidio lo siguiente:

"Tratándose de los grados inferiores del delito en

el caso de homicidio frustrado, el cuerpo del delito debe darse en la comprobación de la intención homicida para lograr la materialización exterior consistente en haber disparado una arma de fuego lo cual corresponde a diversas situaciones subjetivas tales como amedrentar, pretender lesionar etc. etc., y por tanto si los únicos elementos que pueden relevar la intención del agente, son las declaraciones de los testigos, que dijeron haber oído decir al acusado: "ahí viene fulano y el tal de menjano y ahora me las van a pagar" tal expresión no puede confundirse ni equivale a la amenaza de muerte, porque causar puede en cualquier momento cualquier daño o mal diferente al de privar de la vida a aquellas personas; por lo tanto si el acusado dispara contra ellas sin causarles daño, es violatorio de garantías, el auto de formal prisión que tuvo por comprobado el cuerpo del delito de homicidio frustrado".

Semanario Judicial de la Federación, LXIII, quinta época.

Profundizando en el estudio del homicidio en grado de tentativa acabada, vemos que esta se da en los siguientes casos:

- A) Homicidio frustrado, sin causar daño alguno al sujeto pasivo.

B) Homicidio frustrado, causando daño (lesiones) al sujeto pasivo.

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

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

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido a este respecto:

"Si la víctima declara que por dificultades de índole amorosa el acusado le agredió con un cuchillo para lo cual arrojó primeramente a la tierra y en esa postura (víctima) le dirigió varios golpes lesionandola y que se salvo de ser muerta por la intervención de los policías y el acusado declara que al agredir a la ofendida tenía la intención de matarla, porque estaba cegado por la ira y que no lo consiguió porque el cuchillo era de mala calidad y se dobló y porque cuando estaba lesionandola llegó la policía así mismo el juzgado

dió fé de que el arma empleada se dobló como consecuencia de los golpes inferidos de todos esos datos aparece ampliamente comprobado que el acusado ejecuto hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito de homicidio, no consumandose el hecho por causas ajenas a la voluntad del agente como lo fuerón la inutilización del arma, la presencia de la policía; por lo cual no se violaría de garantías la sentencia que impone pena por el delito de homicidio en grado de tentativa".

Semanario Judicial de la Federación. LXIII quinta época.

También existe la pregunta ¿Existe tentativa en el homicidio culposo?

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

En general todos los autores sostienen lo anterior, respecto a ello también existe la siguiente pregunta: ¿Existe tentativa en el delito de homicidio preterintencional? La tentativa en el delito de homicidio preterintencional no es

admisible por falta de dolo respecto de la muerte producida;
por tanto no puede haber tentativa inescabada o acabada de
un resultado no querido.

LAS LESIONES FRENTE A LA TENTATIVA .

El delito de lesiones es un delito material en que no se da un proceso ejecutivo, la tentativa constituye una hipótesis viable y punible en el delito de lesiones de conformidad a la norma amplificadora del artículo 12 del código penal vigente. (34)

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

Poniendo atención en lo que se menciona en el artículo 288 del código penal vigente en donde nos describe el delito de lesiones, encontramos que no solo hace referencia genérica

(34) Antonio P. Moreno. Obra Citada, pág. 195.

a dicho resultado o sea "toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano" sino también subraya la expresión "si estos efectos son producidos por una causa externa" su vinculación con el antecedente material que le determina. Los artículos 289 al 293 del mencionado ordenamiento indican con la frase ..." al que infiera". concretizan ese antecedente material en una conducta humana al propio tiempo que describen y especifican la relevancia penal del resultado. Y dado que el delito de lesiones es un delito material no existe ningún impedimento antológico para que pueda conectarse al mismo ejemplo típico de la tentativa.

Ya Carrara subrayo que "la esencia de este delito consiste en un acto material que produce el efecto de disminuir en el hombre sin destruirla el goce de su personalidad ahora ocasionandole dolor físico, ahora causandole perjuicio a su cuerpo o perturbando su inteligencia. Si tales efectos no se alcanzarán, pero fuerón queridos por el agente y los actos que realizó eran idoneos para causarlos, surge el título de la lesión intentada o frustrada.

