

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**EL TIPO Y LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE
DISPARO DE ARMA DE FUEGO**

Trabajo de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A

FERNANDO GARCIA HERNANDEZ

MEXICO, D. F.

1972



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:

Ejemplar pareja que con su gran amor ha sabido darle un significado a nuestras vidas, -- guiándonos por el camino de la honestidad, de la dignidad y de la superación.

A ellos como un símbolo de profundo cariño y agradecimiento perenne.

A MIS HERMANOS:

Jose, Ma. Antonieta, -- Héctor A., Norma, Juan N., -- Marcela y Javier, por el profundo cariño que me une a ellos, que soy capaz de sentir, pero no de expresar.

A MIS SOBRINOS:

Con el deseo de que esta tesis sea para ellos un pequeño ejemplo de la meta a alcanzar en sus vidas futuras.

A TODAS LAS PERSONAS:

Que con su apoyo y conocimientos ayudaron a hacer posible la realización de este trabajo. Muy especialmente al Lic. Ramón Macías Guillén, ejemplo de integridad profesional.

*EL TIPO Y LA TIPICIDAD EN EL DELITO
DE DISPARO DE ARMA DE FUEGO.*

CAPITULO I
EL TIPO COMO PRESUPUESTO DEL DELITO.

SUMARIO:

- 1.- El tipo, concepto.*
- 2.- Teorías sobre el tipo.*
- 3.- Elementos del tipo.*
- 4.- Clasificación de los tipos.*

1.- El tipo como presupuesto del delito.- El delito para conformarse necesita de una conducta antijurídica. Pero no toda conducta antijurídica puede calificarse de delictuosa, "sino que es preciso que se trate de una -- antijuridicidad especial o de una antijuridicidad que especialmente ponga en peligro el orden establecido".¹

Sería imposible que el Derecho Penal se propu--siera poner toda norma jurídica bajo su tutela, pues con--ello todo el orden establecido caería dentro de su ámbito. Por tanto, el orden represivo no puede aplicarse a toda acción antijurídica o ilícita, sino únicamente a aquellas acciones con cierta especialidad de antijuridicidad. Así --- pues, es imprescindible señalar o bien limitar la generalidad de lo antijurídico, a lo que especialmente debe interesar al Derecho Penal; es decir, limitar los bienes que se--pretenden tutelar, a aquellos que requieran de una espe--cial protección por parte del orden represivo.

Desarrollando esta idea, Raúl Carrancá y Truji--llo nos dice que "Aquella excepcional protección hace que--el Derecho Penal se limite a sí propio y ello se logra ME-
DIANTE LOS TIPOS LEGALES DE LOS DELITOS".²

Por su parte, Ignacio Villalobos afirma, abordando el mismo problema, que "Determinar la concurrencia de -- esta especial antijuridicidad en las conductas de los hom--bres es hoy FUNCION DEL TIPO...".³

Estos autores no hacen otra cosa mas que referir se al "dogma de la legalidad", o sea, que la acción antiju--rídica, para poder ser castigada, deberá estar previamente

señalada o descrita en las leyes Penales. Esto es lo que se ha dado en llamar la junción de garantía del tipo legal (-R. Maurach-). Entendido así este concepto, debe pensarse que es necesario que los hechos a más de ser antijurídicos y culpables, deben llenar ciertas condiciones de especialidad, (o sea deben ser típicos).

El primer autor que nos habla de las condiciones de especialidad, es *Beling*, quien al definir el delito --- agrega este nuevo elemento y afirma que el delito es la "acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y sujeción a las condiciones objetivas de punibilidad", e introduce por primera vez al Derecho Penal, como se aprecia, el concepto de tipicidad, que al decir de *Ignacio Villalobos* "satisface la necesidad de especialidad jurídica y de legalidad determinante" que se requiere, en esta rama del Derecho.

Así, mediante este análisis de ideas, se ha tratado de justificar la existencia del tipo, y a su vez darle una función. Ahora bien, ¿cuál es esa función? *Ignacio Villalobos* sostiene que la junción del tipo es "señalar -- aquellos actos injustos o antijurídicos, que ameriten sanción penal"⁴ o expresado en otro giro, agrega, la "tipicidad es una forma de determinación de lo antijurídico relevante para el Derecho Penal".

Podemos afirmar que el tipo, entre otras funciones, tiene la de limitar al Derecho Penal. Puede una acción antijurídica no ser delictuosa y sin embargo seguir siendo, en otros órdenes como en el moral, antijurídica. -- pero para que dicha acción sea considerada por el Derecho-

Penal es imprescindible que esté señalada y descrita en un tipo penal. y sólo por éste, razón por la cual se dice que el tipo cumple con el principio de Legalidad necesario en este orden, enunciado en la nueva fórmula *NULLA CRIMEN, NULLA POENA SINE TYPO*.

En este mismo sentido se expresan autores como Pavón Vasconcelos quien siguiendo a Sebastián Soler. afirma que, "no cualquier forma de antijuridicidad puede fundamentar la responsabilidad de un determinado delito, sino sólo aquella que la figura delictiva exige".⁵

También Jiménez de Asúa deja ver esta idea. cuando afirma que "la ausencia de tipo presupone la imposibilidad de perseguir al autor de una conducta, misma que puede ser inclusive antijurídica";⁶ con lo que podemos concluir, que habiendo conductas antijurídicas no descritas por la ley, sólo aquéllas que si han sido incluidas en un tipo, deben ser declaradas delictuosas.

Edmundo Meager se lanza en este mismo sentido. al apuntar, siguiendo a Rocco, que para calificar la ilicitud de una conducta puede tomarse en cuenta la "realidad psicológica" del delito; pero de todas maneras debe tratarse de "un injusto especialmente delimitado y con especiales consecuencias jurídicas".⁷

Por su parte Reinhart Maurach nos dá una explicación bastante clara al respecto; empieza por señalar -- que sólo las acciones con acentos jurídico-penales pueden ser aplicadas al Derecho Penal, y por ello tendrán impor-

tancia para él, cuando sean típicas; así pues, la labor -- para el Derecho Penal comienza en el tipo, ya que éste no considerará las ACCIONES ANTIJURIDICAS NO TIPICAS, pues -- éstas son infracciones a las normas vigentes no pertene-- cientes al Derecho Penal, pero que sin embargo constituyen el presupuesto de todo tipo penal, por lo que son, éstas, -- las creadoras de la ACCION ANTIJURIDICA, pero no de la acción delictiva (-ésta tiene como origen la ley Penal-) --- Asimismo sostiene que los tipos penales se encuentran limitados por la interposición de "la norma", la que permite -- un proceso de selección que se perfecciona en el tipo, que dando por ello, sólo un sector reducido conminado por la -- pena y sometido al poder punitivo del Estado. "Tan sólo -- por este proceso de formación del tipo, agrega, se puede -- convertir la antinormatividad en delito". Pues "la conduc-- ta materialmente antijurídica no susceptible de ser inclui-- da en una 'figura rectora' acuñada por el tipo, permanece-- fuera del alcance del Derecho Penal y de todo enjuiciamien-- to jurídico penal. El proceso seguido por los tipos pena-- les, concluye el maestro de Munich, NO ES EL SANCIONAR TO-- DO LO ANTINORMATIVO, SINO SOLO AQUELLO QUE SEA UN "DESVA-- LOR SOCIAL" aquello que atente contra un bien jurídico".⁸

De esta manera queda claro que los tipos pena--- les tratan de una especial antijuricidad, pues no todo lo antijurídico es delictuoso, sino sólo aquello que ha queda-- do determinado por el tipo penal, lo cual constituye una -- de sus funciones, es decir, el Derecho Penal se autolimita mediante el tipo. Pero éste también limita el poder puniti-- vo del Estado, o sea que su función también es de garantía, enunciada por el principio de NULLA POENA SINE LEGE, lo -- que no quiere decir que la ley sea la creadora del delito,

sino que sólo reconoce su existencia pues de no ser así - la conducta desvalorada no puede ser incriminable, aunque sea legítima.

Según el principio enunciado por Feurbach, en el Derecho Penal se tiene que descartar en absoluto todo-aquello que no esté especificado en un tipo, es decir, es necesario descartar toda descripción extralegal como serían los tipos del derecho consuetudinario. Este es el -- primer aspecto del principio anteriormente citado y que - podemos significar con el término *NULLA POENA SINE LEGE - SCRIPTA*. Sostiene Maurach que por este principio se equipara la ley a la determinación "legal" de la pena cuando - prohíbe la ley no escrita en la aplicación de las penas.⁹ Este es un principio que nos dice que la única fuente del tipo es la ley escrita.

El segundo aspecto del principio de Feurbach se enuncia como *NULLA POENA SINE LEGE STRICTA*; o sea, el --- principio de estricta legalidad al que se debe apegar el - Derecho, y que sostiene que sólo se aplicarán las penas - al caso estrictamente señalado por la ley, o sea que "se - prohíbe toda analogía fundamentadora o agravante de la -- pena".¹⁰

Respecto del tercer aspecto del principio *NULLA POENA, NULLO CRIMEN SINE LEGE*, podemos decir que con él se - prohíbe aplicar cualquier castigo ordenado por una pena, -- que no haya sido consignada previamente a la comisión del - delito, es decir, todo tipo que incrimine un acto que anterior - mente no se castigaba, o que agrave una pena que anterior -

mente era más benigna, será de aplicación irretroactiva y quedará enunciado como *NULLA POENA SINE LEGE FRAEVI*A. Es decir, queda prohibida la aplicación retroactiva de las penas en perjuicio del autor del delito.

Estos principios han sido muy discutidos e inclusive ha habido sistemas jurídicos que los han dejado de aplicar como el Código Penal "uso del Kiel, de la época de las famosas "purgas", en el cual se permitía la analogía en la aplicación de las penas. Con la concurrencia de estos principios tenemos el presupuesto de "la fijación legal de la punibilidad" que al decir de Mauraoh, debe fijar legalmente:

- a).- Los hechos sujetos a pena.
- b).- La especie de pena como mínimo.

"...sin que la fijación legal resulte excluida, - agrega, por el hecho de que el legislador utilice, en la formulación del tipo, el método de referencia o el método de leyes en blanco.¹¹

A nuestro juicio, con este examen, quedan señaladas las dos funciones primordiales del tipo:

- 1o.- La de garantía; y
- 2o.- La fundamentadora.

Es decir, tomando en cuenta que el tipo legal es el punto de partida de todo examen judicial, y que por éste podemos saber cuál es el injusto punible y cuál no lo es, debemos considerar que el tipo es el fundamento del juicio de antijuridicidad del proceso.

Seguindo a Maurach, podemos afirmar que por la creación de los tipos se pueden dar tres posibilidades:

- a).- El injusto atípico;
- b).- La acción típica justificada (existencia de una causa de justificación); y
- c).- La acción típica.

Después de esta breve explicación podemos decir, en síntesis, que el tipo es la descripción que hace la ley de una conducta humana, que se considera delictuosa. El tipo es el símbolo representativo del delito, el punto de partida del Derecho Penal, para considerar una conducta como merecedora de una sanción.

Para Luis Jiménez de Asúa, el tipo "es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se ha catalogado en la ley como delito".¹²

Mezger nos dice que el tipo "es el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal".¹³

Por su parte Mariano Jiménez Huerta afirma que "el tipo penal concretiza la antijuridicidad a los efectos penales, "concreción que dinámicamente realiza el legislador durante el proceso formativo de la ley y estáticamente queda en ella plasmada como prevención general y garantía para los ciudadanos y como norte y guía del juez", así pues "el tipo es la descripción de la conducta que, en virtud del acto legislativo, queda plasmada en la ley" es decir, "EL INJUSTO RECOGIDO Y DESCRITO EN LA LEY PENAL".¹⁴

Ignacio Villalobos nos dice que "Tipos son las descripciones de los actos que, en condiciones normales, son -- considerados delictuosos", y en otra parte de su obra *Derecho Penal Mexicano*, afirma que el tipo "es la descripción -- del acto o del hecho injusto o antisocial (-previamente valorado como tal-), en su aspecto objetivo y externo".¹⁵

Ahora veamos que nos dice Ramón Vasconcelos al respecto. "Para nosotros, sostiene, el tipo legal, dándole una connotación propia jurídico penal, ES LA DESCRIPCIÓN CONCRETA HECHA POR LA LEY DE UNA CONDUCTA, A LA QUE EN OCASIONES -- SE SUMA SU RESULTADO, REPUTADA COMO DELICTUOSA AL CONECTARSE A ELLA UNA SANCION PENAL".¹⁶

"El tipo es la creación legislativa, la descripción -- ción que el Estado hace de una conducta en los preceptos Penales" con estas palabras define Fernando Castellanos Tena, -- al tipo.¹⁷

En Maurach, encontramos varias definiciones del -- concepto que estamos tratando: "El tipo, nos dice, es la acabada tipificación de un hecho injusto no susceptible de extensión, reservada al legislador". O "Es la terminante descripción de una conducta humana antijurídica".¹⁸ También dice, que el tipo "es una acción antijurídica plasmada en una figura legal".¹⁹

Celestino Porte Petit, al definir el tipo expresa que "es una conducta o hecho descritos por la norma; o en -- ocasiones, esa mera descripción objetiva contentiendo además, según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos".²⁰

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación -- sostiene: "El tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina, debe dejarse como el conjunto de todos los presupes---tos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica -- que es la pena" sosteniendo también que "es, en sentido -- jurídico penal, el injusto descrito concretamente en la -- ley penal...".²¹

Como se advierte, todas estas definiciones tienen como denominador común, la descripción que de una conducta hace la ley.

El tipo penal es necesariamente una descripción de un hecho que es considerado como contrario al orden jurídico establecido. Pero para poder cumplir con la garantía de seguridad, de la que hemos hablado con anteriori--dad, es necesario que esta descripción sea lo más precisa posible, y esto se logrará si la terminología empleada, al describir el injusto, es precisa, es decir, la ley debe -- ser "minuciosamente descriptiva", debe reducir "al mini--mo tolerable los factores de inseguridad". Es por ello -- que en la mayoría de los casos el método descriptivo es -- el empleado, aunque haya ocasiones en las que dicho método no pueda ser utilizado, ya sea porque no es viable o -- porque no es necesario (-como ejemplo tenemos el delito -- de adulterio-).

Además de las características descriptivo-obje--tivas en el tipo, también podemos encontrar característi--cas normativas o subjetivas.

Al expresar esta idea Celestino Porte Petit --

nos dice, "El contenido del tipo puede ser meramente objetivo, u objetivo y normativo; conjuntamente objetivo, normativo y subjetivo, o bien, objetivo y subjetivo".²² Baste - agregar, que el contenido del tipo puede variar según los casos pero siempre es necesario que contenga la descripción de la conducta objetiva.

Antes de pasar el estudio de los elementos del tipo, de los que ya hemos adelantado alguna idea, es necesario precisar cuál es el origen de la Teoría del Tipo, a la cual en las palabras de Luis Jiménez de Asúa, "no puede negársele, ni discutirse, su significación decisiva en la teoría jurídica del delito".²³

2.- Teorías del Tipo. - Algunos autores han estimado que la Teoría del Tipo tiene su antecedente inmediato en el concepto meramente procesal, del Corpus Delicti, y que tuvo su origen en los Códigos Latinos, en algunos de los cuales todavía se conserva. Posteriormente, se le dió otro significado "conjundiéndolo con el objeto material -- del mismo (del delito) o con el hecho descrito en la ley, -- llegándose en algunos casos, a jundir tal concepto con el de tipicidad".²⁴

Sostiene Mariano Jiménez Huerta, que la influencia del Corpus Delicti se ha dejado sentir en la "dogmática del delito" y que la expresión, cuerpo del delito está empleada, en las diferentes leyes procesales, como "el conjunto de elementos materiales que integran cada especie de delictiva", así el "Corpus Delicti es el hecho objetivo insisto en cada delito; o, dicho de otra forma, es la acción punible abstracta y objetivamente descrita, como unidad de -

sentido en cada infracción", lo que queda confirmado, agrega, en los artículos 115 fracción I, 116 y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, en los que concretamente se reconoce que los elementos materiales del delito o de la infracción integran el contenido conceptual del "Corpus Delicti"; y lo corrobora el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales en el que se establece que el cuerpo del delito está formado por "los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso, según lo determina la ley penal...".²⁵

No obstante lo anterior, estimamos que efectivamente la Teoría del Tipo tiene su origen, como la mayoría de los autores han reconocido, en Alemania según se aprecia a través de la obra - "Die Lehre vom Verbrechen" de - Beling, publicada en 1906. En esta obra el autor desarrolla la teoría del tatbestand o figura rectora que viene a limitar la teoría tradicional Alemana del tatbestand, el cual no era sino la suma de la totalidad de los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos, es decir, incluyendo el dolo y la culpa, lo que para los antiguos escritores españoles era la "figura del delito".²⁶

Beling al limitar el tatbestand, dice que éste no es el conjunto de las notas del delito, sino que es la suma de elementos objetivos descritos en la particular disposición legal, es decir, la suma de los elementos materiales atribuibles al agente actor; todas las circunstancias necesarias que concurren en la realización del injusto, apartando todas aquellas que sean posibles, más no necesarias.

En otras palabras, la teoría Belingiana considera al tipo como mera descripción; como los elementos que integran el núcleo en torno al cual se agruparán los demás elementos. "El tipo describe los elementos materiales necesarios que caracterizan cada especie de delito".²⁷

Francisco Pavón Vasconcelos al glosar sobre la teoría de Beling nos dice: "El tatbestand es la acción delictuosa con las notas que la caracterizan y la realización del resultado que con ésta está ligado".²⁸ Quedar fuera de él, todas las notas y elementos que se refieren a la culpabilidad. Abundando sobre el tema afirma, que a esta teoría se le llama de la Independencia ya que el tipo "se separa completamente de los elementos de antijuridicidad y culpabilidad. Precisar si la acción típica es injusta y su autor culpable son cuestiones ajenas al tipo, correspondientes a la valoración de la misma acción... Por tanto, tipicidad y antijuridicidad son elementos independientes del delito, aun cuando su concurrencia sea necesaria para su integración".²⁹ Es decir, para esta teoría, también llamada de la "Fura Coordinación", en el tipo hay ausencia total de juicios de valor, los que quedarán para la valoración de la acción; el tipo es, en síntesis, puramente descriptivo y objetivo.

En 1930, el propio Beling hace correcciones a su doctrina, en atención a las críticas que se le habían hecho; amplía sus estudios creando, inclusive, nuevos conceptos de gran importancia para el estudio de esta materia, como el de "la adecuación típica". Esta es la fase en que Jiménez Huerta considera que el gran jurista alemán espiritualiza el concepto del tipo penal, después de que en su

teoría de 1906 lo había materializado.

En esta nueva exposición, el tipo ya no es el hecho abstracto y descriptivo, en sus elementos materiales en cada especie delictiva, sino que es el cuadro dominante, la figura rectora o tipo regens que norma y preside cada especie delictiva. De esta manera se espiritualiza el tipo penal, el cual viene a ser una "representación conceptual" que no debe ser conjundida con su "realización exterior"; una "categoría sin contenido", un "concepto puramente juncional" que sólo ejerce una junción orientadora; "un libro de imágenes en el cual las especies delictivas están esquemática y estilizadamente representadas", un "concepto troncal" de ordenación metódica que domina el Derecho Penal en toda su extensión y profundidad".³⁰

Así, se adecuó la conducta típica a una imagen rectora, y no a una especie delictiva.

Jiménez de Asúa, cuando explica la construcción del delito en *Beling*, dice que no se agota su doctrina en considerar al tipo como descriptivo y autónomo, sino que, a pesar de ser éste independiente sirve para conectar en esa figura, abstracta y conceptual, todos los caracteres y elementos del delito; afirma posteriormente, que la tipicidad y la antijuridicidad son elementos distintos. Es decir, la ley penal -- castiga toda acción subsumible en uno de los tipos descritos en el articulado de la parte Especial del Código (típica) contraria a la norma (antijurídica), y que reúna los demás requisitos señalados; de esto que el tipo y la antijuridicidad sean parte integrante del delito, pero el tipo sólo describe, la norma es la que valora, por lo que no hay injusto

penal, ya que el tipo no valora la acción; y por tanto, tipicidad y antijuricidad son elementos distintos, aunque partes integrantes de un todo (el delito), o sea elementos independientes, de tal modo que puede una acción ser típica y no antijurídica o viceversa.

En realidad, pensamos, el maestro Luis Jiménez de Asúa no se percató de que sólo aquellas acciones consideradas como antijurídicas son las que interesan al Derecho Penal, y por tanto son las que se tipifican, es decir, una conducta contenida en un tipo necesariamente ha de ser antijurídica, idea que ha quedado expuesta anteriormente con más detalle.

Al respecto, Ignacio Villalobos dice: el error de Jiménez de Asúa es considerar al tipo como una "mera descripción" sin tomar en cuenta "el contenido" de esa descripción, y sosteniendo una absoluta separación entre el tipo y la antijuridicidad". El tipo, agrega, sólo describe hechos injustos o antisociales que ya han sido valorados, pero que además deben de cumplir con otros requisitos para que sean punibles. Así, la junción del tipo es descriptiva, pero descriptiva de algo (un grupo o especie de delito) "que presupone la valoración de las conductas descritas, para entresacarlas de la inmensa variedad de conductas humanas y señalar sólo aquellos comportamientos tenidos (en condiciones normales) como antijurídicos..." para el Derecho Penal, y a reserva de que después se confirme esta culpabilidad y antijuridicidad, o bien que en su caso, haya ausencia de cualquiera de ellas. De esta manera afirma, que el tipo es un determinante de lo antijurídico.³¹

En este mismo sentido se expresan Ernesto Mayer y

Edmundo Mezger quienes ven en el tipo una antijuridicidad - "especialmente delimitada y con especiales consecuencias jurídicas". Inclusive el mismo Jiménez de Asúa rectifica su posición anterior, cuando afirma que en la formulación de tipos el legislador realiza una valoración y no simplemente un juego caprichoso; y teniendo el tipo una función predominantemente descriptiva, se relaciona con la antijuridicidad al concretarla en el ámbito penal, además de ser, la tipicidad, un indicio de aquella.

A pesar de las críticas recibidas, esta teoría no es meramente un "intento doctrinario", afirma Sebastián Soler, sino que tiene su razón de ser en encontrar el empleo del tatbestand en la Ley Alemana, según la cual sólo aquellas conductas antijurídicas y culpables captadas por los tipos, de amenaza penal, son punibles y "cada conducta en tal sentido típica sólo es punible en adecuación a aquella pena abstracta que va unida al tipo en cuestión. Así, - la TÍPICIDAD es una característica esencial del delito".³²

Entre los que critican a Beling se encuentran, principalmente, Antolisei, Grispigni, Florian y Bettiol. El primero de estos autores afirman que la Teoría de la Pura - Coordinación, está cargada de ambigüedad, agregando que por el uso de nuevos términos le falta claridad y se dificulta su entendimiento, pues hace surgir nuevos problemas. Sostiene que el tipo "es el complejo de notas, sean objetivas o subjetivas, que deben concurrir para la existencia de un delito dado y que se desprenden también de la parte general del Código". Es decir, en la figura del delito no están incluidos sólo el conjunto de elementos materiales indicados en la norma penal, sino que las descripciones elaboradas -

por el legislador, "contienen con frecuencia elementos que no pueden ser comprobados cognoscitivamente, es decir, con la simple cognitio, sino que requieren, por parte del Juez, un juicio valorativo".³³

Se puede decir, concluyendo, que Antolisei vuelve al antiguo concepto del tatbestand en el que se comprenden dentro del tipo, tanto los elementos objetivos-descriptivos, como los subjetivos-valorativos.

Por su parte, Bettioli dice que la teoría Belig--niana no realiza un paso hacia adelante desde el punto de vista metodológico, ya que no permite sistematizar los elementos esenciales a la noción de delito, asimismo, agrega, se presenta el problema peligroso de caer en la inutilidad de la parte General del Derecho Penal, si toda cuestión de esta rama del Derecho debe ser resuelta con referencia a una figura rectora o tatbestand legal.

Por lo expuesto, debemos entender que para la --teoría de Beling, el tipo es meramente descriptivo y objetivo, sin valoración acerca de la conducta o hecho considerado como ilícito.

Pasaremos ahora a exponer la Teoría llamada del-INDICIO; para ésta el tipo no es meramente descriptivo, --sino que su función va más allá de la descripción, es una-función indiciaria, es decir, toda conducta típica es probablemente antijurídica mientras no existe una causa que justifique la conducta considerada como ilícita.

