

321309
4
Zej



UNIVERSIDAD
TEPEYAC

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

LICENCIATURA EN DERECHO

Con reconocimiento de validez oficial de estudios
de la UNAM Clave: 3213

LA AUTONOMIA DEL DISPARO DE ARMA
DE FUEGO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

MARIA DEL ROSARIO GARCIA GONZALEZ

Asesor de Tesis: Lic. Pedro Hernández Orozco
Cédula Profesional No. 743062



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

	Página
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
DISPARO DE ARMA DE FUEGO	
1.1	Concepto de delito 4
1.2	Concepto de disparo de arma de fuego y legisla- ción al respecto 13
CAPITULO II	
EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO EN RELACION A LA TEORIA DEL DELITO	
2.1	Conducta 19
2.1.1	Ausencia de conducta 25
2.2	Tipo 30
2.2.1	Ausencia de tipo 50
2.3	Antijuridicidad 55
2.3.1	Ausencia de antijuridicidad 58
2.4	Culpabilidad 64
2.4.1	Inculpabilidad 75
CAPITULO III	
CONCURRENCIA DE DISTINTOS DELITOS	
3.1	Concurso aparente de tipos 81

3.1.1	Principio de subsidiaridad	86
-------	----------------------------	----

CAPITULO IV

DELITO AUTONOMO DISPARO DE ARMA DE FUEGO

4.1	Criterios de su autonomía	91
4.2	Jurisprudencia respecto a la autonomía del disparo de arma de fuego	95
4.3	Criterios legislativos en cuanto a su tipificación en la ley sustantiva para el disparo de arma de fuego	100

CAPITULO V

LA TENTATIVA EN EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO

5.1	Tentativa	103
5.2	Ambito conceptual	106
	CONCLUSIONES	113
	BIBLIOGRAFIA	120

INTRODUCCION

En cada situación histórica y social de los grupos humanos, los presupuestos imprescindibles para una existencia en común, se concretan en una serie de condiciones valiosas, de las cuales son ejemplo de la vida, la integridad corporal, la libertad de actuación o la propiedad, es decir, los llamados bienes jurídicos; es por ello -- que el estado de derecho tiene la función de proteger enérgicamente estos bienes más importantes de los individuos y de la colectividad y para el logro de tal fin el Estado cuenta con el Derecho, en particular con el derecho penal; que es el que tiene que asegurar tales bienes, penando su lesión en determinadas circunstancias.

En consecuencia, los delitos son configurados con la finalidad de -- proteger los valores más fundamentales de la sociedad y siendo la vida uno de vital importancia y honda trascendencia que resiste su lesión, explica la creación de tipos penales protectores de este -- bien jurídico que es la vida frente a los ataques que implican un -- peligro.

Es por ello que el presente trabajo pretende realizar un análisis -- de lo que es el delito de disparo de arma de fuego y así determinar la correcta significación de este precepto, logrando que la penalización del mismo sea verdaderamente el objetivo de proteger el bien jurídico tutelado por el Estado, ya que debemos de distinguir en -- este tipo cuando existe consumación en el mismo y a la tentativa; -- así como la concurrencia de otros delitos, tratando siempre de esclarecer lo que la ley determina y así coadyuvar al objetivo del de -- recho penal que es el de garantizar la vida en común de todos los --

ciudadanos, evitando que éste sea puesto en peligro haciendo una corr^octa interpretación y aplicación del tipo penal.

El bien jurídico de la vida es tutelado penalísticamente no sólo del ataque que se traduce en su efectiva lesión, sino también, del que pone en peligro. Aparecen así en el Código Penal, diversas especies típicas creadas con el propósito de hacer más firme la seguridad personal y regidas por la idea de peligro.

Todas estas especies típicas se perfeccionan cuando el bien jurídico de la vida humana resiente un peligro efectivo o presunto, es por -- ello que se debe de realizar un análisis minucioso del tipo penal de nominado DISPARO DE ARMA DE FUEGO desde las diversas opiniones de -- los juristas acerca de su autonomía, así como la naturaleza del mismo delito y determinar la diferencia que pueda existir entre el disparo de arma de fuego y la tentativa de homicidio.

El Código Penal define al DISPARO DE ARMA DE FUEGO, en su artículo -- 306, fracción I:

Se aplicará sanción de tres días a tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos. Al que dispare a una persona -- o grupo de personas un arma de fuego.

De este artículo se desprende que, el disparo de arma de fuego con-- siste en accionar un arma de este tipo, en contra de una o varias -- personas. Precisamente arma de fuego, no arma como aquellas que disparan municiones. El disparo debe dirigirse a uno o varios sujetos no "al aire" o a otros sitios y debe poner en peligro la vida o la -- integridad corporal del o los pasivos.

CAPITULO I

DISPARO DE ARMA DE FUEGO

1.1 Concepto de delito

1.2 Concepto de disparo de arma de fuego y legislación al respecto

1.1 Concepto de delito

La palabra delito proviene del latín delicto o delictum, supino del verbo delinque, delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar. El maestro Carrara habla de abandono de la ley, cometer una infracción o una falta. (1)

Verdaderamente son numerosos los penalistas que han pretendido dar una noción o un concepto de delito, tarea muy difícil de conseguir en un plano absoluto y de carácter general, pues un concepto de --raíz filosófica valedero para todos los tiempos y para todos los países, respecto de si un hecho es o no delictivo, no se ha conseguido aún, lo cual resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica, cultura y jurídica de cada pueblo y en cada siglo. En consecuencia, la noción del delito ha de seguir, necesariamente, las vicisitudes de esas distintas parcelas señaladas en la vida de cada nación y ha de cambiar al compás de las mismas. Por consiguiente, -lo ayer penado como delito, actualmente puede o no serlo y viceversa.

Así tenemos que autores como Frank afirman que el delito es la violación de un derecho, fundado sobre la ley moral.⁽²⁾ Para Pessina, es la negación del derecho.⁽³⁾ Para Romagnosi, es el acto de una persona libre e inteligente, perjudicial o los demás e injusto.⁽⁴⁾

(1) Carrara, Programa, Vol. I, p. 60
(2) Frank, Philosophia du Droit Penal, Bruselas,
(3) Pessina, Elementos del Derecho Penal, tomo II, p. 95
(4) Romagnosi, Genesi del diritto penal, p. 555

y para Rossi, consiste en la infracción de un deber exigible, en daño de la sociedad o de los individuos. (5)

De igual forma dentro de la escuela clásica, Francisco Carrara -- busca la definición nominal del delito y dice: "... se deriva -- comúnmente de derelinquere, abandonar, y equivale a abandono de una ley..." (6). Así tenemos la definición real que proporciona de la siguiente forma: "Es la infracción de la ley del Estado, -- promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que -- resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso". (7)

En este mismo orden de ideas, los clásicos se preocuparon por el contenido que debería dársele en forma técnica al delito. Y así tenemos que los elementos que conforman al delito son: Sujeto -- activo primario, que sería el delincuente; sujeto activo secundario, representado por el instrumento; sujeto pasivo, que puede ser un hombre o una cosa en la cual recaen los actos materiales del criminal; el objeto es el derecho abstracto violado y -- contemplado en la ley. (8)

La escuela positiva, cuyos máximos exponentes fueron Enrico Ferreri, Cesare Lombroso y Rafaelo Garófalo, se preocupaban más por la -- prevención que por la represión de los delitos. Para ellos, no exis

(5) Rossi, Tratado de derecho penal, p. 245

(6) Carrara, Programa de derecho criminal, Parte General, tomo I, p. 60

(7) Carrara, Programa de derecho penal, Vol. I, p. 60

(8) Zaffaroni, Manual de derecho penal, p. 202

tfan diferencias entre las penas y las medidas de seguridad, porque, no había la inimputabilidad, ya que como señala uno de los principales exponentes, Rafaelo Garófalo, el delito es "...la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida media en que se encuentran en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas a la colectividad". (9)

Así tenemos que a través del tiempo, diversos doctrinarios del derecho han tratado de elaborar una noción filosófica y general del delito, sin que propiamente se pueda decir que exista en la actualidad uniformidad de criterios.

En cuanto a México, el código penal de 1871, acusando la influencia del español de 1870, en su artículo 10. definiera al delito como:

... la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda (10)

El código penal de 1929, en su artículo 11 lo conceptuaba como:

...la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal. (11)

Esta es una noción notoriamente imperfecta en cuanto no determina el delito, con la necesaria claridad, dentro de la esfera de las actuaciones humanas, sino que únicamente contempla sus efectos y

(9) Garófalo, La Criminología. pp. 290-291

(10) Código Penal para el Distrito Federal, 1871, p. 100

(11) Código Penal para el Distrito Federal, 1929, p. 105

En la actualidad han surgido dos teorías fundamentales que han explicado más ampliamente lo que debe entenderse por delito y son -- las siguientes:

Teoría unitaria o totalizadora: Esta corriente considera al delito como un "bloque monolítico", esto es, como un todo orgánico en donde el delito no puede dividirse ni siquiera para su estudio, - ya que el mismo no está en cada uno de sus componentes, sino en todo y en su intrínseca unidad porque si se separa en partes perdería su esencia; este planteamiento fue fracasando, puesto que - no puede brindar ninguna solución práctica y por lo tanto no sirve a la seguridad y a la certeza en la aplicación del derecho.

Teoría analítica: Esta estudia el delito desintegrándolo en sus partes o propios elementos, pero considerándolo en conexión íntima al existir la unión indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del ilícito, argumentando que para estar en condiciones de entender el todo, se precisa, el conocimiento cabal de sus partes, con lo cual se responde al objetivo cabal y práctico que persigue la - teoría del delito, que es brindarnos un camino lógico para afirmar o destacar la criminalidad de las conductas concretas. Este objetivo práctico no lo alcanza ninguna concepción unitaria del delito que se niegue a distinguir planos o niveles analíticos.

Esta teoría es la que en la actualidad ha tenido más seguidores, - sin embargo existe entre los doctrinarios del derecho diversidad - de criterios en cuanto al número de elementos que deben integrar - al delito, surgiendo de esta manera las teorías bitómica, tritónica, tetratómica, pentatómica, exatómica y heptatómica.

Por lo que hace a la primera en el Código Penal, artículo primero, estatuye que "... son delitos, o faltas, las acciones y omisiones - voluntarias penadas por la ley..."⁽¹⁴⁾ en relación a la teoría tritónica. Edmundo Mezger concibe al delito como "... la acción típicamente antijurídica y culpable..."⁽¹⁵⁾ considerando como - un solo elemento a la tipicidad y antijuridicidad; por lo que se refiere a la tesis tetratómica, Eugenio Raúl Zaffaroni dice - que en estricto sentido el delito es "... la conducta típica, antijurídica y culpable..."⁽¹⁶⁾ En tanto que la teoría pentatómica, siendo su principal exponente Eugenio Cuello Calón establece que el delito es "... la acción humana, antijurídica, típica, -- culpable y punible..."⁽¹⁷⁾ En tanto que por último tenemos a la teoría heptatómica con Luis Jiménez de Azúa, quien señala que el delito es "... el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un -- hombre y sometido a una sanción penal..."⁽¹⁸⁾

Dentro de la teoría analítica algunos seguidores estiman que la conducta es el todo del delito y los llamados elementos, - constituyen las características de ésta, estimando a la conducta como el género, y lo delictivo como lo específico; sin embargo como se denota de la anterior gama de definiciones y -

(14) Código Penal Español.

(15) Mezger, Derecho Penal. p. 57

(16) Zaffaroni, Manual de Derecho Penal. p. 52

(17) Cuello Calón, Derecho Penal. Tomo I, p. 226

(18) Jiménez de Azúa, La Ley y el Delito. p. 256

consideraciones planteadas en torno al concepto de delito a través del tiempo, y tratando de evitar confusiones innecesarias, en este presente trabajo optaremos por la teoría tetratómica, definiendo por lo tanto al delito como la conducta típica, antijurídica y culpable, la cual se toma en consideración, toda vez que estimamos el delito como una conducta humana individualizada eminentemente racional, porque de él está prevista la acción u omisión mediante un dispositivo legal (tipo) que revela su prohibición (típica), que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (causa de justificación), es contraria al orden jurídico (antijurídica), y que por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable (culpable).

Sin que sea de tomarse en cuenta como elemento a condiciones objetivas de punibilidad, porque la punibilidad ésta viene a constituir una consecuencia del delito, en tanto que las condiciones objetivas de punibilidad al ser sólo por excepción exigidas por el legislador como condiciones para la imposición de la pena, no constituyen un elemento del hecho delictuoso.

Ahora bien, considerando la teoría tetratómica podemos decir que cuando la conducta se adecúa a alguno de los tipos legales, decimos que se trata de una conducta típica o lo que es lo mismo que la conducta presenta las características de tipicidad.

De este modo obtenemos las dos características del delito, uno genérico (conducta), y otro específico (tipicidad), es decir que la conducta típica es una especie del género conducta.

No obstante, con la sola característica de tipicidad no se indivi-

dualiza suficientemente la especie de delito, ya que hay casos en que no hay delito porque no hay conducta (fuerza física irresistible, inconciencia), otros en que no hay delito porque no hay tipicidad (algunos supuestos de error, cumplimiento de un deber jurídico), - pero también hay casos que para la ley penal no hay delito pese a haber una conducta típica. Esto es cuando observamos en que hay - supuestos en los que operan permisos para realizar acciones típicas, tales como los casos de estado de necesidad justificante, legítima defensa y, los supuestos del legítimo ejercicio de un derecho. Por lo que podemos decir que en todos estos casos opera una causa de justificación que excluye el carácter delictivo de la conducta típica.

Por lo que podemos concluir que en ocasiones hay permisos para cometer conductas típicas.

Cuando la conducta típica no está permitida, diremos que además de típica, será también contraria al orden jurídico, porque de ninguno de sus preceptos surge un permiso para realizarla. A esta característica contraria al orden jurídico se le llama antijuridicidad.

Consecuentemente, para que haya delito, no será suficiente con que la conducta presente la característica de tipicidad, sino que se requerirá que presente también un segundo carácter específico, la antijuridicidad.

Llamamos a la conducta típica y antijurídica "injusto penal", reconociendo que éste no es un delito, sino que, para serlo, es necesario hacer el reproche al autor en razón de que tuvo la posibilidad

exigible de actuar de otra manera. A esta característica de reprochabilidad del injusto al autor se denomina culpabilidad y constituye el tercer carácter específico del delito.

Esta definición de delito como conducta típica, antijurídica y culpable nos da el orden en que debemos formularnos las preguntas que nos servirán para determinar la autonomía del disparo de arma de fuego o la subsidiaridad de la misma.

Esta exposición abarcará los supuestos en que estos caracteres se hayan ausentes y, por lo tanto no hay delito; éstos se llaman -- "aspecto negativo" del delito que son ausencia de conducta, ausencia de tipicidad, causas justificantes e inculpabilidad.

1.2 Concepto de disparo de arma de fuego y legislación al respecto

Una vez que ha quedado determinada la concepción de delito en este presente estudio, nos avocaremos a la definición de lo que es el tipo penal de DISPARO DE ARMA DE FUEGO y en relación a ésta diremos que surgió por primera vez en el artículo 423 del Código Español en el cual ha proliferado en algunos códigos penales de Hispanoamérica como son: en el Código Penal Argentino en su artículo 104, Cubano artículo 436, Guatemalteco artículo 315, Hondureño en el artículo 407, Nicaragüense artículo 354, Panameño artículo 325, Paraguayo artículo 346, Salvadoreño artículo 475 y Uruguayo artículo 324, y en el código penal Mexicano. El artículo 423 del Código Español de 1870 creó esta figura delictiva en la forma siguiente:

...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, sino hubieren concurrido en el hecho todas las circunstancias necesarias para constituir delito frustrado o tentativa de parricidio, asesinato, homicidio o cualquier otro delito a que esté señalada una pena superior por alguno de los artículos de este Código... (19)

De la simple lectura del precepto se capta de inmediato su extraña y deforme naturaleza jurídica, pues sancionaba un acto externo ine-

(19) Código Español de 1870, tomo IV, pág. 510

quivocamente encaminado a lesionar el bien jurídico de la vida humana, ya que como menciona: "...disparar contra otro un arma de fuego no puede tener otra significación penalística; a pesar de no estar probado que hubieren concurrido en el caso concreto las circunstancias necesarias para integrar un delito frustrado o una tentativa de parricidio, asesinato u homicidio, o cualquier otro delito, por lo que podemos señalar que se mencionaba mediante la creación de un delito subsidiario, hechos que tendrían que quedar impunes según el sistema del Código Español, por ser insubsumibles en el dispositivo de la tentativa amplificador de los tipos de parricidio, asesinato u homicidio, o en el tipo autónomo de lesiones. La extraña artificiosa y torturada naturaleza subsidiaria de su propia existencia, pues la aplicación del tipo creado quedaba condicionada a que no concurrieren en la conducta descrita las circunstancias necesarias para constituir una tentativa de parricidio o asesinato, homicidio o cualquier otro delito que tuviera señalada una pena mayor. Con docto criterio el delito en examen fue eliminado del Código Penal Español cuando fue reformado en 1932.

Así como anteriormente hemos señalado en México también se contempla el delito de DISPARO DE ARMA DE FUEGO y al igual que en el Código Penal Español, este tipo penal ha evolucionado buscando siempre que las modificaciones que se le hagan sean en favor de que sea más acorde con la realidad que se vive en cada época y así tenemos que en el Código Penal vigente antes de la reforma del 29 de noviembre de 1967 disponía que:

...Se aplicará sanción hasta dos años y multa de cien pesos, sin -

perjuicio de la pena que correspon-
da si se causa algún daño... (20)

En este primer párrafo del artículo 306; en la mencionada reforma desapareció de dicho párrafo primero la indicada referencia a "si se causa algún daño" y se recogió y modificó el concepto en un -- párrafo último, en el que se establece: "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 esta manera, la cuestión que planteaba la primitiva redacción - del párrafo primero del artículo 306 antes de su reforma, tanto en torno al delito de disparo de arma de fuego, se restringe y cir- - cunscribe exclusivamente al primero.

Y así tenemos que en el Código Penal de 1929 en el Título XVII del capítulo de delitos contra la vida IV, en su artículo 971 señala:

Al que dispare sobre alguna persona una arma de fuego, o la ataque de -- otra manera que, en razón del arma - empleada de la fuerza o destreza del agresor o de cualquier otras circun- tancias. pueda producir como resulta do la muerte, se le aplicará por ese solo hecho, una sanción de uno a tres años de segregación, a no ser las cir- cunstancias del que califiquen el de- lito como tentativa del homicidio .(21)

(20) Código Penal para el Distrito Federal 1929.

(21) Código Penal para el Distrito Federal 1929.

