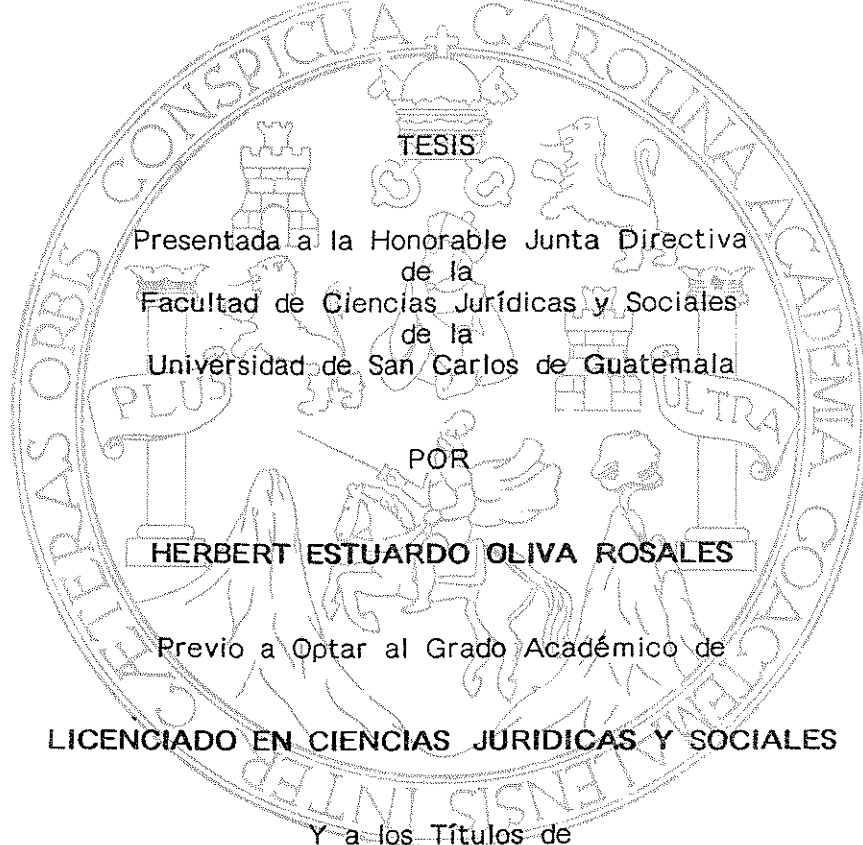


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

LA INOPERANCIA DEL DISPARO DE ARMA DE FUEGO
COMO TIPO PENAL



ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Enero de 1996



4
3096)
4

**JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
VOCAL I	Lic. Luis César López Permouth
VOCAL II	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL III	Lic. Roosevelt Guevara Padilla
VOCAL IV	Br. Edgar Orlando Najarro Vásquez
VOCAL V	Br. Carlos Leonel Rodríguez Flores
SECRETARIO	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

DECANO (en funciones)	Lic. Rafael Godínez Bolaños
EXAMINADOR	Lic. Hugo Roberto Jáuregui
EXAMINADOR	Lic. Carlos Urbina Mejía
EXAMINADOR	Lic. Jorge Mario Álvarez Quirós
SECRETARIO	Lic. José Amílcar Velásquez Zárate

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis" (Arto 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis)



Carlos Estuardo Gálvez Barrios

ESPECIALISTA EN CIENCIAS PENALES

7a. Avenida 5-10, Zona 4 Torre II

Centro Financiero 6o. Piso Of. 2

Teléfono: 320748



Ciudad Universitaria,
2 de Noviembre de 1995.

4221-95

Señor
Señor Decano
Señor Francisco Flores Juárez
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Carlos de Guatemala
Ciudad de Guatemala
Cuarto de Despacho.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA

6 NOV. 1995

RECIBIDO 20

Area: La Minuta
OFICIAL

Señor Decano:

Por este medio me dirijo a usted, con el objeto de informarle en cumplimiento de la resolución que se me transcribiera oportunamente, he procedido a prestar asesoría para la realización del trabajo de tesis denominado: "LA INOPERANCIA DEL ARMA DE ARMA DE FUEGO COMO TIPO PENAL", el cual fue elaborado por el Bachiller HERBERT ESTUARDO OLIVA ROSALES.

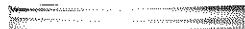
El suscrito estima Señor Decano, que el trabajo realizado por el Bachiller OLIVA ROSALES, constituye un interesante aporte a la bibliografía que en nuestro medio existe sobre el tema, además de haberse efectuado un análisis técnico y profundo sobre el mismo. A través del cual se puede advertir que, efectivamente y así como lo expone el sustentante, el tipo penal del Disparo de Arma de Fuego, tal y como se encuentra tipificado, puede constituir en la mayoría de los casos, una tentativa de un tipo penal de mayor gravedad, en virtud de lo cual estimo Señor Decano, que el trabajo que en esta oportunidad se presenta, tiene un gran valor para posteriores análisis sobre el tema.

El Bachiller "OLIVA ROSALES", ha utilizado los recursos bibliográficos y de investigación necesarios para llevar a cabo el trabajo, en virtud de lo cual estimo Señor Decano, que el trabajo debe aprobarse y servir de base al examen público del mismo.

Sin otro particular, me suscribo muy atentamente.

"DID Y ENSEÑAR A TODOS"

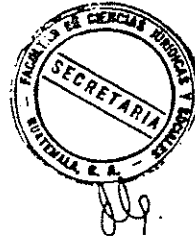
Lic. Carlos Estuardo Gálvez Barrios.
Asesor.



CIUDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Universidad, Zona 12
Ciudad, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, seis de noviembre de mil novecientos noventa y
cinco. -----

Atentamente pase al Lic. CESAR AUGUSTO MORALES MORALES, -
para que proceda a revisar el trabajo de tesis del Bachi-
llero HERBERT ESTUARDO OLIVA ROSALES y en su oportunidad -
emita el dictamen correspondiente. -----

[Handwritten signature]
[Handwritten signature]
alht

DECANATO SECRETARIA

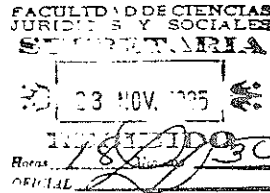




4444-95

Guatemala, 21 de noviembre de 1995.

Señor Decano
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria



Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a su persona con el objeto de manifestarle que
que revisé el trabajo de tesis del Bachiller HERBERT ESTUARDO OLIVA ROSALES,
y el cual se denomina LA INOPERANCIA DEL DISPARO DE ARMA DE FUEGO COMO TIPO
PENAL.-

El trabajo de tesis fué asesorado por el Licenciado Carlos Estuardo
Gálvez Barrios, quien indicó las técnicas sobre la investigación y la
bibliografía adecuada, y en esa forma se llenaron los requisitos necesarios
para que el Bachiller OLIVA ROSALES, sustente su examen público de tesis, y en
consecuencia manifiesto que puede ser expuesto ante la terna examinadora.-

Sin otro particular, me es grato suscribirme del señor Decano, como su
atento servidor.

ID Y ENSEÑAD A TODOS

Lic. César Augusto Morales M.

Revisor

ACTO QUE DEDICO

A DIOS, JEHOVA:

Por su INFINITO AMOR, LUZ Y BENDICION.-

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Por darme la oportunidad del Estudio y del Saber
en sus aulas.-

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:

Por haberme formado y preparado en la noble
CARRERA DEL DERECHO.-

A MI ESPOSA:

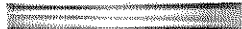
Leyla Nassar de Oliva, por su amor,
sabios consejos y enorme apoyo dado en toda mi
Carrera Universitaria.-

A TODOS EN GENERAL:

Por Su AMISTAD SINCERA .-

INDICE

	PAG.
Introducción	i
CAPITULO I	
"EL DELITO"	
1. Antecedentes Históricos	1
2. Definición de El Delito	2
3. Elementos del Delito	4
3.1 La Conducta Humana	4
3.1.1 Aspecto Interno y Externo de La Conducta.....	7
3.2 Los Elementos Especificos del Delito	8
3.2.1 El Tipo Penal y la Tipicidad	8
3.2.2 La Antijuricidad	11
3.2.3 La Culpabilidad	12
4. La Clasificación de los Delitos	15
4.1 Clasificación General	15
4.2 Por el Grado de Voluntariedad	15
4.3 Por el Alcance Obtenido en su Iter Criminis	16
4.4 Por el Bien Jurídico Tutelado	17
4.5 Otro Criterio de Clasificación	17
5. El Bien Jurídico	19
5.1 Lesión y Peligro del Bien Jurídico	20
5.2 La Mutación Física en el Bien Jurídico	20
6. Otros Conceptos Relacionados con el Delito	21
7. EL DOLO (Como Forma de Culpabilidad)	22
7.1 Elemento Intelectual o Cognitivo del Dolo	22



7.2 Elemento Volitivo del Dolo	23
8. Estructura del Dolo	23
8.1 Dolo Directo	24
8.2 Dolo Eventual	24
9. Distintas Teorías Sobre EL DOLO EVENTUAL	25
9.1 Teoría del Asentimiento	25
9.2 Teoría de La Probalidad	26
9.3 Teoría Moderna	26
10. Previsión de La Causalidad y Resultado	27

CAPITULO II

"EL ITER CRIMINIS"

1. El Iter Criminis	30
1.1 Fase Interna del Iter Criminis	30
1.2 Fase Externa del Iter Criminis	31
2. Formas de Aparición del Delito	33
2.1 Forma Imperfecta de Ejecución "LA TENTATIVA".....	33
2.2 Comienzo de la Tentativa	34
2.3 Definición de LA TENTATIVA	35
3. La Naturaleza Jurídica de LA TENTATIVA	36
4. Clases de TENTATIVA	36
4.1 Criterio Legal	36
4.2 Criterio Doctrinal	36
5. La Idoneidad	38
5.1 La Idoneidad en la ACCION	38
5.2 La Idoneidad en Los Medios Utilizados	38
5.3 La Idoneidad en el Objeto que Soporta la Acción ..	38