Fue Max Ernesto Mayer, quien en 1915 publicó su-

"Tratado de Derecho Penal" y desarrolló la doctrina del Indicio, con la cual otorga aun más importancia a la función del tipo que la otorgada por Beling; sin embargo, en esta fase todavía se mantiene al tipo como independiente de la antijuridicidad, aunque se supera a la teoría anterior, desde el momento que hace intervenir, de cualquier modo, a la antijuridicidad.

Mayer considera que toda conducta que se conforma a un tipo debe estimarse presuncionalmente antijurídica, o sea, atribuye al tipo penal un valor indiciario de antijuridicidad, pues dicha conformación al tipo, constituye un fundamento para conocerla (*ratio cognoscendi*), o sea que la tipicidad es fundamento cognoscitivo de lo injusto, pero aclarando que la tipicidad es sólo indicio de la antijuridicidad, y por tanto, mantienen ambas su carácter de independencia. En todo caso, dice Mayer "el tipo puede ser considerado como un indicio de la calidad antijurídica de la acción...".³⁴

"No toda conducta típica es antijurídica nos dice, Fernando Castellanos Tena, pero sí toda conducta típica es indiciaria de antijuridicidad; en toda conducta típica hay un principio, una probabilidad de antijuridicidad".³⁵

Siguiendo el pensamiento de Mayer, el maestro -- Luis Jiménez de Asúa sostiene, cuando modifica su posición demasiado extrema y más bien emparentada con la de Beling, que si bien es cierto que la tipicidad y la antijuridicidad se relacionan, y en ocasiones, hasta se condicionan, también lo es que en el análisis pueden ser distinguidas, pero no podemos aceptar, agrega, que todos los elementos del delito al simple contacto con la norma jurídica, adquieran---

el carácter de normativos, llegando posteriormente a concluir que: la tipicidad no es ratio essendi de la antijuridicidad, ya que estos conceptos no se identifican, sino -- que el primero únicamente es un indicio del segundo, o a lo sumo, "tiene una función de concreción y conocimiento de la antijuridicidad a los efectos penales".³⁶

En el mismo sentido Antolisei nos dice que el *tatbestand* es la base del conocimiento de la antijuridicidad, o sea que la conformidad a un tipo es un indicio de la ilicitud.³⁷

También Jiménez Huerta y Franco Guzmán consideran a la tipicidad como un simple indicio de la antijuridicidad. Dice el primero de estos autores que "...si se contempla la cuestión una vez terminado el proceso formativo de la ley, con la vista fija en los tipos penales que integran el catálogo de tipos delictivos que constituye la parte Especial del Código Penal, resulta indudable que como -- certeramente afirma Mayer, la tipicidad es indicio, fundamento de cognición o ratio cognoscendi de la antijuridicidad".

Por su parte Franco Guzmán afirma, que si se toman en cuenta los momentos del delito, es decir, el proceso mental que recorre desde el surgimiento del hecho, hasta su calificación de delito, la tipicidad tiene un carácter puramente indiciario de antijuridicidad de la acción "pues si un determinado hecho es considerado típico, estamos en presencia de un indicio de su calidad antijurídica".³²

Es importante analizar cuáles son, para R. Mau--

rach, las relaciones existentes entre los conceptos de tipo y de antijuridicidad. En su Tratado de Derecho Penal expresa que el tipo, comprensivo de acciones antijurídicas, permite, desde el punto de vista positivo, "formular un juicio, -- en todo caso sólo provisional, de la antijuridicidad del proceso; proporciona, como se dice tradicionalmente, un indicio, una presunción juris tantum de la antijuridicidad".³⁸ -- Hay que hacer notar que para este autor, como para casi la mayoría de ellos, el tipo solamente es comprensivo de acciones antijurídicas. Extendiéndose en el tema, afirma Maurach, que la función del tipo puede resultar desvirtuada por la -- existencia de una causa de justificación, pero que, para no correr este riesgo, al conjormarse una conducta a un tipo -- no hay necesidad de una comprobación positiva de su antijuridicidad, ya que, la ausencia de ésta, se presenta como una -- "regla de excepción". Es decir, para Maurach la adecuación de una conducta a una figura legal da una presunción juris -- tantum de antijuridicidad, por lo que en estos casos lo que se debe comprobar, no es la existencia de la antijuridici-- dad, sino la existencia de una causa de justificación que ope-- raría como "regla-excepción", toda vez que la consecuencia -- lógica de la acuñación a la figura legal, sería la antijuridi-- cidad de la conducta de que se trata. Nos parece que la opi-- nión de Maurach se acerca más a la teoría de la "ratio essen-- di" que más adelante trataremos, que a la Teoría de Mayer, a pesar de que el propio Maurach cita en su obra a Mayer cuando nos dice "El juicio de desvalor del acto situado en el ti-- po, es tan sólo general y provisional, constituye un simple-- indicio de la antijuridicidad" (Mayer). Muy numerosos son -- los casos que, si bien se adaptan a una imagen rectora conte-- nida en la ley no son antijurídicos".⁴⁰

Pero, si observamos que a través de toda su obra, nos dice que sólo aquellas acciones que tienen una "espe---

cial antijuridicidad" son las legisladas en tipos, pues sería "una exaltación intolerable del poder punitivo el que el derecho quisiera ligar a toda acción injusta una consecuencia legal", y si también nos percatamos de que en su opinión debería eliminarse el juicio sobre la juridicidad de la acción o substituírse por un juicio sobre la existencia ó no de una causa de justificación, es decir, substituírse por un juicio de juridicidad de la acción, en sí típica, y que en caso de existir dicho justificante no debería haber juicio provisional de valor so peligro de desvirtuar la función del tipo, podemos concluir que, para dicho autor, la adecuación al tipo es un fundamento de la antijuridicidad y no un simple indicio, ya que éste sólo se anularía con la existencia de una causa de justificación, como nos lo dice Mexger, pero si cambiamos el término "indicio" por el de "fundamento", la exposición de la teoría del tipo que hace Maurach, quedaría expuesta en el mismo sentido an el que lo hizo Mexger. El mismo Maurach le da el nombre de "junción fundamentadora" a la realizada por el tipo, e inclusive él mismo nos dice que el efecto indiciario del tipo no significa otra cosa sino que la acción adecuada al tipo es antijurídica.

Cabría preguntarnos, según la exposición de Maurach, qué sucedería si no operara el juicio sobre la juridicidad de la conducta reputada como antijurídica por haberse adecuado a un tipo. Es decir, si el examen sobre la justificante resulta negativo, ¿Qué sucederá?. Apegándonos a su explicación, podemos contestar que, dado que la conducta se ha conformado a un tipo y dado que la junción de éste es la de fundamentar la antijuridicidad de esas conductas adecuadas, no hay otra contestación sino que --

tal conducta es antijurídica y no sólo indiciaria de dicha antijuridicidad, sino antijurídica desde su nacimiento, por tanto, creemos que el autor citado se apega más, - en su forma de pensar, aunque no en la terminología empleada, a Mezger que a Mayer.

Expuesta la Teoría del Tipo de Mayer, pasaremos a ver cuáles son las críticas que se le han hecho.

Para Porte Petit, no es correcto apreciar al tipo como una mera presunción, ya que las conductas son lícitas o ilícitas desde su nacimiento, "pues de otra manera, - habría que admitir de acuerdo con la 'ratio cognoscendi', - que al no existir una causa de licitud, la conducta se tendría que mantener presuncionalmente antijurídica".

En el mismo sentido se lanza Fernando Castellanos, cuando nos dice que de no operar una causa de justificación, la conducta sería antijurídica y no se mantendría como mero indicio, "sino como absoluta contradicción al orden jurídico".⁴¹

Por su parte Mezger señala que los autores que ven al tipo sólo como un indicio, "dan un paso adelante", - pero no conocen cuál es el significado que guía al legislador en los actos por los que se crean las leyes penales.

Con Edmundo Mezger nace una nueva doctrina, o una nueva fase en la evolución del tipo, ésta ha sido denominada de la superación. Para los seguidores de esta teoría, el tipo es el FUNDAMENTO REAL Y DE VALIDEZ DE LA ANTIJURIDICIDAD, y no sólo eso, sino que para esta teoría, tipicidad y-

antijuridicidad mantienen una relación bastante estrecha; sostienen además, que el delito no sólo no es acción anti-jurídica, ni acción típica y antijurídica, sino que es la conducta típicamente antijurídica, lo que queda confirmado con la definición que nos da Mezger del delito, al decir que "es la acción típicamente antijurídica y culpable".

Para Mezger, principal representante de esta corriente, el tipo es la RAITIO ESSENDI de la antijuridicidad, fundamento de validez de ella, y así lo deja ver cuando nos dice: "El que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. El tipo jurídico penal que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación - en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción: ES FUNDAMENTO REAL Y DE VALIDEZ DE LA ANTIJURIDICIDAD, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica a pesar de su tipicidad". Extendiéndose en el tema sigue diciendo que no cualquier acción es punible sino que requiere que haya sido definida previamente por el Derecho Penal, es decir, se requiere de una antijuridicidad especial, "no es suficiente cualquier acción antijurídica, sino que es preciso una antijuridicidad especial, tipificada, típica...es preciso que el Derecho Penal la haya descrito en un tipo especial".⁴²

En opinión de Francisco Pavón Vasconcelos en la construcción de Mezger encontramos al tipo y a la antijuridicidad íntimamente ligados, "superando el criterio in-

dependizador" que anteriormente los caracterizaba, agregando, que en dicha construcción, la antijuridicidad no solo opera como característica del delito, sino como injusto típico e injusto material.⁴³

"La razón de ser de la antijuridicidad, su jundamento real, y no una mera descripción de una conducta", - es el tipo, nos dice Fernando Castellanos Tena, agregando que "...por supuesto, con referencia al ordenamiento positivo...", para concluir diciendo que las conductas típicas siempre son antijurídicas (salvo la presencia de una justificante) "por ser en los tipos donde el legislador - establece las prohibiciones y mandatos indispensables para asegurar la vida comunitaria"; pasa a advertir posteriormente, que "la existencia de una justificante, no significa anulación de la antijuridicidad, pues ésta no existió jamás; la conducta, desde su nacimiento, estuvo acorde al Derecho".⁴⁴

Ricardo Franco Guzmán, no está de acuerdo en atribuir al tipo el carácter de jundamento real y de validez de la antijuridicidad y afirma, que los seguidores de la Teoría de la Ratio Essendi confunden "los momentos lógicos de formación del delito" y que es de ahí de donde proviene su error. Para él, lo mismo que para Francisco Blasco, no sólo el tipo no es ratio essendi de la antijuridicidad, sino que por el contrario es ésta la ratio essendi de aquél. "En el desarrollo histórico del delito, nos dice Franco Guzmán, la antijuridicidad es la ratio essendi de la tipicidad...".⁴⁵ Es decir, este autor invierte los papeles que guardan tipicidad y antijuridicidad en la Teoría de Mezger, para él, el legislador, en -

la formación de los tipos, únicamente toma en cuenta aquellas conductas que considera como merecedoras de una pena, siendo éstas, las conductas que van a contener los tipos, antijurídicas; así, la antijuridicidad es razón esencial del tipo.

En igual sentido tenemos a Francisco Blasco, --- quien afirma que las conductas tipificadas son aquellas -- que han sido consideradas tan gravemente antijurídicas como contrarias a las normas de cultura en que el Estado encuentra su base jurídica, "y conforme a los cuales orienta su función creadora del Derecho", siendo este el único medio por el cual el legislador puede defender dichas normas, es decir, declarar punibles determinadas conductas por considerarlas delictivas.⁴⁶

Jiménez Huerta afirma, en este sentido, que efectivamente la antijuridicidad es la ratio essendi de la tipicidad, pero desde "el punto de vista del fundamento del acto legislativo por el que surge el tipo penal, esto es, desde el punto de vista de su proceso formativo..."⁴⁷

Hay que considerar la posición sostenida por estos autores, en el sentido de que toda conducta descrita en un tipo, por este simple hecho, es antijurídica, es decir, al Derecho Penal no le interesa, pues sería una exaltación absurda de su poder punitivo, abarcar toda conducta ni toda conducta antijurídica, sino solamente aquellas conduc--tas que por su especial antijuridicidad se muestren merecedoras de una pena.

Creamos que entre los especialistas citados, hay

un error de apreciación; en efecto, hay dos momentos en la vida del Tipo, y lo que sucede es que estos momentos se han conjundido. Primeramente se debe tomar en cuenta el momento en el que el tipo es creado, es decir, aquel momento en el que al legislador se ha percatado de que de terminado actuar es de tal manera perjudicial e injusto, que es necesario hacerlo merecedor de una pena, esto es el proceso formativo de los tipos, por el cual se crea la norma jurídica, que es la que describe la conducta desvalorada. Desde este primer punto de vista, consideramos que es innegable que la antijuridicidad sea la Ratio Essendi del tipo; pero hay un segundo momento al cual se refiere la corriente mezgeriana, y que se presenta cuando el tipo penal ya ha sido creado, tiene ya vida propia. En este segundo caso, cuando una conducta se conforma al tipo ya descrito, porque ya se consideró antijurídica, es cuando se afirma que la tipicidad es ratio essendi de la antijuridicidad.

Ya nos habla de esta confusión Don Fernando Castellanos Tena cuando expone, con gran claridad, que la tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad, "por su puesto, con referencia al ordenamiento positivo, porque siempre hemos sostenido que, desde el proceso formativo del Derecho, la antijuridicidad, al contrario, es ratio essendi del tipo, pues el legislador crea las figuras legales por considerar antijurídicos los comportamientos en ellas descritos".⁴⁸

También Franco Guzmán se ha percatado de ello, cuando afirma en su obra "Delito e Injusto", que si bien es cierto que en "el proceso mental" que recorre el tipo desde el surgimiento del hecho hasta su calificación como delito, la tipicidad es ratio essendi de la antijuridicidad, pero en el desarrollo histórico del delito, - - -

no puede sino ser al contrario, es decir, la antijuridicidad es ratio essendi de la tipicidad, agregando, que todo-error proviene de confundir estos "momentos lógicos" de --formación del delito.⁴⁹

Asimismo, Mariano Jiménez Huerta distingue entre el momento en que surge el tipo, o sea el fundamento del -acto legislativo, el proceso formativo del tipo y, una vez acabado este proceso, cuando ya está integrado el catálogo de tipos delictivos; sin embargo este autor no llega a ---iguales conclusiones que los otros penalistas.

Ahora bien, en contra de esta teoría, Celestino-Porte Petit nos dice que el mismo Blasco y Fernández de Morrera afirma que si se considera a la antijuridicidad como-razón de ser de la tipicidad, "sería absurdo pensar en la-identidad del antecedente con la consecuencia".⁵⁰ O sea --que si la antijuridicidad es antecedente del tipo, no pue-de también ser su consecuencia.

Creemos que en esta opinión siguen conjundiéndose dos momentos diferentes en el proceso formativo del delito, es decir, para esta opinión también son válidas las-críticas que se han comentado en los párrafos que antece--den.

Pasaremos ahora a estudiar la última fase, en la evolución de las Teorías del Tipo. En ésta se dice que el-tipo es únicamente un elemento de concreción y de conoci-miento de la antijuridicidad. Se basa esta teoría, en la -afirmación, expuesta con anterioridad, de que únicamente -son descritas en los tipos las conductas antijurídicas, y c

que al Derecho Penal no le interesaría describir conductas o hechos que le fueran indiferentes. En ello consiste el carácter concretizador del tipo, pues limita la antijuridicidad a los efectos penales, es decir, solamente aquellas conductas antijurídicas descritas en los tipos producirán efectos penales.

El tipo es la concreción que dinámicamente realiza el legislador, afirma Jiménez Huerta, durante el proceso formativo de la ley y estáticamente queda en ella plasmada como prevención general y garantía para los ciudadanos como norte y guía del juez. Queda entendido que el tipo concreta lo injusto ya que, siendo anterior éste a aquél, "lo antijurídico precede en el tiempo a su descripción".⁵¹

Por otra parte, nos dice la teoría en estudio, el tipo es elemento de conocimiento del injusto cuando tienen, antijuridicidad y tipo, una simultánea aparición; Pavón Vasconcelos observa que "el tipo señala lo injusto, cuando el hecho en sí no era anteriormente antijurídico, pero se convierte en tal, al formularse el tipo".⁵²

Comentando a Rodríguez Muñoz, Puig Peña estima -- que la corriente que afirma que el tipo es el elemento de concreción y de conocimiento, otorga a éste un papel más modesto, siendo su única función la de señalar qué porción de antijuridicidad debe ser sancionada con una pena. En la función de concreción "la tipicidad delimita y encuadra la conducta antijurídica"; y en la de conocimiento "coincidiendo temporalmente (un acto) la aparición de la antijuridicidad y el tipo, este último es indispensable al conocimiento de la primera".⁵³

Jiménez de Asúa se adhiere también a esta forma de pensar cuando nos dice que el tipo legal concreta lo antijurídico "cuando, como ocurre en la mayoría de los casos, la antijuridicidad precede cronológicamente a la descripción típica de lo que, por ser injusto, ha de ser punible... En cambio, lo señala, cuando hasta aquel momento la acción no era injusta, pero lo fué en un instante dado, con tal urgencia de represión, por su gravedad circunstancial, que hizo preciso describir el tipo al que se adscribía la pena. Podríamos decir que nacen juntos lo injusto y el tipo".⁵⁴

Nosotros estimamos que lo injusto y el tipo van íntimamente ligados pues, como se ha afirmado, sería imposible concebir un tipo describiendo una conducta que no tuviera consecuencias jurídicas, o describiendo conductas, que a pesar de producir consecuencias jurídicas, éstas fueran indiferente al Derecho Penal.

Actualmente reconocen la mayoría de los especialistas en esta materia, que el tipo concreta lo antijurídico, de tal manera que éste se convierte en una condición SINE QUA NON del tipo, es decir, éste únicamente, y sólo eso, describe conductas antijurídicas, pero conductas especialmente antijurídicas, aquellas con efectos jurídico-penales. O sea, todos los tipos de delito, son tipos antijurídicos.

Sentado como base el principio de que: el tipo sólo describe conductas especialmente antijurídicas, es decir, con una antijuridicidad que interesa al Derecho Penal, independientemente de que sigan siendo o no antijurídicas en otros órdenes; y tomando en cuenta las críticas hechas a la Teoría del Indicio, en el sentido de que desde el momento de

su nacimiento las conductas son o no, lícitas o ilícitas, y que esa ilicitud no se anula por el hecho de que exista alguna causa de justificación o no exista, sino que la conducta ya tenía el carácter con el cual se estudiará, podemos concluir que asiste razón a Mezger cuando señala que el tipo es ratio essendi de la antijuridicidad, razón esencial en virtud de la cual una conducta al adecuarse a un tipo es antijurídica, pero, a nuestro juicio, sin excepción, aunque opere una causa de justificación es decir, creemos que no hay necesidad de agregar, como lo hace la teoría de Mezger, que "a menos de que opere una causa de justificación", ya que si ésta opera, lo hace desde el nacimiento de la conducta, por lo que la conducta estará siempre apegada al Derecho y, por tanto, no podrá ser nunca antijurídica ni típica. En otro giro, pensamos que no hay conductas por un lado típicas y por otro antijurídicas, sino que toda conducta típica, por el hecho de serlo, es antijurídica, y que una conducta en la cual opere una causa de justificación (que la hace estar apegada, desde su nacimiento, al Derecho) no es antijurídica y por tanto, al no serlo, no es típica, ya que en los tipos solamente encontramos conductas consideradas como antijurídicas. O sea que, la causa de justificación opera tanto como excluyente de la antijuridicidad y también como eliminadora de la tipicidad, aunque el término empleado suponga que la conducta primeramente fué típica y antijurídica, y posteriormente se le prive de este carácter, -- pues lo cierto es que nunca fué ni una cosa ni otra.

Así, coincidimos con Naurach cuando señala que lo necesario es hacer un previo juicio sobre la existencia o no de una excluyente del injusto, que de no existir confirmará que la conducta es típica y antijurídica, pero de exis

tir, anulará todo juicio posterior sobre la juridicidad de la misma, pues la conducta no pudo más que estar apegada - al Derecho y por tanto no fué nunca antijurídica, ni típica.

Nuestro Máximo Tribunal se ha adherido, expresamente, al criterio de Mayer y así lo ha afirmado en varias ejecutorias al exponer que el tipo es sólo un indicio de antijuridicidad, ya que por el hecho de que una conducta se conforme a un tipo no es necesariamente antijurídica.

Siendo éstas las tesis más relevantes que se refirieran al tipo, creemos oportuno pasar al estudio de los elementos del tipo.

3.- Elementos del Tipo.- La mayoría de los autores coinciden en afirmar que los elementos del tipo pueden ser, principalmente, de tres clases a saber:

- a).- Objetivos;
- b).- Subjetivos y;
- c).- Normativos.

Es necesario partir de la base de que el tipo es una descripción, por lo que sus elementos participan, forzosamente, de este carácter, es decir, todo elemento es, -- por naturaleza, descriptivo. Hecha esta aclaración que consideramos necesaria, pasaremos a señalar qué es lo que opina la doctrina, acerca de los diversos elementos del tipo.

1).- Elementos Objetivos.- Los elementos objetivos son aquellos que describen meramente una conducta como-

sucedería en el caso del artículo 150 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales que describe la portación, fabricación, etc. de armas prohibidas. Estos elementos son susceptibles de ser apreciados y captados por los sentidos, y en los tipos que se integran con elementos objetivos, es común que solamente se describan conductas -- sin hacer referencia a los resultados, es decir, delitos -- de mera actividad. Las conductas descritas están generalmente representadas por un verbo o un sustantivo y la acción u omisión que éstos, el verbo y el sustantivo, representan según, el decir de Ignacio Villalobos y Francisco -- Pavón Vasconcelos "el núcleo del tipo". Celestino Porte -- Petit observa que la conducta o hecho descrito, constituye un elemento material formativo del tipo y por éste es por lo que se distinguen los delitos de mera conducta a los de resultado material.

Señala Fernando Castellanos Tena que los elementos objetivos son aquellos en que se emplean, en la ley, -- palabras con un significado apreciable por los sentidos.⁵⁵ Es decir, el contenido del tipo es puramente objetivo, --- cuando describe una conducta como "dar un golpe", "el disparo de una arma de fuego", etc., siendo esta descrip---- ción, la función de los elementos objetivos.

Sostiene Mezger que la "simple descripción se da frente a las cosas y sucesos externos, perceptibles por los sentidos" y termina diciendo que dichos elementos pueden -- ser:

1.- "Estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos, objetivos, fijados en la ley por el legisla-

dor.

2.- "Estados y procesos anímicos en otras personas que no sean precisamente el autor".⁵⁶

Igualmente son elementos del tipo, toda las modalidades de la conducta y que forman parte de la descripción legal. Estas pueden rejerirse a los sujetos del delito, al tiempo, al lugar, a los medios comisivos o al objeto material del mismo. En igual sentido las opiniones de Francisco Pavón Vasconcelos y Celestino Porte Petit.

Sin embargo, Jiménez de Asúa y Mezger sostienen -- que en "principio y en la mayor parte de los casos", dichas modalidades no interesan para que se efectúe la conformación requerida de la conducta al tipo legal. Ahora bien, agregan, hay ocasiones en que para que se efectúe la adecuación típica, es necesario que se cumplan las modalidades citadas.

Por nuestra parte, consideramos que si en la descripción de una conducta están señaladas cualquiera de estas modalidades, es necesario que se cumplan, toda vez que de no ser así, la adecuación de la conducta al tipo no será exacta y por tanto no se efectuará; por lo que se puede concluir, -- que son elementos imprescindibles del tipo cuando éste así lo requiera. Por ejemplo: Según el artículo 325 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales comete el delito de Infanticidio el que cause la muerte a un descendiente dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento (referencia temporal). Ahora bien, si el mismo ascendiente consanguíneo causa la muerte del infante después de las setenta y dos horas requeridas por el Código citado, seguro que no se configurará el delito de infanticidio, sino que se tipificará el-

de homicidio.

Por lo expuesto, podemos decir, en contraposición a Mezger y a Jiménez de Asúa, que dichas referencias en principio, si interesan para el proceso de la tipicidad.