Todo comportamiento finalísticamente orientado a lesionar la integridad personal del sujeto pasivo es subsumible en el dispositivo típico de la tentativa (artículo 12) cuando

por causas ajenas a la voluntad del agente no alcance a consumarse el resultado propuesto. Constituye tanto tentativa de lesiones alzar el brazo armado con bastón y descargarlo sobre cualquier persona que logra esquivarlo, correr tras el sujeto pasivo con un palo en la mano sin lograr darle alcance, etc. etc.

No obstante el principio general que acaba de asentarse existen casos en los que la propia estructura y el peculiar sistema del código excluyen la posibilidad de la tentativa. No es configurable en la lesión que ponga en peligro la vida (artículo 293). Una conducta idónea para poner en peligro la vida y finalísticamente orientada hacia ese fin, constituiría una tentativa de homicidio sino fuera por que según el peculiar sistema del código integró en forma *Sui generis* ahora un delito de disparo de arma de fuego (art. 306-I) ahora un ataque peligroso (306-II).

Es configurable la tentativa en los casos de lesiones siempre y cuando aparezca plenamente acreditado que el sujeto activo se propuso consumir el concreto resultado. No sería lógico negar la existencia de tentativa de lesiones gravísimas descritas en el artículo 292 cuando por ejemplo con una navaja barbera, el sujeto activo hubiera intentado cercenar a otro los testículos o con un hierro ardiendo producir ceguera.

Y es intuitivo que cuando no conste un resultado concreto que se propuso alcanzar quien realizo actos idoneos para lesionar y finalisticamente orientadas hacia ese fin-verbigracia-correr tras el sujeto pasivo blandiendo un palo sin llegar a alcanzarlo, el amplificador tipico del articulo 12 del Código penal debiera concretarse con la lesión levisima descrita en el párrafo primero del artículo 289 del código penal vigente.

No obstante en lo mencionado anteriormente dado el sistema de punibilidad seguido por nuestra legislación en relación a este delito en las que para fijar la sanción deberá atenderse preferentemente a la mayor o menor gravedad de la lesión y a sus consecuencias, es imposible a lo menos en la mayoría de los casos la demostración en el proceso de la clase de lesión que hubiera podido resultar en caso de consumación del delito tanto más que es muy frecuente la preterintencionalidad y el dolo eventual careciendo de base el juez para aplicar la pena de la tentativa.

Por ello vemos que la mayoría de los jueces han acudido al criterio de aplicar la pena más benigna, ya que esta es una laguna que presenta nuestra legislación.

En las lesiones es aplicable los principios de tentativa o sea cuando los medios empleados resulten idoneos para lograr el resultado típico consistente en la alteración de

la salud o daño corporal o bien cuando falte el objeto material mismo sobre el cual recae la conducta delictuosa, pues en ambas ocasiones se esta frente a un delito imposible.

LA TENTATIVA EN RELACION AL DISPARO DE ARMA DE FUEGO

Respecto a este punto existe controversia entre los autores toda vez que algunos afirman la existencia de la tentativa en el delito de disparo de arma de fuego pero otros niegan esta postura por lo que procedemos a mencionar argumentaciones en ambos sentidos.

Pavón Vasconcelos (35) que a primera vista dice que considerando el carácter formal del delito debiera pensarse en la imposibilidad de la integración de una tentativa de disparo de arma de fuego recordando la idea expresada por Rocco de que no es posible un peligro de un peligro. No obstante preciso es reconocer que en aquellos delitos formales en los que la acción admite la posibilidad de su fraccionamiento en varios actos (delitos plurisubsistentes) puede agotarse alguno o algunos que sin agotar el proceso ejecutivo den lugar a una tentativa punible cuando la consumación no se verifica por causas ajenas a la voluntad del agente, esta posibilidad es admitida por Nuñez cuando indica que toda tentativa constituye un acto ejecutivo del propósito de disparar un arma de fuego contra otra persona, cuando no se logre el disparo o bien cuando este es desviado de su dirección por causas ajenas a la voluntad del agente.

(35) Pavón Vasconcelos y G. Garza López. Los delitos de Peligro para la vida, pág. 63.

Jiménez Huerta (36) así como Carranca y Rivas (37) sostienen en sus obras respectivas una controversia respecto a la existencia de la tentativa de disparar una arma de fuego sosteniendo su existencia primero Jiménez Huerta y luego negandola el segundo autor mencionado por lo cual se transcribe lo que indican cada uno de estos autores, incluso haciendo alusión a la obra contraria según sea el caso.