De igual forma en el Código Penal Mexicano se contempló este tipo penal en el año de 1931, y éste disponía en su título XIX delitos contra la vida y la propiedad corporal, en su capítulo II, artículo 306:

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

I.- Al que dispare sobre alguna persona un arma de fuego... (22)

Y el Código Penal vigente señala al respecto, en su 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 un arma de fuego... (23)

Del que se desprende que este delito se integra naturalísticamente por el hecho de disparar a una persona o grupo de personas un arma de fuego. El arma de fuego puede ser larga o corta; la preposición "A" está empleada en su acepción de "contra", o "hacia". El comportamiento descrito presupone conceptualmente que el disparo se produzca, o sea el proyectil salga despedido del cañón en dirección a la persona o grupo; tampoco el delito presenta perplejidad alguna en orden a la objetividad jurídica tutelada, pues aparte de que la conducta típica que se describe "disparar a una

(22) Código Penal para el Distrito Federal 1931.

(23) Idem.

persona o grupo de personas un arma de fuego", es por sí sola su-
perlativamente elocuente para describir el bien jurídico que el --
precepto tutela, su inclusión en el capítulo del homicidio confir-
ma plenamente que la vida humana es el bien protegido.

Por lo que podemos considerar que el artículo 306 del vigente Cód-
igo Penal Mexicano (para el Distrito Federal), describe en su frac-
ción primera una connotación distinta que en el Código Español, --
pues no es ya como en éste un delito auxiliar que entraba subsidia-
riamente en juego cuando el disparo no podía integrar una frustra-
ción o una tentativa de homicidio u otro delito sancionados con pe-
na mayor, sino un verdadero tipo autónomo, en el que se erige una
auténtica forma accesoria de conducta en un delito consumado, some-
tiéndolo a una pena propia y cuantitativamente firme, ya que el ac-
to de disparar contra una persona o un grupo de personas implica -
un peligro para la vida.

Es por ello que está previsto dentro de los tipos de peligro efec-
tivo ya que la realización de la conducta típica presupone la inmi-
nente posibilidad de un resultado dañoso para el bien jurídico tu-
telado que en este caso en concreto es la vida.

CAPITULO II

EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO EN RELACION A LA TEORIA DEL DELITO

2.1 Conducta

2.1.1 Ausencia de conducta

2.2 Tipo

2.2.1 Ausencia de tipo

2.3 Antijuridicidad

2.3.1 Ausencia de antijuridicidad

2.4 Culpabilidad

2.4.1 Ausencia de culpabilidad

2.1 Conducta

Para poder considerar que el delito de disparo de arma de fuego tiene sustantiva propia, autonomía, debe contener los elementos de todo delito. Es decir, debe existir una conducta, típica, antijurídica y culpable. Ahora bien, haremos un estudio minucioso de cada uno de estos requisitos:

Así tenemos que como primer elemento se encuentra la conducta.

Para expresar este elemento del delito se han usado diversas denominaciones; acto, acción, hecho. Luis Jiménez de Asúa explica: "... que emplea la palabra "acto" en una amplia acepción, comprensiva -- del aspecto positivo "acción" y del negativo omisión" (24) Radbruch señala: ... que no es posible subsimir la acción en sentido estricto y la omisión, bajo una de las dos categorías, de la misma manera que no se puede colocar "a" y "no a" bajo uno de los dos extremos. Dentro del concepto conducta pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar" (25) Porte Petit se muestra partidario de los términos conducta y hecho para denominar al elemento objetivo del delito y dice: "... no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo". Cita en apoyo de su punto de vista las opiniones de Cavallo y Battaglini; para el primero, el hecho "... en sentido técnico, es el conjunto de los elementos mate

(24) Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, p. 367

(25) Porte Petit, Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal, p. 88

riales del mismo que realiza la lesión o el peligro a un interés -- penalmente protegido".(26) Y para el segundo, el hecho "... en sentido propio, es solamente el hecho material, que comprende la acción y el resultado".(27)

Así tenemos que hay autores que hablan de "acto" como un concepto -- que abarca la acción entendida como un hacer activo y la "omisión", entendida como un no hacer debido. Ahora bien, dentro de la teoría finalista a nivel de la conducta se considera que no hay "omisión", sino que ésta se presentará dentro del plano analítico de la tipicidad.

Otros autores utilizan en un particular sentido la voz "hecho", considerando que "hecho" es la conducta más el nexo causal y el resultado, ya que el Código Penal utiliza la expresión hecho en muchas -- ocasiones, y lo hace en un sentido amplio dejando abierta la posibilidad de entender por hecho una mera exterioridad del delito, una -- conducta, una conducta típica, un injusto o un delito; pero no debemos olvidar que los hechos pueden ser humanos (si participa un -- hombre, en cualquier forma que lo haga) o de la naturaleza, en que no participa el hombre. Siendo únicamente los que nos interesan -- los hechos humanos, pero no todo hecho en que participa el hombre -- es una conducta, porque no es conducta el hecho humano en que el -- hombre toma parte como una mera masa mecánica. Encontrando así -- que los hechos humanos se subdividen en voluntarios e involuntarios, y los hechos humanos voluntarios son precisamente las conductas; pero esta voluntad implica una finalidad porque no se puede concebir

(26) Zafarroni, op. cit., p. 400 .

(27) Idem.

que haya voluntad de nada o voluntad para nada; siempre la voluntad tiene un contenido según lo sostiene la teoría finalista y negando este concepto y señalando que en el derecho penal hay un concepto de conducta elaborado por el propio derecho penal, para el que la conducta humana es voluntaria sin que sea menester atender al contenido de la voluntad; siendo ésta la teoría causalista de la acción. A este respecto para nosotros, tomando en consideración que en razón de que es inconcebible la conducta sin voluntad, y la voluntad sin finalidad, resulta por consecuencia que la conducta requiere siempre una finalidad.

Ahora bien, dentro de la conducta podemos distinguir dos aspectos, - el aspecto interno y el externo.

Al aspecto interno de la conducta pertenece la proposición de un fin y la selección de los medios para su obtención. Terminada esta etapa, pasamos a la exteriorización de la conducta (aspecto externo), consistente en la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción del resultado.

En el campo de la causalidad sólo hay causas y efectos, en un proceso ciego que va al infinito. El nexo de causalidad (a nivel científico), no tiene una dirección. En lugar, la finalidad siempre es "vidente", es decir, tiene un sentido y se asienta sobre la previsión de la causalidad, según lo señala Welzel.⁽²⁸⁾ El nexo de finalidad "toma la rienda de la causalidad y la dirige".

(28) Welzel, El Nuevo Derecho Penal, P. 250

Ubicación del resultado y del nexo causal

A este respecto es necesario precisar algunas distinciones:

- a) Distinción entre la previsión de la causalidad del nexo de causalidad. La previsión de la causalidad pertenece a la conducta, y no puede separarse de ella, porque sobre ella se monta la finalidad. La previsión se refiere a una causalidad futura, imaginada por el autor. Por otra parte el nexo de causalidad es algo pasado, histórico, que el juez comprueba después del hecho, al momento de juzgar.
- b) Conforme a esta distinción, la previsión de la causalidad pertenece a la conducta, pero el nexo de causalidad y el resultado se hallan fuera de la conducta.

Sin embargo, a toda acción corresponde un resultado y ambos están unidos por un nexo de causalidad. Nexo de causalidad y resultado, si bien no forman parte de la conducta, la acompañan como una sombra. (29)

Esto ha determinado que algunos autores, percatándose del fenómeno y reconociendo que el nexo causal y el resultado no forman parte de la conducta, hayan buscado un concepto que englobe a los tres: conducta, nexo y resultado. Algunos han llamado a este conjunto "hecho", vocablo que no es aceptado por los italianos y ellos lo prefieren llamar "evento", expresión que en castellano suele emplearse con un contenido de contingencia que desvirtúa lo que quiere señalarse. Para la teoría finalista la palabra más adecuada es

(29) Zaffaroni, op. cit., p. 375

"pragma expresión de origen griego con la que varios filósofos designan precisamente a la acción que incluye lo por ella alcanzado, lo "procurado en el procurar". (30)

Así tenemos que la definición de conducta al través de un concepto causalista en un principio fue apoyado sobre la base filosófica -- del positivismo mecanicista, heredado de las concepciones de la -- ilustración y, por ende, tributario de las concepciones físicas de Newton. Todo son causas y efectos, dentro de un gran mecanismo -- que es el universo, y, la conducta humana, como parte del mismo también es una sucesión de causas y efectos. (31). Esta es, un último análisis, la base filosófica del sistema sostenido por Franz von Litz y por Ernest von Belin.

En una segunda etapa del causalismo (neo-kantismo de Baden), llamada "estructura neo-clásica" la cual fue desarrollada en su máxima expresión por Mezger.

Para el concepto positivista nuevo de la teoría causal de la acción, ésta es una "inervación muscular", esto es, un movimiento voluntario, pero en el que carece de importancia o se prescinde del fin a que esa voluntad se dirige. Según este mismo concepto, la omisión era un "no hacer" caracterizado exteriormente por la "distensión muscular", e interiormente por la voluntad de distender los músculos.

Beling caracterizaba a la conducta en estos términos: "... Debe -

(30) Ibid., p. 376

(31) Litz, Tratado de derecho penal, tomo II, p. 48

entenderse por acción un comportamiento corporal (fase externa, objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, voluntariedad), (fase externa, subjetiva de la acción); ello es, un comportamiento corporal voluntario, consistente ya en un hacer (acción positiva, ello es, un movimiento corporal, ya en un no hacer (omisión), ello es, distensión de los músculos". (32)

En conclusión, podemos señalar que el causalismo define a la conducta en un hacer voluntario; la voluntad puede separarse de la finalidad; conducta es un hacer, final, pero en el que no se toma en cuenta la finalidad. Este argumento es falso, ya que la conducta siempre tiene una finalidad, como ha quedado anteriormente establecido y al no tomar en cuenta esta finalidad no se está tomando en consideración la conducta, sino un proceso causal. Por lo tanto, dentro de este sistema el núcleo del injusto no será una conducta, sino un proceso causal; contradiciendo totalmente este concepto al derecho, ya que como hemos señalado, el derecho no regula "hechos", sino sólo hechos voluntarios, es decir conductas humanas.

Teorías sociales

La teoría social de la acción se basa en la afirmación de que no cualquier acción puede ser materia prohibida por el derecho penal, sino sólo aquellas que tienen sentido social, es decir, que trascienden a terceros, formando parte del interaccionar humano, sólo las acciones que forman parte de esta interacción pueden interesar

(32) Beling. Esquema de Derecho Penal, p. 85.

al derecho penal, y no aquellos que no trascienden el ámbito individual. Esta teoría carece de unidad; ya que la "relevancia social" es un requisito de la tipicidad y no de la conducta.

En tanto que para la teoría finalista y para nosotros la conducta es un hacer voluntario, voluntad implicando la finalidad, y conducta es un hacer final.

2.1.1 Ausencia de conducta

La conducta cumple dentro de su estructura teórica la función de cimiento de la misma, que se traduce, en una selección previa, por la que desde el comienzo del análisis se desechan algunos hechos -- que no son conducta.

A este respecto, estudiaremos el aspecto negativo de la conducta, -- es decir de aquellos casos en que no hay conducta. Ninguna duda -- hay en concebir que no constituyen conductas los hechos de la naturaleza en que no participa un hombre; reducida, pues nuestra consideración a los acontecimientos en que toma parte un hombre, y a tal aseveración dijimos que no todos ellos son los supuestos en que no hay voluntad pese a participar un hombre son los siguientes.

Fuerza física irresistible

La fuerza física irresistible puede provenir de la naturaleza o de la acción de un tercero, está legislada en nuestro Código Penal del Distrito en su artículo 15, fracción I. Entendiendo por fuerza física irresistible aquellos supuestos en que opera sobre el hombre -- una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como una mera masa mecánica. Sin confundir la fuerza física irresistible con los ca--

sos en los que se obre violentado por amenazas de sufrir un mal grave inminente.

La fuerza física irresistible es conocida en la doctrina como vía absoluta.

Dentro de esta fuerza proveniente de la naturaleza caben acontecimientos que se originan en el propio cuerpo del sujeto y que dan lugar a movimientos que no son controlables por la voluntad. Es el caso de los movimientos reflejos, respiratorios, etc.

Así, está sometido a una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza de su propio cuerpo, y por ende, no realiza una conducta, quien estando oculto en un armario junto a otro a quien busca un sicario, estornuda delatando la presencia de su compañero de encierro, que es muerto por el sicario; quien levanta las manos -- causando lesiones a otro que se le cae encima (Bristain), quien actúa a causa del dolor de una pequeña quemadura inesperada, aparta violentamente la mano de tal suerte que rompe un objeto vecino.

Involuntabilidad

La involuntabilidad es la incapacidad psíquica de conducta, es decir, el estado en que se encuentra el que no es psíquicamente capaz de voluntad.

El delito requiere siempre que el autor tenga capacidad psíquica. A eso llamamos capacidad psíquica de delito. Pero como el análisis del delito es estratificado, y en varios estratos encontramos requerimientos subjetivos, a cada uno de ellos corresponderá una cierta capacidad psíquica, que en caso de no darse, dará lugar a -

a que falte el carácter al que corresponde y, por ende, no hay delito.

Inconsciencia

Hay inconsciencia cuando en el hecho no intervienen los centros -- altos del cerebro o cuando lo hacen en forma altamente discontinua o incoherente.

Hay ciertos estados del sujeto en cuya naturaleza en el campo de la necrología es muy discutible, hallándose sometida a intensa investigación. Tales son los casos del sueño fisiológico y de trance hipnótico. Ante la duda acerca de la naturaleza de estos estados, debemos concluir que el sueño y el trance hipnótico constituyen casos de ausencia de conducta. Cabe considerar en este rubro también los episodios sonambúlicos.

En cuanto a los narcóticos, producirán una incapacidad que habrá -- que valorar en cada caso; si el sujeto ha sido privado de consciencia por efecto del narcótico, no habrá conducta; si el narcótico sólo le ha producido una perturbación de la conciencia, habrá una incapacidad psíquica de tipicidad de la conducta o de culpabilidad.

Efectos de la ausencia de conducta

La ausencia de conducta tiene unos efectos prácticos inmediatos, -- entre los que cabe mencionar específicamente los siguientes:

- a) El que se vale de un sujeto que no realiza conducta para cometer un delito, es por lo general, autor directo del delito; el

que no realiza conducta nunca autor.

- b) Contra los movimientos de quien no se conduce se puede actuar en estado de necesidad, pero no cabe poner la legítima defensa.
- c) No se puede ser partícipe de los movimientos de un sujeto que no realiza conducta.

La conducta se da dentro del tipo penal en estudio, cuando el sujeto activo se propone un fin, siendo éste el de disparar o accionar un arma de fuego y al exteriorizar esa voluntad, esto es, al poner en marcha la causalidad, es decir al accionar el arma de fuego y dirigir el disparo hacia un grupo de personas, la finalidad se da -- cuando el sujeto acciona y el proyectil es dirigido al grupo o persona. Dándose la puesta en marcha haya o no un resultado, completándose su conducta.

Por lo que podemos concluir que el primer elemento de estructura -- ción del tipo penal que es la conducta se da en el disparo de arma de fuego con el fin de poner en peligro el bien jurídico protegido por el estado, que en este caso en particular es la vida, ya que -- no puede haber otro fin al accionar un arma de fuego y dirigirla -- hacia un grupo de personas, que no sea el de privar de la vida a -- los sujetos a quien se dirige el disparo, por lo que podemos decir que en relación a la conducta desplegada por el autor, nos encontraríamos no ante un tipo autónomo (disparo de arma de fuego) sino ante una tentativa de homicidio o un delito de lesiones, ya que el fin del disparo es causar un daño a estos bienes; dándose por lo tanto la subsunción del disparo de arma de fuego en la tentativa o -- las lesiones mismas.

Ya que la conducta es un hacer voluntario final, vemos que aplicado este concepto al disparo de arma de fuego dentro del aspecto interno del sujeto activo es la finalidad y que ésta no puede ser otra - que la de lesionar el bien jurídico protegido por el tipo, que en el caso concreto es la vida; así mismo se observa que para la realización de este fin se selecciona el medio más idóneo que en el caso concreto es el arma de fuego, la cual puede ser larga (arcabuz, carabina, mosquete, fusil, escopeta y mauser), o corta (pistola, revólver, trabuco) y como último elemento dentro de la conducta tenemos el aspecto externo que es la puesta en marcha de la causalidad, la cual se da cuando el sujeto activo dirige, para alcanzar su fin, el arma de fuego contra una persona o un grupo de personas y realiza el disparo, esto es, cuando el proyectil sale despedido del cañón en dirección a la persona o grupo de personas, dando como resultado final el que se lesione o se prive de la vida a una o varias - personas.

Por lo que podemos decir que el disparo de arma de fuego, no puede ser considerado como un delito autónomo, toda vez que sólo es un medio, el disparar una arma de fuego para alcanzar un fin propuesto, - que no puede ser otro que el de lesionar o privar de la vida a una persona, ya que desde el aspecto interno de la conducta se tiene -- como fin último, como ya se señaló con anterioridad el de causar un daño a quienes es dirigido el disparo.

Por otra parte vemos que si se considera que el disparo de arma de fuego es un delito autónomo, se estaría violando el principio general de derecho que es non bis in idem, que significa que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.

2.2 El tipo

Evolución histórica

El tipo era considerado antiguamente en Alemania como el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto los objetivos como los subjetivos; esto es, incluyendo el dolo o la culpa. Era lo que para los antiguos escritores españoles "figura del delito". En 1906 aparece en Alemania la doctrina de Beling; considera el tipo como una mera descripción. Posteriormente Max Ernesto Mayer, en su Tratado de Derecho Penal (1915) asegura que la tipicidad no es meramente descriptiva, sino "indiciaria de la antijuridicidad"⁽³³⁾ En otras palabras: no toda la conducta típica es antijurídica, pero sí toda conducta típica hay un principio, una probabilidad de antijuridicidad. El concepto se modifica en Edmundo Mezger, para quien el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica, sino la "ratio essendi"⁽³⁴⁾ de la antijuridicidad; es decir, la razón de ser de ella, su real fundamento. No define al delito como conducta típica, antijurídica y culpable, sino como "... acción típicamente antijurídica y culpable...". Opinión semejante sustenta en la Argentina -- Sebastián Soler.

Según Mezger, "... el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. El tipo jurídico-penal... es fundamento real y de validez (ratio essendi) de la antijuridicidad, aunque a reserva, siempre, de que la

(33) Mayer, Tratado de Derecho Penal, p. 105

(34) Mezger, Tratado de Derecho Penal, p. 120

acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antifurídica, a pesar de su tipicidad". (35)

Por lo que podemos concluir que es hasta 1906 no puede hablarse -- propiamente de una teoría del tipo penal, la que en ese año fue -- enunciada por Ernest von Beling, quien respetando la sistemática -- del delito basada en un injusto objetivo y una culpabilidad subjetiva, introdujo una distinción en el injusto entre tipicidad y anti-juridicidad, categorías que continuaban conservando su carácter objetivo.