Ahora bien, específicamente esas modalidades son:

1).- Referencias al Sujeto Activo.— Antes de aludir a la calidad que en ocasiones debe tener un sujeto para poder realizar un acto considerado como delictuoso, es menester señalar lo que debemos entender, y quién o quienes pueden ser, sujetos activos del delito.

Celestino Porte Petit expresa que sujeto activo es " el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o partícipe" apuntando además, que es un elemento -- del tipo, ya que no se concibe un delito sin sujeto activo. ⁵⁷

En el tipo se hace referencia al sujeto activo con vocablos como "el que", "al que", etc., y dado que el delito es una conducta humana, un actuar humano, solamente el ser humano, la persona física, es capaz de delinquir; es decir, es la única capaz de efectuar ese actuar delictuoso. La conducta humana es la única que tiene relevancia para el Derecho Penal, la razón de esta exclusividad es que la conducta humana es la única que es capaz de voluntariedad. Hubo otras etapas históricas en las que se castigaba a los animales --- (fetichismo, simbolismo), etapas que actualmente han sido superadas, y en las que, como con gran acierto ha señalado Ignacio Villalobos, por una torpe exhibición de soberbia se -- "mandó azotar a los océanos" y se realizaban, absurdamente, -

"los más descalificados sainetes representados por la toga con augusta y paradójica formalidad procesal, frente al --banquillo que ocupaban indijerentes sanguijuelas o bulli--ciosos ratoncillos; tiempos en que los tribunales padecie--ron escrúpulos ante la contumacia de las orugas o de los --topos, dudando de si habrían sido citados en debida forma; en que se condenó a 'muerte con ensañamiento' al papagayo--que gritaba ¡Viva el Rey; con gran desacato a la Revolu---ción triunfante; en que jué quemado vivo el gallo que se --decía que había puesto un huevo (Basilea 1474); en que se--nombró curador por el juez de Maguncia a las cantáridas --atenta la pequeñez y la menor edad de las mismas; y en que se llegó a la suprema muestra de medida y justificación al reconocer, la Justicia inglesa, la inocencia del elefante--que mató a una niña en legítima defensa".⁵⁸

Queda claro pues, que solamente la conducta huma--na interesa al Derecho Penal. Es necesario precisar que es ta conducta debe ser voluntaria y además debe exteriorizar--se; en otro giro, como certeramente apunta Maurach, las --características esenciales de la acción deben ser: una vo--luntad dirigida en una determinada dirección, y la manifes--tación de esa voluntad. Muy cierto, ya que los simples pen--samientos, cuando no se exteriorizan, no son punibles; no--pueden ser acreedores de una pena los simples pensamientos, es decir, una voluntad que nunca se llegó a manifestar. Ya lo dice Ignacio Villalobos en su Derecho Penal Mexicano, --que un pensamiento, una voluntad sin manifestación es un --fenómeno mental que no alcanza la categoría de acto huma--no, para concluir que, independientemente de que "las ten--dencias emotivas, la conciencia y aún el pensamiento puedan tomar parte de una actuación... todo acto humano es, esen--

cialmente, una manifestación de voluntad".⁵⁹

Otro problema respecto del sujeto activo que requiere el tipo, es aquel que se presenta con las personas morales, es decir, debemos precisar si las personas morales son susceptibles o no de ser requeridas en los tipos penales. Como punto de partida debemos preguntarnos primero si dichas personas son capaces de delinquir. En la actualidad se acepta, y es un principio reconocido, en la Teoría del Delito, que solamente la persona física es capaz de cometer hechos que puedan ser delictuosos. El concepto civilista de que las personas morales tienen voluntad y personalidad propia e independiente de la de sus miembros, es la que dió origen a este problema; se pensó que independientemente de la responsabilidad individual de los gerentes, administradores, etc., la persona colectiva era sujeto responsable de delitos frente a la Sociedad. Ahora bien, tal error tiene como origen, en opinión de Ignacio Villalobos, "el desenjreño pasional" y los intereses políticos "correspondientes a un grado primitivo de cultura", lo cierto es que las agrupaciones, concluye, únicamente pueden ser medio para que una persona física delinca, y si se les sanciona es por su peligrosidad como medios y no como sujetos activos.⁶⁰

En este mismo sentido, Fernando Castellanos Teña estima que las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos de delito por carecer de voluntad propia, independiente de la de sus miembros. En efecto, si carecen de voluntad, y ésta es requisito indispensable en la conducta, su ausencia origina que este aspecto esencial-

del delito no se integre y, por ende, el ilícito tampoco.

Aclarados estos puntos, podemos pasar a tratar las referencias que los tipos hacen en cuanto a la calidad del sujeto activo.

Cuando el tipo hace mención a una de estas referencias es indiscutible, que de no concurrir, la conducta realizada no se adecuará a ese tipo determinado. "A veces el tipo establece una determinada calidad en el sujeto activo, observa Pavón Vasconcelos, a la cual queda subordinada la punibilidad de la acción, bajo el concreto tipo delictivo. Ello excluye la posibilidad de ejecución de la conducta por cualquier otro sujeto".⁶¹

Por otra parte, Ignacio Villalobos nos dice que -- "...hay que advertir que algunos delitos no pueden ser cometidos sino por un sujeto cualificado o dotado de una calidad especial...".⁶²

En nuestro Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, nos encontramos con una gran cantidad de tipos que hacen referencia a la calidad de los sujetos, así -- por ejemplo, el artículo 134 (acción III, señala que "Se impondrá prisión de dos a doce años, multa de cien a cinco mil pesos...Al funcionario público que teniendo por razón de su empleo o cargo...". El artículo 220 que señala que comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, del Estado o descentralizado,... que distraiga de su objeto dinero,... si por razón de su cargo lo hubiese recibido...", de esto se puede concluir que si dicha persona no fue se funcionario y que no lo hubiese recibido (el objeto, dine

ro, etc.) en razón de su cargo, cometerá otro delito, o en su caso ninguno, pero nunca el delito de peculado.

A estos delitos se les llama propios, especiales o exclusivos, y son aquellos que solamente pueden ser cometidos por personas determinadas en razón de cualidades o particularidades propias, derivadas de su propia naturaleza o bien jurídicas. Pero si el agente puede ser cualquiera entonces estamos frente a los delitos llamados de sujeto común o indiferente. En aquellos delitos la descripción restringe la posibilidad de ser autor del delito en relación a éstos en que el tipo no exige calidad alguna en el agente.

Es importante entender claramente el concepto ex presado con anterioridad, pues si no se llena la calidad exigida no es posible ser autor material de un delito pero sí es posible ser copartícipe de ese delito, o sea, --- que si bien no pueden ser autores directos, existe la posi bilidad de que participen en el ilícito como cómplices y sean, por tanto, también sujetos del mismo.

Maurach, al referirse al sujeto del delito, nos dice que puede haber tres clases de delitos a saber:

- a).- Los delitos de propia mano;
- b).- Los delitos especiales stricto sensu; y
- c).- Los delitos especiales latu sensu.

Los primeros serán aquellos en los que el agente del injusto únicamente puede ser la persona que esté en la situación "de ejecutar inmediata y corporalmente por sí mismo la acción prohibida. Estos delitos serán siempre delitos de mera actividad y nunca de resultado, ya que el desvalor --

de la acción ocupa el primer plano; el resultado es totalmente indiferente para el Derecho, basándose, el desvalor, en la circunstancia de que la ejecución de la acción está prohibida precisamente al autor". Como podemos observar, el campo de acción para la ejecución de estos delitos es muy limitado. Ejemplo de este tipo de delitos, sigue diciéndonos el autor, son los delitos de carne vgr. el incesto.

Los delitos especiales en sentido estricto son, para el penalista alemán, aquellos en que "la esfera de los autores está limitada por la ley". La diferencia entre estos delitos y los tratados en el párrafo que antecede no es muy clara, sigue explicando el profesor de Münich, inclusive se ha llegado a rechazar la existencia de la discrepancia entre ambos delitos, pero ésta nos la da el hecho de que en los delitos especiales la calidad del sujeto autor la fija la ley, mientras que en aquéllos la calidad del sujeto está fijada a priori, por la propia circunstancia del agente.

La tercera clase de delitos serán aquellos "que si bien pueden ser cometidos por cualquiera, motivan una punición agravada de ser realizados por una determinada esfera de autores". Como ejemplo de estos delitos tenemos todos aquellos delitos comunes cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo (falsificación de documentos por funcionario público).⁶³

2.- Referencias en cuanto al sujeto pasivo.---

Respecto a esta clase de referencias opera el mismo criterio que ha quedado señalado en el inciso anterior, es de-

cir, si el sujeto pasivo no reúne la calidad a que se refiere el tipo, se presentará la ausencia de adecuación típica necesaria para que una conducta sea considerada como delito.

Primeramente es necesario aclarar qué se entiende por sujeto pasivo. Celestino Porte Petit, apunta que - el sujeto pasivo "es el titular del bien jurídico protegido por la ley".⁶⁴

Cuello Calón afirma que será sujeto pasivo "el titular del Derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito".⁶⁵

"El sujeto pasivo del delito es el titular del Derecho violado y jurídicamente protegido por la norma".⁶⁶

Por su parte Ignacio Villalobos afirma que la Sociedad es siempre el sujeto pasivo del delito y que, además, puede haber una persona física o jurídica a la cual - se considere "sujeto pasivo inmediato".⁶⁷

Sobre este punto de vista señalaremos, que pueden ser sujetos pasivos del delito:

- a).- La persona física;
- b).- Las personas morales o jurídicas;
- c).- El estado; y
- d).- La Sociedad en general.

En la mayoría de los casos el sujeto pasivo y el objeto del delito no coinciden, pero hay ocasiones en que ambos se identifican en el delito vgr. violación, estupro, lesiones, etc.

Pasaremos a hacer mención a la calidad que en -- ocasiones, fija el tipo para el sujeto pasivo del delito, -- en efecto, el tipo puede exigir alguna calidad en el sujeto pasivo, que de no existir representaría una causa de atipicidad. Cuando el tipo requiere alguna calidad especial -- en el sujeto pasivo, estaremos frente a un delito personal, pero si no hace referencia a ninguna, o sea, que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, se tratará lógicamente de un delito impersonal.

Como ejemplo de estos tipos tenemos al delito de parricidio, que exige la calidad de ascendiente en el sujeto pasivo, calidad que de no ser llenada por éste no se -- presentará este delito, sino un homicidio.

3.- Referencias Temporales y Espaciales.-- Hay -- tipos que hacen algunas referencias en cuanto al tiempo o lugar de comisión del delito, y que de no presentarse en -- el momento de realizarse la conducta desvalorada, será, -- por tanto, imposible que se presente la tipicidad, es decir, será imposible que la conducta se conforme al tipo de terminado, precisamente por no cumplir con los requisitos -- de tiempo y lugar requeridos. Algunas veces, la punibilidad de la conducta está condicionada a esas referencias de tiempo o de lugar; de manera que la ausencia de ellas re-- presenta la inexistencia de la tipicidad de la conducta -- realizada.

Respecto a este problema Mezger alcaza que "la -- ley a veces establece determinados medios temporales como -- exclusivamente típicos, y por tanto, no caerá bajo el tipo la ejecución en tiempo distinto del que señala la ley" --

asimismo, agrega, "la ejecución del acto realizado en otro lugar (distinto al señalado por el tipo) no recae bajo el tipo".⁶⁸ Estas opiniones expresadas por el autor alemán a nuestro juicio, caen en una contradicción ya que, como hemos dicho, Mezger había afirmado que las referencias temporales, espaciales, etc. no interesaban, en principio, a la ley, ni influían para la existencia o ausencia de la tipicidad.

Como ejemplo de estas clases de referencia en -- los tipos, podemos citar los Artículos: 329 (Aborto es... en cualquier momento de la preñez), 303 fracción II (que la muerte del ofendido se verifique dentro de los sesenta --- días, contados desde que fué lesionado), 381 fracción I -- (Agrava la pena del robo al que cometa el delito en lugar cerrado), 286 (Al que en despoblado o paraje solitario), - etc., del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

4.- Referencias en cuanto a los medios comisivos. - Otras veces los tipos requieren de ciertos medios para la consecución del injusto, que de no darse, juzgando con igual criterio que en los anteriores casos, originarán la ausencia de tipicidad. Don Celestino Porte Petit, siguiendo a Mezger, observa que estos tipos originan los delitos llamados "delitos con medios legalmente determinados o limitados", agregando que "para que pueda darse la tipicidad, tienen que concurrir los medios que exija el tipo correspondiente".⁶⁹

Mezger por otra parte apunta que son delitos con medios legalmente determinados, aquellas clases de delitos

donde "la tipicidad de la acción se produce, no mediante cualquier realización del resultado último, sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma en que la ley expresa⁷⁰ mente lo determina".

Ahora bien, el cumplimiento de los requisitos en los medios de comisión, no siempre originan la tipicidad, sino que en ocasiones, simplemente agravan la pena. En el Código Penal vigente, tenemos varios tipos que hacen alusión a estas referencias como son: el Artículo 372 (robo con violencia), 265 (cópula obtenida mediante la violencia), etc.

5.- Referencia al Objeto material.- Se debe insistir en que las referencias que se tratarán, son referencias a objeto material y no al objeto jurídico. Entendemos por objeto jurídico, el valor tutelado por la ley penal y que el hecho u omisión lesionan, siendo el objeto material, la persona o cosa sobre lo que se concreta la acción peligrosa. En ocasiones ambos objetos se conjunden en uno solo, pero en la mayoría de los casos, se pueden distinguir perfectamente.

Encontramos referencia al objeto material en los Artículos 262 (mujer menor de dieciocho años), 367 (cosa ajena mueble), 395 (inmueble ajeno), etc., todos estos preceptos del Código Penal vigente en el Distrito y Territorios Federales.

B).- Elementos Normativos.- Son aquellos que para su comprensión o entendimiento requieren, por parte del juez, una previa actividad valorativa, desde el punto de -

vista jurídico.

Estos elementos hacen resaltar la antijuridicidad de las conductas toda vez que están cargados de desvalor jurídico, es decir, son frases o términos usados por el legislador que tienen un sentido tal, que requieren de una especial valoración, ya sea jurídica o cultural. Hay quienes -- consideran que estos elementos pertenecen al campo de la antijuridicidad y dentro de él abordan su estudio, estimando que no deberían ni estudiarse en la Teoría del Tipo, ni ser incluidos en las descripciones típicas. En este sentido Jiménez de Asúa, considera que no hay razón para que el legislador los incluya en los tipos, pues el ser antijurídico es característica de todos los delitos, ya que el contrariar la norma es lo que imprime el carácter delictivo a la conducta humana.

Creemos injundada la opinión del maestro Jiménez de Asúa al criticar las referencias, hechas por la ley, de los elementos normativos, ya que ejemplifica con términos -- en los cuales es válida su opinión, pero a nuestro juicio -- no todos los términos empleados, como elementos normativos, se refieren específicamente a la falta de Derecho o a la actuación contraria al mismo. Es decir, consideramos válida -- la opinión del insigne maestro español, en la medida del empleo que se haga de determinados vocablos o frases. Por -- ejemplo el Artículo 178 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales señala "Al que sin causa legítima, -- rehusare..."; en este artículo, como en muchos otros, creemos que resulta inútil la referencia al elemento normativo, pues si el sujeto se negare con causa legítima, no se hallaría dentro del presupuesto requerido por el tipo. Pero tam-

bién creemos que hay otros términos que forzosamente tienen que estar referidos en el tipo, y en los cuales es necesaria la valoración del juez; caso específico sería el artículo 225 fracción V del ordenamiento citado, que a la letra dice "Se impondrá suspensión de un mes a un año... V.-No cumplir la disposición que legalmente se les comunique...", ya que en este caso el juez debe decir cuándo la disposición, se les comunicó legalmente y cuando no. Como este caso hay muchos otros en la parte Especial de los Códigos Penales donde se hace necesaria la referencia a los elementos normativos. Así pues, creemos que el referirse o no a los elementos de valoración en los tipos, depende del vocablo o vocablos de que se pretenda hacer uso.

Para Mezger los ^{*}elementos normativos son presupuestos del "injusto típico" que solamente pueden ser determinados mediante una valoración especial de la situación de hecho, y que por esa valoración, que debe realizar el juez, se les denomina normativos. La valoración puede ser jurídica o cultural, y es necesaria para poder captar el sentido de estos elementos. Es jurídica, cuando los elementos de valoración pertenezcan a la esfera del Derecho, y es cultural cuando se refiera a "determinadas normas y concepciones vigentes" ajenas al campo del Derecho. Entendemos que para el autor alemán tales referencias no son elementos del tipo, sino presupuestos del "injusto típico" o sea presupuestos de la antijuridicidad, toda vez que en su teoría, tipo y antijuridicidad están tan íntimamente ligados que la acción punible no es la "típica", sino la "típicamente antijurídica", por lo que nose hace necesario hacer referencia a dichos elementos en los tipos, sino que como presupuestos de lo antijurídico deben ser previamente valorados y entendidos.

Otra corriente de pensadores, representados por Erik Wolf, sostiene en contraposición a la anterior teoría, que todos los elementos del delito son normativos -- por el simple contacto que tienen con la norma jurídica; -- por tanto, todos tendrán carácter valorativo.

Para Jiménez Huerta habrá elementos normativos -- en un tipo, siempre que se haga una especial alusión a la antijuridicidad de la conducta que describe, entendiéndose que esa alusión será el fundamento de la antijuridicidad.

En nuestro ordenamiento positivo encontramos -- innumerables referencias a elementos normativos, tanto jurídicos como culturales. Así en los artículos: 367 (cosa ajena), 243 (documento público), 367 (bien mueble), 179 -- (sin excusa legal), 214 fracción I (sin los requisitos legales), 225 fracción V (legalmente), 262 (casta y honesta), 260 (erótico sexual), etc.

C).- Elementos subjetivos.-- Son aquellos que se refieren a diversos estados anímicos en el autor del delito y que se vinculan a la culpabilidad; en ellos, va insisto el motivo o fin que guía al autor del hecho criminoso.

Fué Harold Fisher, el primero en ocuparse de estos elementos, cuando se refiere a ciertos momentos subjetivos, y también a que el propósito en el autor califica su conducta como antijurídica; es decir, en determinadas conductas nos encontramos con referencias subjetivas por las que aquella se califica de ilícita, debiéndose estudiar estas referencias en el campo de la culpabilidad; pero en ocasiones, la relación guardada entre las referen--

cias subjetivas y el motivo, hacen que se les analice dentro del campo de la antijuridicidad. O sea el motivo o fin, para este autor, tiene gran importancia, ya que por él puede una conducta ser calificada de lícita o ilícita y es en ello donde radica la importancia de las referencias subjetivas.

Respecto a estos elementos ha surgido el problema de saber cuál es su ubicación, es decir, si deben estudiarse dentro del campo de la antijuridicidad o dentro del campo de la culpabilidad. Varias corrientes de pensadores expresan sus ideas en uno y otro sentidos.

Hay especialistas que dicen que los elementos subjetivos pertenecen a la antijuridicidad. Otra corriente de pensadores afirma por el contrario, que los elementos subjetivos deben estudiarse dentro del campo relativo a la culpabilidad.

Un tercer grupo de pensadores, entre los que se encuentra el profesor Jiménez de Asúa, sostiene que es necesario hacer un estudio por separado de los tipos en particular, y entonces, habrá ocasiones en que referiremos estos elementos a la antijuridicidad, y habrá otras en que las encontremos referidas a la culpabilidad.

Una cuarta forma de pensar apunta que los elementos subjetivos no deben referirse ni a la antijuridicidad ni a la culpabilidad, ya que su estudio forma parte del estudio de la acción.

Para Francisco Pavón Vasconcelos, los elementos

subjetivos deben estudiarse en la Teoría del Tipo o de la Tipicidad, pues no se pueden ubicar, de momento, en el -- campo de la culpabilidad ni en el de la antijuridicidad, -- so pena de verse en la necesidad de estudiar cada tipo en particular.⁷¹

4.- Clasificación de los Tipos.- Encontramos va rias clasificaciones formuladas de los tipos penales, entre las que destacan las de:

MEZGER

I.- Delitos de simple - actividad y delitos de Resultado.

II.- Delitos de lesión y delitos de peligro.

III.- Delitos básicos y-cualificados y pr i vilegiados.

IV.- Tipos compuestos.

V.- Tipos necesitados de Complemento.

- 1.- Delitos de varios actos.
- 2.- Delitos compuestos en sentido estricto.
- 3.- Delitos permanentes.
- 4.- Delitos mixtos, -- acumulativa y al-- ternativamente for-- mulados.

- 1.- Complemento en la-- misma ley.
- 2.- Complemento en otra ley del mismo siste-- ma jurídico.
- 3.- Complemento en otra ley de otro sistema jurídico.

En razón de su fundamento.

Fundamentales, Cualificados y, Privilegiados.

Según la autonomía de los Tipos.

Básicos
Especiales
Complementados.

Atendiendo al Acto.

Al acto propiamente dicho

- 1.-De formulación libre.
- 2.-Casuísticamente formados.
- 3.-Acumulativos.
- 4.-Alternativos.

Según el resultado.

Condicionales de resultado - cortado.

Según los elementos Subjetivos del Injusto

Referentes al Autor.

- De Expresión
- De Tendencia o Impulso.
- De Intensión.

Fuera del Agente.

Según su ordenación Metodológica.

Básicos.
Especiales.
Complementados.

- Agravados.
- Privilegiados.
- Agravados.
- Privilegiados.

De daño.

Según el alcance o sentido de la tutela Penal

De peligro.

- peligro ejetivo.
- Peligro presunto.
- peligro individual.
- peligro común.

Simples.

Según la Unidad o Pluralidad de bienes tutelados.

Complejos.

- Especial.
- Complementado.

JIMENEZ DE ASUA.

Fernando Castellanos Tena, conjuntando las anteriores clasificaciones nos dice que los tipos pueden ser: -

A.- Por su composición, los delitos pueden ser -- Normales o Anormales. Los primeros son aquellos que se limitan a hacer una descripción objetiva, (homicidio) pero en ocasiones el legislador, al describir la conducta ilícita, hace referencia a elementos subjetivos y/o normativos será cuando nos encontremos ante un tipo anormal, (estupro), en estos casos el juez no simplemente realizará un proceso de cognición, sino que será necesario un juicio valorativo.

B.- Según su ordenación metodológica, los delitos pueden constituir la esencia o fundamento de otros tipos, -- estos serán los tipos básicos o fundamentales, es decir, -- son los que tienen plena independencia o que constituyen -- "la espina dorsal" de la parte Especial de los Códigos (homicidio). También tenemos aquellos que al agregarle otro requisito al tipo básico, al cual se subsumen, se crean con independencia y vida propia, sin subordinación llamándose -- especiales (parricidio). Dentro de este grupo tenemos aquellos tipos que se constituyen subordinados a un tipo básico, al cual se sumaron nuevos elementos, y relacionados a éste, -- siempre funcionan. A estos tipos se les llama complementados (homicidio calificado).

C.- En función de Autonomía o Independencia, nos encontramos con los tipos Autónomos y con los Subordinados. Serán autónomos todos los tipos que tengan vida por sí mismos (robo simple), siendo subordinados aquellos que dependan, para su existencia, de otro tipo al cual complementan y se subordinan ya que adquieren vida en razón del tipo básico (homicidio en riña).

D.- Por su formulación los tipos pueden ser de formulación casuística en los cuales se detallan una serie de elementos innecesarios (lesiones), es decir, varias formas de ejecutar el ilícito y no meramente una modalidad. Podemos subdividir estos tipos en Alternativos, en los que se prevén dos o más hipótesis pudiendo colmarse el tipo con la realización de cualquiera de ellas --- (Adulterio "...en el homicidio conyugal o con escándalo..."), y en Acumulativos en los que se requiere del cumplimiento de la pluralidad de actos que recogen para que el tipo se conjorme (Vagancia y malvivencia "...no dedicarse a trabajo honesto, sin causa justificada y tener malos antecedentes...").

Serán tipos de formulación Amplia aquellos en los que se describe en forma genérica la conducta delictiva, pudiendo emplearse cualquier medio y forma, para la comisión del delito; lo importante es el cumplimiento de la hipótesis única (Robo).

E.- De acuerdo a su resultado los delitos pueden ser: de Daño y de peligro.

Los primeros protegen, contra la disminución o destrucción, al bien jurídico (Fraude). Los de peligro protegen al bien jurídico contra el peligro que pueda amenazarle, o sea contra la posibilidad de ser dañado (Disparo de arma de fuego).