Nos dice Jiménez Huerta que es premisa de consumo establecida en la elaboración jurídica penal que cuando la ley excepcionalmente erige en tipos autónomos delicta sui generis-conducta humana que ontológicamente no son otra cosa que actos preparatorios o tentativas de otros delitos, es conceptualmente imposible ampliar la base típica de aquellos pues los actos anteriores a los que recoge dicha base carece de naturaleza ejecutiva. Este principio general empero, admite excepciones pues si la elaboración científica pretende recoger la riquísima gama fenoménica que la vida ofrece no puede encasquillarse en dogmas abstractos de universal e inmutable vigencia. El quid radica en resolver si la tentativa esencialmente eregida como delicta sui generis abarca todos los actos ejecu-

(36) Mariano Jiménez Huerta. Tomo I Derecho Penal Mexicano.
Tomo II. pág. 221

(37) Carranca J. Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano.
Código Penal Comentado. pág. 643.

que dichos actos fueron elocuentemente inidoneos para crear un peligro efectivo para el bien jurídico tutelado sean insubsumibles en el espíritu de la tentativa o en el dispositivo de la tentativa como por ejemplo: acaece cuando se aprieta el gatillo de una arma inservible o descargada o cargada con pólvora o sin proyectil.

Respecto a ello dice Carranca y Rivas lo siguiente

El profesor Jiménez Huerta sostiene que en el delito de disparo de arma de fuego es configurable la tentativa pero en el ejemplo que ofrece nos asalta una duda (apretar el gatillo de una arma de fuego sin que el proyectil salga disparado porque hubo un encasquillamiento) ¿No sería posible hablar de homicidio en grado de tentativa? Prima facie se podría argumentar que en tal hecho caben igualmente otras dos hipótesis: las lesiones en grado de tentativa y el disparo de arma de fuego en grado de tentativa. ¿Por que se elige a la tentativa en cuanto al disparo?

La cuestión desde luego no es fácil para Jiménez Huerta la posibilidad de tentativa en el caso se funda porque fuera de la conducta descrita como dice delicta sui generis

se pueden concebir otros actos de indole ejecutivo cuya realización presupone un peligro para el bien tutelado; pues aparte de los actos ejecutivos-disparar el arma de fuego-existen otros directamente encaminados a la realización de dicha conducta, piensa Jiménez Huerta que implican también un peligro real y efectivo para el bien jurídico de la vida como por ejemplo apretar el gatillo del arma sin que salga el proyectil por causas ya expuestas.

Ahora bien si como dice Jiménez Huerta "fuera de la conducta descrita como delicta sui generis pueden concebirse otros actos de indole ejecutiva cuya realización presupone un peligro corrido para el bien tutelado" o sea que se trata de actos" aparte de los actos ejecutivos" es precisamente a nuestro juicio esta calidad "marginal" de tales actos (porque se ofrecen de la conducta descrita y aparte de los actos ejecutivos) lo que nos hace pensar en la imposibilidad de la tentativa del disparo de arma de fuego. El mismo Jiménez Huerta sostiene que "el acto de disparar contra una persona es en puridad una tentativa de homicidio".

Luego dice Carranca y Rivas que su duda sobre la imposibilidad de la tentativa se ahonda cuando fuera de la conducta descrita como delicta sui generis cuando aparte

de los actos ejecutivos en sí (disparar una arma de fuego) se plantea el hecho de apretar el gatillo del arma sin que salga el proyectil. Es evidente que esta lejanía de los actos ejecutivos en sí nos sitúan en el homicidio en grado de tentativa, porque ya quedo debidamente aclarado que el delito de disparo de arma de fuego es absorbido por el de homicidio y de lesiones (ya que el primero es el medio productor de lo segundo) -respecto a ello lo estudiaremos en lo referente a la autonomía del delito en estudio- en tal virtud si A dispara a B pero la bala no sale porque el arma se encasquillo no nos cabe duda que ante todo hay que pensar en una tentativa del delito de homicidio que es el delito mayor y por lo cual absorbe a los otros. Ni siquiera el mismo A podría aclararnos si su intención fue nada más disparar o lesionar o matar ya que el simple hecho del disparo en las condiciones del tipo previsto en el artículo 306 en su fracción I presupone la intención de matar. En otras palabras A no pudo saber si el resultado sería solo de lesionar o sera contra la vida que en B produciría. ¿No es evidente entonces que la figura mayor es la del homicidio y que las otras lesiones disparo, tentativa quedan* supeditadas a la existencia de la primera? si en la realidad el delito de disparo de arma de fuego queda absorbido por el de homicidio y por el de lesiones, no debe suceder otra cosa en la hipótesis es decir ante el ejemplo del encasquillamiento no podemos saber que estragos hubiera causado la bala y por lo tanto la lógica nos impele a hablar

del homicidio en grado de tentativa, ya que si en realidad el delito mayor absorbe a los menores en la hipótesis debe suceder lo mismo.