El concepto de tipo penal, nace pues, en 1906 concebido en forma objetiva, es decir, como abarcando sólo la exterioridad de la conducta y prescindiendo de todo lo interno.

En alemán se llama tatbestand, que significa: ... supuesto de hecho... , lo que proviene del latín medieval facti species , que significa "figura de hecho" por eso tatbestand se traduce al italiano como fattispecie, ya se ha traducido y difundido en castellano como "tipo". Hasta 1906 se usaba la palabra tatbestand, pero no se le daba ningún contenido sistemático similar al actual. (36)

Definición de tipo

El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene como función la

(35) Mezger, op. cit., p. 110

(36) Enciclopedia Jurídica Omeba, P. 360

individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas).

Dentro de esta concepción podemos distinguir los siguientes elementos que forman el tipo penal y que son:

- a) El tipo pertenece a la ley. Es en la ley donde hallamos los tipos penales, es decir, son las fórmulas que nos sirven para individualizar las conductas que la Ley Penal prohíbe.
- b) El tipo es lógicamente necesario, porque sin el tipo nos pondríamos a averiguar la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta que en la mayoría de los casos resultaría sin relevancia penal alguna.
- c) El tipo es predominantemente descriptivo, porque los elementos descriptivos son los más importantes para individualizar una conducta y, entre ellos en especial significación es el verbo, que es precisamente la palabra que sirve gramaticalmente para connotar una acción. No obstante los tipos no son a veces absolutamente descriptivos, porque en ocasiones acuden a conceptos que remiten o se sustentan en un juicio valorativo o ético. En tanto que los elementos descriptivos son los que predominan en los tipos, a estos elementos que aparecen ocasionalmente en los mismos se les llama elementos normativos de los tipos penales.
- d) La función de los tipos es la individualización de las conductas humanas que son penalmente prohibidas.

Diferencia entre tipo y tipicidad

Ahora bien, no debemos confundir lo que es el tipo con la tipicidad. El tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que -

la tipicidad pertenece a la conducta. La tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal.

Típica es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad (atípica la que no la presenta).

Tipicidad es la adecuación de la conducta a un tipo, y tipo es la fórmula legal que permite averiguar la tipicidad de la conducta.

Y es en 1910 cuando se descubren los elementos subjetivos del tipo y de la culpabilidad normativa en 1907, y es así como se observa que el dolo (voluntad del resultado) se encuentra ubicado en el tipo, -- algunos de los principales autores que sostienen esta teoría son:

Weber no distinguía entre la atipicidad y justificación, de modo que participaba de una concepción bipartita del delito: tipo de injusto (objetivo subjetivo incluyendo el dolo) y culpabilidad (normativa).
(37)

Alexander Graf Zu Dohna en 1936 sostenía la división tripartita del delito, pero creía que la antijuridicidad recaía sobre el aspecto objetivo del tipo (antijuridicidad) y la culpabilidad sobre el subjetivo.
(38)

Welzel, en la década del 30, se redondea el concepto de tipo complejo, es decir, con un aspecto objetivo y otro subjetivo, dentro del marco de una teoría del delito con tres caracteres específicos (típi

(37) Weber, Para la estructuración del sistema de Derecho Penal, --
p. 260

(38) Graf Zu Dohna, La Estructura de la Teoría del Delito, p. 195

cidad, antijuridicidad y culpabilidad), siendo esta idea del tipo penal que se sostendrá en el presente trabajo.

Este concepto complejo objetivo-subjetivo nos da la solución de los problemas con que chocaba la teoría objetiva del tipo, señalada al inicio del presente apartado, problemas como el de no poder resolver la limitación de la causalidad, el no poder explicar la tentativa, etc. Y la ubicación del querer del resultado (dolo) en el tipo resuelve el problema de la causalidad que está limitada por la voluntad. La tentativa se distingue claramente sin dificultad, -- porque el querer del resultado para a ser problema típico. El tipo prohíbe una conducta y no una causación.

Y es así como a través de una concepción objetiva-subjetiva del tipo penal, se pueden distinguir cuatro clases de tipos penales y que en orden a su estructura son las siguientes: dolosos y culposos, -- activos y omisivos, los que combinados dan lugar a tipos dolosos ac tivos, tipos dolosos omisivos, tipos culposos activos y culposos -- omisivos.

Estudiaremos primero la estructura de los tipos dolosos activos por que configuran el mayor número de los tipos penales, es decir, la técnica legislativa a que más frecuentemente se acude para prohibir conductas con relevancia penal.

El tipo doloso activo tiene dos aspectos: uno subjetivo y otro objetivo, es decir que mediante el tipo la ley individualiza conductas atendiendo a circunstancias que se dan en el mundo exterior y -- circunstancias que están dadas en lo interno, en el psiquismo del autor.

El tipo doloso implica siempre la causación de un resultado (aspecto externo), pero se caracteriza porque requiere también la voluntad de causarlo (aspecto interno). Esa voluntad del resultado, el querer - del resultado es el dolo. A este resultado (aspecto externo), se le suele llamar resultado "material". (39)

Este resultado es un ineludible fenómeno físico que acompaña a toda conducta, ante esta realidad se encuentra el legislador frente a la tarea de individualizar las conductas con los tipos; para hacerlo, a veces se vale del requerimiento de un resultado determinado, otras veces individualiza la conducta mediante un verbo en que la acción - misma se hace inseparable del resultado (de la mutación física), -- por último, hay otras ocasiones en que se limita a describir la con ducta, admitiendo que el resultado puede ser cualquiera, con tal -- que afecte el bien jurídico, aquí no interesa cuál sea el efecto -- que la resolución cause.

Estas modalidades de individualizar la conducta no son tan importan tes como se ha pretendido. La primera da lugar a los tipos "mate-- riales" o de "resultado material". La segunda y tercera darían lu gar a los tipos "formales" "de pura actividad", o de "predominante - verdad".

Relación de causalidad

Mediante la causalidad "es posible determinar el límite mínimo de - la responsabilidad. Pero dado que no toda causalidad implica res-- ponsabilidad, los límites de la causalidad típicamente relevantes -

(39) Zaffaroni, op. cit., p. 450

en el doloso será: fijados por el tipo subjetivo: sólo es relevante la causalidad material dirigida por la voluntad de acuerdo a un fin...". (40)

La causalidad es algo real, es una "categoría del ser" y no del -- pensamiento. La causalidad, debido a ello no puede ser "creada" -- por el tipo ni por el derecho. Lo único que el tipo puede hacer -- es darle o restarle relevancia. (41)

Sujetos

En este tipo de sujetos pueden ser activos y pasivos. El sujeto -- activo es el autor de la conducta típica; el sujeto pasivo es el -- titular del bien jurídico tutelado. El sujeto pasivo de la conduc -- ta, puede no ser el sujeto pasivo del delito.

El sujeto activo generalmente puede ser cualquiera, pero en cier -- tos tipos se requieren caracteres especiales en el sujeto pasivo; -- cuando cualquiera puede ser sujeto activo los tipos suelen decir -- "el qué" o "quién". Los tipos que individualizan conductas pue -- den ser cometidas por cualquiera dan lugar a los llamados delicta -- comunia , en tanto que los que requieren características especiales -- en el sujeto activo dan lugar a los denominados delicta propia . -- (42)

Según el número de sujetos activos, hay tipos que sólo pueden ser --

(40) Ibid., p. 455

(41) Ibid., p. 457

(42) Bacigalopo, Lineamientos de Derecho Penal, p. 30

cometidos por una persona, o que bien pueden ser cometidos por varios autores, lo que no es necesario. Estos tipos se llaman tipos unisubjetivos, monosubjetivos o individuales. Cuando deben ser cometidos necesariamente por varias personas se llaman tipos plurisubjetivos, colectivos o de concurso necesario, también mal llamados de "participación necesaria".

Referencias

Hay tipos que individualizan acciones que pueden cometerse en cualquier contexto circunstancial, en tanto que hay otros que son específicamente circunstanciales. En tal sentido puede haber requerimientos de circunstancias de tiempo que para la traición, presuponiendo su comisión en tiempo de guerra; de lugar, de modo, de ocasión y de medios.

Las referencias a los medios dan lugar a los llamados tipos de formulación casuística, por oposición a los tipos de formulación libre que son los que individualizan acciones que pueden cometer por cualquier medio.

Aspecto subjetivo de los tipos activos dolosos

Todos los tipos dolosos exigen que haya una cierta congruencia entre sus aspectos objetivo y subjetivo. Esta congruencia no siempre es de la misma entidad; hay tipos dolosos que requieren únicamente que su aspecto subjetivo contenga el querer la realización del tipo objetivo (que es el dolo).

Concepto del dolo

El dolo es el elemento principal del tipo subjetivo, y frecuentemente, el único componente del tipo subjetivo.

El dolo es el querer del resultado típico, la voluntad realizadora del tipo objetivo. El conocimiento que presupone este "querer" es el de los elementos del tipo objetivo en el caso concreto (43). O bien se define como la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto.

El reconocimiento de que el dolo es una voluntad individualizada en un tipo, nos obliga a reconocer en su estructura los dos aspectos en que consiste: el del conocimiento presupuesto al querer y el querer mismo. Contemplándose así los dos aspectos que componen al dolo y que son:

- a) El aspecto de conocimiento o aspecto cognoscitivo del dolo; y
- b) El aspecto del querer o aspecto conativo del dolo.

Aspecto cognoscitivo del dolo

A este respecto debemos de distinguir primeramente el conocimiento de la posibilidad de conocimiento. Siendo el conocimiento lo que poseemos, es un conocimiento efectivo de algo y la posibilidad de conocimiento es un no-conocimiento que puede traernos como consecuencia un conocimiento.

El dolo requiere siempre conocimiento efectivo; la sola posibilidad

(43) Zaffaroni, op. cit., p. 452

de conocimiento llamada también "conocimiento potencial" no pertenece al dolo.

Ahora bien, el conocimiento efectivo puede ser actual o actualizable. El conocimiento actual el que tenemos acerca de un objeto -- cuando focalizamos sobre él nuestra actividad consciente. El conocimiento actualizable es aquél que no se tiene en forma consciente, es decir cuando no se realiza sobre él una actividad consciente.

El dolo presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado típico. Sin esta previsión jamás se podría hablar de dolo. Pero no se requiere que la previsión de la causalidad o de la forma en que se produzca el resultado lo sea en sus más mínimos detalles.

Errores sobre la causalidad

Los casos que más se han tratado de errores sobre la causalidad -- son la aberratio ictus (error en el objeto) y el llamado dolus generalis.

Aberratio ictus

Es el caso en que una conducta se dirige contra un objeto, pero -- afecta a otro objeto, al que no se quería ni se aceptaba la posibilidad de afectar.

Aberratio ictus (error en el golpe)

Para distinguirlo del error en el objeto, señalaremos que el error en el golpe es el que se da cuando se cree dirigir la conducta en

contra un objeto pero en realidad se la dirige y se afecta a otro - objeto.

Dolus generalis

Es un error en el que el autor cree haber alcanzado el resultado, - pero en realidad éste sobreviene dentro del curso causal con posteridad.

Error de tipo

El error de tipo es el fenómeno que determina la ausencia de dolo - cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conoci- miento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. Esto es, - el dolo como ya ha quedado entendido anteriormente es el querer -- la realización del tipo objetivo; y cuando no se sabe que se está realizando un tipo objetivo, no puede existir ese querer y, por lo tanto, no hay dolo dándose así el error de tipo.

Todo error que determina la imposibilidad de la voluntad realizado- ra del tipo objetivo es un error de tipo. Todo error que no deter- mina esa imposibilidad queda fuera del error de tipo.

Por otra parte, siguiendo con el estudio de los elementos o aspec- tos que conforman al dolo, estudiaremos en seguida el aspecto conn- ativo del dolo.

Aspecto connativo del dolo

Así vemos que existen distintas clases de dolo según su aspecto co- nnativo y se llama dolo directo a aquél en el que el autor quiere - directamente la producción del resultado típico, sea como el fin --

directamente propuesto o sea como uno de los medios para obtener - ese fin. Cuando se trata del fin directamente querido se llama dolo directo de primer grado y cuando se quiere el resultado como necesaria consecuencia del medio elegido para la obtención de fin, - se llama dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias.

Tipos culposos

Si la conducta no se concibe sin voluntad y la voluntad no se concibe sin finalidad, la conducta que individualiza el tipo culposo tendrá una finalidad, al igual que la que individualiza el tipo doloso. Pero el tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola un deber de cuidado; por eso decimos que aunque el tipo no individualice la conducta culposa por la finalidad en sí misma, no significa por ello, que la conducta no tenga finalidad.

Una vez ya determinado que el tipo culposo prohíbe una conducta que es tan final como cualquier otra, cabe precisar que, dada su forma de delimitar la conducta prohibida, el más importante elemento que debemos tener en cuenta en esta forma de tipicidad es la violación de un deber de cuidado. Pero para la determinación de este elemento, es necesario un dato previo que viene dado por un momento subjetivo: el fin de la conducta; si no sabemos de el dato que nos informe cuál era la finalidad que perseguía la conducta, no sabremos de qué conducta se trata y, por lo tanto, no podremos averiguar -- cuál era el deber de cuidado en que incurre el actor y por ende tampoco sabremos si lo ha violado y consiguientemente, no podremos ave

riguar si la conducta era o no típica. Ya que no hay un deber de cuidado general, sino que cada conducta corresponde un deber de cuidado.

Aspecto objetivo del tipo culposo

Para Exner, el resultado es un delimitador de la tipicidad objetiva culposa al cual llama "componente de azar". (44)

Para Eugenio Zaffaroni el resultado es efectivamente, un "componente de azar", que responde a la propia función garantizadora que debe cumplir el tipo en un sistema de tipos legales. El resultado no puede considerarse fuera del tipo objetivo culposo, ni puede --pretenderse que es una "condición objetiva de punibilidad", sino -- que es una limitación a la tipicidad objetiva, pero que se halla dentro del tipo objetivo. Señalando también este autor que si se considera al resultado fuera del tipo, los elementos del tipo objetivo culposo quedarían muy reducidos, y el tipo culposo quedaría casi reducido a un conjunto de elementos normativos y subjetivos, -- lo que afectaría seriamente a la seguridad jurídica. (45)

Luis Luisi menciona que: "... Cuando se afirma que el resultado -- tiene una función limitadora y se procura excluirlo del tipo, vale decir, de su misión de definir y caracterizar con la mayor precisión posible el delito, a fin de impedir el imperio de la discrecionalidad en el derecho penal...". (46)

(44) Malamud Goti, La estructura penal de la culpa, p. 370

(45) Zaffaroni, op. cit., p. 460

(46) Bacigalupo, Lineamientos de Derecho Penal, p. 318

La causalidad en el tipo culposo

La causalidad en el tipo culposo participa de las mismas penurias que el resultado pero, sigue siendo un concepto físico al igual - que el tipo doloso.

Violación del deber de cuidado

Los deberes de cuidado se hallan establecidos en la ley, como sucede en las actividades reglamentadas, tales como conducir vehículos motorizados. En esos casos, la violación de los preceptos reglamentarios será un indicio de violación al deber de cuidado, pero será preciso tener siempre presente que una infracción de reglamento es una violación al deber de cuidado.

La violación del deber de cuidado plantea algunos problemas particulares, siendo uno de los más delicados el que surge cuando el propio titular del bien jurídico afectado ha violado el deber de cuidado, o bien, cuando el autor causa el resultado porque otro - ha sido el que ha violado el deber de cuidado. Se hace obvio que porque otro haya violado el deber de cuidado no corresponde des-cartar la tipicidad culposa de los otros participantes que tam-bién causen el resultado, sino que queda por determinar si tam-bién ellos violaron el deber de cuidado.

Estos problemas se solucionan en la ciencia penal contemporánea - acudiendo al "principio de la confianza", según el cual "...resul-ta conforme al deber de cuidado la conducta del que en cualquier actividad compartida mantiene la confianza en que el otro se com-portará conforme al deber de cuidado mientras no tenga razón sufi-

ciente para dudar o creer lo contrario...". (47)

Aspecto subietivo del tipo culposo

En el tipo culposo hay requerimientos objetivos y subjetivos, pero la estructuración misma del tipo es distinta de la del tipo doloso, por lo que deben ser considerados de la misma forma que en aquél, - como componiendo dos partes del tipo, en que debe analizarse la objetiva primero y la subjetiva luego en cada caso concreto; para de terminar la presencia de aspectos que hacen al tipo objetivo-concrete tamente, la violación del deber de cuidado es indispensable referirse se a aspectos que pertenecen al tipo subjetivo, como la finalidad - y la posibilidad de previsión del resultado (previsibilidad).

Por otra parte, en el aspecto cognoscitivo del tipo subjetivo culpo so hay un conocimiento "potencial", es decir una posibilidad de cono conocimiento, no requiriéndose un conocimiento efectivo, como sucede en el caso del dolo.

Estas características hacen que algunos autores prefieran no hablar de un "tipo culposo subjetivo", porque puede inducir a error, si se piensa en ello en forma similar al tipo subjetivo doloso.

Componentes subjetivos

El tipo subjetivo culposo se integra en un aspecto connativo y un - aspecto intelectual o cognoscitivo. El aspecto connativo es la volun tidad de realizar la conducta final de que se trate con los medios elegidos.

(47) Welzel, op. cit., p. 287

El aspecto cognoscitivo o intelectual de la culpa es la posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea para los bienes jurídicos ajenos y de prever la posibilidad del resultado conforme a este conocimiento. Este aspecto se denomina previsibilidad. (48)

La previsibilidad condiciona el deber de cuidado; quien no puede prever no tiene a su cargo el deber de cuidado y no puede violarlo.

La previsibilidad debe establecerse conforme a la capacidad de previsión de cada individuo, sin que para ello pueda acudirse a ningún "término medio" o "criterio de normalidad".

Clases de culpa

Podemos distinguir dentro de la doctrina dos clases de culpa, por una parte la llamada culpa con representación o culpa consciente y la culpa inconsciente.

Se llama culpa consciente a aquella en que el sujeto activo se ha representado la posibilidad de la producción del resultado, aunque la ha rechazado en la confianza de que llegado el momento, lo evitará o no acontecerá. Cabe hacer una distinción entre culpa con representación y el dolo eventual. Ya que en ésta hay un conocimiento efectivo del peligro que corren los bienes jurídicos, que no debe confundirse con la aceptación de la posibilidad de producción -- del resultado, que es cuestión que hace a lo conativo y no a lo -- cognoscitivo, y que caracteriza al dolo eventual.