6. Fundamento de la Punición de la TENTATIVA	38
7. El DOLO en la TENTATIVA	39
8. La Afectación del Bien Jurídico en LA TENTATIVA	40
9. Los Elementos de LA TENTATIVA	41
9.1 El tipo Objetivo	42
9.2 El tipo Subjetivo	43

CAPITULO III

"EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO"

1. Aspectos Sobre EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO	46
2. El Disparo de Arma de Fuego (DEFINICION)	48
3. Ubicación Legal y Doctrinal del Tipo Penal de Disparo de Arma de Fuego	49
4. El Disparo de Arma de Fuego Como TIPO DOLOSO	50
5. EL DOLO en el Delito de Disparo de Arma de Fuego	50
6. La Conducta en el Delito de Disparo de Arma de Fuego..	52
6.1 Aspecto Interno de la Conducta	52
6.2 Aspecto Externo de la Conducta.....	52
7. El Medio Físico Utilizado en La Acción de Disparo	53
8. La Dirección a la que se dirige La Acción de Disparo..	54
9. El Bien Jurídico Protegido en el Tipo de Disparo de Arma de Fuego.....	54
10. La Acción y Resultado	56
11. El Iter Criminis del Disparo de Arma de Fuego	56
11.1 Fase Interna	56
11.2 Fase Externa	58
12. El Disparo de Arma de Fuego Como TENTATIVA	60

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

13. La Punición del Disparo de Arma de Fuego Como Acción en Grado de Tentativa	61
14. Del CARACTER SUBSIDIARIO Del Tipo de Disparo De Arma de Fuego	63
15. El Disparo de Arma de Fuego "UN PREMIO EN BENEFICIO DE AUTORES DE ATENTADOS GRAVISIMOS".....	65
CONCLUSIONES	67
BIBLIOGRAFIA	71

INTRODUCCION

¿CONSTITUYE EL DELITO DE DISPARO DE ARMA DE FUEGO, UN TIPO PENAL CON OPERANCIA Y SUFICIENTE AUTONOMIA?, tal interrogante es la fuente de motivación y eje fundamental del presente trabajo de investigación de TESIS, por medio de la cual se instaló en mi mente la IDEA CENTRAL para desarrollarla y de esta forma poder encontrarle una respuesta y solución a dicha interrogante que se ha convertido en una verdadera problemática.- Con el correr de los años, prestigiados tratadistas y estudiosos del Derecho Penal, de la talla del Profesor Jiménez de Asúa y Jiménez Huerta, han venido refiriéndose en cuanto a dicha problemática, cuestionándose en sí la acción de DISPARAR ARMA DE FUEGO hecha en contra de una persona, constituye un delito independiente con suficiente operancia como tal, o por el contrario constituye únicamente una forma de TENTATIVA de otros delitos de mayor punición, como el caso del Homicidio, Lesiones de distinta Gravedad, pero nunca un tipo penal autónomo, pero sin que hasta hoy, hayan podido encontrarle una respuesta y solución mediante una investigación de esta naturaleza y que el caso amerita, lo cual indudablemente ha originado una PROBLEMATICA jurídico-penal, pues al estar siendo considerada dicha acción como un delito autónomo, se ha abierto un portillo por donde se escapan gran parte de las conductas de alta peligrosidad, las cuales requieren de mayor drasticidad en su pena.- Es por cuanto a ello, que se da una enorme necesidad de encontrar una respuesta a aquella interrogante y de esta

forma proponer una solución a tal conflicto existente hasta hoy, siendo tal situación el motivo por el cual existe de mi parte la fuerte intención en desarrollar el presente trabajo de Tesis y poder encontrarle una respuesta y solución científica.-

La presente investigación se hará desde el punto de vista del "ITER CRIMINIS DEL DELITO DE DISPARO DE ARMA DE FUEGO", con el propósito de poderlo analizar en todo su recorrido, desde su inicio hasta su última fase, intentando encontrar en tal estudio los elementos idóneos y necesarios para poder culminar en mi posición de que dicho tipo penal carece de autonomía propia y es inoperante.-

El desarrollo del presente trabajo, se ha dividido para su mayor comprensión y análisis en tres capítulos, siendo estos:

El CAPITULO I, en donde se estudiará el "DELITO" desde un aspecto eminentemente general, así como doctrinas, criterios y conceptos relacionados con dicho tópico.-

El CAPITULO II, en donde se estudiará "EL ITER CRIMINIS" y LA TENTATIVA como forma imperfecta de ejecución del Delito, temas que por sí mismos indican la necesidad de ser referidos y estudiados en el presente trabajo.-

Con los dos anteriores capítulos, intento crear la atmósfera adecuada para poder profundizar ya con una base científica idónea en el tercer y último, relativo al tema central del presente trabajo, "EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO", en donde estudiaré en forma detenida todo lo relativo a este tipo

penal, para poder concluir en mi posición relativa a que dicho tipo penal no constituye un delito independiente, autónomo y operante, sino que por el contrario es únicamente una forma de TENTATIVA de otro delito de mayor punición, como Homicidio, Lesiones, etc.-

EL AUTOR

CAPITULO I

"EL DELITO"

1. ANTECEDENTES HISTORICOS

Sin ánimo de profundizar sobre el tema de mérito, pues no es esa la atención central de mi tema en esta investigación, sólo me limitaré a efecto de dar mayor entendimiento a mencionar sobre el presente capítulo que trata del delito en su concepción general, a dar algunos antecedentes de carácter histórico, estos son los que a continuación detallo: Con el devenir de los siglos, desde los tiempos más inmemoriales, el concepto **DELITO**, ha venido siendo utilizado y mencionado en un sin fin de formas y con distintos significados, desde los más simples hasta los más complejos (en nuestros días); de forma y como punto de partida, tomaré LA EPOCA DEL IMPERIO ROMANO, en la primegenia Roma, en donde ya se hablaba de los términos Noxa o Noxia, lo que significaban "DANO"; tal concepto fue también utilizado en el Derecho Romano por contraposición "Crimen" para designar los "delicta Privata" y no se encuentra hasta los Digestos de Justiniano y aún así no apareció nunca la expresión "Delictum Publicum"¹. Ya en la Culta Roma fue utilizado para identificar a la ACCION PENAL los términos "Flagitum, Scelus, Facinus, Crimen, Delictum, Fraus", entre otros, teniendo mayor aceptación hasta la Edad Media, los términos "Crimen y Delictum", el Primero para identificar a las infracciones o delitos revestidos de mayor gravedad y castigados con mayor pena y el segundo para señalar una

¹. "Derecho Penal Español" Parte General, Séptima Edición. Rodríguez Devesa, José María. Pag.326.

infracción de menor gravedad y con menor pena.²

En síntesis puedo decir que el concepto DELITO, procede de DELICTIUM, el cual significa: "ABANDONAR LO PRESCRITO POR LA LEY, ESTO ES: DELINQUERE"³.

2. DEFINICION DEL DELITO

En la medida que LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL ha venido sufriendo cambios, asimismo se han originado distintas definiciones del concepto EL DELITO, de conformidad con las Distintas Escuelas y corrientes Doctrinales, así han sido las distintas acepciones en relación a este concepto, por lo que me estaré limitando en la presente investigación de Tesis a hacer referencia, a las acepciones relativas de EL DELITO más actualizadas con las corrientes modernas de hoy:

Así tenemos: El prestigiado tratadista de Derecho Penal, el Maestro Rodríguez Devesa, define EL DELITO así: "El delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena"⁴.

Enrique Bacigalupo, define EL DELITO así: "El delito es una acción típica, antijurídica y culpable", definición, a la que dicho tratadista le da el carácter de JURIDICO"⁵.

El Maestro Jiménez de Asúa, lo define así: "El delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que

2. "Curso de Derecho Penal Guatemalteco", Parte General, Pág. 121/122. De León Velasco, Héctor y de Mata Vela, José.
3. Op. Cit. Pág. 122.-
4. Op. Cit. Rodríguez Devesa, José María. Pág. 327.
5. Lineamientos de la Teoría del Delito", 2a. Edición. Bacigalupo Enrique. Pág. 139.-

se haya conminado con una pena o en ciertos casos con determinada Medida de Seguridad en reemplazo de ella"⁶

Por último el Tratadista Jorge Alfonso Palacios Motta, lo define así: "El delito es un acto del hombre (positivo o negativo), legalmente típico, antijurídico, culpable, imputable a un sujeto responsable, en ocasiones previa determinación de condiciones objetivas de punibilidad y al cual se le impone una pena y/o una medida de seguridad"⁷.

De las anteriores definiciones, me apego a la definición del Tratadista Bacigalupo, por considerarla sencilla, comprensible y acorde a las doctrinas modernas, en las que se le atribuye al DELITO, únicamente un Elemento Genérico: Que es la conducta o acción humana y tres elementos específicos, que son: Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, por lo que considero atinado que con dichos elementos sea suficiente para dar una definición jurídica de lo que es el concepto del DELITO.

En cuanto a las anteriores definiciones del concepto del DELITO, tomando en cuenta los elementos que lo conforman, defino de la siguiente forma dicho concepto: "Conducta o Acción Humana, Típica, contraria a la norma Jurídica Penal, no justificada por ella, que ocasiona **PERTURBACION SOCIAL**, siendo por lo tanto atribuible o atribuida a uno o más sujetos que tengan la calidad de responsables o culpables y que por lo tanto si le pueda ser reprochada". (Definición del

-
6. Citado por De León Velasco, Héctor y De Mata Vela, José. Op. Cit. Pag. 139.
7. Citado por De León Velasco, Héctor y De Mata Vela, José. Op. Cit. Pag. 146.

Autor de la presente Tesis).

Con base a lo anterior, es que podemos fácilmente encontrar en EL DELITO, la existencia de 3 elementos específicos y 1 elemento Genérico, siendo estos:

Elemento Genérico: Lo constituye la conducta Humana.

Elementos Específicos: Tipicidad

Antijuridicidad

Culpabilidad.