Por otra parte el hecho de que la posibilidad de un dolo eventual le concede carácter de delito sui generis al delito de disparo de arma de fuego no presupone que desde el punto de vista de la lógica se puede hablar de una "tentativa de tentativa" que esto sería en realidad la tentativa de disparo de arma de fuego.

Respecto de lo anterior dice Jiménez Huerta que si Carranca y Rivas hubiera tenido en cuenta y comprendido la genesis de este extraño y artificioso delito de disparo de arma de fuego no hubiera podido plantearse las dudas que confiesa tener y las interrogantes que paralógicamente a si mismo se formula, pues no hubiera olvidado que el disparo de arma de fuego en nuestro código penal tiene una naturaleza autónoma plasmada en una figura típica independiente delictiva sui generis que se integra por el hecho de tirar del gatillo para alcanzar un resultado-la salida del proyectil por la explosión de la pólvora-el cual se frustra o que de intentado cuando dicho resultado no se produce. Recordar las anteriores

bases nos hace imposible seguir los conceptos de Carranca y Rivas.

La base de la discusión anterior es que mientras uno le da carácter autónomo al delito de disparo de arma de fuego el otro lo niega.

**CUADRO SIPNOTICO COMPARATIVO ENTRE EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO
Y LA TENTATIVA ACABADA DE LESIONES Y HOMICIDIO**

Primeramente pondremos la gráfica de los puntos esenciales de estos delitos y luego explicaremos lo relacionado a ellos.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO	<p>CONDUCTA: Disparar sobre una persona.</p> <p>TIPICIDAD: Adecuación de la conducta al artículo 306-I del Código Penal Vigente.</p> <p>ANTI JURICIDAD: La conducta, siendo típica, no la ampara ninguna causa de justificación.</p> <p>CULPABILIDAD: Animus Necandi o Laedendi</p>
TENTATIVA ACA- BADA DE LESIO- NES U HOMICIDIO.	<p>CONDUCTA: Disparar sobre una persona.</p> <p>TIPICIDAD: Adecuación de la conducta al artículo 12, en relación al 288 a 302, según el caso del Código Penal vigente.</p> <p>ANTI JURICIDAD: La conducta siendo típica, no está amparada por ninguna causa de justificación.</p> <p>CULPABILIDAD: Animus necandi o laedendi.</p>

Este cuadro sipnótico escrito anteriormente, es el

que nos menciona Porte Petit para el cual el delito de disparo de arma de fuego y la tentativa acabada de lesiones y homicidio vienen siendo lo mismo, por lo cual nos indica que el disparo de arma de fuego carece de autonomía y que debe desaparecer dicha figura, pero no todos los autores son acordes con el autor mencionado y por ello vemos lo siguiente: (37)

Un sector de la doctrina ha destacado que la figura del disparo de arma de fuego carece de substantividad propia, puesto que la acción típica del delito integra, necesariamente, una tentativa acabada de lesiones o de homicidio y vemos como indica Jiménez Huerta, que el disparo de arma de fuego, carece de la naturaleza de delito auxiliar, que presentaba en la legislación española, en la cual solo operaba en forma subsidiaria cuando el disparo no podía integrar una frustración, una tentativa de homicidio u otro delito sancionado con pena mayor.

Por otro lado, se afirma que al tipo aludido recoge, en rigor técnico, una tentativa acabada de lesiones o de homicidio, por cuanto quien dispara sobre una persona un arma de fuego, lo hace invariablemente con el ánimo de privarla-

(37) Celestino Porte Petit. Apuntes de la Parte General de Derecho Penal, pág. 320.

de la vida o de lesionarla, esto es, con intención directa o eventualmente dirigida a ocasionar la muerte o lesionar.