En la culpa inconsciente o culpa sin representación no hay un cono-

(48) Bacigalupo, op. cit., p. 408

cimiento efectivo del peligro que con la conducta se introduce para los bienes jurídicos, porque se trata del supuesto en que el sujeto ha podido y debido representarse la posibilidad de producción del resultado y, sin embargo, no lo ha hecho; por lo que podemos decir que en los acontecimientos sólo hay un conocimiento potencial del peligro de los bienes jurídicos ajenos.

Por lo que podemos concluir que la tipicidad culposa se satisface con un conocimiento "potencial" del peligro de los bienes jurídicos, sin que se requiera el conocimiento efectivo de dicho peligro, es decir, que la tipicidad culposa se contenta con la forma inconsciente, sin que sea menester la culpa consciente o con representación. La culpa con representación, esto es, el conocimiento efectivo del peligro que introduce la conducta es una forma de culpa y de conocimiento eventual, pero en modo alguno necesario para la configuración de la tipicidad culposa.

Sin embargo existen otras teorías que diferencian mucho de lo antes expuesto y en las que se concibe al tipo como enteramente objetivo, la culpa así como el dolo como formas o componentes de la culpabilidad. Según esta posición, habría un solo tipo doloso y dos formas de culpabilidad, la dolosa y la culposa.

Teoría psicológica

Estas teorías conciben a la culpabilidad como una relación psicológica entre la conducta y el resultado; pero esta teoría no pudo explicar la culpa inconsciente o sin representación, ya que en ésta no hay ninguna relación psicológica entre la conducta y el resultado.

Ante esta comprobación, la culpa inconsciente quedó fuera de la teoría psicológica de la culpabilidad y ello dio lugar a que algunos autores afirmasen que la culpa inconsciente no daba lugar a delitos, sino a otra clase de injustos (administrativos); pero esta teoría fue inadmisibile y se siguió el camino que abriera Frank en 1907, al volver al concepto aristotélico de la culpabilidad entendida como reprochabilidad, en que tuvo cabida la culpa inconsciente.

Por otra parte, la ubicación de la culpa en la culpabilidad impide averiguar si se ha violado o no el deber de cuidado. Si suprimimos la idea de que un proceso causal no puede violar un deber de cuidado, con mayor precisión veremos que un deber de cuidado sólo puede determinarse sabiendo qué fin perseguía el autor, qué conducta realizaba. A nivel del tipo en la teoría causalista, este dato no es conocido (no lo posee).

Tipos omisivos

Como ya se ha dicho anteriormente que los tipos activos individualizan la conducta prohibida mediante descripciones que completan con algunos elementos normativos, los tipos omisivos por otra parte lo hacen describiendo la conducta debida y restando, por ende, prohibida cualquier otra conducta que difiera de la debida.

Así tenemos que acción y omisión son dos técnicas diferentes para prohibir conductas humanas. Además surgen de dos formas de enunciar la norma que da origen al tipo; si bien todas las normas que dan origen al tipo son prohibitivas, en el sentido de que prohíben ciertas conductas, no es menos cierto que algunas pueden enunciarse preceptivamente. En tanto que en el enunciado prohibitivo se pro-

híbe hacer la acción que se individualiza con el verbo; en el enunciado preceptivo se prohíbe realizar cualquier otra acción que no sea la que individualiza el verbo.

Ahora bien, cabe hacer la aclaración que en el presente trabajo se considera que no hay omisiones pretípicas, esto es antes del tipo, a nivel de la conducta no hay omisiones, sino que todas son acciones. Esto es en razón a que como lo señala Zaffaroni "... el omitir no es un puro no hacer, omitir es sólo "no hacer" lo que se debe hacer y esto último nunca puede saberse hasta que no alcanza la norma, es decir, hasta que no se lleva a la tipicidad..."⁽⁴⁹⁾

En consecuencia, sólo hay acciones como única forma de conducta anterior a cualquier referencia típica, y a nivel de la tipicidad se hallan los tipos que describen conductas prohibidas y a las que permanece antepuesta una norma con enunciado prohibitivo, que se llaman tipos activos y otros que nos describen la conducta debida y a los que permanece antepuesta una norma con enunciado preceptivo llamados tipos omisivos.

Estructura del tipo omisivo

El tipo omisivo tiene un aspecto objetivo y uno subjetivo, que presentan características diferentes.

En el aspecto objetivo del tipo omisivo encontramos ante todo una situación típica, que es el encontrarse frente a la persona necesitada de auxilio, y en otros casos es una situación en que la afectación del bien jurídico equivaldría a la de una estructura típica ac-

(49) Zaffaroni, op. cit., p. 495

tiva.

Además el tipo objetivo omisivo requiere que la conducta debida sea físicamente posible, lo que se funda en el principio general del derecho que impone que éste ordene lo imposible no hay conducta debida de auxiliar cuando no existe posibilidad de prestar auxilio.

A este respecto señala Zaffaroni "... En el tipo omisivo no se requiere un nexo de causación entre conducta prohibida y el resultado, sino un nexo de evitación, esto es, la muy alta probabilidad de que la conducta debida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado. Este nexo de evitación se establece por una hipótesis mental similar a la que se establece en el nexo de causación en la estructura típica activa: si imaginamos la conducta debida y con ello desaparece el resultado típico habrá un nexo de evitación; en tanto que si imaginamos la conducta debida y el resultado típico permanece, no existirá un nexo de evitación...". (50)

Aspecto cognoscitivo del tipo omisivo

En el aspecto cognoscitivo, el dolo dentro de la estructura típica omisiva requiere el efectivo conocimiento de la situación típica y la previsión de la causalidad.

A este respecto señala Welzel "... el sujeto debe de tener conocimiento de que le es posible impedir la producción del resultado, -- esto es, el poder de hecho que tiene para interrumpir la causalidad que desembocará en el resultado...". (51)

(50) Zaffaroni, op. cit., p. 720

(51) Welzel, op. cit., p. 390

Aspecto connativo

En la estructura típica omisiva el dolo requiere ciertos conocimientos que le son propios y que para hacer efectiva la finalidad requiere que ponga en funcionamiento otra causación que en sí es penalmente irrelevante, serán componentes que revelan las particularidades que presenta el dolo en la tipicidad omisiva, la cual abarca una actividad final prohibida dirigida a la realización de un tipo objetivo.

2.2.1 Ausencia de tipo

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, -- si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

En este punto habrá que distinguir también entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. -- En cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, -- pero no se amolda a él la conducta dada. Resumiendo lo anterior, -- diremos que en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el escrito por la ley, respecto de él, no existe tipo.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

a) Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los suje--

tos activo y pasivo; b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley; e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y f) Por no darse en caso, la antijuridicidad especial.

Ahora bien, si no existe la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en delito patrimoniales. Se presentará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción.

Siendo la tipicidad la adecuación de la conducta al tipo y el tipo la descripción legal que se hace de conductas penalmente prohibidas y dadas las características mismas del tipo, podemos señalar que el tipo penal de disparo de arma de fuego es un tipo doloso activo, ya que existe un querer de un resultado final, en un tipo que pertenece a los llamados de delicta Comunia que no necesita ninguna característica específica, ya que el sujeto activo, esto es, cualquier persona, puede disparar un arma sin que se requiera para ello alguna característica especial, en un tipo unisubjetivo, ya que al accionar cualquier tipo de arma (de fuego por supuesto), no necesita nada más que un sujeto participe en esta acción, es un tipo de formulación circunstancial, ya que para alcanzar el fin (que en este caso es el de lesionar o del de privar de la vida), va a ser alcanzado a través de la voluntad de accionar un arma de fuego y de querer alcanzar un resultado final y solamente puede ser dolosa porque puede prever perfectamente el curso causal y la producción del resultado típico.

Ahora bien, aun dadas todas las características de este tipo, no podemos hablar de un tipo autónomo, ya que como se ha señalado anteriormente, nos encontramos que el sujeto activo del delito, tiene como fin primordial el de poner en peligro el bien jurídico protegido del estado (la vida), ya que se considera que en el presente trabajo, que cuando un individuo, dispara un arma de fuego sobre una persona, tiene que ser con el fin de obtener un resultado (si no de otra manera no estaríamos hablando de un tipo doloso activo), que no puede ser sino el de matar o lesionar, esto es, con un animus necandi o animus laedendi.

Por lo que podemos concluir que no se puede concebir el disparo de arma de fuego "sobre" una persona sin la intención de causarle daño; que como ya se mencionó anteriormente puede ser el de lesionar o el de privar de la vida a otro sujeto, por lo tanto no existe una autonomía dentro del disparo de arma de fuego y que existirá una tentativa acabada de homicidio o el delito de lesiones.

Por otra parte, una vez determinado que no se da en forma autónoma este tipo penal (disparo de arma de fuego) y dándose solamente la tentativa de homicidio o las lesiones y las causas en que puede -- ser atípica esta conducta es cuando exista un error de tipo, esto es cuando hay un falso conocimiento de los componentes del tipo.

De igual forma podemos concluir que la tipicidad objetiva podría subsistir si dentro de la subjetiva el dolo (que es el querer y conocer) tuviese tan sólo el disparar un arma de fuego la cual sería

irrelevante que se dirigiera sobre personas u objetos, lo cual es falso, ya que el dolo va más allá, cuando el sujeto dirige su conducta hacia un fin que no es el disparar una arma de fuego sino el de lesionar.

Asimismo, podemos señalar que su bien es cierto, que se puede considerar como un medio también lo es que no se puede descartar la idea de considerar que la conducta del autor requiera de un reproche más drástico por su peligrosidad e intencionalidad que se complementa en el tipo, ya sea de lesiones o de homicidio, con la agravación de las calificativas que se señalan, en la ley en el artículo 315 del Código Penal, que dice: "...son calificados, cuando se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición... Hay premeditación: siempre que el reo causa intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer..."; la ventaja es entendida como "... I. Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se halla armado; II. Cuando es superior por las armas que emplea, -- por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de lo que lo acompañan; III. Cuando éste se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido; y IV. Cuando éste se halla inerte o caído y aquél armado o de pie...";⁽⁵²⁾ la alevosía "... consiste: en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar -- el mal que se le quiera hacer...";⁽⁵³⁾ por último define a la --

(52) Código Penal para el Distrito Federal. p.20

(53) Idem.

traición como "... se dice que obra a tración: el que no solamente emplea la alevosía, sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la tácita - que ésta debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquier otra que inspire confianza..." (54)

Delito putativo

El delito putativo se llama a todos los casos de error al revés, - Binding señala que "... se trata en que el sujeto cree que existe lo delictivo objetivo y en realidad falta..." (55) También se llama -- delito imaginario o delito irrisorio.

Existen algunos autores que limitan el delito putativo al supuesto - en que se cree que hay una antijuridicidad que en realidad no existe, como quien quiere cometer adulterio con la propia mujer o hurta lo que es de su propiedad. Por lo que en cualquiera de estos casos se determina que el delito no existe, es meramente imaginario, irrisorio y ninguna consecuencia puede tener la sola creencia falsa del sujeto. La imaginación del autor no puede fundar la antijuridicidad.

(54) Ibid., p. 21

(55) Zaffaroni, op. cit., p. 735

2.3 La antijuridicidad

Las normas jurídica configuran un orden, pero el orden jurídico no se agota en las normas prohibitiva sino que se integran también -- con preceptos permisivos, que puestos también en un orden con las normas culminan el orden jurídico, el orden jurídico se compone -- del orden normativo completado con los preceptos permisivos.

Por lo que debemos de tener presente que la antijuridicidad no surge del derecho penal, sino de todo orden jurídico, porque la aninormatividad puede ser neutralizada por un permiso que puede provenir de cualquier parte del Derecho.

La antijuridicidad es pues, el choque de la conducta con el orden jurídico, entendido no sólo como un orden normativo, sino como un orden normativo y de preceptos permisivos. El método por el cual se comprueba la presencia de la antijuridicidad consiste en la -- constatación de que la conducta típica no está permitida por ninguna causa de justificación en ninguna parte del orden jurídico.

A inicios del siglo el campo jurídico era denominado por el positivismo, aunque por dos corrientes enfrentadas del mismo; por un lado el positivismo jurídico y por otro el positivismo sociológico. Como resultado de esta oposición, en tanto que el positivismo jurídico concebía a la antijuridicidad como un concepto legal, el positivismo sociológico la concibió como un concepto sociológico, al que llamó antijuridicidad "material", en oposición a la "formal" -- del positivismo jurídico.

La antijuridicidad "material" fue concebida como lo socialmente --

"bañoso" y el defensor de esta posición fue Von Liszt quien sostenía "... que la antijuridicidad 'material' no podía ser revelada sino -- pasando previamente por la antijuridicidad 'formal' o 'legal', -- puesto que se consideraba al derecho penal como la "carta magna" del delincuente..."

Así tenemos que surgen varios conceptos de antijuridicidad y entre los más importantes tenemos las definiciones de los siguientes autores:

Definición de antijuridicidad

Javier Alba Muñoz escribe: "El contenido último de la antijuridicidad que interesa al jus-penalista, es, lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales... en el núcleo de la antijuridicidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal existe sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente".⁽⁵⁶⁾ Para el autor citado, actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del Poder.

Según Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada.⁽⁵⁷⁾

Para Sebastián Soler no basta observar si la conducta es típica (tipicidad), se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado,-

(56) Prólogo de la Tesis Profesional de R. Higuera Gil, p. 4

(57) Cuello Calón, op. cit., p. 284.

además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del Derecho entendido en su totalidad como organismo unitario. El profesor argentino textualmente dice: "Nadie ha expresado con más elegancia que Carrara ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al Derecho, cuando dice que el delito es una disonancia armónica, pues en la frase se expresa, en el modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora". (58)

Pero hay que tener presente que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llevar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. "Una conducta es antijurídica, cuando siendo ésta típica no está protegida por una causa de justificación". (59)

Para Carlos Bilding el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal. En efecto, ¿qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro? Estar de acuerdo con el artículo 497 del Código Penal Venezolano. Igual acaece con el robo. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se

(58) Cuello Calón, Derecho Penal, p. 284

(59) Porte Petit. Programa de la Parte General del Derecho Penal, p. 285

infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. El Decálogo es un libro de normas no matarás, si se mata o se roba se quebranta la norma, más no la ley. (60)

Para el autor antes señalado la norma es la que crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta; la norma valoriza, lo que la ley describe.

Ernesto Mayer da un contenido específico, concreto a la antijuridicidad y señala al respecto que la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Mayer pretende dar un contenido ético a un concepto eminentemente jurídico; para él, la norma cultural comprende costumbres, valoraciones medias, -- sentimientos patrios, religiosos, etc. (61)

2.3.1. Ausencia de antijuridicidad

Siguiendo el plan que nos hemos impuesto, de señalar los factores positivos y negativos del delito, debemos examinar la ausencia de antijuridicidad.

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego las causas de justificación constituyen -- el elemento negativo de la antijuridicidad. Un hombre priva de la vida a otro; su conducta es típica por ajustarse a los presupuestos del artículo 302 del Código Penal del Distrito Federal, y -- sin embargo puede no ser antijurídica si se descubre que obró en de

(60) Jiménez de Asúa. La ley y el delito, p. 338

(61) Max Ernesto Mayer. Tratado de Derecho Penal. p. 341

fensa legítima, por estado de necesidad legítima o en presencia de cualquiera otra justificante.

A mayor abundamiento, diremos que las causas de justificación son - aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos - esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad, en tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud.

Las causas de Justificación son: a) Legítima defensa; b) Estado - de necesidad; c) Cumplimiento de un deber; d) Ejercicio de un derecho; e) Obediencia jerárquica; f) Impedimento legítimo.

Defensa legítima.

La defensa legítima es una de las causas de justificación de mayor importancia.

Para Cuello Calón es legítima la defensa necesaria para rechazar - una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que -- lesione bienes jurídicos del agresor. (62)

Según Franz von Liszt, se legitima la defensa necesaria para repe- ler una agresión actual y contraria al Derecho mediante una agre--

sión contra el atacante (63) Para Jiménez de Asúa la legítima -
defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inmi-
nente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin --
traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional pro--
porcionalidad de los medios. (64)

Todas las definiciones son más o menos semejantes: Desechar de --
una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras -
personas contra el agresor, sin traspasar la media necesaria para
la protección.

El artículo 15, fracción III, párrafo primero del Código Penal pa-
ra el Distrito Federal expresa: "Obrar el acusado en defensa de -
su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o
bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin dere-
cho y de la cual resulte un peligro inminente". (65)

Por agresión debe entenderse la conducta de un ser que amenaza le-
sionar intereses jurídicamente protegidos. Según nuestra ley, la
agresión ha de ser actual, es decir, de presente; de lo contrario
no se integra la justificante; si la agresión ya se consumó, no-
existirá la defensa legítima, sino una venganza privada reprobada
por la Constitución al establecer: Ninguna persona podrá hacer --
justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su dere--
cho. (66)

(63) Liszt, Tratado de derecho penal, p. 115

(64) Jiménez de Asúa, op. cit., p. 160

(65) Código Penal para el Distrito Federal. p. 11

(66) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. P. 15

La agresión, además de actual debe ser violenta, o sea que implique fuerza, ímpetu. La idea de agresión, dice Carrancá y Trujillo, encierra la de violencia, pero nuestro legislador prefirió ser redundante a fin de caracterizar más aún el ímpetu lesivo.

Según nuestro texto legal, de la agresión debe resultar un peligro inminente. En realidad el daño es el inminente, pues el peligro -- para los bienes jurídicos se actualiza con la agresión misma. Por inminente se entiende lo próximo, muy cercano inmediato.

Según la parte final del párrafo III del artículo 15 del Código Penal del Distrito, no es legítima la defensa en los siguientes casos: Si el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella, si previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales; si no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa; o por último, si el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa.

Estado de necesidad justificante.

El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.

Para Sebastián Soler, es una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico. Von Liszt en su Lerhbuch afirma que el estado de necesidad "es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la viola-

ción de los intereses de otro, jurídicamente protegido. (67)

Textualmente nuestro Código dice en la fracción IV del artículo 15: "La necesidad de salvar la propia persona o sus bienes, o la persona o bienes de otro de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial. El mismo precepto establece que no obra en estado de necesidad quien por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro.

Cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho e impedimento legítimo

Al lado de las causas de justificación analizadas, figuran otras -- que también privan a la conducta de elemento antijuricidad, y por lo mismo, imposibilitan la integración del delito.