En relación a estos elementos específicos, los dos primeros se refieren al hecho mismo de la conducta o acción, y el tercero, o sea la Culpabilidad va referido al autor: Que debe ser Culpable. Por esto es que en la actualidad se habla de una Concepción "Tripartita", en relación a los 3 elementos de orden específico que hemos mencionado, concepción a la que me adhiero para los efectos de la presente investigación. En cuanto al elemento de carácter Genérico, LA CONDUCTA HUMANA, a mi criterio equivale también a lo que se denomina como ACCION, por lo que durante el desarrollo del presente trabajo, estaré utilizando dichos conceptos de manera indistinta y como sinónimos.

3. LOS ELEMENTOS DEL DELITO

3.1 LA CONDUCTA HUMANA

Ya me he referido en relación a este elemento, diciendo que constituye el Elemento Genérico del Delito, y a continuación estaré desarrollando en una forma más detenida.

Para iniciar, traigo a mención el principio jurídico "NULLUM CRIMEN SINE CONDUCTA", o lo que es lo mismo, NO HAY CRIMEN O DELITO SI NO HAY CONDUCTA, principio elemental de nuestro Derecho, que constituye una garantía jurídica

Universal, el cual de ser rechazado, el Delito podría ser cualquier cosa abarcando la posibilidad de penalisarse incluso el pensamiento, la forma de ser, las características personales, etc., lo cual sería una aberración jurídica, por lo que debe ser la conducta la base del delito como ineludible Carácter Genérico del mismo, constituyéndose de esta forma sin lugar a dudas en la posición angular en la Teoría del Injusto.

Con estas ideas esgrimadas, queda más que evidenciada la necesidad e importancia de entrar a prima fase sobre este elemento de El Delito, para poderlo comprender desde un punto base, con intención de analizarla y extraer de ella los aspectos que más adelante servirán de soporte y bastión para ayudar a mi hipótesis, eje de la presente investigación de Tesis.

La Conducta, es un hecho realizado por el Hombre ya sea de manera voluntaria o involuntaria, pero la que nos interesa analizar, es aquella clase de CONDUCTA HUMANA que ocasiona al orden normativo y jurídico, perturbaciones de orden social, es decir contraria a Derecho, aunque hay tratadistas que sostienen que únicamente puede ser de orden VOLUNTARIO la conducta, yo no comparto este criterio, por cuanto como se verá más adelante, hay conductas o acciones que perturban el orden social, que no llevan implícitas LA VOLUNTARIEDAD, para el efecto tenemos, de aquel que es coaccionado por un Tercero que obliga a realizar una acción contraria a la norma del deber ser, podremos evidenciar que aquí aunque no hay VOLUNTAD, si puede existir una Conducta Típica.

Debo dejar claro, que para la presente investigación, me estaré limitando a tratar únicamente la conducta o acción de voluntad, debido a que la naturaleza del delito que cuestiono, el Disparo de Arma de Fuego, constituye esta clase de Conducta o Acción. En relación a este tema, el Tratadista Eugenio Raúl Zaffaroni⁸ afirma que toda conducta (voluntaria) lleva VOLUNTAD Y DESEO, condiciones que distingue de la siguiente manera:

Voluntad: Es el querer activo, el querer cambiar algo; el que quiere tiene la voluntad, se mueve hacia el resultado y hace lo posible para conseguirlo.

Deseo: Es la parte pasiva, no se pone en movimiento para cambiar nada; el que desea sólo espera el resultado del cual se alegrará si dicho resultado sobreviene.

A base de esto, el Tratadista Zaffaroni, afirma que puede existir VOLUNTAD sin DESEO y DESEO sin VOLUNTAD, afirmación que comparto, y para tal efecto hago el siguiente ejemplo explicativo:

- a) Alguien tiene la VOLUNTAD de disparar arma de fuego contra alguien pero no tiene el deseo de herirle o darle muerte, lo que prevee y dirige tal disparo hacia otro punto.
- b) Por el contrario alguien tiene la voluntad de disparar arma de fuego contra alguien, y tiene el deseo de darle y provocarle heridas o incluso la muerte, por lo que dirige su disparo hacia él.

⁸. "Manual de Derecho Penal" Parte General. Tercera Edición. Pag. 276. Zaffaroni, Eugenio.

- c) Alguien sólo desea darle muerte o herir a otra persona, pero no tiene la Voluntad de tomar un arma de fuego y hacerlo, por lo que no lo hace.

En tal virtud se ha dicho en la Doctrina Penal, que la voluntad implica siempre una Finalidad, es decir un querer cambiar algo, una mutación en algo, pues no se puede concebir que haya una voluntad para nada, siempre la voluntad tiene un propósito, que es la finalidad, por lo que podemos en síntesis inferir que Voluntad es Finalidad.

Con base a esto, puedo concluir que es inconcebible la idea que La Conducta puede existir sin voluntad (me refiero a la conducta voluntaria) y siendo la voluntad finalidad, se hace evidente entonces que toda conducta requiere siempre finalidad.

"Quien dispara arma de fuego contra alguien, persigue un fin..."

3.1.1 ASPECTOS INTERNO Y EXTERNO DE LA CONDUCTA

a) ASPECTO INTERNO

La proposición de un fin o la selección de los medios a utilizar para su obtención, constituyen el aspecto interno de la conducta. Siempre que nos proponemos un fin, retrocedemos mentalmente desde la representación del fin, para seleccionar los medios con los que se ponga en marcha la CAUSALIDAD, para que se produzca el resultado deseado o querido. En esta selección no podemos menos que presentarnos también los resultados posibles que pueden sobrevenir. Terminada esta etapa o aspecto interno en la conducta del individuo, se pasa al aspecto externo de dicha conducta, que lo constituye su

materialización y puesta en marcha de la Causalidad.

b) ASPECTO EXTERNO

Aquí se pone ya en avance la Causalidad, y se busca la producción del resultado que se persigue o que por lo menos se pudo haber representado y tenido como posible, lo que no detiene la marcha en su acción y la dirige al mismo.

En conclusión a esto, puedo afirmar que el aspecto interno de conducta y el externo, es lo que sirve de límite y fundamento para las dos fases del recorrido que hace "El Delito" denominado Iter Criminis, y que estaré analizando en el próximo capítulo, siendo por lo tanto el elemento genérico de la CONDUCTA, la base de todas las formas de tipos penales existentes y lo que el legislador debe considerar para la individualización de las distintas prohibiciones penales que realizan.

Con base en esto, puedo realizar atendiendo al modo de la conducta los tipos penales en dos grandes clases:

TIPOS DOLOSOS Y TIPOS CULPOSOS, de los que nos interesa los primeros, por la naturaleza del Delito que trato y del que hablo más adelante.

"Conducta o Acción, es aquel comportamiento evitable que el autor pudo evitar, si se hubiera motivado para no hacerlo".⁹

Un comportamiento es evitable, cuando el autor tenía la responsabilidad de dirigirlo a un fin determinado por él mismo⁹.

3.2 LOS ELEMENTOS ESPECIFICOS DEL DELITO

3.2.1 EL TIPO PENAL Y LA TIPICIDAD:

⁹. Op. Cit. Bacigalupo, Enrique.Pag.28.-

Los conceptos de tipo penal y Tipicidad , son dos términos que van íntimamente ligados, por lo que es en torno a ellos que a continuación se hablará.

a) TIPO PENAL: Tal concepto nació en el año 1906 concebido ya en forma objetiva es decir abarcando únicamente la conducta en su aspecto externo y prescindiendo de su aspecto interno.

Aspecto Objetivo: - Tipicidad
- Antijuricidad

En la década de los 30 con Welzel, se redondea el concepto de Tipo Complejo, es decir conformado por un aspecto Objetivo y uno Subjetivo, dentro del marco de una teoría del Delito con tres características: Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad (Aspecto subjetivo); Siendo ésta la idea del TIPO PENAL que hoy conocemos en nuestra época.

El tipo Penal o el famoso TATBE-STAND o Figura o modelo de un delito, como en Alemania fue denominado, se encuentra definido como: "La descripción de la Conducta Prohibida por una norma"¹⁰. A esta descripción deberá ajustarse un Hecho concreto para que pueda sostener que es típico; sólo así se podrá sostener que el hecho se subsume bajo el tipo penal que se está considerando.

El tratadista Rodríguez Devesa, lo define así: "Es el conjunto de presupuestos de una consecuencia jurídica"¹¹.

Eugenio Zaffaroni, lo define: "Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente

¹⁰. Op. Cit. Bacigalupo, Enrique. Pag. 29

¹¹. Op. Cit. Rodríguez Devesa, José María. Pag. 34

descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes, por estar penalmente prohibidas"¹²

b) LA FUNCION DEL TIPO PENAL

El tipo penal en consecuencia pertenece y lo hallamos en la propia Ley, en la Parte Especial del Código Penal y en las Leyes especiales, éste es un elemento necesario y de suma importancia, porque sin él no podríamos averiguar La Antijuricidad y la Culpabilidad de una conducta que en la mayoría de los casos resultaría sin relevancia penal alguna; por medio de éste se da una racional averiguación de la DELICTUOSIDAD de una conducta, en tal virtud podemos sintetizar que su función es La Individualización de las Conductas Humanas que se encuentran prohibidas por la Norma Penal y Leyes Especiales.

c) TIPICIDAD:

Es la característica que tiene una conducta en lo particular, de estar adecuada a un TIPO PENAL determinado, es decir la característica de estar individualizada como conducta penalmente prohibida o reprochable, por un TIPO PENAL.

Esta la encontramos en la conducta humana originada y que se da en la realidad, en el caso contrario, sin esta característica, la conducta no puede decirse que es una conducta típica. El Juez comprueba LA TIPICIDAD, comparando la conducta particular y concreta con la individualización típica, para ver si dicha conducta se adecúa o no a la misma.

¹². Op. Cit. Zafforini, Eugenio. Pag. 305

Esta faena mental es el Juicio de Tipicidad que debe realizar el Juez ante el caso concreto y el mecanismo que utiliza para encuadrarla, se le conoce como TIPIFICACION de la conducta o encuadramiento al tipo penal determinado.