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación -- afirma que los tipos se clasifican, atendiendo a su autonomía y desde el punto de vista doctrinario, en básicos, especiales y complementados. Serán básicos aquellos que --

tengan plena independencia y calidad de fundamentales; - los especiales adquieren tal carácter al añadirsele alguna peculiaridad al tipo básico, del cual mantienen sus - caracteres fundamentales y al cual excluyen, obligando - al juzgador a subsumir los hechos bajo el nuevo tipo especial "de tal manera que éste elimina al básico"; por - último serán complementados aquellos que presuponen la - aplicación del tipo básico al cual se incorporan.

- 1.- Villalobos, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. Ed. Porrúa. México, 1960. pág. 256.
- 2.- Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*, - DAAP, México, 1937. Pág. 160.
- 3.- Villalobos, Ignacio. Ob. cit. pág. 256.
- 4.- Villalobos, Ignacio. Ob. cit. pág. 202.
- 5.- Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*, 1967. Ed. Porrúa. México. Pág. 244.
- 6.- Jiménez de Asúa, Luis. *La Ley y el Delito*. Pág. 263.
- 7.- Mezger, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal T.I. Madrid*. pág. 523.
- 8.- Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona 1962. Págs. 261 y ss.
- 9.- Op. cit. pág. 265.
- 10.- Maurach, Reinhart. Op. cit. pág. 101.
- 11.- Maurach, Reinhart. Op. cit. pág. 101.
- 12.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. --- pág. 243.
- 13.- Op. cit. pág. 243.
- 14.- Jiménez Huerta, Mariano. *La Tipicidad*. Ed. Porrúa, -- México, 1960. Págs. 15, 42 y ss.
- 15.- Op. cit. págs. 202 y 258.
- 16.- Op. cit. pág. 243.
- 17.- Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos de Derecho Penal*. Ed. Porrúa, México 1969 pág. 159.
- 18.- Op. cit. pág. 267.
- 19.- Op. cit. pág. 284.
- 20.- Porte Petit, Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Ed. Jurídica Mexicana. México 1969, pág. 424.

- 21.- *Semanario Judicial de la Federación, CXIX, Sexta Epoca. Segunda Parte. Págs. 2884 y ss.*
- 22.- *Porte Petit, Celestino. Op. cit. pág. 424.*
- 23.- *Citado por Porte Petit, Celestino. Cp. cit. pág. 425.*
- 24.- *Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. pág. 238.*
- 25.- *Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit. pág. 39 y ss.*
- 26.- *Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. pág. 160.*
- 27.- *Porte Petit, Celestino. Op. cit. pág. 425.*
- 28.- *Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. pág. 239.*
- 29.- *Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. pág. 244.*
- 30.- *Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit. pág. 27 y ss.*
- 31.- *Op. cit. pág. 258.*
32. *Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. ---- pag. 240.*
- 33.- *Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. --- pág. 242.*
- 34.- *Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. --- pág. 245.*
- 35.- *Op. cit. pág. 160.*
- 36.- *Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Cp. cit. --- pág. 246 y por Porte Petit, Celestino. Op. cit. pág.- 126.*
- 37.- *Citado por Porte Petit, Celestino. Cp. cit. pág. 426.*
- 38.- *Op. Cit. pág. 265.*
- 39.- *Op. cit. pág. 348.*
- 40.- *Op. cit. págs. 137 y 265.*
- 41.- *Op. cit. pág. 161.*
- 42.- *Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. --- págs. 246 y ss.*

- 43.- *Op. cit. pág. 246.*
- 44.- *Op. cit. pág. 161.*
- 45.- *Franco Guzmán, Ricardo. Delito e Injusto, México, - 1950. pág. 41 y ss.*
- 46.- *Citado por Forte Petit, Celestino. Op. cit. pág. 428.*
- 47.- *Op. cit. pág. 34.*
- 48.- *Op. cit. pág. 161.*
- 49.- *Págs. 53 y ss.*
- 50.- *Citado por Forte Petit, Celestino Op. cit. pág. 428.*
- 51.- *Op. cit. pág. 31 y ss.*
- 52.- *Op. cit. pág. 244.*
- 53.- *Citado por Forte Petit, Celestino. Op. cit. pág. 428.*
- 54.- *Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. -- págs. 243 y ss.*
- 55.- *Op. cit. pág. 162.*
- 56.- *Citado por Forte Petit, Celestino. Op. cit. págs. 431 y ss.*
- 57.- *Op. cit. pág. 438.*
- 58.- *Op. cit. pág. 223.*
- 59.- *Op. cit. pág. 224.*
- 60.- *Op. cit. pág. 267.*
- 61.- *Op. cit. pág. 248 y ss.*
- 62.- *Op. cit. pág. 268.*
- 63.- *Op. cit. pág. 287 y ss.*
- 64.- *Op. cit. pág. 442.*
- 65.- *Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. pág. 146.*

66.- *Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. pág. 146.*

67.- *Op. cit. pág. 269.*

68.- *Citado por Forte Petit, Celestino. Op. cit. pág. --
432 y ss.*

69.- *Op. cit. pág. 436.*

70.- *Citado por Forte Petit, Celestino. Op. cit. pág. 436.*

71.- *Op. cit. pág. 255.*

CAPITULO II.
TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

SUMARIO:

- 1.- Tipicidad, concepto.*
- 2.- Importancia de la tipicidad.*
- 3.- Atipicidad y ausencia de tipo.*

1.- Tipicidad.- Concepto.- Entendemos por tipicidad la adecuación de una conducta a la descripción, que de ella - hace el legislador, en un tipo. Es decir, es la conformación de un actuar al tipo descriptivo de la Ley Penal. Esta conformación debe ser total, o sea, que todos los elementos con los que se ha descrito la conducta en un tipo determinado, deben presentarse, pues de no ser así, no se puede hablar de tipicidad.

Es necesario señalar los conceptos que han elaborado varios autores, respecto de la tipicidad.

Francisco Pavón Vasconcelos nos dice que la tipicidad "es la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa", de tal manera que la tipicidad supone, agrega el citado autor, la existencia del tipo (hecho tipificado) más la adecuación típica o "subsunción del hecho concreto al tipo legal".¹

Para Celestino Porte Petit la tipicidad consiste -- "en la adecuación o conjormidad a lo prescrito por el tipo", - sosteniendo, además, que dicha adecuación no debe limitarse a los elementos objetivos, ya que hay casos en que la descripción legislativa, "es meramente objetiva", pero hay otros en que es "objetiva y normativa"; o puede ser conjuntamente objetiva, normativa y subjetiva, o bien, objetiva y subjetiva".²

"La tipicidad consiste en la adecuación de una conducta concreta en la descripción legal formulada en abstracto ... (o sea), el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa" afirma Fernando

do Castellanos Tena, sosteniendo, que la tipicidad es uno de los elementos fundamentales del delito, sin el cual sería imposible la configuración del mismo.³

Ignacio Villalobos expresa, que la tipicidad se dará cuando "un comportamiento humano corresponda a un tipo-modelo".⁴

Para Mariano Jiménez Huerta, la tipicidad es la adecuación típica, que significa, "encuadramiento o subsumción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo, de las conductas accesorias".⁵

"La tipicidad es la conjormidad del hecho con la hipótesis delictuosa prevista en la ley", asegura Raúl Carrancá y Trujillo, por lo que, agrega, "no se puede pensar que haya delito sin tipicidad, o sea sin el hecho de que la vida real encaje dentro de una de las fórmulas descriptivas de la parte Especial de los Códigos" donde se definen y catalogan los delitos... y sólo podrá ser delito la acción que corresponda a un tipo legal... y de no ser --- así el signo externo distintivo de la antijuridicidad que lo es la tipicidad, hará que dicha acción no constituya un delito". Sigue diciéndonos que siempre que haya tipicidad habrá un "hecho incriminable" por lo que, concluye, - la tipicidad "es un elemento constitutivo de la acción" - sin la que ésta no es incriminable.⁶

En su obra Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Celestino Forte Pettit cita algunas definiciones sobre el concepto de Tipicidad que han dado diver-

sos autores; por la importancia que revisten para este trabajo los transcribimos a continuación:

a).- "La acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, saturada a veces de referencias o elementos normativos o subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida". (Francisco Blasco y Fernández de Moreda).

b).- "La tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal". (Laureano Landaburu).

c).- "La tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de la infracción". (Luis Jiménez de Asúa).

d).- "La tipicidad como elemento se da, cuando el infractor que no es el destinatario, arregla y conforma su conducta, con escrupulosa exactitud, a la hipótesis de la ley". (Emilio Pardo Aspe).

e).- "La tipicidad consiste en la descripción que contienen los artículos de la parte especial de los Códigos Penales, a modo de definición de las conductas prohibidas - bajo amenaza de sanción". (Fontan Balestra).⁷

Para Sebastián Soler la tipicidad existirá cuando lo realizado por el agente, se adecúe al contenido del precepto legal, ya que la tipicidad es "la adecuación a una figura" o sea "el encuadramiento o subsunción del hecho en la figura legal", sin embargo este autor, al decir de Pavón --

Vasconcelos, critica el término de "tipicidad" diciendo que *Beling* nunca lo agregó como tal a su definición del delito -- lo cierto es que *Beling* agregaba el término "adecuación" -- ya que definía el delito como la "acción antijurídica culpable y adecuada a un *tatbestand* (a un tipo)".⁸

Nuestro Máximo Tribunal ha establecido que "Para que una conducta humana sea punible conforme al Derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable..." y en otra ejecutoria apunta que "La Tipicidad consiste en que el comportamiento del acusado se encuentre adecuado al tipo que describe la ley penal".⁹

Como podemos advertir, todas las definiciones -- transcritas nos hablan de una adecuación o conformidad de una conducta a las descripciones que el legislador, previamente, hace en la parte Especial de los Códigos. Muy cierto, y como afirma el Maestro Fernando Castellanos Tena, la adecuación de la conducta existirá toda vez que esa forma de actuar esté previamente descrita en la ley, es decir, el tipo (descripción legal) es el presupuesto necesario para la adecuación, la que será un elemento esencial del delito. Así, debemos concluir que no existirá adecuación de una conducta, y por tanto tampoco delito, si no contamos antes con el presupuesto necesario que será la descripción, pues si no existe dicho presupuesto ¿a qué se conformarán las conductas?.

Asimismo pensamos que es necesario no confundir -- ambos conceptos, tipo y tipicidad, presupuesto y ele---

mento esencial; en efecto, la tipicidad es la adecuación de la conducta al presupuesto descriptivo plasmado en la ley, mientras el tipo es ese presupuesto descriptivo, es la creación legislativa, " la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales".¹⁰ En otro giro, es una doble relación en la que por un lado nos encontramos con una descripción abstracta, genérica e impersonal de una conducta considerada por el Estado como delictuosa, y por otro lado, tenemos la realización actual, concreta, personal y específica, de una conducta en los mismos términos que los señalados en la descripción, por lo que ésta una perfecta acuñación a aquélla.

Por otra parte, debemos comentar que en las definiciones de Pardo Aspe y Fontan Balestra encontramos situaciones diferentes a las planteadas en las otras definiciones a que hicimos referencia. Muy cierto, el primero de estos autores, nos habla de "la tipicidad como elemento...", con lo que indica la posibilidad de existencia de un segundo aspecto de la tipicidad, que no tenga las funciones que se asignan a ésta. Es posible que así sea, toda vez que en la obra de Ignacio Villalobos encontramos una definición de tipicidad que nada tiene que ver con la de "adecuación" aceptada por la doctrina; en efecto, en su obra Derecho Penal Mexicano nos dice -- que la tipicidad "es una forma de determinación de lo antijurídico relevante para el Derecho Penal", para posteriormente agregar que "lo antijurídico que alcanza las dimensiones del delito se califica y determina por la ley mediante la tipicidad" en un derecho legislado.¹¹

De la explicación que nos dá este insigne maestro

tro, entendemos que considera como tipicidad, la función que tiene el Estado de tomar de los hechos considerados como antijurídicos, aquellos que por su especial naturaleza antisocial sean merecedores de una pena, y llevarlos a la parte Especial del Código Penal; o sea, será tipicidad la función de describir las conductas tomadas como delictuosas.

Tal vez sea válido este criterio, pero para -- evitar confusiones, podríamos decir que "atipicidad" es la función del Estado de describir (en tipos) las conductas merecedoras de una pena, y la "tipicidad" consistirá en la conformación a esos tipos, o para explicar esta conformación emplear el término, adecuación, dejando el de tipicidad para la función que tiene el Estado de describir en tipos las conductas consideradas como delictuosas.

Respecto de la definición de Fontan Balestra, -- encontramos que en ella el autor conjunde los vocablos -- tipo y tipicidad. Así es, al señalar que "la tipicidad -- consiste en la descripción que contienen los Artículos -- de la Parte Especial de los Códigos Penales...", vemos -- que lo que elaboró es una definición de lo que se entiende por tipo, o sea, una descripción de las conductas prohibidas; apoyan nuestra opinión, las definiciones elaboradas sobre el tipo por los diferentes autores de Derecho -- Penal, mismas que hemos citado en el capítulo que antecede.

La evolución de la tipicidad ha seguido, por -- consecuencia lógica, una evolución paralela al concepto-

del tipo, las teorías surgidas a efecto de éste, son las teorías de la tipicidad. Por haberlas examinado en el capítulo primero de este trabajo, no es necesario volverlo a hacer con la misma extensión, sin embargo, consideramos in dispensable precisar sus postulados fundamentales.

La Teoría de Beling (1906-1930) llamada de la in dependencia o de la Pura Coordinación, sostiene que el tipo es la pura descripción objetiva de una conducta, independientemente de los elementos antijuridicidad y culpabilidad, y desprovista de toda valoración de la acción. A pesar de la independencia que guardan los elementos del delito entre sí, su concurrencia es necesaria para su integración. En esta teoría, no se habla de la tipicidad sino de *tatbestandmässigkeit*, es decir, de la "adecuación a un tipo legal".

La Teoría del carácter indiciario del tipo, surgió en 1915 con M. Ernesto Mayer; quien nos dice que la adecuación de una conducta antitipo tiene un valor indiciario de la antijuridicidad; no toda conducta típica es antijurídica, pero sí nos la posibilidad de que así sea; en otros términos, la conducta típica establece un principio (indiciario) de antijuridicidad. En esta teoría, la tipicidad, a pesar de la independencia que guarda respecto de la antijuridicidad, supone una valoración, pues aquella es ratio cognoscendi de ésta.

Una tercera teoría nos dice que la acuñación de la conducta al tipo es razón esencial de la antijuridicidad, es decir, el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, a no ser que opere una causa de justifica---

ción, pues si tal ocurre la conducta no es antijurídica a pesar de su tipicidad. El tipo que describe dicho actuar - posee, por tanto, la más alta significación, en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción. Fué Mezger el creador de esta doctrina, quien - en 1926 terminó con el criterio independizador ya que en su teoría aparecen, el tipo y la antijuridicidad, íntima- mente ligados.

La cuarta fase en la evolución del tipo nos la - dá Francisco Blasco, y entre nuestros autores Ricardo Fran- co Guzmán; estos especialistas invierten el papel que guar- dan, en la estructura del delito, el tipo y la antijuridi- dad al afirmar que si una conducta llega a ser tipifica- da en la ley, es porque el legislador ha considerado tan - grave su antijuridicidad que ha creído conveniente hacerla merecedora de una sanción penal. Es decir, aquellas accio- nes que son gravemente antijurídicas son el fundamento en- la formación de los tipos.

Por su parte José Antonio Rodríguez Muñoz, en su teoría expuesta en 1950, afirma que el tipo es un elemento de concreción y conocimiento de la antijuridicidad; de con- creción, cuando existiendo norma anteriormente, la tipici- dad delimita y encuadra la conducta antijurídica; de cono- cimiento, cuando aparecen de una manera concomitante la an- tijuridicidad y el tipo, este último es indispensable al - conocimiento de la primera. Entre los autores españoles -- que se identifican con esta manera de pensar tenemos a Ji- ménez de Asúa, quien afirma que cuando la antijuridicidad- precede cronológicamente al tipo, éste concreta a aquélla, ya que será punible por ser injusto; siendo un elemento de

conocimiento cuando en un momento dado, la acción no era injusta, pero lo jué en un instante, con tal urgencia de repre-
sión por su gravedad, que jué necesario describirla en un --
tipo.¹²

La última de las jases es la llamada por Porte Pe-
tit "Destructiva", en ella se afirma, en contra de las demás-
teorías, que la verdadera misión del tipo se encontrará cuan-
do el mismo permita la analogía. Agrega esta corriente que-
el fundamento del tipo, desde el punto de vista de la crea--
ción del Derecho, es la antijuridicidad, pero desde el punto
de vista del conocimiento, es el tipo el funcionamiento --
real de validez de la antijuridicidad.

2.- Importancia de la Tipicidad.- La importancia-
de la tipicidad no la podemos encontrar si no acudimos, nece-
sariamente, a la noción del delito. Tomando como base el con-
cepto jurídico substancial del delito nos percatamos de que-
tiene como elementos esenciales a: la conducta, la tipicidad,
la antijuridicidad y la culpabilidad, teniéndose ésta como --
presupuesto a la imputabilidad. Para la configuración del de-
lito es necesario que primero se presente una conducta, pero
esto no basta para su existencia, ya que además es necesario
que esa conducta se conforme a un tipo para que a su vez, --
sea considerada como antijurídica y culpable. Como hemos vis-
to, si la conducta no se hubiera adecuado a una de las des--
cripciones elaboradas por el legislador, es decir, si la con-
ducta no hubiera sido típica, o en otras palabras, si no hu-
biera habido tipicidad no hubiera habido delito. O sea, --
"se establece en una forma clara y patente, que no hay deli-
to sin tipicidad...".¹³

Ahora bien, para llegar a esta conclusión es ---
necesario saber cuál es la junción de la tipicidad: La --

función principal de la tipicidad, además de haber sido estudiada paralelamente a la del tipo, y que ya se ha visto - en el primer capítulo de este trabajo, se puede resumir en diferentes opiniones, entre las que apuntamos las siguientes:

a).- Para Beling la tipicidad es una característica esencial del delito. Hay que tomar en cuenta que para este autor la tipicidad es la adecuación a un tatbestand (tipo); él mismo nos dice que el delito es "la acción antijurídica, culpable y adecuada a un tipo", de ello que Beling la considera elemento esencial del delito.

b).- Para Battaglini, la tipicidad es un requisito de hecho, según el Derecho positivo.

c).- Fernando Castellanos Tena nos dice que la tipicidad es un elemento esencial del delito, ya que su ausencia impide su configuración.

d).- Para Natos Escobedo, la tipicidad es una condición del delito, pero no un elemento del mismo, toda vez que no forma parte de él, siendo únicamente una condición-SINE QUA NON del mismo.

e).- Porte Petit afirma que la tipicidad constituye una relación conceptual que se presenta entre el tipo y la conducta.¹⁴

f).- Carrancá y Trujillo afirma que la tipicidad es un elemento constitutivo de la acción sin la que ésta no es inculpa, de lo que concluye un nuevo dogma; no hay delito sin tipicidad.¹⁵

3.- Ausencia de tipo y atipicidad.- Debemos distinguir entre ausencia de tipo y atipicidad. La ausencia de tipo supone que la acción realizada no está descrita en el catálogo de delitos de la Parte Especial de los Códigos Pe-

nales, ya sea porque de una manera deliberada o inadvertidamente el legislador no lo hizo así.

Celestino Porte Petit, nos dice que la ausencia de tipo es el aspecto negativo del tipo y que éste existe "cuando una conducta o hecho no están descritos en la norma penal" y, siguiendo a Jiménez de Asúa, afirma que la ausencia de tipo trae como consecuencia la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de aquella conducta que no ha sido descrita por la ley, incluso aunque esta conducta sea antijurídica.¹⁶

La ausencia de tipo trae como consecuencia que la conducta no pueda estar sujeta a sanción penal. Así es, nuestra Carta Magna en su artículo 14 párrafo tercero, expresa: "En los juicios de orden criminal, queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", o sea, que consigna el principio de *NULLA CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE*, el cual constituye la más elevada garantía del Derecho Penal-liberal, al no poderse sancionar una conducta que no sea previamente descrita, o en su caso, claramente descrita, en la norma penal.

Este principio tuvo su origen en la Carta Magna de Juan sin Tierra (1215) que prohibía la imposición de penas *PER LEGALE JUDICIUM*, pero ya encontramos antecedentes de este principio en el Digesto y en el Derecho Canónico Primitivo. Posteriormente, Beccaria nos dice que únicamente las leyes pueden decretar las penas para los delitos, y esta facultad solamente puede depositarse en el legislador.

Este criterio siguió vigente hasta llegar a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), para -- terminar consagrado en la mayoría de las legislaciones.

A nuestro juicio, el principio enunciado además de ser una garantía de seguridad, es un principio de legalidad que obliga a la estricta aplicación de la ley penal, así como prohíbe la aplicación de la analogía en esta materia. Sería absurdo pensar en la existencia de un delito si no está establecido en la ley, ya que el ser humano sólo puede obedecer o desatender lo que conoce, correspon--- diendo, dentro de un sistema liberal de Derecho, al Poder -- Legislativo, y no a otro, aunque así lo hayan reconocido -- otros sistemas jurídicos (Código de Dinamarca de 1930, de la URSS de 1926 y la Reforma al Código Penal Alemán de --- 1935 que aceptan la analogía agravante y fundamentadora de la pena) definir la naturaleza delictuosa de una conducta.

Se ha sostenido, con el fin de satisfacer pasiones personales y so pretexto de que muchos delitos escapan a la tipificación legal y por tanto quedan impunes, que -- las conductas violan la norma y no la ley y por tanto que es justificable la creación de tipos judicialmente. Pero a pesar de la existencia, cada vez más en desuso, de estas -- formas de pensar, en los últimos Congresos Internacionales se ha aceptado como principios fundamentales, que deben -- inspirar a todo sistema de Derecho:

1.- El principio de la legalidad.

2.- La exclusión del método analógico.

Nuestro Derecho, además de consignarlos en el artículo 14 Constitucional, los consagra en el artículo 7 --

del Código Penal vigente para el Distrito y Territorios Federales, al declarar que "el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

El principio de *NULLA POENA, NULLO CRIMEN SINE LEGE*, ha dado lugar al dogma de *NULLO CRIME, NULLA POENA SINE TYFC*, en el que se afirma que a falta de tipo es imposible - considerar una conducta como delictuosa, es decir, no hay de delito sin tipo legal al que corresponda una acción.

Hay que anotar que para Celestino Porte Petit la - Ausencia de Tipo se identifica con el delito putativo, es de cir, el delito putativo no es sino un caso de ausencia de ti po, y siguiendo a Ranieri agrega, que está, esta hipótesis - dentro de las de la exclusión de tipicidad ya que no hay un- tipo al cual referir la conducta,¹⁷ o sea que el sujeto cree actuar típicamente sin que esto sea así, únicamente en su -- imaginación actúa típicamente.

Ahora bien, es necesario aclarar la diferencia que existe entre la ausencia de tipo y la ausencia de tipicidad- o atipicidad. En el primer caso, no existe, ya sea por error del legislador o deliberadamente, la descripción de la con-- ducta en una norma penal, mientras que en la Atipicidad, --- bien sea por la falta de alguno de sus elementos o porque no se integren estos, no hay conjunción de la conducta al ti pp, pero éste, la descripción en la norma penal, si existe.

Por considerarla de interés, ya que se aparta de - la generalidad de las opiniones sostenidas por los especia-- listas en la materia, creemos necesario exponer la opinión - del profesor Ignacio Villalobos respecto del aspecto negati-

vo de la tipicidad. En su Derecho Penal Mexicano nos deja ver que la clasificación de las excluyentes (como él las llama, pues considera erróneo denominarlas aspectos negativos de uno u otro elemento), debe constar de tantos miembros como elementos del delito sean y "que por ellas pueden ser eliminados, dichos elementos, haciendo solamente la excepción de la tipicidad cuya presencia se presupone puesto que sólo ante un hecho típico puede tener lugar la investigación..." para agregar después que "la realización o el intento de realizar un hecho típico" es el principio necesario, o presupuesto lógico, para la iniciación de toda investigación, y concluye diciendo, que en vista de lo expuesto "hay que hacer caso omiso de este elemento de tipicidad para la clasificación de las excluyentes" y solamente tomar en cuenta los elementos acto humano, antijurídico y culpable para dicho fin.¹⁸

Creemos que el maestro Ignacio Villalobos está en lo justo cuando afirma que todo examen sobre la responsabilidad de un sujeto o sobre la juridicidad o no, de una acción, debe iniciarse tomando como punto de partida la tipicidad de la misma acción, que se va a investigar, pero también es muy cierto que no siempre se tiene la certeza de que determinadas conductas coincidan con la descripción estampada en la ley, máxime si pensamos que esta adecuación necesita ser exacta, y que en ocasiones los tipos incluyen elementos normativos y subjetivos, o ambos, por lo que pensamos que debe ser necesario el previo examen sobre la tipicidad de una conducta.