Se trata del cumplimiento de un deber y del ejercicio de un derecho. Nuestro Código establece en la fracción V del artículo 15 como excluyente de responsabilidad: "obrar en cumplimiento de un deber y del ejercicio de un derecho, consignados en la ley". Dentro de estas hipótesis (derecho o deber) pueden comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamiento médico quirúrgicos y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir. Sólo estas últimas se reglamentan en forma especial (artículo 294). También debe incluirse una hipótesis de la obediencia jerárquica, que trataremos al hacer el estudio de la inculpabilidad.

De todo lo anteriormente expuesto y en relación con el delito a estudio, podemos señalar que la antijuricidad como elemento positi-

(67) Soler, Sebastián. Op.cit., p. 380

vo del delito y las causas de justificación como elementos negativos de la misma y de las hipótesis que éstos señalan, las que se podrían presentar en el Disparo de Arma de Fuego son las siguientes: Legítima defensa, ya que en ésta el fin del actor no es la de ocasionar un daño en forma dolosa sino que simplemente se responde a una agresión de peligro inminente, aunque se ocasione o se quiera hacer un daño, pero en este caso no existe el dolo o la intención de hacerlo sino simplemente se responde a una agresión como ya se dijo anteriormente.

El cumplimiento de un deber, ejercido de un derecho y la obediencia jerárquica también se pueden presentar en el disparo de arma de fuego, ya que como se vio anteriormente estas causas pueden ser aplicadas a este delito.

3.4 Culpabilidad

Sigue siendo un proceso de referencia lógica, una conducta será delictuosa no sólo cuando es típica y antijurídica, sino además culpable.

Para los autores causalistas la culpabilidad se define de la siguiente forma:

Por otra parte se considera culpable la conducta según Cuello Calón, "... cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ellas y su autor, debe serle jurídicamente reprochada...". (68)

Jiménez de Asúa señala al respecto que "... al llegar a la culpabilidad es donde el intérprete ha de extremar la finura de armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el -- juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró...". (69). Para el mismo maestro, en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

Porte Petit define la culpabilidad como "... el nexa intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto...". (70)

Para Castellanos Tena considera a la culpabilidad como "el nexa intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto..." (71)

(68) Cuello Calón, Derecho penal Parte General, p. 290

(69) Jiménez de Asúa. La ley del delito. p. 444

(70) Porte Petit. Importancia de la dogmática jurídico penal. p.49

(71) Castellanos Tena. Lineamientos elementales de Derecho Penal, p. 232

Villalobos nos dice que "... la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa...".

(72)

Teoría psicologista o psicología de la culpabilidad

Para esta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda la valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consisten en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor. El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cuál ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso. Concretamente la culpabilidad con base psicológica, consiste en "... un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; la cual contiene dos elementos: uno volitivo y otro intelectual. El primero indica la suma de dos querereres: de la conducta y el resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta..." (73)

Luis Fernández Doblado se expresa así: "... para la doctrina psicológica, la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estu-

(72) Villalobos. Derecho Penal Mexicano. p. 272

(73) Porte Petit, op. cit., p. 49

dio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso..." (74)

Roberto Muñoz Ramón sostiene, entre otras cosas, que para los psicólogos la culpabilidad se agota sólo en el hecho psicológico - ..." (75)

Teoría normativista de la culpabilidad

Para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche, una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, -- que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo -- consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo -- obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así, la culpabilidad no hace en ausencia -- del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad.

A este respecto, Fernández Doblado menciona "... la culpabilidad -- no es solamente una simple liga psicológica que existe entre el -- autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del autor; --

(74) Fernández Doblado Luis. Culpabilidad y Error. p. 24

(75) Muñoz, Teoría de la Culpabilidad. (Tesis profesional).

es algo más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico... La culpabilidad, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber..." (76)

Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al autor el que no ha actuado conforme a Derecho, el que se ha decidido en favor del injusto, aun cuando podía comportarse conforme a Derecho, aun cuando podía decidirse en favor del Derecho..." El mismo autor, citando a Frank, fundador de la teoría normativa, expresa que culpabilidad es reprochabilidad -- del injusto típico. "...Este juicio normativo está justificado, en la misma medida, tanto frente al agente doloso como frente al que actúa por imprudencia. En el primer caso alcanza al autor el reproche de haberse alzado conscientemente contra los mandatos del Derecho; en el último se le hace patente que, por descuido, ha infringido las exigencias impuestas por la vida social..." Más adelante señala el propio Maurach que en la Dogmática actual existe unión -- de parecerse en concebir la esencia de la culpabilidad como un juicio de desvalor que grava el autor..." (77)

Por lo que podemos concluir que dentro de la teoría psicológica el concepto de culpabilidad no es más que una descripción de algo, concretamente, una relación psicológica pero no contiene nada normati-

(76) Fernández Doblado. op. cit., pág. 27

(77) Maurach Reinhart. Tratado de Derecho Penal.
19, 20 y 21

vo, nada valorativo, sino la pura descripción de una relación y por lo tanto no puede explicar la culpa inconsciente y, por ello, algunos pensaron que la culpa inconsciente no es un problema del derecho penal. Por otra parte, este concepto de culpabilidad se encuentra enfrentando problemas como el enfermo mental, quien actúa con una relación psicológica, de modo que no podría negarse la existencia del delito en su conducta y por eso algunos tratan de eludir -- este inconveniente afirmando que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad. Ante estas deficiencias de la teoría psicológica de la culpabilidad y la falta de explicación de la culpa, de la imputabilidad y también de otros casos; surgió la concepción de la culpabilidad como un estrato normativo de la teoría del delito, es decir, como la reprochabilidad del injusto, pero sin quitar al dolo ni a la culpa de la culpabilidad. Así, resulta que la culpabilidad era al mismo tiempo una relación psicológica y un juicio de reproche al autor de la relación psicológica.

La culpabilidad así entendida, tiene un contenido heterogéneo; el dolo y la culpa y el reproche que se le hace al autor de su dolo o de su culpa. Ya que los autores no se pusieron de acuerdo acerca de cómo funcionaban esos elementos dentro de la culpabilidad. -- Para Frank podía haber dolo sin culpabilidad, en tanto que para -- Goldschmidt el dolo como dato psicológico era un supuesto de la -- culpabilidad y Mezger afirmaba que el dolo requería la consciencia de la antijuridicidad, es decir, que el dolo siempre era culpable.

Pero después de los trabajos de Hellmuth von Weber, Alexander zu Dohna y de la construcción acabada de Hans Welzel, esto en la década

da de los treinta, el dolo y la culpa pasaron a ubicarse en el tipo, la culpabilidad quedó exenta de estos componentes que nadie sabía - bien como tratar. Fue apenas entonces cuando pudo hablarse de una verdadera teoría "normativa" de la culpabilidad, puesto que recién en ese momento la culpabilidad quedó delimitada a pura reprochabilidad.

Definición de culpabilidad

" Culpabilidad es un concepto normativo, un juicio de reproche - que se le formula al autor..." (78), definición con la que estamos completamente de acuerdo según lo expuesto anteriormente.

En alemán se habla de schuld, que es "culpabilidad" y "deuda", y en castellano la voz "deuda" conserva el sentido de culpabilidad.- De esta etimología del concepto, se aprecia claramente una idea de normatividad que no puede eliminarse, salvo que se quiera eliminar la culpabilidad misma, lo que dará por resultado un derecho penal de peligrosidad, que hemos rechazado y que no es el que nuestra - legislación positiva sigue.

Requisitos de la culpabilidad

Son requisitos generales de la culpabilidad entendida como reprochabilidad, que al sujeto le haya sido exigible la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta y que las circunstancias en que actuó no le hayan reducido su ámbito de autodeterminación por debajo de un umbral mínimo. Tanto en el caso último como en el anterior, se exige que la posibilidad de motivarse en la nor

(78) Zaffaroni, Manual de derecho penal, p. 550

ma se halle por sobre un umbral mínimo de exigibilidad.

Este umbral mínimo de exigibilidad no se alcanza y, por ende, la culpabilidad se encuentra excluida, cuando no le es exigible al su jeto la comprensión de la antijuridicidad, supuesto que puede darse porque carece de suficiente capacidad psíquica para ello (inimputabilidad) o porque se haya en un estado de error acerca de la antijuridicidad (error de prohibición).

La culpabilidad requiere la exigibilidad de la posibilidad de comprender la antijuridicidad que falta cuando el sujeto no tiene capacidad psíquica para ello (primer supuesto de inimputabilidad) y cuando se halla en error invencible sobre la antijuridicidad (error de prohibición). (79)

El segundo requerimiento de la culpabilidad es que conforme a las circunstancias su ámbito de autodeterminación se halle sobre un umbral mínimo, lo que no sucede cuando medie necesidad inculpante, cuando se halle en inexigibilidad de otra conducta motivada en la norma, en los casos contemplados en la parte especial, o cuando no pueda dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad (segundo supuesto de inimputabilidad).

De igual forma el umbral mínimo de exigibilidad no se alcanza cuando el autor se haya en estado de necesidad inculpante (amenazas -- de sufrir un mal grave e inminente) en los diferentes supuestos -- de inexigibilidad de una conducta diferente, motivada en la norma que se haya en la parte especial; o en la imposibilidad de dirigir la conducta conforme a la comprensión de la antijuridicidad emergen (79) Zaffaroni. op. cit., pp. 555-556

te de incapacidad psíquica, que es otra forma de imputabilidad. (80)

Concepto de imputabilidad e inimputabilidad

La imputabilidad penal es un concepto que se ha definido con muy distinta extensión y, en consecuencia, con esa extensión también se le han asignado muy diferentes ubicaciones. Para algunos fue total capacidad psíquica para el delito y debía ser ubicado como anterior a la conducta misma.

Por otra parte, hay quienes pretenden que no forma parte del delito sino que pertenece a la teoría de la sanción, con lo que su ausencia daría lugar a la aplicación de una medida en lugar de una pena. -- Estas dos posiciones extremas nos dan una idea clara de lo justificada que está la denominación de "fantasma errante" que le diera Frank.

En nuestro concepto hay una capacidad psíquica de delito que se complementa en cada uno de los estratos analíticos con el requerimiento de la capacidad necesaria para llenar el requerimiento subjetivo de que se trate. Se ha estudiado ya con anterioridad la capacidad psíquica de conducta, la capacidad psíquica de tipicidad, que no existe en casos de error de tipo psíquicamente condicionado, hemos visto que la justificación necesita que el que actúa a su amparo reconozca los elementos de la situación objetiva de justificación, lo que también requiere cierta capacidad psíquica; ahora -- nos resta averiguar qué capacidad psíquica necesita un autor para que haya culpabilidad es decir, la capacidad psíquica de culpabilidad, esto es, para reprocharle una conducta a un autor es necesario

que el autor haya tenido un cierto grado de capacidad psíquica que le haya permitido disponer de un ámbito de autodeterminación.

La capacidad psíquica que se requiere para poder imputarle a un sujeto un reproche de injusto es la necesaria para que le haya sido posible comprender la naturaleza de injusto de lo que hacía y que le haya podido permitir adecuar su conducta conforme a esa comprensión de la antijuridicidad. Quien tiene muy limitada o anulada la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta no puede ser reprochado por la misma.

Por otro lado, quien comprenda la antijuridicidad de su conducta, pero no puede adecuarla a la comprensión de la antijuridicidad, porque no tiene capacidad psíquica para ello, tampoco puede ser reprochado por su injusto; el que padece una fobia a los insectos, sabe que es injusto empujar ancianas por la calle, pero si ha visto una cucaracha y eso le desencadena un pánico incontenible, no podrá adecuar su conducta a la comprensión de la antijuridicidad, por mucho que razonando se percate de que su miedo no tiene causa real y de que empujar en esa circunstancia a una anciana es un acto deplorable.

De esto podemos decir que la imputabilidad entendida como capacidad de culpabilidad tiene dos niveles, uno que debe ser considerado como la capacidad de comprender la antijuridicidad, y otro que consiste en la capacidad para adecuar la conducta a la comprensión de la misma. Cuando falte la primera capacidad nos faltará la culpabilidad por ausencia de la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad; cuando falte la segunda capacidad, nos hallaremos

con un supuesto de estrechamiento del ámbito de autodeterminación del sujeto, en este caso, por una circunstancia que proviene de su propia incapacidad psíquica.

Existen otras teorías al respecto y entre ellas encontramos a los que prefieren la sistemática del delito que va de lo subjetivo a lo objetivo, del autor al acto, la imputabilidad es el primer componente del delito. Esta es la sistemática de los hegelianos, para quienes el "loco" no puede actuar con relevancia penal y la imputabilidad se confunde con la total capacidad psíquica de delito.⁽⁸¹⁾ Según esta teoría, el "loco" no podría defenderse legítimamente, -- por ejemplo lo que es absurdo, si tiene suficiente capacidad como para reconocer la situación objetiva de justificación.

Para los partidarios de la teoría psicológica de la culpabilidad, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, porque sin ella no puede tener relevancia penal la relación psíquica entre la conducta y el resultado.⁽⁸²⁾ Esto lleva a impedir la posibilidad de saber por qué delito se aplica una medida de seguridad aún inimputable. Por otra parte, no cabe duda que el "loco" actúa con finalidad, de modo que esta teoría se está negando a reconocer una realidad incuestionable.

Incapacidad psíquica

La incapacidad psíquica para comprender la antijuridicidad tiene co-

(81) Díaz Palos, Teoría General de la Imputabilidad, p. 89

(82) Zaffaroni, op. cit., p. 560

mo base necesaria una perturbación de la consciencia, ya que no hay voluntad y por ende no hay conducta. En los casos en que la consciencia funciona pero perturbadamente, pueden dar lugar a -- otras incapacidades psíquicas de delito pero, si no se han dado -- incapacidades más profundas, es decir, si la perturbación de la -- consciencia no ha motivado una ausencia de tipicidad, nos encontramos con la posibilidad de una ausencia de inculpabilidad.

Pero debe de tenerse en cuenta que la imputabilidad de la conducta que depende de un estado del sujeto. Por ende, la capacidad psíquica de culpabilidad hay que medirla respecto de cada delito. Hay estados patológicos en que cabe presumir que esa incapacidad que -- generan opera en cualquier delito en su grado superficial (debilidad mental), pueden generar una incapacidad psíquica para ciertos delitos que exigen una capacidad de pensamiento abstracto más o menos desarrollada para comprender la antijuridicidad (como pueden -- ser ciertos delitos contra la economía pública, como los delitos -- cambiarios); en tanto que el mismo sujeto conserva capacidad psíquica para comprender la antijuridicidad de otras conductas cuya -- valoración depende de datos mucho más concretos. (83)

Por lo que se puede determinar que el efecto que apareja incapacidad psíquica de culpabilidad en la perturbación de la consciencia y la causa de la perturbación puede ser la "insuficiencia de las -- facultades" o la "alteración de las facultades".

(83) Díaz Palos, op. cit., p. 110

2.4.1 Inculpabilidad

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad y dentro de ésta - podemos encontrar el error de prohibición, estado de necesidad inculpante, obediencia jerárquica.

Error de prohibición

Se llama error de prohibición al que recae sobre la comprensión -- de la antijuridicidad de la conducta. Cuando es vencible, a decir -- cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar -- la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta a la tipicidad dolosa o culposa que por lo tanto tiene sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza.

El error de prohibición siempre impide la comprensión de la antijuridicidad cuando es invencible, pero a veces lo hace porque afecta a -- la posibilidad de conocimiento de la misma, en tanto que en otras -- hay conocimiento de la antijuridicidad, pero no puede exigirse la -- comprensión de la misma. Esta segunda forma del error de prohibición es el error de comprensión, es decir, el error que impide la -- internalización o introyección de la norma por mucho que la misma -- sea conocida.

Error de comprensión

Este error se presenta cuando "... el sujeto conoce la prohibición y la falta de permiso y, sin embargo, no le es exigible la internalización de la pauta que conoce...". Ya que el sujeto actúa como resultado de un esquema general de valores distinto del lugar en donde se encuentra (esto es, cuando se encuentra ante normas de otro país que van en contra de los valores previamente establecidos en él), por lo que tiene algo menos reducida su capacidad de internalizar la antijuridicidad.

Por lo que podemos decir que el error de comprensión culturalmente condicionado por regla general, será un error invencible de prohibición, que eliminará la culpabilidad de la conducta, por mucho -- que la consciencia disidente, en principio, por sí misma, no es -- una causa de inculpabilidad, se trata más bien de grados de exigibilidad de la comprensión que, como sucede con toda la problemática de la culpabilidad, se traducen en grados de reprochabilidad, -- no siempre sencillos de valorar.

El condicionamiento cultural no siempre da lugar a un error de prohibición, sino que puede dar lugar a distintas clases de errores, así los miembros de la cultura Ahuca, en el oriente ecuatoriano, -- tienen el convencimiento de que el hombre blanco siempre les matará en cuanto les vea, de modo que deben adelantarse a esta acción, entendiendo que es un acto de defensa. En tal caso, nos hallaremos con un error de prohibición culturalmente condicionado pero -- que será una justificación putativa y no un error de comprensión -- según lo explica Eugenio Zaffaroni. (84)

(84) Zaffaroni, op. cit., p. 570

Estado de necesidad inculpante

La regulación legal del estado de necesidad inculpante se halla en el artículo 15 fracción VI del Código Penal para el Distrito Federal el cual señala "... obrar en virtud de miedo grave o temor -- fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos...".⁽⁸⁵⁾

Este supuesto suele considerarse como limitado a la coacción, es decir, al supuesto en que la amenaza proviene de una conducta humana; "te mato si no matas"; el que bajo amenaza de muerte es obligado a integrar un pelotón de fusilamiento, por ejemplo. Este supuesto de estado de necesidad inculpante proviene de la acción de un tercero se llama "vis compulsiva",⁽⁸⁶⁾ para distinguirlo de la vis absoluta o fuerza física irresistible.

Pero para que esté reducido el injusto y, por ende, sea menor, exigibilidad de evitarlo, hasta el punto de no alcanzar el umbral mínimo necesario para la formulación del reproche de culpabilidad, es necesario que el autor no se halle en ninguna particular situación jurídica de la que se derive el deber jurídico de afrontar el peligro.

Obediencia jerárquica

La obediencia debida sólo puede ser la obediencia jerárquica, pues la obediencia reverencial no puede revelarse penalmente a los efectos de excluir el delito.

(85) Código Penal para el Distrito Federal. México, D.F. p. 11

(86) Zaffaroni, op. cit., p. 575.

La obediencia jerárquica presupone una estructura jerarquizada establecida por el derecho.

La obediencia debida puede tener varios supuestos:

- a) Puede ser que la orden sea impartida legítimamente, en cuyo caso se tratará de un cumplimiento de deber jurídico, que se resuelve como causa de atipicidad.
- b) Puede ser el subordinado quien tenga consciencia efectiva de la antijuridicidad de la orden, pero que se encuentre en estado de necesidad inculpante, como en el caso del soldado que integra el pelotón de fusilamiento, pese a saber que la orden es antijurídica, pero lo hace sabiendo que si se niega, la próxima víctima será él mismo, aquí vemos que se contempla un estado de necesidad inculpante.