3.2.2 LA ANTIJURIDICIDAD O ANTIJURICIDAD

De acuerdo a la doctrina Moderna¹³, la Antijuricidad no surge del Derecho Penal, sino de todo el orden jurídico, porque la antinormatividad puede ser neutralizada por un permiso que puede ser o provenir de cualquier parte del Derecho. La antijuricidad 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.

a) **DEFINICION:** El tratadista Bacigalupo, define tal elemento del Delito, como: "Una Ausencia de Justificación"¹⁴ y comenta al respecto, que la antijuricidad de una acción típica depende de que la realización de la acción típica no resulte amparada por una Causa o Justificación, las cuales constituyen un catálogo abierto que proporciona no sólo el Derecho Penal, sino todo el orden Jurídico Normativo (El Derecho de Retención en la Legislación Mercantil Guatemalteca, por citar un ejemplo).

b) RELACION ENTRE TIPICIDAD Y ANTIJURICIDAD

La relación entre la Tipicidad y la Antijuricidad es sumamente discutida hoy en día, pero la opinión dominante es considerar que la Tipicidad y la Antijuricidad son dos planos

¹³. Op. Cit. Zaffaroni, Eugenio. Pag. 409

¹⁴. Op. Cit. Bacigalupo, Enrique.

de análisis diferentes que no deben mezclarse; la Tipicidad por lo tanto se dice que es solamente un indicio de la Antijuricidad, es decir la comprobación de la Tipicidad no implica todavía la afirmación de la antijuridicidad del hecho, solamente un indicio de ésta. Al respecto Max Ernest Mayer, afirma que la Tipicidad es simplemente un indicio de la antijuricidad "RATIO COGNOSCENDI", toda conducta típica es un principio antijurídico, en tanto concurre una Causa de Justificación.

Es por ello que a mi criterio, con base en lo anteriormente expresado, una conducta es típica si ella se encuentra adecuada a un tipo penal y antijurídica si ella no cuenta con algún tipo de permiso o justificación en el orden normativo mismo.

3.2.3 LA CULPABILIDAD

Como se recordará, al inicio de esta exposición hice mención que el Delito se encuentra conformado por un elemento genérico y por tres elementos específicos, dos de estos referidos al hecho mismo y el último que es el que a continuación trato, la Culpabilidad, referido al autor del hecho, en cuanto a su responsabilidad en la comisión del mismo. Básicamente, para el Derecho Penal, de conformidad con la Doctrina predominante, es responsable aquel que pudo motivarse de una manera distinta a como lo hizo; o sea aquel que tuvo la posibilidad de no llevar a cabo su conducta típica y antijurídica (Ilicito Penal) y tenía además la posibilidad de comportarse conforme a la norma jurídica y sin embargo no lo hizo.

El elemento en cuestión, constituye el más apasionante estrato de La Teoría del Delito, "es la Reprochabilidad del Injusto al Autor". El tratadista Eugenio Zaffaroni, lo define así: "Una conducta típica y antijurídica es culpable cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta, porque no se motivó en la norma, haciéndole exigible en las circunstancias en que actuó que se motivase en ella, por lo que al no haberse motivado en la norma cuando podía y le era exigible que lo hiciese, el autor muestra una disposición interna al derecho"¹⁵.

a) LA ATRIBUIBILIDAD

De conformidad con las corrientes modernas, existe una postura que indica y afirma que existe una Categoría previa a la de la Culpabilidad, una categoría intermedia entre Lo Ilícito y la Culpabilidad, que permite establecer si tiene o no sentido por razones de Política Criminal, indagar sobre la responsabilidad individual del autor. A dicha categoría se le ha denominado Antribuibilidad, misma que se establece comprobando si el autor se encontraba en algunas situaciones constitutivas de las tradicionales Causas de Inculpabilidad o Excusas Absolutorias o no, ya que si el autor se halla en algunas de esas causas o excusas, por consecuencia el hecho ilícito no sería atribuido y no tendría objeto entrar a analizar sobre su Culpabilidad en el mismo.

b) DEFINICION DE CULPABILIDAD

El tratadista Bacigalupo, la define así: "Es Reprochabilidad Jurídico Penal", y se considera como Culpable a aquel que pudiendo no se ha motivado ni por el deber

¹⁵. Op. Cit. Zaffaroni, Eugenio Pag. 441.

impuesto por la norma, ni por la amenaza penal dirigida contra la infracción de la misma¹⁶.

Es de esta forma, que dicho autor, le atribuye relevancia a la posibilidad del autor de haber podido motivarse por dos situaciones:

- Por la amenaza de una sanción o pena;
- Por el propio deber de no hacerlo, que impone la misma norma;

A continuación, incluyo mi definición en relación a este tema, considerando para tal efecto, el criterio del tratadista Bacigalupo, al que desde ya me adhiero;

Actúa culpablemente, el que con arreglo al ordenamiento jurídico debió y tuvo la posibilidad de proceder de otra manera a como lo hizo, pudo abstenerse de realizar su conducta típica y antijurídica que constituye ilícito Penal, motivado por la propia norma por la amenaza de sanción incluida en ella, no obstante a todo ello, no lo hizo y ejecutó tal conducta que le es reprochable". Recordemos que de conformidad con el Principio Jurídico **NULLUM CRIMEN SINE CULPA**", es decir "No hay pena sin Culpabilidad", ya que una conducta debe ser reprochable para que sea culpable, siendo por lo tanto La Reprochabilidad lógica consecuencia de la culpabilidad y no la culpabilidad misma como lo afirman algunos autores.

c) LA NATURALEZA JURIDICA DE LA CULPABILIDAD

Es predominantemente subjetiva y sus raíces se encuentran en la idea de "La Libertad Humana", es decir que

¹⁶. Op. Cit. Bacigalupo, Enrique. Pag. 85.

la actitud psíquica del ser humano formada por motivos, decisiones de voluntad que libremente puede tomar o ha dejado de tomar dicho sujeto.

d) FORMAS DE LA CULPABILIDAD

Predominantemente encontramos: El Dolo y la Culpa, siendo la forma más grave de la culpabilidad la primera forma en mención, el Dolo, para lo cual estaré considerando en la presente investigación de Tesis, exclusivamente esta forma de la Culpabilidad, en virtud que el delito que estaré analizando a través de la misma es del TIPO DOLOSO.

4. LA CLASIFICACION DE LOS DELITOS

Los criterios de Clasificación de los Delitos hoy en día son diversos, sin embargo para efectos de mi investigación, únicamente haré mención a los siguientes:

4.1 LA CLASIFICACION MAS GENERAL

Es aquella que los clasifica en:

- a) Delitos: Los cuales son las infracciones graves a la ley Penal, los que se encuentran sancionados con Penas severas.
- b) Las faltas o Contravenciones: Son infracciones leves a la Ley Penal, a las que se les señala penas leves.

Es en cuanto a ello que entre unas y otras clases de infracciones de la Ley Penal, existe un elemento diferenciador consistente en su Gravedad y nivel de perturbación social que originan y en cuanto a la drasticidad de la pena que le es asignada.

4.2 POR EL GRADO DE VOLUNTARIEDAD(Culpabilidad)

- a) Dolosos: Nuestro Código Penal indica en su Artículo 11,

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

que delito Doloso, es cuando el resultado ha sido previsto (Dolo Directo) o cuando sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto. (Dolo Eventual)

- b) **Culposo:** Asimismo nuestra legislación penal, en su artículo 12, define a este delito de la siguiente manera: "El delito es culposo, cuando con ocasión de acciones u omisiones "Lícitas", se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. (El entrecomillado es del autor).
- c) **Preterintencional:** Aunque nuestro Código Penal no habla de él como delito, si define en su Artículo 26, numeral 6, cuando se refiere a las Circunstancias Atenuantes, lo que es Preterintencionalidad: Siendo esta el no haber tenido intención de causar daño de tanta gravedad como el que se produjo. En tal virtud es fácil formar una definición de este Delito así: "El delito es preterintencional, cuando el resultado producido es mucho más grave que el pretendido por el sujeto".

4.3 POR EL ALCANCE OBTENIDO EN SU "ITER CRIMINIS"

- a) **Delito Consumado:** Nuestro Código define a este delito en su artículo 13 así: "El delito es consumado, cuando concurren todos los elementos de su tipificación.
- b) **Delito en Grado de Tentativa:** El cual es el Delito que me interesa entrar a analizar, lo que haré en el capítulo segundo de la presente Tesis; por el momento solamente haré mención a la definición que sobre la Tentativa hace el Código Penal en su Artículo 14: "Hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se

comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente. Asimismo en el Artículo 15 del Código en referencia, hace mención de la Tentativa Imposible (Inidónea) la cual la define así: "Si la tentativa se efectuare con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza, que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible, al autor solamente quedará sujeto a medidas de Seguridad".

4.4 DE ACUERDO AL BIEN JURIDICO QUE TUTELAN

De acuerdo a la importancia que reviste para el orden normativo del Bien Jurídico que se pretende tutelar a través de la norma jurídica, nuestro Código Penal clasifica los delitos de la manera siguiente: Contra la vida y la Integridad de la Persona, contra el Honor, contra el orden jurídico familiar y contra el estado civil, contra el patrimonio, etc.

4.5 OTRO CRITERIO DE CLASIFICACION

- a) **Delitos de Lesión:** Si la acción ejecutada por el agente tiene como resultado el daño o Lesión en el Bien Jurídico Tutelado. éste será un delito de lesión, mismos en los que el tipo del injusto incorpora la destrucción del bien jurídico.
- b) **Delitos de Peligro:**
Consisten en aquellos delitos en donde la acción ejecutada por el agente no se dirige a la destrucción del Bien Jurídico o daño en él, son a la creación de un estado de peligro o probabilidad de daño en dicho Bien

Jurídico, acción en la que mayor grado exista un elemento de Incontrolabilidad en ella, así será el grado de probabilidad que contribuye a que el daño o destrucción del bien se haga una realidad.