Hecha esta aclaración, pasaremos a tratar qué es lo que debemos entender por Atipicidad.

Para que una conducta sea delictuosa, es necesario, ya lo hemos dicho, que sea típica; cuando esta conducta no es típica, a contrario sensu, podemos asegurar que — tampoco será delictuosa, pero ¿cuándo una conducta no será típica? Esto ocurrirá cuando no se conforme exactamente, a la descripción legal de lo prohibido u ordenado por una norma. Es decir, cuando los actos humanos no acúñen o no se encuadren a una descripción legal, que de ciertas formas — de actuar hace la ley, habrá una ausencia de tipicidad que provocará que, a la conducta en cuestión, no se le apliquen las sanciones, que ha considerado el Estado, merecen algunas de ellas.

"La Atipicidad es la ausencia de la adecuación — de la conducta al Tipo", en estos términos se expresa Fernando Castellanos Tena, agregando que si la conducta no es típica, jamás será delictuosa.¹⁹

Para Pavón Vasconcelos la Atipicidad "Es la ausencia de adecuación típica" que se da cuando el comportamiento humano concreto no encaja perfectamente en la descripción de la norma por estar ausente alguno de los elementos constitutivos del tipo. Es decir, el caso concreto no se adecúa a las situaciones que en abstracto fija el legislador en los tipos penales.²⁰

"El aspecto negativo de la tipicidad es la atipicidad" afirma Porte Petit, por lo que siguiendo su forma de pensar, la atipicidad será el aspecto negativo de una relación conceptual. Ahora bien, si para el citado penalista es necesario tener en cuenta el concepto que se dé del tipo para poder con ello dar una definición de lo que se en-

tiende por Atipicidad, y si para el mismo autor en el concepto se deben incluir todos sus elementos objetivos, subjetivos o normativos, podemos concluir, que la Atipicidad será la falta de adecuación al tipo que existirá cuando no se integren todos o alguno de los elementos de la norma,.." pudiendo darse el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos..."²¹, pero si no hay adecuación a todos no habrá tipicidad, ya que para la existencia de ésta se requiere de la exacta adecuación.

Ballvé nos dice que la Atipicidad se presenta -- cuando "no hay actos de realización del núcleo del tipo, o sea, del tipo propiamente dicho" y consecuentemente, agrega, no hay delito.²²

Nos parece incompleto el anterior concepto, toda vez que se puede dar el caso de que no haya actos de realización del núcleo de un tipo, pero sí puede haberlos de -- otro tipo, lo que originaría la "translación de un tipo a otro" que más adelante se tratará.

Cuando no se presentan todas o algunas de las -- partes características requeridas y típicas o esenciales, -- sostiene Beling, estaremos frente a un caso de "carencia -- de delito-tipo"; comentando a este autor, Mezger explica -- que la existencia incompleta de los elementos del tipo en -- un caso particular se denomina "ausencia de tipo".²³ En el mismo sentido se expresa Sauer en su obra "Derecho Penal".

Creemos que los autores citados caen en un error al considerar sinónimos los términos de Atipicidad y Ausenu

cia de tipo, cuando en realidad existe entre ellos una clara diferencia, a la que ya hemos hecho referencia. En el mismo error se encuentran Jiménez de Asúa, Ranieri y Puig Peña, cuando al darnos sus conceptos de la atipicidad ---- afirma, el primero de ellos, que a la tipicidad corresponde la AUSENCIA DE TIPC O de sus referencias o de sus elementos y que aquella se presenta cuando no concurren, en el hecho concreto, todos los elementos del tipo descrito en la norma o cuando la ley penal no ha descrito una conducta antijurídica. Por su parte Ranieri asegura que la tipicidad se puede excluir por dos razones:

- a).- La ausencia de la norma a la cual referir el hecho, y
- b).- La falta de conformidad entre los elementos de la conducta y del tipo.

Por último, Puig Peña nos dice que la tipicidad se contrapone la AUSENCIA DE TIPC O ATIPCIDAD,²⁴ en realidad, y desde un punto de vista general, podemos afirmar, - siguiendo a Fernando Castellanos Tena, que en toda atipicidad hay una falta de tipo, dado que si una conducta no encaja exactamente en una descripción, respecto a ésta no existe tipo; pero recordemos que en los casos concretos se puede presentar la traslación del tipo.

Según podemos observar, a pesar de las pequeñas diferencias que encontramos, todos los autores coinciden en que en la Atipicidad concurre una falta de conformidad entre una conducta y el tipo que la describe, por lo que se puede afirmar que la atipicidad es la falta de adecuación a uno de los modelos legales, provocada por la ausencia de todos o alguno de los elementos que lo integran.

Pasaremos ahora a estudiar los casos en los que-

se puede presentar la atipicidad.

Siguiendo el plan de estudio que plantea el profesor Celestino Porte Petit, veremos cuáles son las diferentes hipótesis que presenta la ausencia de este elemento del delito.

1.- El número de hipótesis en que se puede presentar la atipicidad, nos dice el maestro citado, va en razón directa del contenido que se dé al tipo, o sea, las causas de la atipicidad aumentarán o disminuirán según el número de elementos que se considere, en cada caso, conforme al tipo; por tanto, hay necesidad de tener presente el concepto que del tipo se nos dé.

2.- Para Mezger es imposible que se colme el tipo delictivo si se presentan las circunstancias siguientes:

- a).- Cuando falta el sujeto que la ley exige.
- b).- Cuando falta el objeto que la ley exige.
- c).- Cuando falta el medio de ejecución que la ley exige.
- d).- Cuando falta la referencia local o espacial exigida específicamente por la ley.
- e).- Cuando falta la referencia temporal específicamente exigida por la ley.
- f).- Cuando falte la referencia de cualquiera otra índole exigida especialmente por la ley.

3.- En Rauteri encontramos, según su concepto de atipicidad, dos posibilidades de que ésta se presente:

- I.- Ausencia de una norma a la cual referir el --

hecho (Ausencia de tipo).

II.- Falta de conformidad entre los elementos del hecho y los elementos que componen el tipo legal. Esta posibilidad se presenta:

- a).- Si falta en el sujeto la calidad exigida.
- b).- Si, por defecto del elemento objetivo del hecho, no existe un hecho jurídicamente relevante. O sea que, la conducta no tiene ejicacia por no ser idónea, por faltar el nexo causal, porque falta el objeto material o las calidades exigidas en éste o porque falten las modalidades exigidas en la conducta.
- c).- Si el elemento subjetivo del hecho presenta algún defecto.
- d).- Por falta de cualquiera de los elementos restantes que complementan la descripción del hecho.

4.- En Jiménez de Asúa encontramos seis causas que excluyen la tipicidad en la conducta a saber:

- a).- Atipicidad por falta del sujeto activo.
- b).- Atipicidad por carencia de sujeto pasivo.
- c).- Atipicidad por falta de referencias, temporales o espaciales.
- d).- Atipicidad por falta de medio comisivo previsto.
- e).- Atipicidad por falta de elementos subjetivos del delito.
- f).- Atipicidad por carencia de elementos normativos.

5.- Díaz Palos sostiene que las causas de atipicidad son:

- a).- Ausencia de calidad en cualquiera de los sujetos del delito.

- b).- Ausencia de objeto.
- c).- Ausencia del medio previsto.
- d).- Ausencia de las referencias a las que hace mención la descripción (tiempo, lugar, ocasión, etc.).
- e).- Falta total de tipo. Es decir Atipicidad General.

6.- Para Fuly Peña se presenta la ausencia de tipo o atipicidad por:

- a).- Ausencia total de tipo.
- b).- Por faltar el objeto.
- c).- Por faltar el sujeto típico.
- d).- Por faltar el medio típico.
- e).- Por faltar las referencias temporales o especiales requeridas.

Siguiendo a Porte Petit, podemos afirmar, que es necesario tomar en cuenta el contenido del tipo para poder fijar " la extensión de la atipicidad o no conformidad a los elementos del tipo, es decir, debemos colocarnos en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo", y así resultará que las hipótesis de exclusión de la atipicidad, que pueden presentarse serán:

- a).- Ausencia del presupuesto de la conducta o del hecho.
- b).- Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida en el tipo.
- c).- Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el tipo.
- d).- Ausencia de objeto jurídico.
- e).- Ausencia de objeto material.

- f).- Ausencia de modalidades de la conducta, que pueden ser:
- 1o.- Referencias temporales.
 - 2o.- Referencias espaciales.
 - 3o.- Referencia a otro hecho punible.
 - 4o.- Referencias de otra índole exigida en el tipo.
 - 5o.- Falta de los medios empleados y descritos.
- g).- Ausencia de elemento normativo, y
- h).- Ausencia de elemento subjetivo del injusto.²⁵

En Pavón Vasconcelos y en Fernando Castellanos Tena, encontramos las mismas causas de exclusión de la tipicidad que han señalado los autores antes mencionados, es decir: Ausencia de calidad en cualquiera de los sujetos del delito, falta de objeto, ya material ya jurídico, carencia de cualquier clase de referencia a que el tipo haga mención, el no realizarse el hecho por los medios comisivos requeridos, ausencia de elementos subjetivos, y falta de "la antijuridicidad especial" o elemento normativo.

En nuestra opinión asiste la razón a Celestino Porta Petit, cuando afirma, que las causas, por las que puede presentarse la atipicidad, van en razón directa del contenido del tipo legal, es decir, habrá tantas hipótesis de exclusión de tipicidad como falta de elementos integradores del tipo haya. Así, si tenemos un tipo describiendo puramente una conducta objetiva, de no presentarse ésta, provocará la exclusión del elemento tipicidad; ahora bien, si la descripción contiene elementos subjetivos además de los objetivos, la falta de cualquiera de ellos hará que se presente la atipicidad; y de esta manera, podemos seguir pensando respecto a todos los integrantes de la descripción que de la conducta

hace la ley.

Hay que aclarar que existen elementos como los subjetivos y normativos, o las referencias a la calidad de -- los sujetos, o las temporales, o los medios comisivos, etc., -- que pueden estar descritas o no en un tipo específico, por lo que la falta de alguna de ellas se deberá estudiar según el -- caso específico descrito en el tipo. En otro giro, el estudio de la ausencia de cualquiera de estas referencias, calidades, medios, etc. se hará según se presenten o no en la descrip--- ción típica, y dicha falta provocará la atipicidad de un deli to específico, pero quizá no de otro. Por ejemplo, si falta -- la calidad de ascendiente consaguíneo en el delito de Injanti cidio, seguramente que este delito no se ~~presentará~~ pero por- supuesto que dicha conducta sí colmará el tipo del delito de homicidio.

Según esta exposición creemos que se podrían presen tar dos clases de ausencia de tipicidad: la primera, que po-- dríamos llamar absoluta atipicidad por ausencia de:

- a).- Sujeto (activo o pasivo).
- b).- Objeto (material o jurídico); o bien,
- c).- Ausencia del presupuesto de la conducta o he-- chos; y,

la segunda que se podría denominar relativa atipicidad, por -- ausencia de alguno de los elementos, que si bien originan la atipicidad de un determinado delito, no provocan la de otro, -- es decir, hay transición de tipos; o que pueden, en su caso, provocar la absoluta atipicidad de la conducta, según el tipo específico de que se trate. Dentro de este grupo se pueden -- enumerar, como causas de exclusión a la tipicidad, todas y ca-- da uno de los restantes elementos integradores de la descrip-- ción que el legislador hace de las conductas consideradas de--

licencias, como son la calidad de los objetos, las diver-
sas nociones estudiadas, los medios consuetos, etc. C-
sta que de una manera general, siguiendo a Forte Petit, -
podemos decir que las hipótesis de atipicidad deben bas--
carse, según el caso, en el contenido de los tipos pena--
les.

Finalmente, es necesario precisar cuáles son --
las consecuencias que se pueden presentar cuando, en un -
caso concreto, se excluye la tipicidad. Forte Petit nos -
dice que esta situación provoca tres diferentes consecuen-
cias que son:

- a).- La no integración del tipo.
- b).- La traslación de tipo a tipo, o variación
del mismo, y
- c).- Existencia de un delito imposible.²⁶

A nuestro juicio, han quedado precisados los --
conceptos que nos servirán de base para a continuación --
realizar lo que constituye el tema toral de nuestro traba-
jo, o sea, el examen del tipo y la tipicidad en el delito
de disparo de arma de fuego.

- 1.- *Pavón Vasconcelos, Francisco.- Manual de Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México, 1967. pág. 261.*
- 2.- *Forte Petit, Celestino.- Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal. Ed. Jurídica Mexicana. México, 1969. Pág. 471.*
- 3.- *Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa. México, 1969. Pág. 161 y ss.*
- 4.- *Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México, 1960. Pág. 257.*
- 5.- *Jiménez Huerta, Mariano. La Tipicidad. Ed. Porrúa. México, 1955. Pág. 207.*
- 6.- *Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Editorial DAPP. México, 1937. Págs. 88 y 160.*
- 7.- *Op. cit. Págs. 470 y ss.*
- 8.- *Op. Cit. Pág. 260.*
- 9.- *Seminario Judicial de la Federación CXVII. Sexta Epoca. Pág. 73 y XXXIII Sexta Epoca. Pág. 103.*
- 10.- *Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. pág. 159.*
- 11.- *Op. cit. pág. 202.*
- 12.- *Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. ---- pág. 243.*
- 13.- *Porte Petit, Celestino. Op. cit. pág. 472.*
- 14.- *Op. cit. Pág. 469 y ss.*
- 15.- *Op. cit. Pág. 160.*
- 16.- *Op. cit. pág. 465.*
- 17.- *Op. cit. pág. 467.*
- 18.- *Op. cit. Págs. 327 y ss.*
- 19.- *Op. cit. Pág. 166.*
- 20.- *Op. cit. Pág. 261.*

21.- *Op. cit.* Pág. 475.

22.- Citado por *Porte Petit, Celestino. Op. cit. Pág.474.*

23.- Citado por *Porte Petit, Celestino. Op. cit. Pág. 474.*

24.- Citado por *Porte Petit, Celestino. Op. cit. Pág.474.*

25.- *Op. cit. Pág. 473 y ss.*

26.- *Op. cit. Pág. 478.*

CAPITULO III
EL DELITO DE DISPARO DE ARMA DE FUEGO.

SUMARIO:

- 1.- *El Delito en general.*
- 2.- *Tipo y Tipicidad.*
- 3.- *Problemática, Interpretación
y Consecuencia.*

I.- El delito en general.- En el Título Décimo noveno, relativo a los delitos contra la vida y la integridad corporal, en el Capítulo II, que consagra las disposiciones del delito de homicidio, del Libro Segundo -- del Código Penal para el Distrito y Territorios Federa-- les, en el Artículo 308 Fracción primera, se encuentra -- tipificado el Delito de Disparo de Arma de Fuego.

La creación de este delito se debió a la necesidad de no dejar impunes, acciones, tan temerarias y posiblemente perjudiciales, como el disparo de arma de fuego sobre una o varias personas; acciones que, sin la --- creación de un delito formal, quedarían sin castigo por la imposibilidad de comprobarse el elemento subjetivo de la tentativa, en las lesiones y en el homicidio.

Los antecedentes de este artículo los encontramos en los códigos españoles de 1822 y 1850, en los cuales ya tenemos regulada esta figura. Pero en realidad -- como antecedente legislativo directo, podemos considerar al código español de 1870, que en su artículo 423 prescribía: "El acto de disparar una arma de fuego, contra cualquier persona, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio, si no hubieran concurrido en el hecho las circunstancias necesarias para constituir delito frustrado o tentativa de parricidio, asesinato, homicidio o cualquier otro delito a que esté señalada una pena superior por alguno de los artículos de este Código", y tenía por objeto, según el -- Tribunal Supremo de España, reprimir el acto de disparar un arma de fuego contra una o varias personas, sin tomar en cuenta la voluntad del autor, es decir, se atendía --

únicamente a las consecuencias que el acto en sí mismo pudiera ocasionar, aun cuando el disparo se hiciera rápidamente y sin asegurarse el autor la puntería. O sea, la razón de la creación de este delito obedeció a la necesidad de castigar con "cómoda fijera" aquellos ataques que encierran peligro para la vida humana, dado que no siempre es posible dejar acreditados los elementos constitutivos de la tentativa de homicidio y lesiones.

Jiménez Huerta afirma que de la simple lectura del precepto se puede captar su "extraña y deforme naturaleza jurídica" al sancionar actos que van encaminados directamente a "lesionar el bien jurídico de la vida humana", o sea que con la creación de un delito auxiliar, se pretendía llenar un vacío dejado por la ley, habida cuenta de la imposibilidad de probar la concurrencia de las circunstancias del delito frustrado o de la tentativa. Pero la existencia de este delito era subsidiaria, pues la aplicación del tipo quedaba condicionada al hecho de que no se llenasen las circunstancias que hicieren aparecer la tentativa que tuviera una pena mayor, de esto el carácter de delito auxiliar que lo caracterizaba. Termina Jiménez Huerta diciéndonos que con "docto criterio" esta figura ha sido eliminada del Código Penal Español reformado (1932).¹

La crítica española se lanzó, en acres conceptos, contra la redacción de este precepto. Consideraban los autores españoles que la figura del disparo de arma de fuego, era carente de contenido, toda vez que disparar una arma de fuego contra una o varias personas constituía una tentativa de homicidio. En el Código de 1928, en el Artículo 541 se introducen modificaciones esenciales y así el delito en cuestión queda redactado de la siguiente forma: "El-

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

Como se observa, en la reforma del artículo mencionado, se considera como prueba plena de la intención de matar, el hecho de que se dispare contra una o varias personas una arma de fuego, y por tanto, se sancionaba como tentativa de homicidio, salvo determinados casos en que el autor hubiese estado, subjetivamente, lejos de perseguir la muerte del ofendido.

En el Código Penal mexicano de 1871, no se incluyó la figura del delito de disparo de arma de fuego, pero en el Proyecto de su reforma publicado en 1912, se proponía, en el Artículo 528 bis, la introducción de esta figura delictiva al ordenamiento mexicano.²

En la redacción propuesta se incluía una presunción juristantum de que el disparo de una arma de fuego sobre otro, constituía un homicidio frustrado, basándose en el criterio de que en la mayoría de los casos la intención del que dispara es poner fuera de combate a su contrario. Esta es la razón por la que la figura mexicana se aparta de sus antecedentes (Código español de 1870 y Código Penal italiano artículo 374), dice Miguel S. Nacido, y es la solución a las críticas que se han enderezado contra la redacción del disparo de arma de fuego en los mismos có

digos, ya que con la presunción *juris tantum* se pretendió probar el *animus necandi*; sin embargo, podía ser destruída esta presunción al corresponder la carga de la prueba al autor del disparo.

Dentro del capítulo del homicidio, el artículo - 548 bis decía "El que dispare sobre una persona una arma de fuego o la ataque de otra manera que, en razón del arma empleada, de la fuerza o de la destreza del agresor o de cualquiera otras circunstancias, pueda producir como resultado la muerte, sufrirá por ese solo hecho la pena correspondiente al homicidio frustrado, a no ser que se averigüe que únicamente se propuso una lesión que no fuera mortal.- Si de la agresión resultasen una o más lesiones, se observarán las reglas de la acumulación, pero sin que la pena pueda exceder de la que se impondría si se hubiere consumado el delito"; es interesante transcribir la exposición de motivos en que se basaba este proyecto de reformas:

"Artículo 548 bis.- En este nuevo artículo se dispone que el que dispare sobre otro, un arma de fuego... o de cualquier otras circunstancias, puedan producir la muerte, SERA CASTIGADO COMO REO DE HOMICIDIO FRUSTRADO, a no ser que se averigüe que solamente se propuso injerir una lesión que no fuese mortal. Se agrega, que si de la agresión resultaren una o más lesiones, se observarán las reglas de la acumulación, pero sin que la pena pueda exceder de la que se impondría si se hubiere consumado el homicidio". Más adelante agrega que en cuanto a los delitos contra las personas, LO ALEATORIO ES EL RESULTADO ya que el agresor no puede saber qué tipo de lesión es la que va a causar, a pesar de que el agredido estuviera inmóvil, --

pues con ello lo que sabrá es donde va a dar su proyectil, pero no qué lesión sufrirá. Por otra parte, si se toma en cuenta que la persona en que recaerá el disparo no estará inmóvil, y que cualquier movimiento, por leve que sea, cambiará el resultado que se propuso el autor del disparo. -- Terminan diciendo, que la realidad es que el agente no hace lo que quiere sino lo que puede, dentro de su intención de dañar, y que el acto ejecutado debe reunir los elementos -- del delito frustrado de homicidio, o sea que se realice -- hasta el último acto para que el delito se verificara, "de jándose de verificar éste por causas extrañas a la voluntad del agente. De lo contrario aunque se pudiera decir -- que había ataque capaz de producir la muerte, el caso quedaría regido por las disposiciones relativas al conato o -- al delito intentado... Creemos por supuesto, que en los -- términos del artículo que se propone no caben otros casos -- que los del verdadero delito frustrado..."³

Es en el Código de 1929, donde en su artículo -- 971 se incluye por primera vez en la legislación patria, -- el delito de disparo de arma de fuego como una figura autó -- noma con los matices y peculiaridades de un delito de peli -- gro, ordenando que por el solo hecho de disparar sobre al -- guna persona, se aplique determinada sanción, si la acción castigada puede producir como resultado la muerte. Asimismo, en este artículo no se incluye la presunción juris tan -- tum de homicidio frustrado que habían aceptado los penalis -- tas del proyecto de reformas de 1912. La redacción defini -- tiva del artículo 971 quedaba de la siguiente forma: "Al -- que dispare sobre una persona una arma de fuego o la ata -- que de otra manera que en razón del arma empleada de la -- fuerza o de la destreza del agresor o de cualquiera otras

circunstancias, puede producir como resultado la muerte, - se aplicará por ese solo hecho, una sanción de uno a tres años de segregación, a no ser que las circunstancias del caso califiquen el delito como tentativa de homicidio". - Seguía en este Código cometiéndose el error de incluirlo en un capítulo que no le correspondía: el de reglas generales para lesiones y homicidio.

El precepto del código de 1929, al no conservar íntegramente el texto del artículo 548 bis del proyecto - de reformas de 1912, se desvía de su propósito original - pues no resuelve el problema de la tentativa de homicidio. Por otra parte, introduce en la legislación mexicana los delitos formales, de simple actividad, al sancionar el disparo de arma de juego por el sólo hecho de producirse, - sin perjuicio de sancionar la tentativa de homicidio.

En el Código vigente se acogió la figura del delito de disparo de arma de juego, en los mismos términos - que en el Código anterior, salvo el agregado de la prime - ra parte del artículo 306, "que tan variadas interpreta - ciones ha originado, creando confusión sobre el verdadero sentido del precepto".⁴ El delito está descrito en la --- fracción I del artículo 306, incluido, cometiéndose el -- mismo error que en Códigos anteriores, en el capítulo del homicidio. Al decir de Jiménez Huerta, el delito que des - cribe el artículo 306-I del Código de 1931 tiene una conno tación distinta al del Código español de 1870, pues ya no es como éste un delito auxiliar, sino que adquiere el ca - rácter de delito especial, "un verdadero delito autónomo - en el que se erige en delicta sui generis una auténtica - forma accesoria de conducta...".⁵

Hay que hacer notar el cambio en la redacción -- del precepto de referencia en el ordenamiento vigente, que a pesar de mantener en esencia las mismas características de los anteriores ordenamientos, consigna en dos fracciones diferentes el disparo de arma de fuego y el ataque peligroso, utilizando la expresión "pueda producir como resultado la muerte" sólo respecto del ataque peligro, (al decir de González Bustamante y Alberto R. Vela, fundando su opinión en que la expresión citada se encuentra en la fracción II y no en la primera). Disciente de esta opinión Jiménez Huerta quien sostiene que el cambio morfológico en la redacción del artículo 306 del Código de 1931, no supone un cambio conceptual en la voluntad de la ley respecto a la "ratio" del delito, por un lado, y por otro, considera evidente que al dividirse en dos fracciones el artículo 971 del Código de Almaraz, se conservó íntegra la redacción y por tanto la frase "que pueda producir como resultado la muerte" quedó en el mismo lugar de la oración que tenía en el artículo del Código de 1929 y por último cree que "sería una redundancia inelegante que la fracción I hiciera expresa referencia a que el disparo de una arma de fuego sobre una persona pueda producir como resultado la muerte, pues de sobremanera obvio es que insita en el disparo realizado en tales circunstancias esta dicha posibilidad".⁶

Después de la última reforma del 29 de noviembre de 1967 (publicada en el Diario Oficial del 8 de mayo de 1968) desaparece del párrafo primero la frase "si se causa algún daño" y se substituye por un párrafo último, quedando la redacción del artículo 306 del Código Penal vigente de la siguiente forma:

"Artículo 306.- Se aplicará sanción de tres días a tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos:

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

II.- Al que ataque a alguien de tal manera que, - en razón del medio empleado, el arma, la fuerza o la destreza del agresor, o de cualquier otra circunstancia 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".