El juicio de reproche que se hace por el injusto penal cometido se da en el tipo penal de disparo de arma de fuego; cuando se han cumplido todos los requisitos anteriores, esto es, la existencia de una conducta, típica y antijurídica, y al encontrarse el sujeto que realiza el disparo de arma de fuego con una capacidad de comprensión de la antijuridicidad de su conducta, así como también su ámbito de autodeterminación no se encuentra disminuido y no existe ninguna causa de inimputabilidad por la que puede apreciarse que era sujeto capaz de comprender lo antijurídico de su conducta podemos hacerle el juicio de reproche por el injusto penal cometido.

Esto se conocía perfectamente que el disparar contra un grupo de personas un arma de fuego está penalmente prohibido y al exteriori

zar su voluntad y poner en marcha la causalidad y el querer un resultado final que en el caso en particular es el causar un daño ya sea lesionando o atentar contra la vida de la persona o personas - a quien dirige el proyectil, esto es, el disparo del arma, sin que exista ninguna causa de justificación para ello y al tener la capacidad de comprensión y autodeterminación sin que ésta esté por debajo del umbral mínimo, se podrá realizar el juicio de reproche -- por el injusto penal cometido; pero sin olvidar que no se sanciona solamente el disparo, sino la finalidad que se tiene al hacer - el disparo que es el de lesionar o el de privar de la vida al sujeto pasivo (al que se dirige el disparo). Por lo que podemos concluir que el disparo no es un delito autónomo, el cual se subsume a la tentativa o a las lesiones.

Por otra parte, en relación al reproche que se hace y cómo se ha sostenido el sujeto activo del delito, al disparar un arma de fuego adecúa su conducta al tipo penal previsto en el artículo 306 -- del Código Penal para el Distrito Federal, así que al no consumarse el resultado querido, incurre en la tentativa punible de homicidio, por lo que es procedente, se le haga el juicio de reproche en virtud de serle exigible la realización de la conducta debida, y - haber tenido la capacidad de comprender el carácter antijurídico - del hecho, no haber sido obligado por un estado de necesidad exculpante o estar amparada su conducta en un error de prohibición invencible.

CAPITULO III

3.1 Concurso aparente de tipos

3.2 Principio de subsidiaridad

3.1 Concurso aparente de tipos

Existe ~~un~~ concurso aparente de tipos cuando la conducta antijurídica es objeto de incriminación y se presenta a primera vista, como subsu-
mible en dos o más tipos penales que se excluyen recíprocamente, --
pues su simultánea aplicación contraría los principios lógicos y va-
lorativos que norman el sistema y la interpretación del ordenamiento
penalístico. Esta incompatibilidad se pone de relieve cuando una de
las figuras típicas en que es subsumible la conducta enjuiciada abar-
ca todos los aspectos de la misma, bien porque la estructura de uno
de los tipos contiene conceptualmente la del otro, bien porque el --
desvalor delictivo que una de ellas representa encierra el propio va-
lor delictivo que el otro presupone.

Así vemos que el concepto de conflicto de leyes ha sido objeto de --
discusión, definiéndolo Merkel como "... el único delito que se haya
en cuestión que parece poder ser cometido a diferentes leyes entre -
las cuales existe una porfía aparente por apoderarse del hecho". (87)

Max Ernesto Mayer señaló: "... que el verdadero concurso de leyes era el concur-
so ideal de delitos, pues es entonces cuando en verdad concurren en-
tre sí las distintas leyes penales en orden a la situación de hecho
que ha de ser valedera, mientras que en el llamado concurso de le-
yes, la concurrencia es impropia...". (88)

Por su parte Beling usa la expresión "... relaciones de las figuras
penales entre sí, el término concurso de leyes lo emplea con poste--

(87) Merkel. Tratado de Derecho Penal, p. 316

(88) Mayer, op. cit., p. 325

rioridad y lo maneja como excluyente del concurso ideal de delitos
 ...". (89)

En la Argentina Sebastián Soler adopta la denominación de Beling, -
 añadiendo a la misma "...y el llamado concurso de leyes...". (90)

De lo señalado anteriormente, se puede distinguir perfectamente la
 diferencia entre el concurso ideal, ya que éste realmente es un en-
 cuadramiento múltiple y en el concurso aparente de tipos sólo se --
 trata de decidir la subsunción.

A tal respecto diremos que la palabra concurso no presupone la con-
 temporánea aplicación de dos o más tipos penales, sino que solamen-
 te alude a su encuentro o coincidencia en un determinado instante -
 del proceso de subsunción; transitorio encuentro o coincidencia --
 originado de la complejidad constructiva del ordenamiento punitivo.

Ahora bien, el problema surge en el instante de la subsunción y en
 él hay que estudiar el modo en que se relaciona y jerarquizan entre
 sí las diversas figuras penales.

Si se tiene presente que este proceso presupone la correspondencia
 entre una conducta y el tipo que la describe, el aparente concurso
 que puede presentarse entre dos o más tipos entre sí incompatibles,
 tiene su origen en los aspectos diversos desde los cuales la conduc-
 ta puede ser contemplada penalísticamente.

Por lo que señala Jiménez Huerta que "... la solución que debe --

(89) Beling, op. cit., p. 215

(90) Soler, op. cit., p. 296

darse a estos aparentes concursos típicos, depende de las resoluciones lógicas y valorativas implícitamente existentes entre los diversos tipos penales manifestada no solamente en la estética del sistema y en los puntos de vista teleológicos que lo norman, sino también en la dinámica típica que crea el desarrollo y progresión de las conductas penalmente relevantes...". (91)

Concluyéndose de lo anterior, que las relaciones existentes entre los diversos tipos deben resolverse abstractamente conforme al principio lógico de la especialidad o al principio valorativo de la concurrencia.

Y así encontramos que los principios para la resolución del aparente conflicto son la exclusividad, la especialidad y la neutralidad, aunque no todos los autores están de acuerdo en recibir estos principios, ni en adoptar el criterio de los efectos que producen.

Principios para la resolución del aparente conflicto.

- 1.- Exclusividad que encierra contradicción e independencia y conduce a la alternatividad de las leyes penales.
- 2.- Especialidad que encierra contradicción e independencia y conduce a la alternatividad de las leyes penales.

Especialidad que supone un subconcepto, comprendido en otro; -- ejemplo encina árbol, y que lleva a la subsidiaridad de la amenaza correspondiente al tipo principal o supertipo y ello será aplicable cuando el subtipo con su amenaza no lo sea.

3.- Neutralidad. La afirmación de un tipo no importa ni la afirmación ni la negación de otro. La acumulación parece posible, pero la niega el derecho positivo (puede ser concurso ideal de leyes). Sólo una amenaza es aplicable, es decir, está negativamente condicionada por la primera. En última instancia se trata de un proceso de subsidiaridad.

Roberto Von Hippel simplifica los términos y limita los casos a la especialidad y subsidiaridad. Por su parte, Edmundo Mezger reduce el problema a dos situaciones que son las siguientes:

- a) Cuando la procedencia de una ley frente a la otra descansa en -- fundamentos lógicos, hay especialidad que por razones lógicas ex cluye a la general.
- b) Cuando la procedencia resulta de la relación valorativa, hay con sunción; una ley conforme a su propio sentido incluye ya en sí el desvalor delictivo de la otra. (92)

Grispigni trata de especialidad, subsidiaridad y consunción⁽⁹³⁾. - Ranieri ve especialidad, consunción y subsidiaridad, dejando entre dicho la alternativa por la incertidumbre de que pueda o no serlo. (94)

Soler trata la neutralidad, donde es posible el concurso ideal, y de exclusividad (por alternatividad o consunción), especialidad y

(92.) Mezger. op. cit., p. 214

(93) Grispigni. Lineamientos de Derecho Penal, p. 195

(94) Ranieri. op. cit., p. 97

subsidiaridad. (95)

Gavier señala la exclusividad, especialidad y neutralidad, desdoblando esta última, con cierta "contraditio in términis", es subsidiaridad y consunción (consumir una ley por otra, no es ciertamente enutral. (96)

Para Binding los criterios para resolver el aparente concurso de leyes son "... alternatividad, especialidad, subsidiaridad y consunción...". (97)

En Italia, Vannini considera la absorción como un caso de concurso distinto de los otros; pero Grispigni le objeta que la "absorción de una norma en otra es un carácter, a todos los casos, del concurso -- aparente de normas".

Pero los tres principios que nosotros aceptamos son: especialidad, subsidiaridad y consunción.

La fijación de los principios determinantes de la exclusiva aplicación de uno de los tipos penales que entran en aparente concurso, - ha dado lugar a profundas especulaciones de los penalistas.

A este respecto señala Mezger "... que los escritores se han esforzado en colocar de modo absoluto y agotador los distintos casos posibles bajo determinadas categorías o principios, llegando algunos a un cuadro de agrupaciones muy poco diagano...". (98)

(95) Soler, op. cit., p. 315

(96) Soler y Gavier, op. cit., p. 419

(97) Binding, op. cit. pág. 120

(98) Mezger, op. cit. pág. 328

Max Ernest Mayer señala "... que la existencia de una defectuosa - multitud (tres o cuatro e incluso más) de reglas interpretativas so bre esta materia, multitud de reglas reducibles a dos principios -- básicos fundamentales, ampliamente coincidentes con los de la espe- cialidad y de la consunción, admitidos por Beling...". (99)

Algunos penalistas italianos reducen también sustancialmente a es- tos dos puntos de vista, los criterios rectores que prestan a un ti po frente a otro u otros, exclusiva validez.

Lent dice "... en la especialidad los tipos están en relación, lógi- camente determinable, de concepto principal y concepto subordinado, en tanto que en la consunción están frente a frente sin ligamen de subordinación y basta que exista entre ellos una especial cobertura ...". (100)

3.1.1 Principios de subsidiaridad

Este principio consiste en que cuando una ley o disposición legal - tiene carácter subsidiario respecto de otra, la aplicabilidad de -- ésta excluye la aplicación de aquélla"... LEX PRIMARIA DREGAT LEGI SUBSIDIARIE...". (101)

Una ley tiene carácter subsidiario respecto a otra principal, cuan- do ambas describen grados o estadios diversos de la violación del - mismo bien jurídico, y al respecto señala Mayer "... que el bien --

(99) Max Ernesto Mayer. op. cit., p. 370

(100) Lent. Derecho Penal. p. 196

(101) Enciclopedia Jurídica. op. cit., p. 395

por la disposición subsidiaria, por ser menos grave que el descrito por la principal queda absorbido por ésta...". (102)

Lent y Hung niegan que el principio de subsidiaridad se refiera propiamente al concurso aparente de tipos y le estiman como concurso real impropio, porque las dos leyes o disposiciones legales presuponen dos hechos distintos.

Por lo que podemos decir que la subsidiaridad sólo debe de aplicarse cuando un hecho no constituya un delito más grave y puesto que se aplica en forma legal la ley principal sólo regirá la subsidiaria cuando el hecho está previsto exclusivamente por ésta.

Sebastián Soler y Gavier distinguen la "subsidiaridad expresa" de la tácita o implícita y enumeran los casos en que se construyen las figuras compuestas con elementos de otras acciones (violencia, robo, etc.).

Von Happel dice "... hay subsidiaridad cuando una ley sólo demanda aplicación de modo auxiliar en el caso de que la otra (primaria) no se haya desechado...". (103)

La subsidiaridad se caracteriza porque es siempre de menos importancia, es decir, menos grave que el tipo primario. Así Frosali menciona que "... una norma penal es subsidiaria respecto de otra cuando sólo puede hacerse aplicación de ella en los casos que la propia ley expresa con frases como estas: "si el hecho no consti-

(102) Mayer, op. cit., p. 395

(103) Von Happel. El Derecho Penal y su aplicación. p. 213

tuyo un delito más grave", "fuera de los casos indicados en el artículo....", "si el hecho fue cometido con el único fin...", etc.
(104)

Concluyendo con esto que las características de la subsidiaridad es la exclusión y no la consunción.

En aplicación al tipo penal a estudio que es el disparo de arma de fuego, podemos decir que éste se subsume a los delitos de lesiones o a la tentativa acabada de homicidio, ya que las características - como son en relación a la conducta que es la voluntad de accionar - un arma de fuego es la misma tanto en el disparo de arma de fuego - como en el de lesiones o en la tentativa de homicidio, ya que todas para alcanzar su fin que es el de poner en peligro el bien jurídico que es la integridad y la vida de un sujeto realizan como primer punto el accionar el arma y tener como fin último el de causar un - daño a el bien jurídico protegido. Por lo que la subsunción se da en forma clara y precisa en el delito de disparo de arma de fuego.

Asimismo entendiendo a la subsidiaridad como el principio, que tiene lugar cuando hay una progresión en la conducta típica, en la que la punibilidad de la etapa más avanzada mantiene interferida la tipicidad de las etapas anteriores, esto aplicado al delito de disparo de arma de fuero diremos, que el delito en mencion se subsume o es interferida las etapas de formación de éste, por el delito de lesiones, homicidio o la tentativa de homicidio, ya que tanto el disparo de arma de fuego como los otros delitos antes citados, tienen como objetivo la violación del mismo bien jurídico.

Por lo que podemos decir, que el delito de disparo de arma de fuego
(104) Frosali. Tratado de Derecho Penal. p. 419

desaparecerá dando lugar a las lesiones homicidio o tentativa de - homicidio.

Asimismo al respecto la doctrina contemporánea sostiene que las normas jurídico-penales deben regirse por los principios de fragmentariedad y subsidiaridad. El primero de ellos implica que, del universo de las conductas antisociales, sólo debe prohibirse, en el ordenamiento punitivo, el sector de aquéllas que realmente entrañen mayor gravedad. La naturaleza de la subsidiariedad del derecho penal alude a que el Estado debe emplear este instrumento como un último recurso, allí donde no basten las normas del derecho civil o las del administrativo.

Es por ello que el disparo de arma de fuego se subsumen necesariamente, como en forma unánime en los delitos de homicidio o lesiones, -- o sus tentativas.

CAPITULO CUARTO

DELITO AUTONOMO DISPARO DE ARMA DE FUEGO

- 4.1 Criterios de su autonomia
- 4.2 Jurisprudencia respecto a la autonomia del disparo de arma de fuego.
- 4.3 Criterios legislativos en cuanto a su tipificaci3n en la Ley Sustantiva para el disparo de arma de fuego

4.1 Criterios respecto a su autonomía

Con relación a la existencia o no del disparo de arma de fuego, las opiniones se dividen en dos sentidos:

Unos, afirmando su existencia, su autonomía, su substantividad.

Otros, sosteniendo que el disparo de arma de fuego no tiene autonomía, substantividad propia.

En relación a la primera opinión, tenemos que Sebastián Soler expresa que "... entre los que impugnan esta incriminación, existe una acusada tendencia a considerar los disparos de armas como caso de homicidio frustrado, pero ello se debe a que cargan demasiada la tónica de la tentativa en la intención con desmedro del elemento acción...". agregando que "... no es posible sostener que el disparo de armas constituye necesariamente una tentativa o una tentativa de homicidio, y por eso cree impropio llamarle a este delito "homicidio imperfecto", según lo hace el artículo 436 del Código de Cuba de 1936...". (105)

Igualmente Eusebio Gómez, al referirse al Código Argentino, defiende el precepto que contiene el disparo de arma de fuego difiriendo de la opinión de Luis Jiménez de Asúa, quien pugna por dotar al artículo 104 del simple contenido de amenaza de hecho o radiarle del Código Penal Argentino. (106)

(105) Soler, Derecho Penal Argentino. III p p. 203 y 204

(106) Gómez, Tratado de Derecho Penal, II pp. 243-244

En lo que se refiere a los autores que sostiene que no existe autonomía en el disparo de arma de fuego, tenemos a Luis Jiménez de Asúa y José Antón Oneca, quienes consideran que "... este delito, que sólo por excepción encuentra concordancias en algunas legislaciones extranjeras; es una desdichada creación legal a la que no ha podido dotar de contenido los esfuerzos de la jurisprudencia y el empeño de algunos autores..." y subrayan que "... será simple amenaza de hecho cuando el culpable no tuvo intención de matar o lesionar y será tentativa o frustración de parricidio, asesinato, homicidio o lesiones, según los casos; pero jamás ofrece por sí solo carácter sustantivo para formar de él como lo ha hecho nuestro Código, un delito especial..." (107)

Quintiliano Saldaña nos dice "... que el llamado delito de disparo es homicidio frustrado, por más que la ley se esfuerce en una distinción ilógica..." (108)

Manuel Castro Ramírez, Jr. sostiene que "... los delitos de agresión y disparo de arma de fuego, son de carácter legal sin substantividad propia, porque el problema más escabroso que confrontan es el de hallar en ellos el elemento moral, o sea la naturaleza de la culpabilidad en la agresión...", precisando que "... si ese elemento reside en la posibilidad de producir un grave daño a la víctima, como asegura Espina, estamos lisa y llanamente en presencia de un dolo eventual, porque el agresor, con su acción, ratifica las conse

(107) Jiménez de Asúa. Derecho Penal, II, p.p. 168-169

(108) Saldaña, Tratado de Derecho Penal. p. 62

cuencias de su acto..." (109)

José Almaraz declaró que "... el artículo 306 del Código Penal vigente debe desaparecer por absurdo y por encontrarse en abierta pugna con los modernos principios del derecho penal..." (110)

Jiménez Huerta piensa que "... la fracción I del artículo 306 crea un delito puramente artificial cuyo contenido, oscilante en la ley, es de tan notoria imprecisión técnica que no ha podido ser pacíficamente entendido ni por los escritores ni por la jurisprudencia..." (111)

José Peco ha expuesto que "... este delito carece de contenido propio, y, además de dar otros argumentos a favor de sus tesis, nos dice que el arma es el medio para la comisión del delito, al igual de la violencia, de la amenaza o una coacción, pero no reviste la objetividad jurídica de un delito, como la fiebre no es una enfermedad sino un síntoma..." (112)

Por lo que podemos concluir que el delito de disparo de arma de fuego según reza en el artículo 306 del Código Penal "... Al que dispare a una persona o grupo de personas, un arma de fuego;..." (113) -- no admite sino la forma dolosa, y siendo el dolo el querer de un resultado final y cabe hacernos una pregunta en este momento ¿Cuál resultado es el que se quiere producir?

(109) Castro, Ramírez, Manuel. op. cit., p. 149

(110) Almaráz, Algunos errores y absurdos de la legislación penal - de 1931, p. 115

(111) Jiménez Huerta. op. cit., p. 195

(112) Peco, Proyecto de Código Penal. Exposición de Motivos p. 209

(113) Código Penal. op.cit., p.78..