En relación a este tipo de delitos, puedo comentar que a causa de su enorme vaguedad y enormes dificultades probatorias que ofrece al acreditar la realidad de un peligro, hace de esta forma de tipos, figuras que deben únicamente admitirse en aquellos casos en que su probabilidad de peligro viene atestiguada por miles de experiencias que lo respalden y cuando el bien jurídico que pongan en peligro sea de aquellos de menor valor para el orden jurídico normativo y que puedan ser reparables, ya que se debe tener bien presente que todo peligro se encuentra en estrecha relación o ligado al de Lesión, por lo que puedo concluir en que todo peligro es peligro que se produzca un daño o lesión sobre el bien jurídico que vaya dirigido la acción, haciendo muy difícil por tal circunstancia determinar en algunos casos concretos el grado de peligro o lesión, por lo que a mi criterio todos aquellos delitos de peligro en los que la acción se dirija a un Bien Jurídico de gran valor como la vida e integridad corporal de la persona y por la enorme dificultad de la que adolecen como lo he dejado anotado, deberían eliminarse unos y otros modificarse. Ya que me he referido en la exposición a lo que es el Bien Jurídico Tutelado, se hace indispensable que traiga a colación este tópico, a efecto que sea explicado y analizado, por lo que a

continuación me orientaré a hacerlo de una manera breve y sencilla.

5. EL BIEN JURIDICO

Se entiende como Bien Jurídico "AL INTERES JURIDICAMENTE PROTEGIDO", mismo que representa un criterio ordenador en la clasificación de los delitos, como ya se ha visto, en la Parte Especial del Código Penal Guatemalteco. Por lo que considerar al Bien Jurídico como el interés jurídicamente protegido, es insuficiente para ser considerada una definición jurídica para efectos de un trabajo de investigación como es el presente, siendo por lo tanto necesario dar de este concepto "BIEN JURIDICO", una definición jurídica, lo cual hago a continuación:

"El bien Jurídico Tutelado, es la relación de Disponibilidad que tiene una persona en relación a un interés tutelado por el propio Estado que revela su atención mediante la tipificación penal que realiza a través del Legislador de conductas que lo puedan afectar".

Es por ello, que ese interés o "ente" que el orden jurídico normativo tutela o protege, contra ciertas conductas que lo pueden afectar o dañar, no es la cosa en si misma, sino la relación de disponibilidad del titular de ese ente, en tal virtud que el Bien Jurídico constituye el propio Derecho que tiene esa persona en poder disponer de ciertos valores u objetos sin ser afectada en tal relación de disponibilidad por conductas que lo dañen, por lo que estas deben estar necesariamente prohibidas por la norma que genera los Tipos Penales.

El bien jurídico Vida e Integridad Corporal de la Persona, no es entonces la Vida en sí, o la Integridad Corporal en sí mismas, sino sería el propio derecho de disponibilidad a la vida o a su integridad corporal que tendría la persona ante un estado de derecho establecido, al derecho que tendría que poder disponer de ellas, por lo que tal relación de disponibilidad es lo que el Estado tiene que garantizarle a través de la norma jurídica creada para tal efecto.

5.1 LESION Y PELIGRO DEL BIEN JURIDICO

Sobre estos dos conceptos "Lesión y Peligro", ya me he referido al hablar de Los Delitos de Lesión, pero en este apartado, haré mención de ellos en relación al concepto Bien Jurídico, diciendo que una Lesión y una Puesta en Peligro, no son conceptos que se excluyen, por lo que todo peligro es un estadio previo que pierde su independencia cuando aboca en la producción del resultado de daño que aparecería como probable, reduciéndose en consecuencia a una fase histórica de la causación del resultado lesivo; es de esta forma y con el argumento anterior, que puedo concluir que con la creación de la situación de peligro a un bien jurídico se deja abierto la gran probabilidad de un resultado Lesivo en él, por lo que el hecho que sobrevenga tal resultado no elimina la idea que éste pudo haberse fácilmente previsto.

5.2 LA MUTACION FISICA EN EL BIEN JURIDICO TUTELADO (COMO RESULTADO DEL DELITO)

Anteriormente se dejó indicado que toda conducta tiene una manifestación de Cambio en el mundo Físico, sobre el Bien Jurídico sobre el que se opera la acción.

Antes de la conducta, las cosas se encontraban en un estado diferente al que se hallan después de que se ha dado la conducta típica antijurídica, es esto a lo que algunos tratadistas le han denominado Mutación Física.

El legislador al crear Tipos Penales, toma en cuenta el grado de conducta y el grado de mutación que puede causar tal conducta, en el mundo exterior sobre el bien jurídico tutelado, siendo tal cambio el resultado material o afectación del Bien Jurídico.

En tal consecuencia, todos los tipos penales, necesitan para su operancia como tales, de un resultado, aunque algunos lo precisan expresamente, otros tipos penales lo atan incensiblemente a la conducta y se inclinan por limitarse al puro resultado de la conducta, desentendiéndose de cualquier otro que con ella se pudiera causar, lo que a mi juicio en cuanto a esto último no es adecuado, pues toda conducta realizada debe cargar con el resultado provocado o que pudo haber provocado.

Es en cuanto a esto la Mutación Física es un aspecto que tiene mucha relevancia al momento en que el Legislador crea nuevos tipos penales, ya que con dicho aspecto podrá ubicarlos en Clases de Tipos que correspondan, tomando en cuenta el grado de mutación que traigan al mundo exterior.

6. OTROS CONCEPTOS RELACIONADOS CON EL DELITO

LOS MEDIOS

Se les denomina "Medios", a todo aquello de que se vale el sujeto para alcanzar su propósito delictuoso o que se ponen en acción culposamente y se provoca un resultado. Los

medios constituyen el instrumento para hacer efectivo un resultado, y dependerá de él y su grado de eficacia y adecuación para el fin perseguido, que el resultado sobrevenga.

7. EL DOLO (COMO FORMA DE CULPABILIDAD)

Al haber hablado del elemento específico de la Culpabilidad se dijo que la misma presenta dos grados, el Dolo y la Culpa, aunque hoy en día no se descarta también a la PRETERINTENCION, lo que se encuentra ajeno al objeto de la presente Tesis, porque únicamente me interesa sobre el grado de culpabilidad denominado "DOLO".

"Dolo es el conocimiento y voluntad de la realización del Tipo Objetivo"¹⁷. Es por cuanto a esto, que se puede decir que actúa dolosamente quien sabe lo que hace y quiere hacerlo. Véase entonces que en tal concepto derivan dos elementos los cuales integran EL DOLO, uno de naturaleza intelectual y el otro volitivo, mismos que en seguida trato:

7.1 ELEMENTO INTELECTUAL O COGNITIVO DEL DOLO

Este elemento es traducido en el saber lo que se hace; el sujeto que actúa dolosamente, ha de conocer los hechos pertinentes de su conducta. así ha de conocer también la significación del acto que realiza, tanto los elementos del tipo como la totalidad de la acción que ejecuta; este conocimiento de los hechos relativos a su conducta, abarca todos los existentes en el momento de estar cometiendo el delito así como a la previsión misma de los sucesos, futuros integrantes del tipo. "Sólo se puede querer, lo que se conoce".

¹⁷. Op. Cit. Bacigalupo, Enrique. Pag.45.-

7.2 ELEMENTO VOLITIVO DEL DOLO

Este elemento es traducido en el "Querer", pues quien actúa dolosamente sabe y quiere hacerlo. Es por ello, que para que pueda existir DOLO, no basta con que el sujeto se haya presentado y haya previsto las consecuencias de su actividad o inactividad de su conducta, es decir no basta que tenga conocimiento del hecho y de los elementos relativos del TIPO, sino se necesita además de esto que lo que ha quedado plasmado en su conciencia y razonamiento (psíquico) sea también querido y se haya dado la resolución y voluntad de hacerlo y ejecutarlo.

En tal consecuencia pertenece al DOLO, todos aquellos resultados que el sujeto quiera y asimismo aquellos que fueron representados como probables debido a la idoneidad de su acción, del medio utilizado la idoneidad sobre el objeto el cual se dirige, pues dichos resultados los ha tenido como dependientes de su voluntad y unidos, aunque no fueran deseados a su acción como consecuencia probable de ésta. En síntesis, puedo expresar que EL DOLO, como una forma de la Culpabilidad, es tener conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad realizadora de éste "Es la voluntad determinada que conoce cualquier voluntad presupone su conocimiento determinado; el Dolo es representación y voluntad"¹⁸.

8. ESTRUCTURA DEL DOLO

El dolo en su estructura contiene dos aspectos, los cuales conforman los elementos que ya he dejado anteriormente

¹⁸. Op. Cit. Zaffaroni, Eugenio. Pag. 338.

apuntados, es decir un elemento Cognoscitivo y otro Volitivo, denominado también Conativo del Dolo.

Es en cuanto a este último elemento, que puede clasificarse el DOLO, en los siguientes tipos:

8.1 DOLO DIRECTO

Es aquel que el autor quiere directamente y desea la producción del resultado típico, como el fin de su acción. Ahora bien, cuando el sujeto programa la causalidad para obtener una finalidad determinada, pero se representa otros posibles resultados unidos a su acción pero distintos a los buscados, estamos frente al denominado DOLO EVENTUAL, mismo que se entrará a analizar a continuación, siendo el que me interesa tratar para los efectos de mi tesis.

8.2 DOLO EVENTUAL

En términos corrientes, es aquella conducta de quien expresa: ¡Si pasa, que se aguante! ¡Si pasa, mala suerte!. Como puede verse, que en este tipo de Dolo, no hay una aceptación del resultado como tal, sino su aceptación como posibilidad, como probabilidad que ocurra. Este tipo de Dolo comprende una serie de casos en los que no es fácil decidir si concurre o falta el elemento volitivo necesario al Dolo. En esta zona dudosa, se acostumbra a caracterizar diciendo que el sujeto piensa el resultado, solamente como posible o probable, pero que no obstante ello, va y lo ejecuta. "Si el autor dijo: Suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo", entendemos entonces que en este caso existe en forma indirecta deseado el resultado, y entre más sea

la cercanía o probabilidad del resultado y que se haga éste efectivo, así será la plena culpabilidad dolosa en la conducta del sujeto.