Este criterio ha sido puesto en duda por Solar para quien no es posible sostener que el disparo de arma de fuego constituye necesariamente una tentativa de homicidio o una frustración de homicidio. "En todo delito cuya consumación importa un recorrido no pueden dejarse de considerar las posibilidades que el delincuente efectivamente tenía, de seguir su camino. Si un sujeto tiene un revolver con cinco balas y hace un disparo contra una persona sin herirlo, para poder afirmar que eso constituye una tentativa de homicidio no basta consultar cual era la intención con que el primer disparo se hizo para concluir en que si había inicialmente intención de matar ya es punible la tentativa de homicidio. Eso importa descuidar el valor que tiene el desistimiento en aquellos casos en que el sujeto sabe que no ha logrado su intención dispone de medios para proseguir y sin embargo no lo hace" No cabe argumentar en contra que el anterior razonamiento sea únicamente válido en orden a lo dispuesto en el artículo 104 del código penal argentino y que carezca de significación para el código penal mexicano, pues ni en aquel ni en este se ha pretendido, como suponen algunos tipificar una tentativa de homicidio o de lesiones, sino sancionar el hecho mismo del disparo de arma de fuego cuando se realiza sobre persona alguna con absoluta independencia del animus que acompaña

la acción típica, creandose así un tipo especial dirigido a proteger la vida y la salud de la situación de peligro concreto originado en el hecho mismo del disparo de arma de fuego.

Sobre lo anterior se dice que si bien en un principio el legislador al crear la figura del disparo, pretendió dar solución a los casos prácticos de tentativas donde presentase por ausencia de prueba, el problema de establecer el animus necandi, refiriendose a la tentativa de lesiones o de homicidio, a la fecha no puede con relación a nuestro código sostener dicho criterio, porque ello significa pretender desconocer la ratio típica del artículo 306 fracción I el cual al dar la autonomía al delito de disparo de arma de fuego, prescinde de la intención del sujeto proyectada a un resultado material determinado para elaborar un delito de peligro y no de daño.

A la misma conclusión nos lleva una interpretación lógica del artículo 306 fracción I del código penal vigente y vemos como la voluntad de la ley ha sido tomando en cuenta de la autonomía del disparo, determinar con claridad el ámbito de aplicación del tipo a aquellas situaciones en que la acción de disparar sin producir casualmente un daño material, origina no obstante una situación de peligro para los bienes jurídicos de la vida y la integridad corporal haciendo reserva de la aplicación acumulativa a de las penas respecto de los daños causados cuando estas lógicamente integren figuras delictivas

diversas pero compatibles con la del disparo de arma de fuego.

Vemos como existen las siguientes hipótesis, respecto al tema que estamos estudiando:

A) Lógico es inferir de lo anterior, en primer término que si alguien dispara sobre una persona cualquiera su arma de fuego, estableciéndose plenamente la existencia de un animus necandi, habría de aplicarse la pena correspondiente a la tentativa acabada de homicidio, pues siendo esta una entidad valorativa mayor respecto al disparo y operándose el fenómeno de la concurrencia de normas incompatibles entre sí (disparo 306-I y tentativa de homicidio artículo 12 y 302), debe privar la regla punitiva consignada en el artículo 59 del código penal a virtud del principio de la aplicación o absorción.

B) De igual manera, cuando a virtud del disparo de arma de fuego, ejecutado con animus necandi, se produce como resultado la muerte de una persona, habría de aplicarse la pena del delito de homicidio, excluyéndose la del disparo, por consistir este en el medio comisivo del delito más grave. En esta hipótesis funciona también el principio de la absorción del delito de menor entidad valorativa por el mayor valor en el orden normativo, haciéndose imprescindible la aplicación de la regla del artículo 59, pues existiendo la concurrencia

de dos normas incompatibles entre sí (disparo 306-I y homicidio 302), el tipo de homicidio excluye, con su aplicación, el delito de disparo de arma de fuego.

C) Similar fenómeno operase cuando, el agente disparo sobre alguien una arma de fuego, con animus laendi, causando su muerte, pues aunque en la hipótesis se integraría un homicidio preterintencional, le corresponde legalmente en tratamiento de homicidio doloso (intencional), atenta la presunción legal establecida en el artículo 9º fracción II del código penal en vigor.