Y considerando a este respecto que cuando un individuo dispara un arma de fuego sobre una persona, tiene que ser con el fin de obtener un resultado que no puede ser sino el de matar o lesionar. En consecuencia, pueden presentarse cualesquiera de estas hipótesis:

1. Tentativa acabada de homicidio, parricidio, etc., cuando, no obstante haber disparado con ánimo necandi u occidendi, no se produce la muerte.
2. Tentativa acabada de lesiones, cuando, habiéndose disparado con ánimo laedendi, no se causan lesiones.

Por lo que no se puede concebir el disparo de arma de fuego sobre una persona, sin la intención de causarle un daño; lesiones u homicidio, llegándose a la conclusión que el disparo de arma de fuego no es sino una tentativa acabada de lesiones u homicidio, cuyo elemento subjetivo consiste en querer causar lesiones u homicidio.

4.2 Jurisprudencia respecto a la autonomía del disparo de arma de fuego

En este apartado haremos referencia a algunas jurisprudencias en las que podemos observar que se está de acuerdo con la subsidiaridad del disparo de arma de fuego, observándose así que con antelación ya existía una tendencia inequívoca para considerar al disparo de arma de fuego como un delito en el que opera plenamente la subsidiaridad; dándose por lo tanto el homicidio; las lesiones o las tentativas de éstos. Siendo las siguientes:

Disparo de arma de fuego

La pluralidad de disparos hechos por el reo sobre el ofendido, en cuanto traducen el mismo propósito, quedan absorbidos por el resultado de la lesión causada por uno de ellos. En otras palabras, -- la lesión constituye un delito de daño, en tanto que el disparo lo es de peligro, y sancionar por separado el daño y el peligro resultantes de una misma actividad producida por una sola intención, contraria los principios de la dogmática jurídica. ⁽¹¹⁴⁾

Disparo de arma de fuego y lesiones

Los delitos de lesiones y disparo de arma de fuego, se encuentran acreditados con la confesión del procesado, al aceptar que lesionó a una persona, existiendo en la causa fe judicial de estas lesiones y dictamen médico legal que las enumera y clasifica, así --

(114) México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia relativa al delito de disparo de arma de fuego. Penal Vol. LXXV. p. 2455.

como su manifestación de que con procedencia a estos hechos, disparó su arma aun cuando sin causar daño. (115)

Disparo de arma de fuego y tentativa de homicidio, delitos de

El delito de disparo de arma de fuego, tiende a no dejar impunes las tentativas incomprobadas, sancionándolas como de delitos de peligro, dados sus posibles resultados, pero sí es evidente que el inculpado se propuso privar de la vida al defendido, empleando todos los medios adecuados a ese efecto y verificando todos aquellos actos conducentes a la consumación del delito, el cual no se realizó por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, esos actos integran la figura delictiva de homicidio en grado de tentativa. (116)

Disparo de arma de fuego y lesiones, legislación de Chiapas

El artículo 24 del Código del Estado previene: no hay acumulación -- cuando los hechos constituyen un delito continuo o cuando en un solo acto se violan varias disposiciones penales, lo que sucedió si con un solo acto, el de disparar el causado contra el ofendido, le ocasionó las lesiones que este último sufrió, y teniendo en cuenta esta circunstancia, debe aplicarse el artículo 61 del mismo código, -- según el cual cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o más aspectos y cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor. (117)

(115) Jurisprudencia. op. cit., Vol. CIII, p. 2455

(116) Jurisprudencia. op. cit., Vol. CXXV. p. 1738

(117) Jurisprudencia. op. cit., Vol. CXIV, p. 159

Disparo de arma de fuego y lesiones que ponen en peligro la vida

Si quedó acreditado en autos que la lesión causada al ofendido fue de las que ponen en peligro la vida, no es adecuado sumar la sanción del delito emergente con la del disparo o ataque, pues el peligro está castigado ya por la sanción inherente a las lesiones de tal naturaleza. El delito de lesiones que ponen en peligro la vida absorbe al diverso delito de disparo de arma y, por lo mismo, - aplicar también la pena correspondiente a este último delito sería tanto como sancionar dos veces el peligro causado. (118)

Disparo de arma de fuego, inexistencia del delito de

Es inconcluso que si el activo hizo tres disparos única y exclusivamente a una de las víctimas, acertando sólo uno, con el cual privó de la vida, el diverso delito de disparo de arma de fuego, que indebidamente tuvo por configurado la autoridad responsable, partiendo de la base de que los otros dos disparos no hicieron impacto, no - adquirió autonomía propia, quedando subsimido en el de homicidio. (119)

Disparo de arma de fuego, heteronomía del delito de frente a los de homicidio y de lesiones cuando éstos son su resultado

Habiendo quedado probado que los disparos de arma de fuego hechos - por el activo causaron la muerte de una persona y lesiones a otra, - aquellos disparos no tienen autonomía propia y quedan inmersos en - el homicidio y en las lesiones y si la sala responsable confirió au

(118) Jurisprudencia. OP. cit., Vol. CXX. p. 53

(119) Jurisprudencia. OP. cit. Vol. 181-186. p. 53

onomía a los disparos de armas de fuego hechos en tales condiciones, procedió en forma indebida, en efecto, los disparos que produjeron la muerte y las lesiones constituyen una sola conducta con pluralidad de valoraciones al violar varias disposiciones legales, conforme lo establece el código penal del Distrito Federal. La razón jurídica de que opere en esa forma la consunción o absorción radica ordinariamente en la relación directa existente entre las conductas o hechos tipificados que implican necesariamente una conexión entre los tipos. Uno de ellos constituye el medio comisivo imprescindible para la realización del otro en las circunstancias concretas en que el hecho se produjo. Cuando concurre esta clase de delitos, la doctrina contempla la presencia de normas que prevén un delito de peligro con uno de lesión o de daño. La norma que sanciona la puesta en peligro del bien jurídico que tutela es consumida por la norma que sanciona la lesión del mismo bien, ya que se afirma en la doctrina corriente, esta última incluye en sí el desvalor delictivo de la primera, salvo el caso en el que la operancia del contenido valorativo de la primera de dichas normas exceda los límites de la lesión concreta, pues entonces ambas conservarían inalterable su poder sancionador, originando ya un concurso real o ya uno ideal de delitos y dando origen a la acumulación de sanciones. Como en el disparo de arma de fuego, se tutela, como bien jurídico, la seguridad de las personas, sería inadecuada la aplicación de dos penas, tanto por el haber puesto en peligro la vida del ofendido, como por haberle causado la muerte. Las consideraciones expuestas llevan a concluir que en los casos de homicidio y lesiones realizados mediante la acción de disparar un arma de fuego, esta última acción debe de quedar subsumida en aquellas, pues la naturaleza in-

compatible de ambos tipos, por ser uno el delito medio y el otro el delito fin, establece entre ambos una necesaria conexión que priva de carácter autónomo a los disparos. (120)

Disparo de arma de fuego, delito de

Aun cuando el criterio sustentado por esta primera Sala de la Corte, lo ha sido en el sentido de que el disparo no configura un delito - autónomo que pueda coexistir con el que se configura con motivo de la lesión producida por el disparo, esto es, cuando el mismo causa lesiones y homicidio, si uno de los disparos dirigidos al contrario no produjo lesión, y otro de los disparos produjo la lesión que causó la muerte de un tercero extraño a la contienda, la autoridad responsable consideró acertadamente como delito destacado, la tentativa de causar daño al primero citado, debiendo sancionarlo. (121)

(120) Jurisprudencia. Vol. IV, p. 63

(121) Jurisprudencia. ob. cit. Vol CXVI, p. 787

4.3 Criterios legislativos en cuanto a su tipificación en la ley sustantiva para el disparo de arma de fuego

A este respecto la doctrina contemporánea sostiene que las normas jurídico-penales deben regirse por los principios de fragmentariedad y subsidiariedad. El primero de ellos implica que, del universo de las conductas antisociales, sólo debe prohibirse, en el ordenamiento punitivo, el sector de aquellas que realmente entrañan mayor gravedad. La naturaleza subsidiaria del derecho penal alude a que el Estado debe emplear este instrumento como un último recurso, allí donde no basten las normas del derecho civil o las del administrativo. (122)

Estos principios obedecen a que el derecho penal es la más drástica reacción del Estado, sobre todo en lo que se refiere a la pena privativa de libertad la cual, además de afectar uno de los bienes más preciados del hombre, suele dejar secuelas imborrables. Por ende, su empleo debe someterse a pautas rigurosas. Se trata de un imperativo de racionalidad.

Es así como en México, y en buena parte del mundo, existe una orientación deformada del derecho penal; existen figuras delictivas injustificables y penas exageradas o inidóneas, lo que se traduce en insufribles reproducciones de la desigualdad social y en sobrepoblación carcelaria proveniente, en su abrumadora mayoría, de las clases sociales desfavorecidas, esa sobrepoblación en la República es

(122) Roxin, Problemas básicos del derecho penal. p. 12

del 52 por ciento. (123)

El discurso teórico según el cual hay que pugnar por abatir la tendencia al empleo de la prisión como pena prácticamente única, no ha rebasado las reiteraciones ideológicas o menos abstractas. Se abusa de la privación de la libertad, no sólo cuando se ejecutan las penas, sino lo que es más grave, cuando aún no se han dictado. En nuestro país las dos terceras partes de los internos son presos sin condena. La prisión preventiva debe, sin duda, reservarse para los inculpados delitos que representan los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes.

Por otra parte, si bien hay delitos para los que el afán comunitario de justicia exige que, en todo caso, se aplique la pena correspondiente, existen muchos otros en los que, si el ofendido se da por satisfecho de la reparación del daño, la colectividad acepta que no haya punición. Los supuestos de delitos perseguibles por querrela necesaria que están incluidos en el Código Penal son notoriamente insuficientes.

Por lo que los legisladores determinan con respecto al disparo de arma de fuego que debe subsimirse necesariamente, como en forma unánime señala la doctrina, en los delitos de homicidio o lesiones, o sus tentativas. Ya que como hemos señalado con antelación al sancionar el disparo de arma de fuego en violatorio del principio non bis in idem (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito).

(123) Fuente: Dirección General de Prevención y Readaptación Social, Secretaría de Gobernación.

CAPITULO V

LA TENTATIVA EN EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO

5.1 Tentativa

5.2 Ambito conceptual

5.1 Tentativa

Conceptos generales

En el delito doloso no se pena sólo la conducta que llega a realizarse totalmente o que produce el resultado típico, sino que la ley prevé la punición de la conducta que no llega a llenar todos los elementos típicos por quedarse en una etapa anterior de realización.

Así diremos que cronológicamente el delito se inicia con una idea en la mente del autor, que a través de un proceso que abarca la concepción (idea criminal) la decisión, la preparación, la ejecución y el agotamiento, llega a afectar el bien jurídico tutelado en la forma descrita por el tipo. Este proceso o camino que va desde la concepción hasta el agotamiento del delito se llama iter criminis

Pero no todo el iter criminis puede ser penado, porque de ser así la seguridad jurídica se desbarataría puesto que estaríamos penando la idea, es decir, etapas que son puramente internas del autor, lo que violaría el elemental principio jurídico de que el pensamiento no puede soportar ninguna pena.

Por lo que el código penal contiene a la tentativa delictuosa como un dispositivo amplificador del tipo, ya que a través de ella se torna punible a una conducta que, de otra manera, quedaría impune.

La norma sobre la tentativa no integra por sí sola una figura jurídica, pues carece de los específicos caracteres autónomos constitutivos a los tipos delictivos. Es accesoria su naturaleza y rango jurídico-penal.

A este respecto Canelutti ha podido afirmar "... que la tentativa es un delito secundario previsto en relación con un tipo principal...". (124)

Fundamento

El fundamento de este dispositivo amplificador del tipo es el mismo que explica y justifica la razón de ser del propio tipo penal, - la antijuridicidad que determina la conducta concreta a que él se refiere. Ya que en todo grupo social existe la necesidad de extender la protección otorgada por las figuras típicas a determinados bienes jurídicos, a aquellas conductas que en forma idónea e inequívoca representan un riesgo o peligro para los indicados bienes.

La idea de riesgo o peligro para un determinado bien jurídico típicamente protegido es la que norma el dispositivo de la tentativa.

Ya en Alemania, desde los tiempos de Feuerbach, se considera que el fundamento de la comisión de la tentativa radica en su objetiva peligrosidad. Por lo que Feuerbach "...sólo debe castigarse como tentativa aquel acto que objetivamente fuere peligroso, esto es, aquél en que su manifestación externa estuviera en relación de causalidad con el delito perseguido...". (125)

Max Ernest Mayer consideraba que "... sólo la tentativa que encierra un peligro debe castigarse, ya que la idea que integra su esencia es la de "un acontecimiento por el que un bien jurídico se expo

(124) Canelutti. Teoría General del delito. p: 150

(125) Luhbush des geneinen in Deutschland kultigen peinlichen, parágrafo 42.

ne a un ataque que no logra su fin". (126)

Mezger afirma que "... la tentativa posible significa, con arreglo a sus elementos legislativos, una extensión de la pena de la realización típica total, al simple peligro de una tal realización - esto es, de la lesión del bien jurídico, a su puesta en peligro..."

(127)

De todo lo anteriormente señalado podemos decir que para fundamentar la punición de la tentativa se ha sostenido los diferentes criterios antes señalados, los cuales los podemos clasificar de la siguiente forma:

- a) Para unos la tentativa se pena atendiendo a criterios objetivos, es decir, porque pone en peligro un bien jurídico. De ser ello cierto, la tentativa inidonia, en que no hay puesta en peligro de un bien jurídico, no sería punible.
- b) Para todos la teoría subjetiva es la que predomina, y señala -- que la tentativa se pena porque revela una voluntad contraria al derecho. Conforme a este criterio, como la voluntad contraria al derecho. Conforme a este criterio, como la voluntad contraria al derecho que hay en la tentativa es igual a la que hay en el delito continuado, no corresponde distinguir entre la pena de la tentativa y del delito consumado.
- c) Otros se limitan a fijarse sólo en el autor y a fundar la punición de la tentativa a la peligrosidad del autor.

(126) Meyer. op. cit., p. 344

(127) Mezger. op. cit., p. 220

d) A partir de la teoría de la prevención general, se ha dicho que la tentativa se pena por ser peligrosa. Señalando Mezger que -
 "... cualquier conducta que en el marco de la comunidad produce la impresión de una agresión al derecho y mediante la que se perjudica su segura validez en la conciencia de la comunidad --
 ..." (127)

Por lo que podemos concluir que para nosotros la tentativa tiene -- una doble fundamentación, obedece ésto a que hay en ella dolo (voluntad final que se dirige a un resultado afectante de un bien jurídico) y la exteriorización de ese dolo implica la afectación de un bien jurídico, dando lugar con ello a determinar que los delitos requieren una tipicidad objetiva y subjetiva.

5.2 Ambito conceptual

El art. 12 del Código Penal señala "... existe tentativa punible - cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería - evitarla, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad - de la gente..." (128)

Por lo que podemos señalar que la tentativa requiere siempre el dolo (fin de cometer un delito), siendo por lo tanto el dolo de la tentativa el mismo dolo del delito consumado.

Por otra parte, tenemos que las dos formas de afectación del bien - jurídico requeridas para la tipicidad penal de la conducta son: la

(127) Mezger. op. cit., p. 170

(128) Código Penal. op. cit., p. 3

lesión al bien jurídico y la puesta en peligro del bien jurídico, - lo que da por resultado una clasificación de los tipos penales de - lesión y tipos de peligro.

A esta aseveración Rocco considera que "... los delitos de peligro o amenaza precisamente porque producen un peligro, y no ya un daño, no admiten la tentativa; la posibilidad o probabilidad de un peligro, el peligro de un peligro, no es, en efecto, suficiente a la figura del delito imperfecto...". (129)

La cuestión, no es tan sencilla como la soluciona Rocco, pues no debemos olvidar que el dispositivo de la tentativa no puede entrar en función, en orden a aquellas figuras típicas en que sus propias bases fácticas excluyen su ampliación. Cuando la ley excepcionalmente crea tipos delictivos (sui generis), ésto es conductas humanas que no son otra cosa que resoluciones manifestadas, actos preparatorios o actos de tentativa, es conceptualmente imposible ampliar la base típica de dichos delitos pues todos los actos anteriores a los que recoge dicha base carecen de naturaleza ejecutiva. Señalando - Mezger "... que con la inclusión de los actos preparatorios o de -- tentativa en el tipo completo, queda excluida de toda punibilidad - una conducta de tentativa que nazca en él..." (130)

El dispositivo de la tentativa tiene su límite máximo en la imagen del delito perfecto o continuado que se recoge en la base típica -- del concreto delito.

(129) Rocco. La tentativa. p. 332

(130) Mezger. Op. cit., p. 194

Así tenemos que el art. 12 del Código Penal de 1931 declaraba concretamente que "... la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la ejecución de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad de la gente...". (131) Sin embargo la reforma del 29 de diciembre de 1974 sustituyó esta definición por otra que a la letra dice: "... existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería ejecutarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad de la gente..." (132)

Por otra parte, el límite mínimo del dispositivo de la tentativa se alza en el principio de ejecución de la figura típica a la que se conecta en el caso concreto. Este pensamiento es tradicional en nuestra ciencia. El art. 138 de la Constitutio Criminalis Carolina de 1532 hizo, consistir la esencia propia de la tentativa en "la realización de un acto malo mediante algunas obras externas que pueden servir para su consumación".

Mezger juzga así mismo que "... el deslinde entre los actos preparatorios y de tentativa, sólo puede obtenerse desde un punto de vista de índole objetiva, ya que corresponde al ordenamiento jurídico el derecho referido al suceder objetivo, determinar el instante en que ha comenzado en el mundo exterior un crimen o un delito en primer término sólo pensado por el ordenamiento jurídico y regulado de modo preciso por él ..." (133)

(131) Código Penal para el Distrito Federal, México 1991, p. 3

(132) Código Penal para el Distrito Federal. México 1991, p. 3

(133) Mezger. op. cit. p. 200

Welzel manifiesta que "... conforme a la teoría subjetiva la tentativa comienza, en contra de lo que establece la ley, cuando con la ley se pone en relieve en forma inequívoca la meta del propósito delictivo". (134)

Por nuestra parte señalaremos que es imprescindible tomar en cuenta el plan concreto del autor para poder configurar una aproximación - a la distinción entre ejecución y preparación, ya que de otro modo sería imposible, pero estimamos que el llamado criterio objetivo anteriormente señalado y el cual sustenta nuestro código penal, tampoco alcanza a resolver los problemas. Entendemos que pese a la mayor aproximación que este criterio implica, la delimitación sigue - siendo un problema que está abierto y que la ciencia jurídico penal no ha resuelto satisfactoriamente.