Si está claro que el sujeto dispara arma de fuego contra otra persona con pleno manifiesto de darle muerte o herirlo es indiferente que tal resultado se lo haya representado como posible o probable; pero la problemática se da, cuando el sujeto no deseaba en forma directa tal resultado letal pero por la idoneidad de su conducta, del medio utilizado y el bien sobre el cual recae su acción, se provoca dicho resultado, se hace muy importante y relevante considerar el aspecto de la probabilidad o representación que hubo en él, pero no obstante fue y lo hizo, se tendrá que hablar entonces de la existencia de un Dolo Eventual.

9. DISTINTAS TEORIAS SOBRE EL DOLO EVENTUAL

Al respecto del DOLO EVENTUAL, se han venido dando distintos puntos de vista (Teorías) de distintos tratadistas del Derecho Penal, entre las cuales he retomado las siguientes:

9.1 TEORIA DEL ASENTIMIENTO

Una posición exige que el autor haya aprobado interiormente la eventual realización del tipo. Ante tal representación de la posibilidad de un resultado, con el cual se haga efectivo un distinto Tipo Penal, el autor debió haber dicho: "Obro porque apruebo el eventual resultado de mi acción".

9.2 TEORIA DE LA PROBABILIDAD

Esta afirma la existencia del DOLO EVENTUAL, cuando el autor se ha representado la eventual realización del Tipo Penal no sólo como posible sino como probable. Quanto mayor ha sido la probabilidad de que se dé el resultado y realización del tipo, tanto más infundada ha sido la confianza que podría haber tenido el autor al momento de obrar, el resultado no se iba a dar.

9.3 TEORIA MODERNA

En la actualidad tiende a imponerse el punto de vista que estima que deberá apreciarse DOLO EVENTUAL, en toda aquella conducta, en donde el autor ha tomado seriamente en cuenta la posibilidad de lesionar el bien jurídico tutelado debido a su fuerte aproximación en provocar tal resultado, por la idoneidad de la acción, medio utilizado y bien sobre el que recae, y no obstante a todo eso, se conforma con ello y ejecuta la acción.

Es en torno a este punto de vista, que puedo afirmar que en la conducta de un "DISPARO DE ARMA DE FUEGO" va implícito un DOLO EVENTUAL, lo cual seguiré analizando más adelante. Por último en relación a este tema, expreso que la esencia del DOLO EVENTUAL, está en el hecho que el agente no obstante haberse hecho LA REPRESENTACION de un resultado distinto al inicialmente buscado y existiendo conocimiento de su fuerte probabilidad en que ocurra, su avenimiento es consentido por él y no se detiene en llevar a cabo la ejecución de la acción que voluntariamente realiza".

10. PREVISION DE LA CAUSALIDAD Y DEL RESULTADO

El dolo como ya ha quedado claro, presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado, ya que sin esta previsión jamás se podría hablar de DOLO en la acción. Es por tal circunstancia, que la Previsión de La Causalidad en que se produzca el resultado, puede darse un apartamiento o desviación del curso causal respecto de lo previsto al inicio de la acción, pero con ello no se elimina el DOLO en la acción, aunque podría darse casos especiales de desviación de la causalidad, que podría ser tan relevante hasta el punto de eliminarlo, casos especiales de los denominados ERRORES sobre la Causalidad (Aberrativo Ictus, Delos Generalis) pero que en este caso no interesan ser analizados, por lo que únicamente he hecho mención de ellos.

Es de esta forma como se han venido analizando en el presente capítulo, los aspectos relativos al concepto de EL DELITO, aspectos y tópicos que he analizado por ser necesarios en la fundamentación de mi hipótesis, que pretendo probar a través de la presente investigación.

CAPITULO II

"EL ITER CRIMINIS"

Al hablar del Iter Criminis y de La Tentativa como forma imperfecta de aparición del delito, parto de la idea que el Delito Doloso, no se pena únicamente la conducta que llega a realizarse en forma completa, o que produce el resultado típico, es decir cuando ha recorrido todo el camino "Iter Criminis" y se consuma, sino también la Ley ha previsto sabiamente la punición de aquellas conductas que sin llegar a cumplir todas las etapas del Iter Criminis y todos los elementos típicos, es decir conductas que quedan en una etapa anterior a la consumación, logran crear un grado de Perturbación Social, afectación en el Bien Jurídico Tutelado, aunque no de tanta magnitud que la que se hubiera dado si dicha conducta se hubiere consumado. Es por tal circunstancia, que se debe tener en consideración que todo delito se inicia en una FORMA CRONOLÓGICA, como una idea en la mente del sujeto próximo a delinquir y que a través de un proceso que abarca la concepción "Ideación Criminal", hasta llegar a la Decisión, preparación y por último a la ejecución, la cual trae consigo La Consumación del delito y el agotamiento a ese camino recorrido, afectando al Bien Jurídico Tutelado en toda su magnitud a la que se dirigía o sea en la forma descriptiva en la Ley Penal para ese Tipo. Es a este recorrido o camino del Delito, al cual me estaré refiriendo a continuación y que la Doctrina le ha denominado "ITER CRIMINIS", en el que no todas las fases y como se verá, son susceptibles de pena o sanción, porque de ser así se

estaría pensando incluso a LA IDEA, EL PENSAMIENTO mismo, o sea aquellas etapas de IDEACION que son internas en la mente del sujeto, lo que vendría a violar necesariamente el principio jurídico que expresa: "El pensamiento no puede soportar una pena", más conocido en la Doctrina como "Cogitationis Poenam Nemo Patitur", de aquí que la Ley amplíe la tipicidad con la fórmula de una Tentativa hasta abarcar los actos que implican un comienzo real de ejecución del delito, por lo que lógicamente dicha fórmula de la Tentativa se le encontrará fuera de los actos preparatorios.

1. EL ITER CRIMINIS

Iter Criminis o Camino del Crimen que se traduce en el Vía Crucis que pasa el delincuente hasta llegar a la consumación, si es que llega a tener éxito en dicho recorrido, el cual se encuentra integrado por una serie de Etapas o Fases, que van desde una Ideación de Carácter Criminal hasta el agotamiento de tal idea, es decir la consumación, cuando el sujeto logra conseguir lo que se ha propuesto. Como se verá, dichas etapas pueden o no tener percepción jurídica penal y para su estudio básicamente se dividen en dos:

1.1 FASE INTERNA DEL ITER CRIMINIS El problema más difícil y crítico que han encontrado los estudiosos del Derecho Penal, por largo tiempo, ha sido poder determinar con exactitud el límite entre los actos preparatorios y los de ejecución, siendo los primeros generalmente impunes debido a que como hemos dicho ya, el pensamiento no delinque.

La propia fase interna puede para efectos de estudio,

ser clasificada en las fases siguientes:

- a) **Fase de la Ideación Criminal:** Es el momento en que surge en la mente del agente el ánimo de cometer un delito, es decir aquel instante en que aparece en su mente la mera intención de llevar a cabo el crimen. A mi criterio desde este momento, empieza a darse en la mente del sujeto los primeros indicios de El DOLO.
- b) **Fase de la Deliberación del Sujeto:** Es aquel momento o período de lucha interna en la propia mente del autor, en el que se contraponen las ideas criminales con las ideas del Deber ser y el temor del castigo. En esta fase, a mi criterio ya se han dado los elementos de conocimiento o cognitivos del DOLO.
- c) **Fase de la Resolución Criminal:** Es aquel momento en donde el sujeto tras una lucha interna en su mente, al fin después de un proceso de conocimiento relativos a haberse presentado los hechos pertinentes de su conducta a realizar, la significación del acto futuro, conocimiento de los elementos del tipo, se decide llevar a cabo su propósito de cometer el Delito; a mi criterio es aquí donde aparece el segundo elemento del DOLO, el volitivo o sea la plena resolución de ejecutar el hecho prohibido por la Ley.

1.2 FASE EXTERNA DEL ITER CRIMINIS

En esta se distingue los siguientes actos:

- a) **Actos preparatorios:** Denominados también Actos de Preparación del Delito, o sea aquellos consistentes en exteriorizar la resolución criminal del sujeto, siendo estos actos: La conspiración y la proposición, siendo la

primera una resolución manifiesta de carácter colectivo y la otra de carácter individual.

Los actos preparatorios no constituyen la ejecución del Delito proyectado, pero sí se refieren al mismo con la intención del agente que tiende así a preparar su realización.

Ahora bien, en cuanto a la cuestión de la punibilidad de los actos preparatorios, se pueden establecer diversas doctrinas, entre las cuales citamos las siguientes:

a.1) Criterio de la Impunibilidad: (Escuela Clásica)

Los actos preparatorios no han llegado a constituir todavía una Violación a la norma jurídica. Los actos preparatorios son equívocos, es decir de naturaleza indeterminada y no revelan en ningún momento preciso la intención de cometer delito; por lo que pueden prestarse a arbitrariedad de administración judicial por la escasa peligrosidad del agente.

a.2) Criterio de la Punibilidad: (Escuela Positivista) Debe imponerse penas a los actos preparatorios, siempre y cuando revelen una Peligrosidad Criminal.

a.3) Criterio Moderno: Este se inclina en el sentido objetivo en relación al resultado del acto y afirma que los actos preparatorios deben ser punibles cuando estos impliquen ya un peligro del Bien Jurídico atacado, o sea cuando sean inequívocamente dirigidos a la consumación del delito.

En cuanto a este aspecto que se trata, nuestra legislación penal en su Artículo 17, cuando se refiere a los

actos de Conspiración y Proposición, es decir "Actos Preparatorios del Delito", expone que sólo son punibles en los casos en que la ley lo determine expresamente.

b) **Actos de Ejecución:** Constituyen el último escaño del recorrido criminal, es decir cuando el agente ha llevado a cabo un acto externo y dirigido a provocar el resultado perseguido y regulado en la norma, es el momento en donde la conducta del agente se exterioriza y se encuentra en la esfera de la realización del delito. Ahora bien, no siempre en estos actos de ejecución el agente logra llevar a feliz término su conducta, es decir no siempre se lleva a cabo la consumación y se perfecciona la ejecución de su obra, pues su conducta puede tomar distintos matices porque pueden suceder muchas cosas que cambien el resultado, de las cuales únicamente mencionaremos dos:

2. FORMAS DE APARICION DEL DELITO

- Delito Consumado (Forma Perfecta)
- Delito en Grado de Tentativa (Forma Imperfecta)

Siendo estas por lo tanto dos formas distintas en cómo puede aparecer el delito, siendo para efectos de la presente investigación la segunda La Tentativa, la que nos interesa tratar a continuación.