De la simple lectura de la fracción I de este artículo, formulada con gran sencillez y claridad, podemos percatarnos cual es la conducta sancionada; el problema se presenta cuando se trata de interpretar el párrafo último - del artículo en cuestión, pues se pretende sostener la subsistencia del delito de disparo de arma de fuego, independientemente de que la conducta típica produzca otros resultados lesivos. Ya volveremos sobre este problema, al tratar la redacción de este último párrafo y las opiniones sustentadas tanto por la Suprema Corte como por diversos autores.

Antes de pasar al estudio del tipo y la tipicidad en la conducta descrita por el artículo 306-I del Código de 1931, debemos hacer el estudio respecto del delito de disparo de arma de fuego.

Entre los tipos de peligro contra la vida, tenemos al delito de disparo de arma de juego. La trascendental importancia que reviste el bien jurídico de la vida humana, --

hace que no sólo se proteja del ataque se traduce en una lesión efectiva, sino que también se le proteja contra aquellos ataques que implican un peligro para este bien; así, -- " el legislador transfiere el momento consumativo del delito, de aquel de lesión a aquel de la amenaza, y considera perfecto el delito en el momento que el bien o el interés penalmente tutelado, se encuentren en condición objetiva de probable lesión".⁷

Apunta Jiménez Huerta que el delito de disparo de arma de fuego, es de aquellos que la realización de la conducta típica presupone la inminente posibilidad de un resultado dañoso para el bien de la vida, de ello que este delito sea considerado como "de peligro efectivo".⁸

Conducta: Analizando la descripción que hace la ley del delito motivo del presente trabajo, podemos clasificarlo desde diferentes puntos de vista.

En atención a la conducta:

a).- Es un delito de acción; pues es imposible -- que se colme el tipo del delito a estudio, mediante una omisión o bien por comisión por omisión, ya que la misma descripción implica una actividad, o sea, un movimiento corporal voluntario que viola una norma prohibitiva. Respecto a este tipo de delitos, Meager nos dice que "en los llamados -- delitos de mera actividad, se agota el tipo penal con el movimiento corporal del agente (el jalar del gatillo para que salga despedida la bala contra una persona), no siendo necesario el resultado externo".

b).- Se trata de un delito unisubsistente, ya que no exige el legislador la repetición de varios actos que --

aisladamente no integran delito, sino que el tipo de la fracción I del artículo 306 sanciona el solo hecho de disparar una arma de fuego..., o sea que se trata de una figura unisubsistente, en donde no se requiere la repetición del comportamiento.

Por su resultado:

a).- Se trata de un delito instantáneo, ya que al disparar el arma se agota el tipo y se integran todos los elementos del tipo.

b).- Es delito de peligro, pues tutela un bien jurídico, contra la posibilidad de ser dañado. Es decir, - la ley castiga la conducta descrita independientemente -- del daño que cause, o sea, se sanciona el peligro concreto, derivado de disparar una arma de fuego.

La clasificación de este delito en orden al tipo, será objeto de análisis en el siguiente inciso, en -- atención al orden que venimos siguiendo.

Ahora bien, la antijuricidad existirá en el delito de referencia, cuando adecuada la conducta al tipo, -- no haya alguna causa de justificación que ampare dicho -- comportamiento típico. Es decir, cuando el disparo de arma de fuego no se realice dentro de alguna hipótesis de -- legítima defensa, estado de necesidad, obediencia jerár-- quica, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho -- o impedimento legítimo.

La culpabilidad se presentará, cuando el agente, de propia voluntad y concibiendo psíquicamente lo que va a hacer, quiere que así sea, contodas sus consecuencias.

Ahora bien, por la redacción del precepto de referencia, - consideramos que únicamente se puede presentar la culpabilidad mediante dolo, o sea, cuando el sujeto activo tiene conocimiento y voluntad para realizar la conducta descrita en el artículo que venimos comentando. Dentro de este elemento del delito, estimamos que puede plantearse el problema de la tentativa de lesiones y homicidio, mismo que abordaremos en la parte final de este capítulo. Por otra parte, respecto de las causas de inculpabilidad, estimamos -- que en la especie pueden operar algunas de ellas, tales como: el error esencial de hecho, la coacción sobre la voluntad así como la no exigibilidad de otra conducta. En efecto, es fácil pensar en alguna hipótesis que encuadre en -- las tres denominaciones genéricas de dichas causas de inculpabilidad.

Respecto de la punibilidad, debe decirse que --- nuestro ordenamiento penal en el artículo 306, señala como pena al autor del disparo de una arma de fuego sobre una o varias personas, de tres días a tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos; además, nuestro legislador castiga al agente con las sanciones previstas (?) en la fracción primera del mismo precepto, lo cual trataremos al hacer referencia concreta del último párrafo del artículo a estudio.

Ahora bien, no todos los códigos penales de las diferentes entidades federativas sancionan con la misma pena a este delito, por ejemplo: En el Código Penal del Estado de Nuevo León (1934), la sanción privativa de libertad es hasta de dos años y la pecuniaria hasta de cien pesos; - en el mismo sentido, los Ordenamientos de Hidalgo (1940);

Estado de México (1937); Sinaloa (1937) y Oaxaca (1943). -- Por su parte, el Código represivo del Estado de Guerrero -- (1953), señala hasta cinco años de prisión y multa hasta de quinientos pesos.

2.- Tipo y Tipicidad.- (En el delito a estudio).- Como hemos dicho, el tipo del delito de disparo de arma de fuego está plasmado en la fracción I del artículo 306 del Código Penal vigente que establece: "Se aplicará sanción de tres días a tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos:

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

Tipicidad.- Habrá una tipicidad en este delito -- cuando una conducta colme la descripción del artículo 306-I, es decir, cuando el agente dispare una arma de fuego contra una o varias personas.

Clasificación en orden al tipo:

I.- En función de su autonomía, según nuestro legislador de 1931 el delito de disparo de arma de fuego es un delito autónomo, pues no se subordina, ni precisa de algún otro, para tener existencia propia, ya que está solo, no teniendo relación con otro.

II.- Por su formulación es:

De formulación amplia o libre, ya que se describe una hipótesis que puede ser ejecutada de cualquier forma, es decir, comprende todas las hipótesis posibles de comisión y se elimina todo detalle innecesario. Este delito está formulado en un simple concepto, eliminando detalles.

III.- En cuanto a su composición, el disparo de arma de fuego es:

Normal, pues se limita a hacer una descripción - objetiva de sus elementos constitutivos, sin que sea necesario un juicio valorativo respecto a este delito.

IV.- En cuanto al sujeto, este delito es:

a).- De sujeto común o indiferente dado que para colmar el tipo no se necesita por parte del sujeto alguna calidad especial. Tampoco el sujeto pasivo requiere de alguna calidad específica; es decir, puede realizar la conducta descrita cualquiera, no siendo necesario el sujeto - cualificado. En cuanto al sujeto pasivo es necesario que sea una persona humana, lo que se desprende de la misma redacción del precepto.

b).- De tipo monosubjetivo, o sea que no es necesaria la concurrencia de varios sujetos para que la conducta encuadre al tipo, aunque no se excluye un posible curso eventual de sujetos.

Cabría hacer la aclaración de que si bien es cierto que el sujeto activo es o puede ser indiferente, en caso de que sea un sujeto cualificado podría servir de agravante, como sería que la conducta descrita fuera realizada por aquellos que tienen la facilidad de estar armados, caso en que estarían los servidores del orden público.

Elementos del tipo de disparo de arma de fuego.-- Los elementos del tipo del delito de disparo de arma de fuego, se desprenden de su misma descripción; que es un delito de acción, pues el hecho de disparar una arma de fuego supone, necesariamente, una actividad corporal; ~~tiene~~ la con--

ducta descrita se agota con ese mismo hecho, por lo que - el elemento objetivo del mismo será:

a).- Disparar un arma de fuego sobre una persona.

En este elemento debemos de tomar en cuenta, -- primero qué es lo que se entiende por disparar.

Según el Diccionario de la Lengua Española, disparar significa "Hacer que una máquina despidan un cuerpo-arrojadizo; o arrojar o despedir con violencia" lo que nos hace suponer que debe existir "algo" que se arroje o se despeda con violencia.

Pavón Vasconcelos afirma que disparar "implica el acto de hacer funcionar el 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".¹⁰

A nuestro juicio, es correcta la apreciación del penalista citado, en atención a lo que nos dice el Diccionario de la Lengua Española, es decir, es necesario que, - para que haya disparo, el proyectil salga despedido del arma de fuego.

En igual sentido Soler y Ricardo G. Núñez afirman, el primero de ellos, que el haber apretado el gatillo sin que el proyectil salga disparado no colma la acción típica del delito que se estudia. El segundo expresa que entre arma de fuego y arma de disparo hay una relación de género a especie, siendo ésta el género y aquella la espe---

cie, teniendo como característica distintiva, el arma de fuego, la de disparar proyectiles "a virtud de un mecanismo de explosión"; así, no es posible considerar armas de fuego aquellas que teniendo el mismo mecanismo no disparan proyectiles, por lo que si el agente usa un arma de fuego que, por cualquier causa, no dispara proyectiles no surge el peligro concreto exigido por el tipo penal del disparo.¹¹

Por su parte, Jiménez Huerta nos dice, en relación a la tentativa del delito de disparo de arma de fuego, que la causación del último acto en este delito es la salida del proyectil, lo que viene a corroborar las opiniones anteriores. Es necesario hacer la aclaración respecto de que no debe confundirse la tentativa en este delito (el proyectil no sale por causas ajenas a la voluntad del agente como sería que estuviese encasquillada el arma), con la inconsumación del delito provocada por la inutilidad del arma ya sea por defectuosa o por falta de proyectil para disparar, pues en este caso habrá una imposibilidad de la consumación por falta de idoneidad del medio empleado, y no los actos idóneos con el propósito de disparar el arma de fuego que son necesarios para que se configure la tentativa. De la misma opinión son Jiménez Huerta y Ricardo C. Núñez.

Por otra parte, debemos decir que el tipo de referencia no exige que la persona, contra la que se dispara sea determinada, por lo que es posible el error in personam; tampoco se refiere a una sola persona por lo que, pueden ser una o varias, es decir, un grupo de personas sobre las que se dispare, pero si es requisito in-

dispensable que sea sobre una persona. Sobre este punto la doctrina está de acuerdo y nuestro Máximo Tribunal así lo ha expresado en diversas ejecutorias, en el sentido de que para que el disparo de arma de fuego sea punible, es requisito indispensable que se haya dirigido sobre alguna persona, no siendo sancionable "cuando no se pruebe esta circunstancia..."; en otra tesis, se afirma que, "si está probado en autos que el acusado disparó hacia el viento y no contra una persona, no se configuró el delito de disparo de arma de fuego, por falta de uno de los elementos materiales".

Debemos hacer una consideración respecto de lo que se pretende decir con el término "sobre" empleado en la fracción I del artículo 306 del Código Penal vigente. Pavón Vasconcelos dice que la preposición "sobre" indica, en la ley, que el disparo debe de ir dirigido contra una persona, sin importar el propósito de dañar.¹²

Celestino Porte Petit apunta que es necesario que el disparo sea "sobre" la persona es decir, hacia ella y no simplemente "cerca" de ella.¹³

Mariano Jiménez Huerta comentando el delito ya reformado (1968) señala que la preposición "a" está empleada en su acepción de "contra" o "hacia", es decir, que el proyectil salga despedido en dirección a una persona o grupo de personas.¹⁴

En nuestra opinión, asiste la razón a los tres penalistas citados, independientemente de que volveremos a este punto al tratar de dilucidar cuál es la intención del -

agente en este delito, pero queremos dejar sentado que --- quien dispara a una persona o grupo, lo hace hacia ellos, -- en su contra, o sea, pretendiendo que el proyectil se depo- site en cualquier parte del cuerpo de la persona contra la- que se dispara y no, como certeramente nos dice Porte Pe--- tit, que solamente pase cerca de ella o ellas. En igual sen- tido la Suprema Corte sostiene que el disparo no debe de di- rigirse "hacia el viento", sino contra la persona.

Concluyendo podemos apuntar que, en principio, -- los elementos del tipo del delito de disparo de arma de fue- go son:

- a).- Disparar un arma de fuego,
- b).- a una persona o grupo de personas y, para al- gunos autores:
- c).- La voluntad y conciencia de hacer el disparo sobre una persona.

Nosotros creemos que este elemento únicamente pue- de ser referido en cuanto a la Culpabilidad, pero no en --- cuanto al tipo, ya que éste no hace alusión alguna a dicha- voluntad o conciencia en el agente. O sea, que nosotros es- timamos que los elementos de este delito son exclusivamente los dos primeros, de los apuntados. La Suprema Corte en --- igual sentido ha sostenido que "Los elementos materiales -- constitutivos del delito de disparo, según su descripción - legal son: a) un disparo de arma de fuego; y b) que dicho - disparo se dirija sobre alguna persona..." (Anales de Juris- prudencia, Tomo XII, pág. 412).

Asimismo, de la descripción típica podemos des--- prender:

SUJETO ACTIVO.- Descrito en el tipo con el voca--- bo "al que", que es, para la configuración de esta figu---

ra, indiferente, común; es decir, no se requiere alguna calidad especial para poder ser agente de este delito, sino que cualquier persona puede disparar a otra u otras personas. Anteriormente ya habíamos apuntado, que la figura descrita en el artículo 306-I corresponde a un delito de sujeto común o indiferente, en contraposición a los de sujeto exclusivo o propio. También afirmamos que es un delito monosubjetivo, ya que solamente un sujeto es necesario para colmar la figura delictiva. Dado el caso de que hubiera pluralidad de sujetos, habrá tantos delitos de disparo de arma de fuego como sujetos hubieren disparado; pero el delito no excluye, aunque en forma excepcional, la participación delictuosa, es decir, puede haber un sujeto (partícipe) que instigue a otro (autor material) a cometer el delito, configurándose la participación.

SUJETO PASIVO.- Descrito en el tipo con la frase "a una persona o grupo de personas"; puede ser cualquier persona. También habíamos sentado que la persona contra la que se dispara puede ser cualquier persona o grupo de ellas, es decir, es un delito de sujeto pasivo indiferente; no se requiere, tampoco en este caso, tener una calidad especial. Ahora bien, es requisito indispensable que el disparo se haga contra una persona física, es decir, que el delito que se trata, es un delito inminentemente personal, "El ilícito que sanciona la fracción I del artículo 306 del Código Penal, a dicho nuestro Máximo Tribunal, requiere necesariamente que el disparo se haya dirigido sobre alguna persona y no es sancionable cuando no se pruebe esta circunstancia..."

OBJETO MATERIAL.- Como en cualquier delito, es --

la persona o cosa sobre la que recae el daño o peligro, - podemos concluir que el objeto material, en el delito de disparo de arma de juego, es la persona o grupo de ellas sobre las que puede recaer el daño o peligro, o sea, el objeto material lo es la persona física, cualquiera de ellas contra la cual se haga un disparo.

BIEN JURIDICO PROTEGIDO.- Es, desde luego, la vida y la integridad corporal, tanto una como otra, ya que con el disparo se puede causar la muerte o solamente daños que no importan a ésta. En palabras de Jiménez Huer^{ta} se diría que "Tampoco el delito presenta perplejidad alguna en orden a la objetividad jurídica tutelada, pues aparte de que la conducta típica que se describe... es por sí sola superlativamente elocuente para descubrir el bien jurídico que el precepto tutela, su inclusión en el capítulo de homicidio confirma plenamente que la vida humana es el bien protegido".¹⁵ A nuestro juicio, el citado maestro se queda corto al considerar que el bien tutelado sea la vida humana, ya que, como quedó apuntado, creemos que también lo es la integridad corporal, por la posibilidad de únicamente causar lesiones con el disparo. Carran^{cá} y Trujillo en su Código Penal comentado, afirma que el bien jurídico protegido es LA PAZ Y SEGURIDAD DE LAS PERSONAS.^{15bis}

Ahora bien, si nos percatamos de que la figura de la fracción I del artículo 306 del Código Penal vigente no hace referencias a la calidad de los sujetos, al tiempo o lugar de comisión, a los medios comisivos, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el delito puede ser cometido en cualquier lugar y en cualquier tiempo, --

utilizando cualquier medio, y cuando sea un disparo de arma de fuego, es decir, la descripción penal es indiferente a este tipo de referencias, o sea que si dispara un arma de fuego cualquier persona, cualquiera que sea el medio para hacerlo, en cualquier lugar y tiempo, a cualquier otro sujeto o sujetos, la conducta del primero encajará perfectamente en la descripción que de ella hace el artículo 306-I, es decir, la conducta será típica, claro-siempre y cuando no concorra una justificante. En esta conducta se presentará la atipicidad si falta cualquier de los elementos que se desprenden de su descripción. Hablar de la ausencia de sujeto activo sería una necesidad, toda vez que es necesaria, en esencia, su existencia para la configuración de cualquier delito.

En cuanto a la ausencia del sujeto pasivo, hemos dicho que también es indispensable su concurrencia ya que la figura no se colmará si el disparo se hace, por ejemplo, al aire o a otro objeto que no sea una persona física; al respecto hemos citado la opinión que sostiene la Suprema Corte de Justicia, y que sigue la doctrina.

Por lo que se refiere al objeto material es válida la opinión precedente, toda vez que el sujeto pasivo y el objeto material están, en este delito, plenamente identificados.

Partiendo de la base de que el bien jurídico protegido por el artículo 306-I, es la vida humana y la integridad corporal, podemos decir primeramente, que la ausencia de la vida, a nuestro juicio, no produce la atipicidad, sino que se daría el caso de un delito imposible.

No podemos concebir a una persona disparando sobre un muerto, toda vez que sería el caso de una ausencia de tipo pues la descripción exige que el disparo vaya dirigido contra -- una persona y no es imaginable, porque no existe, porque es un imposible, una persona que carezca de la vida. En cuanto a la integridad corporal, tampoco es concebible su ausen--cia, ya que siempre habrá una integridad corporal a prote--ger mientras el sujeto tenga vida, por lo que llegaremos a igual conclusión que en el caso anterior, o sea que, un su--jeto sin integridad corporal no es un sujeto, o mejor dicho, es un objeto sin vida.

En cuanto a los elementos normativos y subjeti--vos se puede señalar que el tipo del artículo 306-Ino hace referencia a ellos por lo que no se puede tampoco pensar -- en su ausencia. Ciertamente que este delito no admite la comi--sión culpable, es decir, es un delito doloso de peligro -- concreto, pero el dolo o la intención han de referirse ex--clusivamente al elemento culpabilidad y no al tipo, por -- lo que, en ausencia de conocimiento y voluntad, la conduc--ta realizada es típica, aunque no culpable. En conclusión, consideramos que no se puede dar la atipicidad por ausen--cia de elementos normativos o subjetivos.

3.- Problemática, Interpretación y Consecuencia.-

Vamos a examinar cuáles son algunos de los problemas que se presentan en el delito de disparo de arma de juego, para -- posteriormente estudiar las interpretaciones que sobre el -- mismo se pueden hacer, y por último tratar lo referente a -- las consecuencias de la figura delictiva del artículo ----- 306-I.

En cuanto a la problemática, el primer estudio que debemos abordar es aquel que se nos plantea respecto de determinar si el disparo de arma de fuego es un delito autónomo o bien si es una tentativa de lesiones u homicidio; y, dado el caso de que se acepte la primera de las proposiciones, si debe o no estar descrita la conducta en forma especial o si es suficiente con referirla al artículo 12 del Código en la materia, en relación con -- los artículos que describen el homicidio y las lesiones.

Algunos autores afirman que el delito de disparo de arma de fuego tiene plena autonomía o sustantividad propia toda vez que sanciona una conducta, no en --- cuanto a su resultado, sino por la peligrosidad que re-- presenta esta forma de actuar. La corriente opuesta nos dice que el delito de disparo carece de sustantividad -- propia, ya que el artículo 306-I del Código Penal, no --- describe sino una tentativa acabada de los delitos de homicidio y lesiones. Aclaran estos autores que si el le-- gislador lo ha querido hacer así, ha sido por la dificul-- tad que representa en la práctica probar los elementos -- de la tentativa, es decir, el animus necandi y el animus laedendi.

En el primero de los sentidos enunciados, tenemos a Sebastián Soler quien afirma que no es posible sos-- tener que el disparo de arma de fuego sea un homicidio -- frustrado u homicidio imperfecto como lo llama el Código Penal Cubano (Art.436), pues se cae en el error de car-- gar demasiado la tónica de la tentativa en la intención, con desmedro del elemento acción, agregando que es necesario tomar en cuenta el desistimiento del autor, ya que

si el mismo dispara una de las cinco balas que tenga, --- quizá esa la disparó con la intención de herir, pero pudo continuar disparando, y sin embargo no fué así, pues se desistió de su acción.¹⁶

En igual sentido Eusebio Gómez y Pavón Vasconcelos; este autor afirma, que en el artículo 306-I nunca se ha pretendido tipificar una tentativa de homicidio o de lesiones, "sino sancionar el hecho mismo del disparo de arma de fuego cuando se realiza sobre una persona, con absoluta independencia del animus que acompaña la acción atípica...", agrega que en apoyo a su opinión se puede considerar el hecho de que el criterio del Proyecto de Reforma al Código de 1871, no encontró eco en el Código Penal de 1929, ya que en aquél se proponía estructurar la figura a estudio como una presunción juris tantum de homicidio frustrado y en éste se incluyó como un delito autónomo conformado con la acción consistente en disparar sobre una persona una arma de fuego, extendiéndose en el tema -- sigue diciéndonos, que la voluntad de la ley es, tomando en cuenta la autonomía del delito, la de punir aquellas -

El Código de 1871 reconocía, en los delitos internacionales, cuatro grados: (1) Conato, no se llegaba al acto final de consumación que constituía el delito; (2) Delito intentado, se llegaba al último acto de consumación, pero el delito no se realizaba por ser imposible o porque los medios, para realizarlo, no eran idóneos; (3) Delito Frustrado, aquí el delito no llegaba a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente; y (4) El delito realizado.

conductas que, como en este caso, sin causar un resultado material, pero que originan situaciones de peligro para los bienes jurídicos protegidos por el tipo autónomo, haciendo reserva de la posibilidad de la acumulación de las penas -- cuando los delitos cometidos causen daños diferentes, pero que sean compatibles.¹⁷

Para Ricardo C. Núñez no es correcto deducir la intención propia de la tentativa de homicidio y lesiones -- por el hecho de que el disparar una arma de fuego representa un posibilidad de lesionar gravemente o de matar.¹⁸

En contra de estas opiniones se han lanzado acervas críticas que citaremos más adelante al tratar las posibles interpretaciones que se pueden dar al artículo 306-I del Código Penal.