Adecuación típica

La adecuación típica de un comportamiento idóneo encaminado directa e inmediatamente a la realización de un delito puede ser más o menos plena, según la ruta del comportamiento del agente hay recorrido en la vía que lleva a su consumación. Puede o no alcanzarse la consumación de un delito, porque el agente se ha visto impedido, -- en contra de su deseo, de proseguir su acción ejecutiva (tentativa incompleta) bien porque no obstante haber concluido de realizar los actos necesarios para cubrir la base típica del concreto delito, no lo ha logrado debido a circunstancias ajenas a su voluntad (tentativa acabada). Pues si el ámbito objetivo de la tentativa lo constituye

(134) Welzel. op. cit., p. 179.

el área comprendida entre el primer acto de ejecución que el agente realiza para la perpetración del concreto delito (límite mínimo) y el futuro hecho que, sin que la consumación aparezca, puede el agente ejecutar (límite máximo), resulta evidente que entre estos dos límites existe una zona más o menos amplia, según las particularidades de la base típica a que se junta en cada caso el dispositivo amplificador.

La captación de los diversos momentos de la tentativa con base en -- el desarrollo parcial o total que ha alcanzado el comportamiento -- del agente dirigido a la ejecución del delito ha dado lugar a esta distinción entre la tentativa incompleta y la tentativa acabada, ad virtiendo que así como los delitos materiales o de resultado puede la conducta del sujeto integrar cualquiera de estos dos momentos de la tentativa, en los delitos de simple conducta o formales el instante de la tentativa acabada no puede captarse conceptualmente, ya que en el preciso instante en que el agente realiza el acto que integra el comportamiento típico descrito, el delito queda consumado.

Nuestro Código Penal no hace mención de estas dos tentativas, sin -- embargo al señalar las reglas que los jueces deben de tener en cuen -- ta para la imposición de la pena en los casos de tentativa, hace -- mención "... al grado en que se hubiese llegado en la ejecución -- del delito..."

Ahora bien, siendo la tentativa acabada aquella en la cual el sujeto realiza la totalidad de la conducta típica, pero no se produce -- el resultado típico y aplicado, este concepto al disparo de arma de fuego, diremos que para poder darse esta tentativa tienen que ocu--

rrir en ella todos los elementos del tipo penal, los cuales han sido estudiados anteriormente en el capítulo segundo del presente trabajo, los cuales son los siguientes: conducta, tipo, antijuridicidad y culpabilidad.

El primer elemento se da en el disparo de arma de fuego cuando el sujeto tiene como fin el lesionar el bien jurídico tutelado (aspecto interno) y en esta misma etapa pone en marcha la causalidad al seleccionar los medios que en el caso en particular será un arma y dirigir el disparo hacia un grupo de personas o una persona. En la tentativa acabada se utiliza un arma de fuego, el fin es el mismo, la conducta entonces es la misma tanto en el disparo de arma de fuego como en la tentativa acabada.

La tipicidad se da, con relación al disparo de arma de fuego, cuando el sujeto realiza la conducta que encuadra en el tipo penal descrito en el artículo 306, esto es, realiza la conducta en forma dolosa con el objeto de lesionar el bien jurídico. En la tentativa acabada el fin del sujeto es el mismo que en el disparo de arma de fuego el fin del sujeto activo es el de lesionar. Dándose por tanto el disparo como la tentativa en forma dolosa, la tentativa encuadrará su conducta en el tipo penal señalado en el artículo 12 del Código Penal en relación, según el caso con el 288 o el 302 del mismo ordenamiento. La conducta es antijurídica respecto al disparo de arma de fuego cuando, habiéndose adecuado al artículo 306, no exista una causa de justificación. Igualmente, en la tentativa acabada la conducta será antijurídica cuando, siendo típica, es decir cuando habiéndose adecuado al artículo 12 en relación con el 288 ó

302, según el caso, no exista una causa de justificación.

La culpabilidad se dará cuando el sujeto se le realiza el juicio de reproche por el injusto penal cometido y éste se encuentra con la capacidad de comprender la antijuridicidad del hecho realizado, ésta es aplicable tanto a la tentativa acabada como al disparo de arma de fuego. Por lo que podemos concluir que no puede concebirse el disparo de arma de fuego sobre una persona o un grupo de personas, sin la intención de causarle un daño, lesiones u homicidio, llegándose a la conclusión que el disparo de arma de fuego no es si no una tentativa acabada de homicidio o de lesiones, cuyo elemento subjetivo consiste en querer causar lesiones u homicidio.

CONCLUSIONES

Una vez realizado el análisis de los elementos constitutivos del tipo penal denominado disparo de arma de fuego y entendiendo al delito como toda conducta típica, antijurídica y culpable. Desprendiéndose del primer elemento, que el sujeto activo de este delito tiene como voluntad final el de ocasionar una alteración a la integridad corporal de un sujeto, ya sea por medio de las lesiones o privándolo de la vida; seleccionando para lograr este fin un arma de fuego, para posteriormente poner en marcha la causalidad; en relación al segundo elemento se puede observar, que es un tipo eminentemente doloso (querer y conocer), siendo la intención primordial que tiene el sujeto activo al disparar un arma de fuego es con el fin de alcanzar un resultado, que no puede ser otro que el de matar o lesionar, ya que si no existiera este propósito, sería irrelevante, el dirigir el disparo a un grupo de personas como lo estatuye el mismo Código Penal. Ahora bien en relación con la antijuridicidad, ésta va a presentarse con dándose por lo tanto en el disparo de arma de fuego cuando no existe ninguna causa justificante, realizándose el disparo contra una o un grupo de personas, violando de esta forma lo establecido en la propia ley, por último, tenemos a la culpabilidad siendo ésta el juicio de reproche que se le hace, al sujeto activo por el injusto penal cometido, es decir, por la conducta, típica y antijurídica, siendo necesario para que exista, este juicio de reproche que el actor del ilícito se encuentre en condiciones psíquicas y biológicas, asimismo que sea capaz de comprender la conducta antijurídica de su conducta.

Ahora bien, se hará el juicio de reproche al sujeto activo del delito de disparo de arma de fuego, cuando reúna las características antes señaladas, esto es, que se encuentre en condiciones psíquicas y con la capacidad de comprender la conducta antijurídica que es el dirigir y disparar un arma de fuego a un grupo de personas, sin olvidar que dentro de la culpabilidad como elemento de la misma encontramos a la imputabilidad, en la cual se determina muchas veces la capacidad biológica del sujeto activo.

Por otra parte, vemos que se pueden presentar en cada uno de los elementos formativos del delito, las ausencias, de cada uno de ellos o mejor llamado aspecto negativo de los elementos del tipo. Y así tenemos que no habrá conducta en el disparo de arma de fuego cuando el sujeto actúe, bajo un estado hipnótico, o en su estado de sonambulismo, así como también cuando actúa por medio de movimientos reflejos, en los cuales podemos decir que no existe una voluntad realizadora de llevar a cabo una conducta determinada y mucho menos de tener un fin para ello; por otra parte en relación con el tipo, podemos decir que se dará dentro de éste la ausencia de dolo cuando el sujeto tenga un conocimiento falso, de los elementos requeridos por el tipo objetivo, siendo en el caso concreto los que señala el disparo de arma de fuego, siendo éstos que el sujeto activo dispare a una persona o grupo de personas un arma de fuego; asimismo habrá ausencia de tipo cuando no se integren los elementos descritos por el mismo, pudiendo existir también la ausencia de tipicidad, entendida ésta como la adecuación de la conducta al tipo y por lo tanto desaparecerá, cuando aun estando el tipo debidamente descrito, pero la conducta realizada por el suje-

to activo no encuadra en este tipo legal. En lo que se refiere a la antijuridicidad, se presentará la ausencia de la misma cuando el sujeto activo se encuentre bajo un estado de necesidad justificante o bajo las causales de justificación; presentándose en el caso concreto, como causas de justificación la legítima defensa, el cumplimiento de un deber ya que en éstas el sujeto activo actúa amparado por la ley.

Por último, no se podrá realizar el juicio de reproche por el injusto penal cometido, cuando el sujeto activo del delito a comento, sea un inimputable, o se encuentre disminuido de sus facultades mentales, esto es, que esté incapacitado para comprender la antijuridicidad de su conducta o que su ámbito de autodeterminación no se encuentren por debajo de un umbral mínimo, existiendo como causas excluyentes de la culpabilidad en el disparo de arma de fuego el error de prohibición y la obediencia jerárquica, de igual forma puede presentarse el estado de necesidad exculpante.

Determinadas las características de los elementos formativos del delito de disparo de arma de fuego, podemos decir que dadas las peculiaridades que se observan del mismo no podemos hablar de un delito autónomo, sino más bien de un medio, para alcanzar una finalidad propuesta por el sujeto activo de este delito, la cual se puede observar desde la conducta cuando el sujeto se propone como fin, el de causar un menoscabo en la integridad de las personas a quienes es dirigido el disparo, y al efectuar esta conducta con la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste, siendo éstos el de disparar una arma de

fuego a una persona o grupo de éstas, sin encontrarse bajo una -- causa de justificación y con la capacidad de comprender lo antijurídico de su conducta, sin encontrarse tampoco reducido su ámbito de autodeterminación por lo que no se puede considerar al disparo de arma de fuego como un delito independiente, sino absorbido por el delito de lesiones o homicidio.

Esta absorción del disparo de arma de fuego, por los delitos antes señalados se debe a que el daño que representa el delito a comento es menos grave que el descrito por los tipos de lesiones y homicidio toda vez que el fin último del actor al disparar una arma de fuego contra alguien, es el de lesionar o privar de la vida a quien se dirige el disparo, como se ha señalado con anterioridad, ésta es una peligrosidad aun mayor, que el solo hecho de disparar una arma de fuego; por lo tanto atendiendo al principio de subsidiaridad el cual reza que cuando una ley o disposición legal tiene carácter subsidiario respecto de otra, la aplicabilidad de éste excluye la aplicación de aquélla y siendo que el disparo de arma de fuego como lo contempla el Código Penal, representa un peligro mínimo en relación con el que efectivamente se alcanza, esto en razón a que la voluntad final del sujeto activo es la de causar un daño más -- grave, como el que ya se ha señalado que es el de lesionar o privar de la vida, por lo tanto se hace innecesario, que se tipifique esa conducta delictiva debiendo de ser subsimida, por las razones antes expuestas al delito de lesiones, homicidio o las tentativas de ambos.

Ahora bien, con la aplicación y penalización de este tipo penal --

denominado disparo de arma de fuego, se viola en forma contundente los principios generales de derecho contemplados en nuestra Carta Magna, y en forma específica el contemplado en el artículo 23 - en el que se señala que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito. Por lo que podemos decir que es un error de tipificación de este tipo delictivo, ya que va en contra de lo establecido por la misma Constitución; ya que al imponer una pena por el disparo de arma de fuego y otra al mismo sujeto por las lesiones, homicidio o la tentativa de éstos se estaría condenando a este sujeto dos veces por el mismo delito; por lo que se debe considerar por lo tanto el disparo solo como un medio para ocasionar las lesiones o privar de la vida a quien se dirige éste, atendiendo -- siempre para llegar a esta reflexión al fin que tiene el sujeto activo del delito en cuestión y así subsimir el disparo de arma de fuego a los delitos ya mencionados con antelación.

En otro orden de ideas consideramos que dada la redacción del precepto legal disparo de arma de fuego y al no admitir esa figura delictiva sino la forma dolosa solamente, y el dolo existe cuando se quiere y se acepta el resultado, atendiendo a un criterio finalista podemos decir que cuando un individuo dispara una arma de fuego sobre una persona, tiene que ser con el fin de obtener un resultado, no siendo otro que el de matar o lesionar, presentándose por lo -- tanto la tentativa acabada de lesiones o la tentativa acabada de -- homicidio.

Entendiendo como tentativa acabada cuando un sujeto no obstante -- haber concluido de realizar los actos necesarios para cubrir la ba

se típica del concreto delito, no lo ha logrado debido a circunstancias ajenas a su voluntad y siendo que en el disparo de arma de fuego se dan todos estos actos encaminados para el fin determinado de lesionar y alcanzar un resultado, no podemos hablar de un delito autónomo sino de una tentativa de homicidio o lesiones cuando el resultado no es alcanzado al dirigir el disparo.

Por último, podemos decir que el legislador del Código de 1931, sancionaba el disparo hecho sobre alguna persona, independientemente de la pena que le corresponda por el daño causado, ya que sólo quiso castigar la peligrosidad que implica toda agresión por medio de un disparo de arma de fuego; y cuando dicho 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, pero cuando sólo resultan lesiones, debe aplicarse tanto la pena que corresponde al daño causado, como la del delito de disparo de arma de fuego. A este respecto podemos decir que si bien es cierto que se puede considerar como un medio también lo que es que no se puede descartar la idea de considerar que este tipo penal requiera de un reproche más drástico por su peligrosidad e intencionalidad, ya sea el delito de lesiones o el delito de homicidio, ya que en los dos es un mal mayor que el simple hecho de disparar solo un arma de fuego.

En otro orden de ideas, podemos contemplar que existen Códigos Penales de diferentes estados de la República Mexicana que contemplan esta figura delictiva, bajo los siguientes términos:

La legislación de Querétaro, conforme a su artículo 276, el dispa

ro de arma de fuego constituye un delito destacado que debe de sancionarse según el mismo establece, hasta con dos años de prisión y multa hasta de cien pesos, sin perjuicio de la pena que le correspondía, si se causa algún daño.

El Código de Guanajuato, contempla este delito en forma autónoma y destacada, por lo que señala que dicho delito no puede ser subsumido por el de lesiones, y menos en el caso especial de homicidio.

En la legislación de San Luis Potosí, en su artículo 325, establece el delito de disparo de arma de fuego de una manera distinta e independiente de cualquier otro delito, y lo sanciona sin tomar en cuenta si hubo tentativa punible de homicidio.

De lo anteriormente señalado podemos decir que aún cuando se ha demostrado a través del presente trabajo en base al análisis de los elementos constitutivos del delito de disparo de arma de fuego, -- que no puede constituir un delito autónomo, ya que el individuo -- sólo emplea este delito como un medio para alcanzar su fin propuesto que es el de lesionar o privar de la vida o al verse impedido -- para realizar tal fin por causas ajenas a su voluntad se presenta la tentativa y si logra el resultado, este delito debe de ser subsumido, por el delito más relevante que en el caso concreto es el homicidio o las lesiones; por lo que la tipificación de este delito es innecesaria e irrelevante.

BIBLIOGRAFIA

- ALMARAZ, José. Algunos Errores de la Legislación Penal. Ed. Porrúa México, 1968.
- BACIGALUPO, Enrique. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Astrea. Buenos Aires 1978.
- BELING, Ernst. Esquema del Derecho Penal. La doctrina del delito. Ed. Depalma, Buenos Aires 1944.
- CARNELUTTI. Teoría General del Delito. Ed. Jurídicas Europa-Americana. Buenos Aires Argentina 1964.
- CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Ed. Temis, Bogotá 1971
- CASTRO RAMÍREZ, Manuel. Derecho Salvadoreño. Ed. Porrúa, México, 1981.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa, México 1981.
- CENICEROS, José Angel y Garrido Luis. La Ley Penal Mexicana. Ed. Mexicana, México 1934.
- CUELLO CALON Eugenio. Derecho Penal, Tomo I. Ed. Bosch, - Barcelona España, 1976.
- DIAZ PALOS, Fernando. Teoría General de la Imputabilidad. Ed. Musch Barcelona 1965.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Ed. Driskit, S.A. Buenos Aires 1968.
- FERNANDEZ DOBLADO, Luis. Culpabilidad y Error. Ed. Aguilar, España 1976.
- FRANC. Philosophis du Droit Penal. Bruselas 1964.

- FRUSALI. Tratado de Derecho Penal. Ed. Jurídicas Europa-Americana Buenos Aires Argentina 1970.
- GAROFALO, Rafael. La Criminología. Ed. Rius, Madrid 1976.
- GOMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal. Ed. Losada, Buenos Aires 1940.
- GRAF ZU DOHNA, Alexander. La Estructura de la Teoría del Delito. Ed. Jurídica Mexicana, México 1959.
- HAPPEL. El Derecho Penal y su Aplicación. Ed. Depalma, Buenos Aires 1960.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. 5a. Edición. Ed. Sudamericana. Buenos Aires, 1978.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México 1978.
- LENT. Derecho Penal. Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1968.
- LUNRBUSCH. Des generien in Deutchalid Quiltingen peinliche. Milán 1854.
- LIZT, Franza. Tratado de Derecho Penal. Ed. Reus, Madrid - 1926 - 1929.
- MAYER MAX, Ernesto. Tratado de Derecho Penal, Ed. CED. Buenos Aires 1950.
- MALAMUD GOTI, Jaime. La Estructura Penal de la Culpa. Ed. - Mir Barcelona 1964.
- MEZGER, Edmundo. Derecho Penal. Ed. Editor y Distribuidor, 1945.
- MUÑOZ, Ramón Roberto. Teoría de la Culpabilidad (tesis -- profesional).

- MERKEL. Tratado de Derecho Penal. Pessina Elementos del Derecho Penal Tomo II. Ed. de Palma. Buenos Aires, 1975.
- ≡ BECO, José. Proyecto del Código Penal, La Plata 1942.
- PORTE PETIT, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. Ed. Porrúa México 1978.
- ROCCO. La Tentativa. Ed. Busch, Barcelona 1972.
- ROMAGNOSI, Giovanni, Dominicio Genesi del Diritto penale, - Milán 1857.
- ROSSI. Tratado de derecho penal. (trad. al español de Cayetano Cortés, 3a. Ed. Madrid 1883.
- ROXIN, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal. Ed. Busch. Barcelona 1972.
- SALDAÑA, Quintiliano, Tratado de Derecho Penal. de Litz tomo III. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, tomo III, Ed. - Busch, Buenos Aires 1956.
- WELZEL, Hans. El Nuevo Derecho Penal, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1971.
- WELZEL, Hans. La Teoría de la acción finalista, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1952.
- WEBER, Hellmuth, Estructuración del Sistema de Derecho Penal, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1985.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Teoría del Delito. Ed. EDIAR, Buenos Aires 1973.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Ed. CED, México 1985.

LEGISLACION CONSULTADA

- México, Código Penal para el Distrito Federal (1929), - Delitos contra la integridad y la vida. Porrúa, México - 1990.
- México, Código Penal para el Distrito Federal. Delitos - contra la integridad y la vida, Porrúa, México 1992.
- México, Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativa al delito de disparo de arma de fuego.