La pena del homicidio, que excluye la del disparo de arma de fuego, apoyase en el principio de absorción o conjunción, por las mismas razones expuestas en el caso anterior.

D) En la hipótesis de la concurrencia del delito de disparo de arma de fuego, con el tipo integrante de un resultado de lesiones, deberán distinguirse dos situaciones que originan situaciones diversas:

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

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

Las anteriores hipótesis se dan respecto al tema que estamos tratando, pero hay otra que existe cuando se realiza con el disparo de arma de fuego, un delito diferente a los ya mencionados, y es el del daño en propiedad ajena, en ésta situación tratándose de tipos compatibles entre sí (disparo 306-I y daño en propiedad ajena 399), se integraría un concurso ideal de delitos y consecuentemente procedería la aplicación de la pena del delito que merezca la mayor, "la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración" según lo señale el artículo 58 del código penal vigente.

Volviendo a lo expresado en un principio de este tema, vemos como hay polémica a la figura del disparo, tipo penal que según destacado grupo de la doctrina carece de

sustantividad propia, pues la conducta descrita en la norma configura necesariamente una tentativa acabada de lesiones o de homicidio, dado que quien dispara sobre una persona lo hace siempre con el animo de matarla o lesionarla, lo que implica voluntad de causación de tales resultados.

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

REFLEXIONES Y CONSIDERACIONES

En el punto primero de este capítulo nos encontramos que se habla de la tentativa y se analiza la misma, poniendo de manifiesto que para estudiarla existen diversas teorías entre ellas las siguientes:

Punibilidad de la tentativa en razón del peligro corrido siendo fundamentada por los estudiosos clásicos entre ellos Carrara y los cuales nos indican que el conato (tentativa) es punible porque viola una norma poniendo en peligro el bien jurídico tutelado.

Y uno de sus argumentos es que el conato existe debido a que hubo la intención de causar daño, y por lo cual hubo el riesgo al ejecutarlo en la intención existe el elemento moral, en el riesgo el elemento físico esa intención debe de ser perfecta pues si hay incertidumbre los jueces no pueden reconocerla.

Respecto a este punto de vista existe también crítica y la cual es la siguiente: Que en la tentativa no concurre un mero peligro de violación sobre la norma sino que existe propiamente violación de la norma.

Tenemos una segunda fundamentación sobre la tentativa

y la cual es la que se funda en la peligrosidad del sujeto y se encuentra sustentada por Carofalo, Fiortti entre otros y la cual nos indica:

Que respecto a la capacidad peligrosa del sujeto es por lo que se debe de castigar el acto tentado o sea la tentativa ya que si el sujeto que lo realiza no es castigado bien puede nuevamente intentarlo y teniendo éxito, por ello es que hay que reprimir la tentativa.

Para ello tambien existe crítica y la cual es la : Que esta idea confunde la tentativa con la reincidencia y nos dice "que no es la personalidad del agente sino el fin del agente puesto en relación con el acto que constituye el fundamento de la punibilidad de la tentativa.

Y existe un tercer criterio para fundamentar la tentativa y el cual es que la tentativa es punible por la alarma social que produce siendo esta tesis de Mario Pagano el cual nos indica: "el delito perfeccionado lesiona siempre los derechos ajenos, pero la tentativa lesiona la tranquilidad y la seguridad social por ello es que debe de tener siempre una penalidad la tentativa.

Y como es de suponerse existe tambien la critica a este pensamiento y la cual es: que del delito tentado solo

se tiene noticias cuando ha cesado el peligro de modo que la hipotética alarma no alcanza a surgir.

Y se tiene otro criterio o otra fundamentación respecto a la tentativa y la cual es que viola el sentimiento o sentido de seguridad y misma tesis que expone Pessina y el cual indica: que aunque no haya daño material proyectado por el agente sí menoscaba y perturba el orden público así como el orden jurídico.

Para ello también existe su respectiva crítica misma que es la siguiente:

Y nos dicen los críticos de este razonamiento que es imposible que la tentativa ponga en peligro el orden jurídico ya que de admitirlo así estaríamos admitiendo que las Instituciones son débiles y lo cual en la práctica es totalmente contrario, ya que incluso se puede apreciar que las instituciones o el orden público en los cambios de gobierno en momento alguno se pone en peligro.