Sostienen que el delito del artículo 306-I carece de sustantividad propia:

Luis Jiménez de Asúa, quien propone eliminar la figura delictiva del disparo de arma de fuego de los Códigos penales o, en su caso, dotarla "del simple contenido de amenaza de hecho", agregando que este delito es una "desdichada creación legal" que no ha podido conseguir el propósito que pretendía ni ser entendido por la jurisprudencia, ni por los autores, pudiendo ser una simple amenaza de hecho o una tentativa según sea el caso, pero nunca tendrá la sustantividad propia para formar un delito especial.¹⁹

Manuel Ramírez de Castro sostiene que el delito de disparo de arma de fuego tiene carácter legal sin sustan

tividad propia, toda vez que el elemento moral referido a-- la culpabilidad, en este delito, no se encuentra fáci~~lmen~~te, además de que en este elemento reside la posibilidad-- de causar un daño, con~~firmado~~ por el agente al realizar --- su acción.²⁰

Por su parte, José Peco afirma que este delito-- carece de contenido propio, ya que el arma es el medio pa-- ra la comisión de un delito, pero nunca el delito mismo,-- así "como la fiebre no es una enfermedad sino un síntoma".²¹

Los requisitos para el disparo de arma de juego, -- nos dice Porte Petit, son los mismos que los elementos de -- la tentativa, ya que cuando alguien dispara sobre una perso-- na, tiene que ser con la intención de obtener un resultado,-- que no puede ser sino matar (animus necandi) o lesionar -- (animus laedendi), por lo que "el disparo de arma de juego -- hacia una persona, no es sino una tentativa acabada o frus-- tración de lesiones u homicidio tipificado".²²

"El acto de disparar contra una persona es, en pu-- ridad, una tentativa de homicidio, afirma Jiménez Huerta, ha-- bida cuenta de que dicho acto implica ontológicamente un pe-- ligro para la vida, y está regido, las más de las veces, por el dolo directo de destruir dicho bien jurídico..." o regido por la intención de causar lesiones, pero que por la peligro-- sidad del arma empleada y por su difí~~cil~~ control, pueden pro-- ducir la muerte; y agrega, citando a Finzi, que la idea del-- uso de un arma denota, inmediatamente, la idea de muerte, ya que el disparar supone "la práctica de todos los medios nece-- sarios para producir el homicidio. Es un homicidio subjetiva

mente perfecto y, por tanto, según la terminología clásica, es un delito frustrado, es decir, el conato próximo de Carrara". Recuérdese la cita a Carrara que hicimos en el primer inciso de este capítulo.

Extendiéndose en el tema afirma Jiménez Huerta, -- que la crítica al Código Español de 1870 es válida a nuestro Código de 1931, pues crea "un delito puramente artificial" de "notoria imprecisión técnica" y que su industria creación supone que todavía los jueces carecen de la preparación jurídica para realizar sus funciones, pues parece que les "provee de cerebros mecánicos" para tales efectos; por otra parte significa dicha creación legislativa, un premio para aquellos que atenten contra uno de los bienes más apreciados como lo es la vida humana, ya que en vez de ser sancionadas con la pena de la tentativa de homicidio, "lo son con la especial y mucho más benigna" de la del delito especial, toda vez que es de suponerse que, si el disparo puso en peligro la vida, se ejecutaron hechos encaminados directa e inmediatamente a la comisión del delito de homicidio o del de lesiones y que no se consumó por causas ajenas a la voluntad del agente. Concluye argumentando que actualmente es ingenuo sostener que no es posible conocer la verdadera intención del agente, es decir, si concurre o no el animus necandi, por lo que este delito debe desaparecer, como en los proyectos de Códigos Penales de 1948, 1958 y 1963, de la parte Especial de los Códigos Penales, toda vez que "el delito de disparo de arma de juego, no es en su esencia otra cosa que una tentativa especialmente tipificada y erigida en delictiva sui generis".²³

A nuestro juicio, asiste la razón a este último --

grupo de autores que venimos comentando. Consideramos que es una necesidad suponer que si una persona dispara "a" (hacia, contra, sobre) otra persona no lo hace con la intención de causarle lesiones o la muerte. En este caso cabría hacernos una pregunta ¿Con qué intención podría dispararse un arma de fuego sobre una persona?. Se ha sostenido que el disparo de arma de fuego se castiga por la peligrosidad que supone el hecho de DISPARAR SOBRE UNA PERSONA. Ahora bien, ¿por qué esta conducta supone tal peligrosidad. Creemos que si dicha conducta es considerada peligrosa es porque existe un alto índice de posibilidad de lesionar o matar a la persona contra la que se dispara, y no simplemente por que se supone peligrosa y ya, pero para qué se va a disparar contra una persona, a sabiendas de la peligrosidad que existe, si no es con la intención de producir dicho resultado peligroso. No nos podemos imaginar a una persona disparando, sobre otra, un arma de fuego para no lesionarlo o no matarlo; entonces ¿para qué se dispara el arma? Es absurdo pensar que se dispara para crear una situación de peligro únicamente; pero si así fuera, se configuraría una amenaza de hecho.

Si nos fijamos en la redacción del artículo 306-I y siguiendo a Porte Petit y a Jiménez Huerta, podemos afirmar que la preposición "a" o "sobre" supone que el proyectil vaya dirigido hacia la otra persona, es decir, hacia su unidad corporal, y no "cerca" de ella como si alrededor del cuerpo humano hubiese un hábito que también pudiese ser lesionado. Ahora bien, si aceptamos que el proyectil debe ir dirigido hacia el cuerpo de la persona contra la que se dispara, no podemos menos que suponer que se le va a lesionar o a matar, y no simplemente a crearle una situación peli-

grosa; porque también es de suponerse que si se dispara, no hacia el cuerpo, sino cerca de él, no se le está disparando a una persona, sino al aire.

Muy certera, en nuestra opinión, es la semejanza que encuentra Celestino Porte Petit entre los elementos del delito de disparo de arma de fuego y los de la tentativa de lesiones u homicidio que sintetizaremos:

Elemento	Tentativa acabada	Disparo de arma - de fuego.
Conducta	Disparar un arma de fuego.	Disparar un arma - de fuego.
Tipicidad	Que el sujeto <u>dispare un arma de fuego contra una persona</u> , es decir, que la <u>conducta se adecua al Art. 12 del Código Penal en relación con el 288 o el 302.</u>	Que el sujeto <u>dispare un arma de fuego a una persona es decir, que la conducta del sujeto encuadre con la descripción del Art. 306-I.</u>
Antijuridicidad.	Adecuada la <u>conducta al Art. 12 relacionado con el 288 o 302 no existe una causa de justificación.</u>	Adecuada la <u>conducta a la figura del Art. 306-I no existe una justificante.</u>
Culpabilidad	La <u>intención de matar o de lesionar.</u>	La <u>finalidad de matar o lesionar. (24)</u>

Por lo tanto, nos hacemos partícipes de la opinión de Jiménez Huerta y creemos que disparar un arma de fuego sobre una persona constituye una tentativa acabada y tipificada en delicta sui generis, de los delitos de homicidio o lesiones.

Para establecer un punto de vista, respecto de si el delito de disparo de arma de juego tiene o no sustantividad propia, debemos ver qué posibles interpretaciones se le pueden dar, y qué posibles consecuencias provocará que se haga el disparo.

Tomaremos como base para hacer nuestro estudio -- a Francisco Pavón Vasconcelos, para determinar cuál es la problemática que se presentará en la interpretación del último párrafo del artículo 306 fracción I del Código Penal, -- ya que podemos preguntar ¿Qué sanción procede si concurren con este delito las lesiones y el homicidio? ¿Existe tal -- concurrencia? ¿Debe haber acumulación de sanciones? ¿Absorben o son compatibles las lesiones y el homicidio, con el delito de disparo de arma de juego?.

A.- La primera interpretación posible, señala que el delito tipificado en el artículo 306-I tiene individualidad propia, y se aplica su penalidad con independencia de la sanción aplicable por el resultado material que se produzca. Es decir, en caso de producirse las lesiones u homicidio con el disparo, se aplicarán tanto las sanciones de un delito como las del otro. Nos parece que esta interpretación peca de un exagerado rigorismo so pretexto de que es -- la voluntad de la ley la que no distingue.

Francisco González de la Vega, escribe que "en -- vista de los términos literales del encabezado del artículo que venimos comentando, en el que CATEGORICAMENTE se expresa que la sanción hasta de dos años de prisión y multa hasta de cien pesos (antes de la reforma de 1967) se aplicará -- sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa daño, --

se deberán sumar estas sanciones a la del delito emergente, sin atender a las reglas generales de la acumulación, por respecto a la regla derogatoria específica...".²⁵

Por su parte, Porte Petit afirma que si se acepta que el disparo es un delito autónomo, las consecuencias que pueden producirse cuando se colma dicha figura delictiva son:

DISPARO DE
ARMA DE --
FUEGO.

Con intención de matar. (<i>Animus Necandi</i>)	Se mata	Concurren - el homicidio y el disparo de arma.	Con causal o sin causal.
	Se lesiona	Concurren - la tentativa acabada de homicidio y el disparo de arma.	
Con intención de lesionar. (<i>Animus laedendi</i>)	Se mata	Concurren - el homicidio preterintencional y el disparo de arma	Con causal o sin causal.
	Se lesiona	Concurren - lesiones y disparo de arma de fuego.	
Con intención de matar o lesionar pero no se produce el resultado deseado.		Concurren tentativa acaba de lesiones u homicidio y disparo de arma de -- juego.	

Pavón Vasconcelos critica la posición adoptada --

por Celstino Porte Petit cuando nos dice que la autonomía la que se refiere éste, se plantea respecto de los elementos constitutivos de la tentativa, respecto de los de disparo de arma de fuego; agrega que la interpretación es extremadamente rigurosa, engañosa y no debe ser tomada en cuenta pues es inaceptable por chocar con la naturaleza incompatible de los tipos en aparente concurso.

Respecto del posible concurso ideal o formal²⁷ - que pueda presentarse, cuando se comete el delito de disparo de arma de fuego, son de tomarse en cuenta las opiniones de Mariano Jiménez Huerta y Francisco Pavón Vasconcelos, las cuales trataremos más adelante. Por el momento, - baste decir que el supuesto concurso de tipos únicamente - puede presentarse entre el delito de disparo de arma de fuego y el de daño en propiedad ajena.

B.- El segundo criterio interpretativo, afirma - que la aplicación de la pena del delito de disparo de arma de fuego, cuando en virtud de la acción típica se produce algún otro resultado estimado por la ley como delictivo, - opera como circunstancia de agravación. Este punto de vista es sostenido por González de la Vega quien asegura que en relación con la penalidad de este delito, se pueden dar dos hipótesis diferentes, a saber:

a).- El disparo no causa al oydido algún daño-constitutivo de diferente delito. En este caso se sanciona la acción inocua, por la peligrosidad que tiene insita a sí misma, es decir, se aplican las sanciones previstas - en el artículo 306-I, ya que la finalidad de establecer el delito de disparo es precisamente llenar el vacío que quedaba por la dificultad práctica de probar el animus necan-

di o laedendi. Ahora bien, en caso de que fuera posible -- probar el grado de tentativa, entonces se aplicarían las -- penas de los artículos 12 y 63 en relación con el 307 del -- Código Penal.

b).- Una segunda hipótesis se presentaría en el -- caso de que, además del disparo de arma de fuego (que im-- plica una situación de peligro en sí), concurriera un daño-- al ofendido como serían las lesiones o la muerte o, en su -- caso, el daño en propiedad ajena. Entonces, en atención a -- la regla derogatoria específica, se deberán sumar las san-- ciones previstas en el artículo 306-I a las del delito emer-- gente que surja y en estos casos "el delito se debe inter-- pretar como una agravación circunstancial de la penalidad -- del daño delictuoso consumado". y, concluye el citado autor, que cualquier otra solución es contradictoria ²⁸ en los térmi-- nos expresos de la ley.

La crítica que endereza Pavón Vasconcelos contra esta forma de interpretación se fundamenta en que el de-- lito de disparo de arma de fuego, por voluntad de la ley, -- es una figura autónoma y de aceptarse la tesis de González-- de la Vega, estaríamos negando la autonomía del precepto es tudiado. Por otro lado, agrega el crítico, las circunstan-- cias agravadoras operan como "agregados del tipo" y referi-- dos a la conducta, por lo que dan origen a los tipos subor-- dinados; por tanto, si se acepta la coexistencia de ambos -- delitos y la aplicación de sus respectivas penas, se está -- negando, según la técnica, la existencia de la circunstan-- cia agravadora de sanción. Termina diciendo que, de aceptar se la coexistencia mencionada, se debe hablar de un "concur-- so formal de delitos" y de "Acumulación ideal de sanciones".

Explicada la interpretación y su crítica, creemos oportuno mencionar que el Código Penal del Estado de Jalisco, considera, en este mismo sentido, al disparo de arma de fuego como una circunstancia agravante de cualquier otro delito emergente que pudiera surgir, en caso de que la conducta se conformara al delito a estudio. Es decir, sanciona el disparo de arma por la peligrosidad que supone en sí misma esta conducta, pero aclara, expresamente, que en caso de que surgieran, con motivo del disparo, lesiones u homicidio, actuará como una circunstancia agravante de los mismos.

A nuestro juicio, la legislación penal del Estado de Jalisco está en lo justo cuando considera el disparo de arma de fuego como una circunstancia de agravante, en caso de que concurran, en él, los delitos de homicidio y lesiones. Apoyamos nuestra opinión en tres puntos de vista: Primero, nos parece que el concurso ideal que puede presentarse en la especie, no concuerda con el ideario Constitucional ya que califica una misma acción dos veces, o sea, como disparo de arma de fuego y como homicidio o lesiones en su caso. Segundo, consideramos absurdo sancionar a la vez tanto el medio empleado como la actualización del daño, es decir, tanto el medio como el fin. Tercero, porque en los delitos que tienen posibilidad de concurrir, el bien jurídico tutelado es el mismo; por lo que, estimamos son incompatibles y no pueden coexistir. También se pueden citar como punto de apoyo, las resoluciones que la Suprema Corte ha emitido con relación a este problema.

C.- Esta tercera interpretación del delito con--
signado en el artículo 306-I del Código Penal vigente, es--

sostenida, principalmente, por Mariano Jiménez Huerta quien afirma que el delito de disparo de arma de fuego no puede concurrir, por ser incompatible, con el de lesiones y homicidio, y sólo se aplicarán las sanciones en él consignadas, cuando concorra con un delito que no absorba, como sería el daño en propiedad ajena, o cuando se presente sin que concorra algún otro delito. Apoya esta opinión en la "ratio" del disparo, delito que surgió como medida tendiente a superar la dificultad que presentaba probar la tentativa de lesiones u homicidio, por lo que cuando el delito de disparo se presente solo, se sancionará el peligro corrido por el ofendido, es decir, se hará efectiva la sanción prevista en el artículo 306; pero cuando concorra otro delito, se aplicará la sanción consignada en este segundo delito con exclusión de la prevista para el disparo, a no ser que el resultado que se presente sea compatible con el delito de disparo, caso en el que se aplicará el artículo 58 del ordenamiento penal.

Sostiene Jiménez Huerta que "El acto de disparar contra una persona es, en puridad, una tentativa de homicidio..." que se ha elevado a la categoría de delicta sui generis con la finalidad de zanjar toda discusión acerca de la existencia o no del animus necandi y su complejidad probatoria, constituyéndose de esta manera en un delito especial.²⁹

Siguiendo con su exposición el famoso penalista nos dice que el primer "efecto lógico" de esta especial figura es la de detener la función jurídica de la tentativa de homicidio atendiendo al principio: *Lex specialis derogat legis generali* (la regla especial deroga la general) toda -

vez que no sería correcto que el ordenamiento jurídico tipificara pluralmente un mismo hecho (como delito de disparo y como tentativa de homicidio) máxime si se piensa que en ellos concurren los mismos elementos fácticos y valorativos. Agrega que su opinión queda apoyada por el carácter imperativo del último párrafo del artículo 306, que establece que las sanciones previstas "se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito", por lo que primero se deberán aplicar las sanciones del artículo 306 y con posterioridad las de cualquier otro delito, pero éste debe ser forzosamente, compatible con el que se estudia. Así, vemos que el único delito compatible sería el de daño en propiedad ajena pues ambos delitos protegen bienes jurídicos diferentes. En el caso de la tentativa de homicidio se presenta la incompatibilidad entre la aplicación de las sanciones del artículo 306 y las del artículo 63 relacionado con el 302, porque en ambos casos se protegen los mismos bienes jurídicos, o sea la vida y la integridad corporal, contra un peligro real y cierto, y tomando en cuenta la especialidad del delito de disparo, este es el aplicable. Por lo que respecta a los delitos consumados de lesiones y homicidio, afirma el penalista citado, también son incompatibles con el delito de disparo de arma de fuego, toda vez que éste queda consumido en aquéllos porque el peligro protegido por el disparo se hace actual produciéndose el resultado típico, es decir, no son compatibles el peligro y la actualización, del daño, de ese mismo peligro. "Todo delito de peligro efectivo para un bien jurídico, sostiene Jiménez Huerta, queda consumido en su lesión..."³⁰

Esta clara interpretación del artículo 306-I ha sido criticada parcialmente por Francisco Pavón Vasconcelos quien afirma no estar de acuerdo del todo con Jiménez Huer-

ta. Base de esta crítica, es el artículo 59 del Código Penal vigente. Respecto de ~~la~~ la opinión sobre la tentativa, expresa que en atención al concurso de tipos que se da entre el disparo y la tentativa de homicidio, no opera la especialidad del artículo 306-I sino que debe aplicarse el artículo 59 que señala deben imponerse, en caso de diversidad de sanciones las de mayor cuantía. Por lo que se refiere a la concurrencia del delito de disparo con las lesiones o el homicidio que se cometan por él mismo, está de acuerdo en considerar que en ambos casos y siempre y cuando la sanción en las lesiones rebasen el límite máximo de las del disparo, dichas figuras absorben a la del delito descrito en el artículo --- 306-I. Ahora bien, en cuanto a las lesiones leves o levísimas y atendiendo al artículo 59 del Código, se deben aplicar las penas de mayor cuantía por lo que quedan excluidas las de lesiones y se aplican las de disparo.³¹

Respondiendo a estas críticas, Jiménez Huerta estima que la opinión de Pavón Vasconcelos refleja el "eclecticismo oportunista y en demasía represivo que inspira el artículo 59" y por otro lado considera poco científico subsu-
mir los hechos en el disparo, siendo éste sólo el medio empleado; es absurdo, agrega, reprimir una acción por el medio comisivo y no por el resultado, por lo que, de tomarse en cuenta la opinión de "penalista tan preclaro" entonces tendríamos que aplicar ambas sanciones como queda establecido en el artículo 306 *in fine*. Lo que se pensaría en el caso de lesiones leves, es que el agente ha sido favorecido por la Ley, concluye Jiménez Huerta.³²

A pesar de la diferencia de opiniones, ambos penalistas llegan a conclusiones semejantes. Su diferencia funda

mental es que para Jiménez Huerta, ya lo hemos dicho, el delito de disparo es una tentativa acabada de homicidio o lesiones, mientras que para Pavón Vasconcelos es un tipo especial dirigido a proteger la vida y la salud de un peligro -- concreto, ya que al describir la conducta típica, el legislador prescinde de la intención del sujeto proyectada a un resultado material determinado, elaborando un delito de peligro y no de daño.

Veamos ahora cuál es la interpretación que sobre el artículo comentado nos da Pavón Vasconcelos.

Estima dicho autor que la acumulación de sanciones, solo se presenta respecto de los daños causados, cuando estos integren figuras delictivas compatibles con el disparo. Ahora bien, cuando se logre probar plenamente la tentativa acabada de homicidio, lógicamente la pena aplicable será, por ser --- una entidad valorativa mayor, la de la tentativa de homicidio, es decir, las de los artículos 59 y 63 en relación con el 307 del Código, por concurrencia de dos normas incompatibles entre sí. Igual fenómeno se presentaría en los casos de homicidio por disparo de arma de fuego, ejecutado con animus necandi; en el homicidio preterintencional ejecutado con animus laedendi y en el caso de producir lesiones que ameriten -- pena mayor. En todos estos casos operaría la absorción dado -- que hay incompatibilidad entre las sanciones establecidas por ellos, con las establecidas por el artículo 306-I, y en atención a la regla general perceptuada en el artículo 59 del Código. En cuanto a las lesiones cuya pena sea menor a la señalada por el artículo 306-I, de conformidad con el artículo -- 59, se aplicarán las penas del delito de disparo.³³

Nuestro Máximo Tribunal no ha establecido un -- criterio definido respecto de este problema; en tanto que ha sostenido, en la generalidad de los casos, que el disparo de arma de fuego y el de homicidio son delitos incompatibles; asimismo, ha mantenido criterios diversos por lo que respecta a los de disparo y lesiones.

"Es criterio de la Primera Sala de la Corte, -- que el delito de disparo de arma de fuego que tipifica la fracción I del artículo 306 del Código Penal vigente, tiene las siguientes características: el elemento moral de -- este delito es el mismo exigido en las lesiones y el homicidio, su resultado es el peligro corrido, esto es, el -- mismo que se aprecia en la tentativa, su estructura típica es la de un delito de peligro concreto contra la vida--corporal y el bien jurídico protegido en el tipo, la existencia e 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 caso de que se cause la muerte de la persona contra la que se dispare o se cause daño a la integridad corporal de las mismas; ya que ambos deli--tos son incompatibles entre sí; pues punir el disparo y -- las lesiones equivaldría a punir la puesta en peligro del bien jurídico y el daño producido". (Boletín de Informa--ción Judicial, IX, Núm. 85, enero de 1955, P. XII).

"Cuando se priva de la vida a una persona por -- medio del proyectil disparado por un arma de fuego el de--lito consistente en disparar esa arma no existe y sólo -- hay que considerar el homicidio". (S.C. Jurisprudencia de finida. 5a. Época, núm. 110).

"Cuando concurren los delitos de homicidio y disparo de arma de fuego, no cabe sancionar el segundo de estos delitos". (T. Superior Sexta Sala, octubre 28 de 1941).

"Tanto el artículo 306 del Código Penal como el 548 bis del Proyecto de reforma al de 1871 castigan la agresión violenta, sin resultado material o con el sólo resultado de lesiones, siempre que esta agresión sea capaz de producir la muerte y ésta no se produzca por causas ajenas a la voluntad del autor; si la muerte se verifica como consecuencia de la agresión, entonces el hecho no es el previsto por el artículo 306 sino que queda comprendido en el 302 del Código Penal. (Anales de Jurisprudencia, Tomo XIII, pág. 428).

"Cuando el disparo cause la privación de la vida sólo debe aplicarse la pena correspondiente al homicidio, porque este último delito absorbe al disparo de arma de fuego..." (Semanao Judicial, Tomo LXXXVI, pág. 1795).

"El artículo(306) sanciona el disparo hecho sobre alguna persona independientemente de la pena que le 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 sea el de la privación de la vida, sólo debe aplicarse la pena correspondiente al homicidio, porque este delito absorbe al de disparo de arma de fuego que se convierte en medio adecuado para la consumación de aquél..." (Semanao Judicial, Tomo LII, pág. 1231).

En cuanto a la producción de lesiones por el disparo de arma de fuego, la Suprema Corte ha dictado ejecutorias en diferentes sentencias, por ejemplo tenemos:

"Si del disparo resulta la comisión de otro delito lesivo de la integridad corporal -lesiones-, éste subsume el del disparo de arma de fuego, que como delito destaca solo tutela la puesta en peligro de un bien jurídico, como suplencia legal de la tentativa incomprobada: pero no la lesión causada, en razón de que aquél (el disparo) es acto anterior con referencia al delito principal y adecuado por la producción del resultado típico, pues sería antijurídico punir a la vez 'porque se pudo causar el daño y porque efectivamente se causó'..." (ejecutoria 4882-945. Informe del C. Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1953, pág. 42).

En el Informe de 1967, pág. 43 de la Primera Sala, en relación a la legislación del Estado de Coahuila, -- que tiene una fórmula idéntica a la del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, nos dicen, en relación con el concurso formal entre el disparo de arma y las lesiones, que la expresión "sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa algún daño" no debe interpretarse literalmente, sino sistemáticamente, por lo que debe entenderse que "mediante la conminación de la pena se procura que no se ponga en peligro la vida, pues está comprendido precisamente dentro del capítulo de homicidio; en consecuencia, si la vida es puesta en peligro actualizándose en una lesión -- que la ponga, no habrá concurso posible como tampoco lo habrá en el caso de homicidio, pues el peligro se actualizó..." y concluye diciéndonos que el concurso sólo se pre--

senta entre lesiones que no pongan en peligro la vida, o incluso, en el daño a propiedad ajena.