2.1 FORMA IMPERFECTA DE EJECUCION DEL DELITO: "LA TENTATIVA"

(Idónea)

Quando el autor del delito logra su cometido, o sea cuando concurren todos los elementos de su tipificación, lesionando por lo tanto o poniendo en peligro el Bien Jurídico Protegido, es cuando se puede hablar de una Forma

Perfecta de Ejecución, es decir, "La Consumación del Delito" o delito consumado; pero cuando no concurren todos esos elementos y en consecuencia no se logra la consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente, estamos en presencia de una forma imperfecta de ejecución, siendo la que la Doctrina denomina "Tentativa" y que es la que interesa a la presente investigación analizar.

Es en cuanto a esto, por lo tanto que podemos decir que la Tentativa, es cuando el sujeto a dado comienzo a la ejecución y la no consumación constituyen los dos límites mínimo y máximo de ésta. Para que exista Tentativa en un sentido amplio, es preciso que el Delito no se consuma y en un sentido estricto, cuando el sujeto autor da principio a su ejecución del delito pero éste no llega a consumarse, por lo que se puede afirmar con mucha razón que el comienzo de ejecución directamente por hechos exteriores idóneos y no logra practicar todos los actos de ejecución que debieran producir El Delito por causa o accidente, que no sea su propio y voluntario desistimiento.

2.2 COMIENZO DE LA TENTATIVA

En relación al momento de comienzo de la Tentativa, el Criterio Objetivo Individual, expone al respecto: "La tentativa comienza con la actividad con que el autor según su plan delictivo se aproxime inmediatamente a la realización del plan delictivo". Es por ello que habrá Tentativa en toda actividad que juzgada sobre la base del plan concreto del autor se muestra conforme a una natural concepción como parte integrante de una acción ejecutiva típica. Criterio Objetivo

Individual, al cual desde ya me adhiero, -haciendo mis reservas.-

Asimismo en cuanto a este criterio, se hace imprescindible tomar en cuenta que el plan concreto del autor, para poder configurar una aproximación a la distinción entre Ejecución y Preparación, no es del todo suficiente, para explicar y determinar la delimitación entre actos preparativos y de Ejecución, lo que seguirá siendo un problema que quedará abierto a la ciencia jurídica penal por mucho tiempo más.

Por cuanto a esto y para efectos de esta investigación, como tal criterio y se considerará que habrá tentativa desde que se inicia la ejecución hasta antes de que llegue la consumación del delito y así quedará aquí considerado.

2.3 DEFINICION DE TENTATIVA

Aunque ya fue dado en el transcurso del presente trabajo en el Capítulo I. al hablar de los Delitos en Grado de Tentativa, se hace necesario en este apartado referirnos más explícitamente sobre este concepto y mencionar algunas definiciones que distintos tratadistas dan en cuenta a este tópico: Así tenemos los siguientes. Romagnossi, define esta forma imperfecta de ejecución del delito, así: "Es la ejecución incompleta de la infracción".

El tratadista Enrique Bacigalupo, en sus Lineamientos de la Teoría del delito, define a la Tentativa, así: "Habrá Tentativa cuando se dé comienzo a la ejecución del delito, pero no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor"¹⁹.

¹⁹Op.Cit.Bacigalupo, Enrique.-Pag.98.-

3. NATURALEZA JURIDICA DE LA TENTATIVA

La naturaleza de la Tentativa es ser un Delito Incompleto, en el que no se dan todos los caracteres típicos porque la conducta se detiene en la etapa de la consumación del delito, sin producirse el resultado²⁰.

Asimismo esta clase de ejecución, no es independiente del tipo que no se ha consumado, por el contrario depende de éste.

4. CLASES DE TENTATIVA

Mi criterio, es que Tentativa como forma de Inejecución de consumación del delito, sólo hay una, son las formas que pueda darse, las que pueden ser de distinta clase, entre las que mencionamos las siguientes:

4.1 Criterio Legal: Nuestro Código, como ya quedó apuntado, en sus artículos 14 y 15, habla de Tentativa y Tentativa imposible, siendo el elemento diferenciador entre una y otra el de LA IDONEIDAD en los medios utilizados o en el objeto sobre el cual recae la acción.

4.2 Criterio Doctrinal:

a) Delito Frustrado: (Tentativa Acabada) Según el criterio del tratadista Bacigalupo, el denominado Delito Frustrado es en realidad una Tentativa que ha alcanzado un mayor grado de ejecución, casi en la consumación, es decir un desarrollo más cercano a ésta, siendo por lo tanto este concepto una especie o género de la Tentativa, por lo que así debe ser considerado como

²⁰. Op. Cit. Zaffaroni, Eugenio Pag. 326.

Tentativa Acabada y no de una manera independiente, por tal situación y estando de acuerdo con tal criterio, es que en este trabajo, será considerado como tal, una forma de Tentativa.

- b) **Tentativa Inacabada:** Teniendo por lo tanto, que la Tentativa Acabada o Delito Frustrado, se da cuando el autor según su plan delictivo, ha realizado todos sus actos necesarios para lograr la consumación y ésta no tiene lugar, es decir cuando éste ha realizado la totalidad de la conducta típica, pero no se produce el resultado típico. Podemos entender entonces, que en contrario sentido, la Tentativa Inacabada, se dará cuando el autor no ha logrado realizar todavía lo que según su plan delictivo era necesario realizar para lograr su propósito, por lo que es interrumpido en la realización de su conducta por causas ajenas. En tal virtud, para poder determinar si una tentativa es Acabada o Inacabada, será preciso comparar su acción realizada con el plan delictivo del delito que tenía y que era su propósito.
- c) **Tentativa Idónea:** Podría decirse que es aquella en la que se ha reunido todas las condiciones necesarias para poder llegar a consumar el delito, haciéndolo peligrar sobremanera; también es llamado Delito Incompleto y es la Tentativa propiamente dicha y la que define el Código Penal en su Artículo 14.
- d) **Tentativa Inidónea:** Cuando los medios empleados por el agente o el objeto sobre el cual recae la acción delictiva, son notoriamente inidóneos o inadecuados,

para poderse causar con ellos el resultado o consumación, cuando hay una absoluta incapacidad de que se pueda producir la consumación del tipo penal, estamos frente a una Tentativa Inidónea o también denominada Delito Imposible por nuestro Código Penal, en su Artículo 15.

En cuanto a la IDONEIDAD DE LA ACCION realizada por el agente, se puede afirmar que paralelo a esta, se dan también la Idoneidad en los medios utilizados y la IDONEIDAD EN EL OBJETO sobre el que recae tal acción, sobre este aspecto se hablará a continuación:

5. LA IDONEIDAD

- 5.1 En la Acción: Esta depende fundamentalmente de que la acción o conducta que lleva a cabo el autor, sea por sí misma capaz de provocar el resultado o afectación en el Bien Jurídico al cual se dirige.
- 5.2 De los Medios Utilizados: El autor utiliza en su acción medios capaces por su propia naturaleza en permitir provocar la consumación y resultado de su acción delictiva.
- 5.3 Del Objeto Que Soporta la Acción: El objeto sobre el cual recae la acción delictiva, es adecuado para que en él se pueda provocar la consumación.

6. FUNDAMENTO DE LA PUNICION DE LA TENTATIVA

En forma sintetizada, podría decirse que el fundamento de la punición de la Tentativa, radica básicamente en dos supuestos:

- a) Porque se da una Perturbación en el Bien Jurídico, de

similar naturaleza que la que provoca el Delito Consumado.

- b) Porque la acción en la Tentativa, evidencia Voluntad y la intención del agente de querer consumir el Delito.

Es decir que el criterio moderno en el que se fundamenta la Punición de La Tentativa, es aquel que obedece a que en ella existe el elemento subjetivo del DOLO, o sea el conocimiento y voluntad del sujeto de llevar a cabo un daño o afectación sobre el Bien Jurídico, por lo que siempre que dichos elementos del DOLO sean adecuadamente exteriorizados implican una afectación del Bien Jurídico tutelado en menor o mayor magnitud, por lo que debe pensarse.

7. EL DOLO EN LA TENTATIVA

La tentativa se caracteriza por el FIN DE COMETER UN DELITO, es decir un DOLO existente, por lo que se acepta la posibilidad de una Tentativa con DOLO EVENTUAL, siempre que el tipo que se trate, admita su consumación con dolo eventual, la tentativa lo admitirá.

La fórmula de La Tentativa, excluye cualquier forma de Tentativa Culposa, la Tentativa requiere DOLO, siendo éste el mismo Dolo del delito. A partir de esta afirmación, podemos llegar a la estructura general de la Tentativa, en que ella es UN DELITO IMPERFECTO, sin constituir por lo tanto un delito autónomo o que responda a una norma autónoma, haciéndole únicamente falta para ser DELITO, una estructura finalista o sea una parte de la tipicidad objetiva, ya que se encuentra perfecta la subjetiva y un resultado jurídico acorde al del tipo penal.

En síntesis, podemos decir con base en lo anterior, la

Tentativa puede aceptar DOLO EVENTUAL, y que para poder constituirse en delito consumado le hace falta una estructura final una parte del tipo objetivo.

8. LA AFECTACION DEL BIEN JURIDICO EN LA TENTATIVA

Por regla general, como ya se ha visto, la Tentativa implica una puesta en peligro del Bien Jurídico tutelado, pero esto no indica que dicho Bien Jurídico no sea afectado con sólo el hecho de haberlo hecho peligrar, para esto haremos mención a las formas en que el Bien Jurídico no sea afectado:

El bien Jurídico, no únicamente puede ser afectado con la lesión provocada, la puesta en peligro, siendo que a través de la Tentativa, se origina una tercera forma de Afectación del Bien Jurídico, de lo que se tratará a continuación:

Se ha firmado que LA SEGURIDAD JURIDICA que proporciona la norma legal a la persona, se traduce en dos niveles:

- a) **Uno Objetivo:** En la posibilidad de disposición o disponibilidad del Bien Jurídico;
- b) **Otro Subjetivo:** El sentimiento que la persona tiene de certeza de esa disponibilidad.