Después de haber analizado los fundamentos por lo cual surgió la tentativa se estudia lo que es la tentativa propiamente y para ello tenemos:

"Que la tentativa es la ejecución incompleta de la

infracción" aseveración dada por Romagnosi y siendo esta la que mayor aceptación o la que mejor nos define la tentativa.

Pero no por lo anterior existen más definiciones de lo que es la tentativa y para ello tenemos una que es muy exacta la cual es: "hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no práctica todos los actos de ejecución que debiera producir el delito por causas que no sean su propio y voluntario desistimiento"*

Por lo cual tenemos que son elementos de la tentativa:

1. El fin criminoso lo cual es la resolución de cometer el delito.

2. EL comienzo de ejecución y analizamos que el proceso ejecutorial tiene dos límites siendo uno de ellos el límite mínimo el cual es integrado por los actos llamados preparatorios y hay un máximo del límite constituido por la parte terminal del proceso delictivo.

La tentativa se mueve entre estos dos elementos o límites y por lo cual es más que los actos preparatorios y es menos que la frustración y la consumación.

3. La idoneidad de los medios, por lo cual tenemos que los medios que se empleen deben ser idoneos para obtener el resultado que se pretende refiriendonos al delito porque si dichos medios no son idoneos estaremos frente a la figura denominada delito imposible.

4. Interrupción de la acción para que no obstante todo lo anteriormente indicado no se lleve a cabo el delito por causas ajenas a la voluntad del agente y la interrupción puede darse por las circunstancias ajenas a la voluntad siendo estas circunstancias físicas o psicológicas.

Y por último en este punto tenemos la definición que existe en el artículo 12 del código penal vigente en México y en el cual encontramos los términos siguientes:

"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".

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La fracción I del artículo 306 del código penal vigente refiriéndose al delito de disparo de arma de fuego exige que para la integración de tal ilícito el sujeto activo debe de disparar a una persona o grupo de personas un arma de fuego, agregando en su último párrafo que las sanciones previstas en la fracción I de este artículo se aplicara independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito, desprendiéndose de tal precepto que la redacción no corresponde toda vez que la fracción I no menciona sanción alguna.

SEGUNDA.- Considero que la descripción de la fracción I del artículo 306 debe ser considerada en atención a la tentativa relacionada con el ilícito de lesiones o de homicidio.

TERCERO.- La jurisprudencia en relación a este estudio refiere que: "si bien es cierto que en el último párrafo del artículo 306 establece que las sanciones que establece se aplicaran independientemente de las que correspondan por cualquier otro delito, también es verdad que esto es para aquellas veces en que si pueden tipificarse dos delitos autóno-

mos diferentes pero no ocurre así en el caso de disparo de arma de fuego cuando causa la muerte de otra persona pues el hecho pone de manifiesto que ya no pueden integrarse dos ilícitos autónomos diferentes, ni resulta compatible una sanción con la otra, y al establecerse de otra manera es claro que se esta recalificando la conducta del activo, por lo que resulta evidente que se violan garantías en su perjuicio.

CUARTA.- El tipo relativo al disparo de arma de fuego no tiene naturaleza definida toda vez que puede variar por el de tentativa de lesiones o de homicidio en su caso.

QUINTA.- El bien jurídico tutelado en el disparo de arma de fuego puede coincidir con el bien jurídico que se tutela en la tentativa tanto de lesiones como de homicidio.

SEXTA.- La figura relativa al disparo de arma de fuego surge debido a la dificultad de probar el elemento subjetivo en la tentativa de lesiones o de homicidio quedando impunes en ocasiones estas conductas delictivas.

SEPTIMA.- De acuerdo a nuestro ordenamiento penal vigente el disparo de arma de fuego constituye una suplencia de la tentativa de lesiones o de homicidio.

OCTAVA.- Por tentativa se entiende según nuestro ordenamiento penal vigente la realización de actos o hechos encaminados directamente a la realización de un delito si este no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente.

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

DECIMA.- En conclusión considero que debe derogarse la fracción I el artículo 306 del código penal vigente, para que tal conducta quede considerada unicamente en el catálogo relativo a la tentativa.