Otra ejecutoria, dictada en sentido opuesto inclusive de los que se trataron respecto del homicidio, nos dice que "No viola el jugador las garantías del quejoso, si en su sentencia acumula las penas correspondientes a los delitos de disparo de arma de fuego, lesiones u homicidio en su caso, porque el artículo 306 constituye una excepción a las reglas de punibilidad del llamado concurso ideal, por tratarse de una norma específica derogatoria de la disposición general".

"El delito de disparo de arma de juego no excluye al de lesiones inferidas por el proyectil del arma, pues el delito a que se contrae la fracción I del artículo 306 del Código Penal, tiene existencia jurídica no obstante que, como consecuencia del mismo disparo, resulte el paciente lesionado, caso en que debe imponerse tanto la pena que corresponde por las lesiones, como por el disparo, ya que de otra manera no tendría aplicación, en ningún caso, la disposición de la ley sustantiva mencionada" (Semana Judicial, tomo LVIII, pág. 493).

"El delito de disparo de arma de juego debe calificarse como un delito especial... (y solamente) se debe acumular al de lesiones leves que no pongan en peligro la vida" (Anales de Jurisprudencia, tomo I, pág. 253).

"El delito de disparo de arma de juego no existe como delito autónomo cuando constituye el conducto o medio de realización de lesiones" (Jurisprudencia definida, Suprema Corte, Tesis 370).

"...cuando sólo resulten lesiones debe aplicarse tanto la pena que corresponde al daño causado como la del delito de disparo de arma de fuego..." (Semanario Judicial tomo LXXXVI, pág. 1795).

Así, en uno y otro sentido se han dictado ejecutorias, sin que exista un criterio definido en un solo sentido, que podría ayudar a solucionar el problema que ha -- originado la inclusión de este precepto en nuestro ordenamiento positivo.

Ahora bien, glosando sobre las opiniones de los diferentes autores podemos decir que a nuestro juicio, asiste la razón a Mariano Jiménez Huerta cuando considera que el delito a estudio es una tentativa de homicidio o lesiones elevada a la categoría de delicta sui generis y que dado su carácter de especialidad, debe aplicarse en el caso de que se pudieran probar los elementos de la tentativa, -- atendiendo al principio de que la norma específica es derogatoria de la general (sostenido por la Primera Sala, Boletín de 1957, pág. 191) y en atención también a que la vo-luntad de la ley, fué la de estatuir una sanción conciliada y promediada en generosa equidad, en atención a la posibilidad de que el dolo en el agente fuese eventual, por -- tanto, consideramos que en estos casos no es aplicable el artículo 59 del Código Penal. Además, podemos señalar que no es posible, como señala Pavón Vasconcelos, sancionar -- una conducta por el peligro consciente que representa independientemente del "animus", ya que es éste el que nos indica qué tan peligrosa es la acción que se está sancionando. Es decir, sin conocer el "animus" no podríamos decir -- que una conducta es o no peligrosa, ya que si se castiga --

el disparo por su peligrosidad es porque éste debe de ir - dirigido contra una persona, lo que supone la intención de lesionarla o matarla. En cuanto al posible concurso entre lesiones u homicidio y el delito de disparo de arma de fuego, tanto la doctrina como nuestro Máximo Tribunal, están acordes en considerar que aquéllos absorben a éste, por lo que no nos resta más que adherirnos a esta forma de pen-
sar, no sin antes aclarar que nos parece necia toda discusión en torno a un problema inexistente, toda vez que si - las lesiones y el homicidio fueron perpetrados con arma de fuego, éste sólo fué un medio para poder consumir el deli-
to como pudo haberlo sido cualquier otro en caso de que se arguya sobre la peligrosidad de esta forma de cometer el - delito, pensamos que cualquier medio empleado para cometer un ilícito de tal magnitud, como son las lesiones y el ho-
micidio, resulta de una alta peligrosidad. En otras pala-
bras, en estos casos lo que resulta peligroso, no es el me-
dio comisivo, sino la intención del agente de privar de la vida o lesionar gravemente a otra persona independiente-
mente del medio empleado.

Respecto de aquellas lesiones cuya pena sea infe-
rior a la del disparo de arma de fuego, creemos siguiendo-
a Jiménez Huerta, que la pena que se debe aplicar es la de
lesiones aunque resulte menos rigurosa, toda vez que resul-
taría un oportunismo legal, el pretender aplicar la san-
ción señalada en el artículo 306-I. Es decir, en el caso -
de que concurrieran los delitos de lesiones y disparo de -
arma de fuego, habría que dar una solución general, es por-
que, el delito de lesiones absorbe al de disparo en todos-
los casos, o en ninguno, o sea que no se debe distinguir -
entre lesiones leves y lesiones graves ya que hacer la dis

tinción supondría un rigorismo absurdo. En presencia de lesiones leves deberán aplicarse las sanciones señaladas para ellas, esto es, el delito de lesiones, aún leves o levísimas, absorbe al de disparo, saliendo favorecido el agente en la aplicación de la ley. La razón que nos induce a pensar así no es otra sino que son -- delitos incompatibles el de lesiones (en general) y el de disparo de arma de fuego, toda vez que éste no adquiere autonomía -- porque solo ha sido un medio para realizar las lesiones, -- y resultaría absurdo el sancionar el medio y no el resultado, o como lo expresa Jiménez Huerta "...implica un contrasentido manifiesto no castigar por el resultado producido, sino exclusivamente por el medio de que se valió el agente para ocasionar las lesiones".³⁴

En cuanto a la concurrencia de daño en propiedad ajena y disparo de arma de fuego, no se presenta algún problema, pues ambos delitos son compatibles entre sí, además de que protegen bienes diferentes: uno el patrimonio de las personas, otro la vida e integridad corporal, -- por lo que, en estos casos, sí es posible se presente el concurso ideal de delitos. Dicho de otra manera, cuando los bienes jurídicos que tutela la figura de disparo de arma de fuego son puestos en peligro y además es dañado -- un bien jurídico protegido por figura subordinada a tipo diverso, se presentan dos lesiones jurídicas: La puesta -- en peligro y la causada a consecuencia del disparo.

Respecto a este punto es necesario hacer una -- aclaración. El concurso ideal de delitos, que se acentúa -- en el disparo de arma de fuego, presenta un problema grave; cuando en un mismo acto, o con motivo de él, se vio--

lan dos o más disposiciones, la ley ordena aplicar la del delito de mayor penalidad, la que podrá ser aumentada hasta una mitad más del máximo de su duración. Este aumento de penalidad se debe a que más de dos disposiciones han sido violadas. Ahora bien, en el delito de disparo no es necesaria la aplicación del artículo 58 del Código Penal, ya que expresamente el artículo 306 in fine señala que -- las sanciones de este delito se aplicarán "independientemente de las que correspondan por la comisión de otro delito", por lo que si interpretamos este precepto literalmente nos percatamos de que a una misma acción se imponen dos diferentes penas, o sea, si con el delito de disparo de arma de juego concurrese, por ejemplo, el de lesiones, habría que imponer al agente, de tres días a tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos, más las sanciones señaladas en los artículos 289, 290, 291, 292 ó 293 del Código Penal, según fuera el caso.

Ahora bien, el artículo 23 Constitucional prohíbe juzgar a una persona dos veces por un mismo delito. Meditando sobre el problema, cabría preguntarnos si cuando concurre con el disparo de arma de juego otro ilícito penal, no se juzga dos veces al agente por un mismo delito. A nuestro juicio, en estos casos, una misma conducta se recalifica y recibe la sanción de dos diferentes delitos cuando en realidad el autor ha cometido uno solo. Debemos percatarnos que el disparar una arma es únicamente el medio empleado para la comisión de un delito, pero este es un solo delito, no dos diferentes delitos, a pesar de que la ley así lo estipule.

J. José González Bustamante afirma que "cons---

tituye, el delito de disparo de arma de fuego, una figura autónoma en tanto que el daño que pueda causarse con el disparo sea potencial, o sea, en tanto que no se produzca el resultado dañoso (así es porque aquí hay solo un delito, es decir, el disparo es el fin y no el medio, aunque nos preguntamos si no es absurdo pensar en el disparo como fin, sin buscar otro resultado. Creemos que la intención del que dispara, ya lo dijémos, es lesionar o matar, de esto que sostengamos que el disparo es una tentativa-acabada), porque entonces desaparece dicha figura delictiva para subsumirse en el delito de lesión o daño que se hubiere producido con el disparo ya que sería monstruoso y antijurídico imponer una pena por el riesgo que ocasione el disparo a la vida o a la integridad corporal y cuando con el mismo disparo se produce un daño, como homicidio y lesiones; c sea sumar a la anterior que se impone por razón del peligro corrido la que corresponde por el daño causado".³⁵

En igual sentido se lanza Antonio de P. Moreno cuando afirma que en el Derecho Penal "es absurdo sancionar el medio empleado para cometer el delito, y el propósito logrado, porque ambos forman parte de un sólo todo. Hay una sola acción y un único resultado que no deben separarse ni tratarse autónomamente, la una y el otro".³⁶

En relación a la Legislación Penal del Estado de Nayarit (Art. 266) la Suprema Corte ha resuelto: - - - "..."La voluntad de la ley es que si la vida y la integridad corporal resultan afectadas en virtud del disparo de arma de fuego, no se recalifique la acción, puesto que -

el peligro que entraña el disparo de arma de fuego, se actualizó quedando subordinado el disparo, dentro de la relación de medio a fin en lo que respecta al resultado..." --- (Primera Sala, Informe de 1966, pág. 38).

También ha sostenido que "mal podría considerarse un disparo de arma de fuego que cause lesiones o la muerte, como delito destacado, cuando sólo constituye un medio conductivo a la lesión antijurídica, resulta antijurídico considerar un elemento de la acción como figura típica destacada". (Semanao Judicial, tomo CXIV, pág. 378).

Según la explicación anterior podemos afirmar que el artículo 306 del Código Penal tiene mala base, lo que queda demostrado por toda la problemática que presenta, desde su pésima redacción, hasta su aplicación práctica.

En cuanto a su redacción, nos percatamos que, infine, el artículo 306 habla de que "Las sanciones previstas en la fracción I se aplicarán...", cuando en realidad en la fracción I no se prevé alguna sanción, sino que éstas están previstas en el párrafo primero del citado precepto. Por otra parte, en la fracción I se hace referencia "al que --- dispare... una arma de fuego" cuando debería haberse usado el artículo indeterminado "un" para evitar la cacofonía.

En realidad, pensamos que este artículo debería desaparecer de los Códigos, para así evitar los problemas que ha creado su inclusión en los mismos, y con ello se permitiera entrar en funciones a la verdadera tentativa de homicidio y lesiones. Es razón suficiente para fundar nuestra apreciación que en la actualidad el artículo tratado ya no-

cumple con la "ratio" para la que fué creado, toda vez que con el desarrollo de la ciencia penal sería absurdo pensar que no es demostrable la intención del que dispara sobre otra persona una arma de fuego.

Así lo han venido sosteniendo Carrara, Ellero y Finzi y sus palabras han encontrado eco, aparte de que en otras Legislaciones como la del Estado de Chihuahua, en los Proyectos de reformas al Código Penal vigente de 1949, 1958, y 1963 en los cuales se estima que el delito de disparo carece de sustantividad propia y es considerado como tentativa acabada de lesiones u homicidio.

Por otra parte, y en caso de que fuese necesario que dicho tipo estuviera incluido en las Legislaciones penales, estimamos sería conveniente cambiar su redacción siguiendo las tendencias de los Códigos Penales de Jalisco (en la que es una circunstancia agravante de la pena), Nayarit (si a consecuencia de los actos a que se refiere este artículo se causare algún daño, solamente se impondrán las sanciones del delito que resultare), o la del Estado de Oaxaca (...sin perjuicio de la pena correspondiente si se causa algún daño que no sea el de lesiones y homicidio). También la mayor parte de los autores, a excepción de Jiménez Huerta, afirman que es un error incluir esta figura delictiva en el Capítulo de homicidio, no nos dan la razón de su afirmación, pero creemos que es correcta, toda vez que si es un delito de peligro no debe estar incluido en el Capítulo de un delito de daño por esencia; por lo que creemos conveniente abrir un capítulo para todos los delitos de peligro; ahora bien, si se considera, al delito de disparo como una agravante, de be estar colocado en el capítulo de Reglas Generales para --

los delitos de homicidio y lesiones.

Para terminar debemos precisar si respecto de -- este delito es configurable la tentativa. Siendo el delito de disparo una tentativa elevada a la categoría de delito-autónomo, se podría pensar que no es configurable su tentativa ya que los actos autónomos a su realización carecen de naturaleza ejecutiva. Pero en el caso del delito que se glosa, debemos decir que hay una excepción al principio citado, toda vez que, además de los actos ejecutivos que integran la conducta descrita en el artículo 306-I, hay --- otros directamente encaminados a la realización de dicha - conducta y que también representan un peligro en sí mis--- mos.

Nos encontraremos ante una tentativa del delito de disparo de arma de fuego cuando se realicen actos encaminados directa e inmediatamente a disparar un arma, como sería apretar el gatillo del arma debidamente cargada, sin lograr dicho propósito por causas ajenas a la voluntad del agente, esto es, que el proyectil no saliera despedido. La razón de que en este delito sea configurable la tentativa, la encontramos en Jiménez Huerta cuando nos dice que, en el artículo 306-I se tipifica una acción "que presupone, necesariamente, la causación del último acaecimiento -la salida del proyectil- necesario para la lesión del bien jurídico-protegido, evidente es que los otros actos situados con anterioridad, que representan también un peligro efectivo...- constituyen una tentativa de delicta sui generis".³⁷

Se debe precisar que en la tentativa es indispensable que el proyectil no salga despedido por causas ajenas

a la voluntad del agente, a diferencia del delito imposible en que el proyectil no sale despedido porque no se emplearon los medios idóneos para ello, es decir, en el caso de la tentativa los medios empleados, para disparar el arma de fuego, fueron los que se requerían para ello, los idóneos; y en el delito imposible no se hicieron uso de esos medios, o sea que el arma no estaba cargada o era inservible.

Estimamos que después de desarrollar los temas -- constitutivos de nuestro trabajo, estamos en posibilidad de elaborar una consideración final donde externaremos una --- opinión en torno a las cuestiones más sobresalientes advertidas durante el análisis del tipo del delito de disparo de arma de fuego que hemos tratado de realizar.

- 1.- Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo II. Ed. Porrúa. México, 1971. Pág. 160.
- 2.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. *Los Delitos de Peligro para la Vida*. Ed. Porrúa. México, 1966. -- Pág. 21.
- 3.- Citado por De P. Moreno, Antonio. *Derecho Penal Mexicano*. Ed. Porrúa. México, 1968. Págs. 100 y ss.
- 4.- Pavón Vasconcelos, Francisco. *Op. cit.* Pág. 22
- 5.- *Op. cit.* Pág. 160.
- 6.- *Op. cit.* Pág. 161.
- 7.- *Ratiglia*, citado por Jiménez Huerta, Mariano. *Op. cit.* Pág. 157 y ss.
- 8.- *Op. Cit.* Pág. 158.
- 9.- Citado por De P. Moreno, Antonio. *Op. cit.* pág. 102.
- 10.- *Op. cit.* Pág. 36.
- 11.- Citados por Pavón Vasconcelos, Francisco. *Op. cit.* -- Pág. 36.
- 12.- *Op. cit.* Pág. 36 y ss.
- 13.- Porte Petit, Celestino. *Dogmática de los Tipos contra la vida y la salud*. México, 3a. Ed. Pág. 217.
- 14.- *Op. cit.* Pág. 159.
- 15.- *Op. cit.* Pág. 159.
- 15bis.- *Op. cit.* Pág. 710.
- 16.- Citado por Porte Petit, Celestino. *Op. cit.* pág. 214.
- 17.- *Op. Cit.* Págs. 30 y 65.
- 18.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. *Op. cit.* pág. 32.
- 19.- Citado por Porte Petit, Celestino. *Op. cit.* pág. 214.

- 20.- Citado por Porte Petit, Celestino. Op. cit. Pág. 214.
- 21.- Citado por Porte Petit, Celestino. Op. cit. Pág. 215.
- 22.- Op. cit. Págs. 215 y ss.
- 23.- Op. cit. Págs. 158 y ss.
- 24.- Op. cit. Págs. 216 y ss.
- 25.- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México, 1908. Pág. 48.
- 26.- Op. Cit. Pág. 24.
- 27.- Carrancé y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado. Antigua Librería Robledo. México, 1966. Pág. 709.
- 28.- Op. cit. Págs. 43 y ss.
- 29.- Op. cit. Págs. 161 y ss.
- 30.- Op. cit. Págs. 162 y ss.
- 31.- Op. cit. Págs. 29 y 30.
- 32.- Op. cit. Pág. 163 nota número 300.
- 33.- Op. cit. Págs. 33 y ss.
- 34.- Op. cit. Pág. 164 nota 300.
- 35.- Citado por Carrancé y Trujillo, Raúl. Op. cit. - - - Pág. 710.
- 36.- De P. Moreno, Antonio. Derecho Penal Mexicano. Ed. -- Porrúa. México, 1968. Pág. 103.
- 37.- Op. cit. Pág. 165.

CAPITULO IV
CONSIDERACIONES FINALES.

A nuestro juicio, las junciones del tipo pueden ser tres:

a).- Función delimitadora, pues delimita, dentro del campo de lo antijurídico, sólo aquello que sea especialmente antijurídico y por tanto merecedor de una sanción penal, pues no todo lo antijurídico es delictuoso.

b).- Función de Garantía, consignada en el principio *NULLA POENA SINE LEGE*, o sea que sólo serán punibles - aquellas conductas descritas en un tipo.

c).- Función Descriptiva, ya que describe las conductas consideradas delictivas, para que puedan ser castigadas.

De las Teorías del Tipo creemos acertada la de E. Mezger, o sea, la de "el tipo como ratio essendi" de la antijuridicidad. Pero consideramos, que toda conducta típica es antijurídica sin excepción alguna, toda vez que si opera una justificante, la conducta desde su nacimiento es tuvo apegada a Derecho y dentro de él por lo que, nunca -- jué típica. No obstante, también el tipo puede encontrar -- su validez en la antijuridicidad, pero solamente desde el punto de vista de la formación del Derecho.

A nuestro juicio los elementos del tipo pueden ser de dos clases:

1.- *ESENCIALES*, que serían:

a).- Sujetos Activo y Pasivo.

b).- Objetos Jurídico y Material.

c).- Presupuesto de una conducta; y,

2.- *SECUNDARIOS*, o sea los que pueden estar incluidos o no dentro de una descripción como:

- a).- Elementos normativos.
- b).- Elementos subjetivos.
- c).- Referencias temporales o espaciales.
- d).- Medios de comisión.

La tipicidad es la perfecta adecuación de una conducta a la descripción que de ella hace el legislador en los tipos penales. La función de la tipicidad adquiere gran importancia en el Derecho Punitivo en razón de que es un elemento esencial del delito y su ausencia origina que éste no se configure.

Estimamos que, las hipótesis en que puede presentarse la atipicidad van en razón directa del contenido del tipo (a tantos elementos contenidos en el tipo, tantas posibles causas de atipicidad).

Es necesario para que se configure el delito de disparo de arma de fuego, que el proyectil salga disparado, o sea que es un requisito *SINE QUA NON* para la realización de la conducta delictiva, pudiendo presentarse, según se emplean para esta finalidad, medios idóneos o inidóneos, la tentativa acabada o el delito imposible.

El delito de referencia exige que el disparo se haga sobre, en contra, hacia, la unidad corporal, de una o varias personas, indeterminadas ya que no se requiere de una calidad especial como sujeto pasivo, por lo que el disparo, por ejemplo, al aire no colma la figura delictiva.

A nuestro juicio, por la "ratio" que dió origen

a este delito, así como por que únicamente admite la in---
tencionalidad, que no puede ser otra que obtener un resul--
tado, mismo que por el medio empleado será el lesionar o---
matar a la persona contra quien se dispara, consideramos---
que el delito de referencia es una tentativa de lesiones---
u homicidio a la que para llenar un vacío por la imposibi--
lidad de probar el animus necandi o laedendi, se dió auto--
nomía creando un delito especial.

No puede pensarse en que esta figura se casti---
gue la peligrosidad de un hecho concreto, ya que dicha pe--
ligrosidad sólo puede estar insita en la intención del ---
agente (cuando en el disparo no concurre esta voluntad, ---
no es punible, debe haber intención, dolo directo).

Asimismo, estimamos que el concurso ideal de deliti
tos, sólo puede presentarse en la especie respecto del dis-
paro de arma de juego, y el delito de daño en propiedad ---
ajena, dadas las diferentes entidades personales que prote-
gen cada uno de ellos.

Respecto del homicidio y de las lesiones, creemos
que estos delitos absorben al de disparo por ser incompati-
bles entre ellos. Fundamos nuestra opinión en que el delito
que estudiamos es, respecto de los de lesiones y homicidio,
sólo un medio para el logro de un resultado, que es precisam
ente las lesiones, homicidio o la tentativa acabada de am-
bas figuras.

En nuestra opinión, el delito de disparo de arma-
de juego, debe ser desterrado de las Legislaciones Penales,
pues actualmente no es imposible la prueba del animus necand
i o laedendi, razón por la que jué creado, o bien, si se -

considera necesaria su inclusión, hacerlo con una mejor redacción y darle un trato diferente del de delito especial autónomo y considerarlo como una circunstancia agravante de los delitos de lesiones y homicidio.

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

- GARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. *Derecho Penal Mexicano. Ed. D.A.P.P. 1937. Código Penal Anotado. Ed. - Robredo, 1966.*
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. *Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa, 1969.*
- DE PINA, RAFAEL. *Código Penal. Ed. Porrúa. - México, 1964.*
- DE P. MORENO, ANTONIO. *Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México, 1968.*
- FRANCO GUZMAN, RICARDO. *Delito e Injusto. Méx. 1950.*
- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. *La Tipicidad. Ed. Porrúa. --- México, 1955. Derecho Penal Mexicano. Tomo II. Ed. Porrúa. Méx. 1971.*
- JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES. *1955-1965. Primera Sala Tomo I y Actualización Tomo II. - Ediciones Mayo.*
- MAURACH, REINHART. *Tratado de Derecho Penal. Ed Ariel. Barcelona, 1962.*
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. *Manual de Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. Méx. 1967. Los Delitos de Peligro para la Vida. Ed. Porrúa. Méxi---co, 1966.*
- PORTE PETIT, CELESTINO. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Ed. --- Jurídica Mexicana. Méx. 1969. Dogmática de los Tipos contra la Vida y la Salud. Méx.*
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. *Sexta Epoca. Tomos: XXXIII y CVII.*

VILLALOBOS, IGNACIO.

*Derecho Penal Mexicano. Ed.
Porrúa. México, 1960.*

*CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO
Y TERRITORIOS FEDERALES.*

Editoria Porrúa, 1969.

*CODIGO PENAL DEL E. L. Y S. -
DE DURANGO.*

Editorial Cajiga.

*CODIGO PENAL DEL E. L. Y S.-
DE SINALOA.*

Editorial Cajiga.

*CODIGO PENAL DEL E. L. Y S.-
DEL EDO. DE MEXICO.*

Editorial Cajiga.

*CODIGO PENAL DEL E. L. Y S.-
DEL EDO. DE NUEVO LEON.*

Editorial Cajiga.

*CODIGO PENAL DEL E. L. Y S.-
DE HIDALGO.*

Editorial Cajiga.

*CODIGO PENAL DEL E. L. Y S.-
DE GUERRERO.*

Editorial Cajiga.

I N D I C E :

EL TIPO Y LA TIPICIDAD EN EL DELITO
DE DISPARO DE ARMA DE FUEGO.

CAPITULO I.

EL TIPO COMO PRESUPUESTO DEL DELITO.	Pág. 4
1.- El tipo, concepto.	
2.- Teorías sobre el tipo.	
3.- Elementos del tipo.	
4.- Clasificación de los tipos.	

CAPITULO II.

TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.	Pág. 61
1.- Tipicidad, concepto.	
2.- Importancia de la Atipicidad.	
3.- Atipicidad y Ausencia de Tipo.	

CAPITULO III.

EL DELITO DE DISPARO DE ARMA DE FUEGO.	Pág. 87
1.- El Delito en General.	
2.- Tipo y Tipicidad en este Delito.	
3.- Problemática, Interpretación y - Consecuencia.	

CAPITULO IV.

CONSIDERACIONES FINALES.	Pág. 139.
--------------------------	-----------