BIBLIOGRAFIA

I. BIBLIOGRAFIA GENERAL

1. Jiménez Huerta Mariano.
Derecho Penal Mexicano Tomo I y II
Editorial Porrúa, S.A.
Edición Segunda.
México, D.F.
Año 1971.
2. Villalobos Ignacio.
Derecho Penal Mexicano.
Parte General.
Editorial Porrúa, S.A.
Cuarta Edición.
México, D.F.
Año 1975.
3. Porte Petit Candaudap.Celestino.
Apuntes de la parte General del Derecho Penal.
Editorial Porrúa, S.A.
Cuarta Edición.
México, D.F.
Año 1978.
4. Pavón Vasconcelos Francisco.
La Tentativa.
Editorial Porrúa, S.A.
Segunda Edición.
México, D.F.
Año 1974.

5. Graf Zu Dahna.Alexander.
La Estructura de la Teoría del Delito.
Cuarta Edición traducida por Carlos Portón Balestra.
México, D.F.
Año 1958.
6. Palacios Vargas J. Ramón.
Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal.
Editorial Trillas Primera Edición.
México, D.F.
Año 1978.
7. González de la Vega Francisco.
Derecho Penal Mexicano (los delitos)
Editorial Porrúa, S.A.
Decima Sexta Edición.
México, D.F.
Año 1980.
8. Alimena Bernardino.
Delitos Contra la Vida.
Editorial Terris-Bogota.
Segunda Edición.
Bogota Colombia.
Año 1975.
9. P. Moreno Antonio.
Curso de Derecho Penal Mexicano.
Los Delitos en Particular y Parte General.
Tomos I y II
Editorial Porrúa S.A.
Edición Primera.
Año 1944.

10. Carranca y Trujillo Raúl.
Derecho Penal Mexicano. Parte General.
Editorial Porrúa, S.A.
Décima Primera Edición
México, D.F.
Año 1977.
11. Castellanos Tena Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal.
Editorial Porrúa, S.A.
Décima Edición.
México, D.F.
Año 1977.
12. Porte Petit Candaudap Celestino.
Dogmática Sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal.
Editorial Jurídica Mexicana.
Tercera Edición.
México, D.F.
Año 1972.
13. Pavón Vasconcelos Francisco y Garza López G.
Los Delitos de Peligro para la Vida.
Editorial Porrúa, S.A.
Cuarta Edición.
México, D.F.
Año 1981.
14. Soler Sebastian.
Derecho Penal Argentino. Tomo III.
Editorial Argentina Tipografía
Segunda Edición.
Buenos Aires Argentina.
Año 1957.

15. Mezger Edmundo.
Derecho Penal. Libro de Estudio (parte genral).
Primera Edición.
México, D.F.
Año 1958.
16. Pérez Carlos Luis.
Tratado de Derecho Penal.
Editorial Temis Bogota.
Tercera Edición.
Bogota Colombia.
Año 1967.
17. Puig Peña Federico.
Derecho Penal. Parte General Tomo I.
Ediciones Nauta, S.A.
Quinta Edición.
Barcelona España.
Año 1957.
18. Von Beling Ernest. (Traducida por Sebastian Soler).
La Doctrina del Delito Tipo. Esquema del Derecho Penal.
Editorial de Palma Buenos Aires.
Edición Unica.
Buenos Aires Argentina.
Año 1944.
19. Bernaldo de Quiroz Constantino.
Derecho Penal.
Editorial José María Cajica Jr.
Edición Primera.
Puebla, Pue.
Año 1948.

II. LEGISLACION

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Editorial Porrúa, S.A.
Edición Cuadragésima Tercera.
México, D.F.
Año 1982.
2. Código Penal para el Distrito Federal.
Editorial Porrúa, S.A.
Décima Quinta Edición.
México, D.F.
Año 1985.
3. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
Editorial Porrúa, S.A.
Edición Vigésima Segunda.
México, D.F.
Año 1985.

III. OTRAS FUENTES

1. Cisneros Angel.
Criminalía (revista)
Edición Botas México.
Año 1972.
2. Revista de la Secretaría de Justicia (Comisión Revisora del Código Penal).
Código Penal (Volumen Cuatro).
Trabajos de Revisión del Código Penal.
Proyecto de Reformas y Exposición de Motivos.
Año 1914.

3. **Leyes Penales Mexicanas.**
Instituto Mexicano de Ciencias Penales.
Exposición de Motivos del Código Penal de 1929.
Año 1979.

4. **Gran Diccionario Enciclopedico Ilustrado Tomo IX.**
Reader's Digest México, S.A. de C.V.
Décima Septima Edición.
San Mateo Tecolapan Estado de México.
Año 1982.