Lo que constituye LA SEGURIDAD JURIDICA, entendida como lo que el Derecho debe hacer cumplir a la sociedad, pero que en el orden individual si bien es cierto la disponibilidad se le afecta con la Lesión y con la puesta en peligro, también ese sentimiento de certeza es perturbado y afectado únicamente con una acción en grado de tentativa, esto es PERTURBACION del Bien Jurídico tutelado, ocasionando a

consecuencia de la sensación de inseguridad que se le hizo pasar debido a la acción que el grado de tentativa le infunde.

No se trata pues de que la sensación de inseguridad la tengan los demás, lo cual sería afectación de la seguridad jurídica en su aspecto subjetivo, es decir ALARMA SOCIAL, sino que dicha sensación que como resultado de la conducta que se percibe amenazadora puede crear temor en el titular del Bien Jurídico, ya que mi opinión es que toda acción que se aproxime más o menos a la consumación del tipo penal, no cabe la menor duda que origine en el titular del Bien Jurídico, un grado de perturbación que da inseguridad jurídica en la disponibilidad de dicho bien.

Es por tal motivo que un individuo que acciona una arma de fuego y dispara en contra de otro, desde este momento no puede haber duda que el destinatario de esa acción pueda reprimir la fría sensación de INSEGURIDAD y ESCALOFRIO que con esa conducta sería más difícil no experimentar, creándose por lo tanto una forma de afectación, el de PERTURBACION en el Bien Jurídico. Siendo por lo tanto esta forma de afectación originado por la perturbación que da la conducta realizada por el sujeto, por lo que indudablemente se daña en su disponibilidad y seguridad jurídica, con dicha acción en grado de Tentativa.

9. LOS ELEMENTOS DE LA TENTATIVA

Como ha quedado apuntado, la Tentativa para llegar a ser un delito completo, le hace falta un elemento del tipo objetivo sin que el tipo subjetivo sufra alteración alguna.

Sobre estos dos elementos, hablaré a continuación:

9.1 El Tipo Objetivo (defectuoso) del Delito en Grado de Tentativa

Desde el punto de vista objetivo, el hecho debe consistir por lo menos en un comienzo de Ejecución de la Acción Típica. Si el hecho no alcanza este estadio de su desarrollo estaremos ante simples actos preparatorios, que no son punibles. Por lo tanto es preciso fijar los límites entre los actos preparatorios y los actos de ejecución, lo que ya quedó anotado anteriormente, y que como ya se dijo constituye el problema más árduo de la Tentativa.

La Dificultad para establecer cuándo hay comienzo de ejecución surge necesariamente de que la Tentativa no es como ya se dijo un tipo INDEPENDIENTE, ya que no podría existir una TENTATIVA EN SI, sino únicamente Tentativas de Delitos particulares, por lo que el comienzo de ejecución puede ser en todo caso determinado en cada uno de los tipos penales, según el caso que se trate.

Para efectos de este trabajo, se tomará el CRITERIO OBJETIVO INDIVIDUAL, el cual ya he traído a colación y según el cual habrá comienzo de tentativa en el momento que el autor, según su plan delictivo se aproxime inmediatamente a la realización de dicho plan, o lo que algunos autores le denominan: FORMULA DE LA APROXIMACION (Welzel). Es decir, que aparte de las características de introducir en este criterio el plan del autor, la conducta típica en particular, se suma una tercera característica, el de LA PROXIMIDAD INMEDIATA de la realización típica.

9.2 El Tipo Subjetivo del Delito en Grado de Tentativa

Como ya se indicó, el DOLO de la Tentativa no se diferencia del dolo del delito a consumarse. Por lo que el tipo subjetivo del delito en grado de tentativa no difiere en nada del tipo subjetivo del delito consumado, por lo que se afirma que si para la consumación es suficiente con el DOLO EVENTUAL, también será suficiente para la tentativa; ya que cuando el precepto legal expresa: el FIN DE COMETER DELITO DETERMINADO, no hay todavía ninguna razón para limitar LA TENTATIVA al dolo directo, siendo por lo tanto evidente que el DOLO EVENTUAL no constituye el querer realizar un delito indeterminado y por lo tanto dicho punto de vista se hace a todas luces insostenible.

"Si un individuo quiere matar a otra persona (Dolo directo) poniendo en su vehículo una bomba, pero prevee que su víctima subirá a dicho vehículo con compañía, y no obstante a ello va y pone la bomba la cual hace detonar minutos después..."

A mi criterio, habrá hacia la víctima una conducta o acción con pleno DOLO DIRECTO (El quererlo matar), en cuanto a la segunda persona, un DOLO EVENTUAL (Sin quererlo, fue previsto y lo hizo).

CAPITULO III

EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO

Es en este capítulo entraré a analizar de lleno el tipo penal de DISPARO DE ARMA DE FUEGO, el cual es el objetivo central de mi investigación, análisis que haré tomando en cuenta las posturas y criterios vertidos durante el desarrollo de los dos capítulos anteriores, sobre El Delito y el relativo al Iter Criminis y Tentativa, criterios que auxiliarán para el desarrollo del presente capítulo.

Es aquí en donde se podrá determinar la TOTAL INOPERANCIA que reviste al tipo penal de Disparo de Arma de Fuego como figura autónoma e independiente, tal como se encuentra regulado en nuestra legislación penal, no obstante constituir como lo afirmo un grado de Tentativa de otro delito, constituyéndose por lo tanto la acción de Disparo de Arma de Fuego en tan sólo un medio para llegar a un resultado y no un tipo penal independiente por sí mismo siendo por lo tanto una creación artificial de notoria imprecisión técnica, instituyéndose en un verdadero premio en beneficio de los autores de atentados gravísimos contra el Bien Jurídico del Derecho a la vida e integridad corporal de las personas y que en lugar de que sean sancionados con la pena acorde en grado de tentativa de esas figuras de mayor gravedad. les son aplicadas penas leves relativas al Disparo de Armas de Fuego, la que viene a ser mucho más benigna que las otras, siendo esta la base de preocupación al tratar este tipo de trabajo de investigación y de esta forma coadyuvar con criterio técnico-científico a su solución.

1. ASPECTOS SOBRE EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO

El maestro González de la Vega, al referirse a esta problemática relacionada con este tipo penal, expone al respecto: "Si no se causa daño con la acción de disparo de arma de fuego, 'La acción' se sancionará por el peligro corrido, conservando el delito su original característica de supletorio de "Tentativa Incomprobada", más si se prueba la intención, habrá TENTATIVA JUSTIFICADA de Homicidio o Lesiones; pero aquí ya se incluiría la amenaza de hecho y sería Tentativa Incomprobada cuando en las dos primeras hipótesis siempre es Tentativa Comprobada"²¹.

Este tipo penal consiste al rigor de la norma jurídica, en aquella ACCION DE DISPARAR ARMA DE FUEGO CONTRA UNA PERSONA, lo que debe ser de propósito, a lo que el Maestro Don Luis Jiménez de Asúa, formula dos objeciones al respecto: "Desdichada creación legal que no ha podido dotar de contenidos los esfuerzos de la Jurisprudencia y el empeño de algunos autores"²². "Pues ha de adquirir el carácter de simple amenaza de hecho en algunos casos o tentativa o frustración de homicidio, asesinato, o lesiones, pero jamás ofrece por sí sola el carácter sustantivo para formar de él, como lo ha hecho nuestro código, un delito especial y portillo abierto por donde escapan buena parte de los Homicidios frustrados y de las tentativas de los mismos".

Tal punto de vista, es el que sostengo en la presente

21. "Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal" (2a. Edición) Palacios Vargas, J. Ramón. Citando a González la Vega. pag. 68.

22. Op. Cit. Palacios Vargas, J. Ramón. Pag. 67

investigación, pues no puede concebirse la idea de que alguien dispare en contra de una persona, arma de fuego, sin un Dolo Directo o Eventual de hierirla o darle muerte, tomando en cuenta la naturaleza de la acción ejecutada y de los medios materiales utilizados para el efecto. (Idoneidad de la Acción, Medios y Objeto sobre el cual recae dicha conducta, lo que ya se ha dejado apuntado).

Al respecto de esta problemática surgida en torno a este tipo penal, el tratadista PORTE PFTIT²³, establece en la conducta de establece en la conducta de disparo de Arma de Fuego, dos posibilidades, que son:

- a) Se dispara con intención a matar y no se mata, o con intención de lesionar y no se lesiona, en tales casos hay una evidente tentativa de Homicidio o de Lesiones. (Véase aquí la concurrencia de un DOLO DIRECTO, en la acción ejecutada)
- b) Se dispara arma de Fuego, para amenazar, pero no sobre la persona sino cerca de ella, como lo indica Almaraz.

En cuanto a estas dos posibilidades a que se refiere dicho tratadista, puede analizarse que en la primera opción, se da evidentemente una acción en Grado de Tentativa en el Delito Típico de lesiones o de Homicidio, pues hubo "ANIMO" de lesionar (Animus Laedendi) y no se logró; o el de dar muerte (Animus Necandi) y no se llevó a cabo, por lo que al quedar probado el elemento subjetivo del tipo (DOLO DIRECTO) en la conducta, no hay problemática y razón alguna de analizar el hecho del disparo de arma de Fuego, sino el tipo penal respectivo de Lesiones o de Homicidio. Ahora bien, es

²³. Op. Cit. Palacios Vargas, J. Ramón. Pag 68.

en cuanto a la segunda opción que se origina la problemática en mención y objeto de nuestra atención en este capítulo central, pues como afirman los maestros De Mata Vela y De León Velasco, "Es un absurdo afirmar que alguien dispare arma de fuego sobre otro, pueda ser sin más una figura autónoma de Delito"²⁴.

2. EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO: DEFINICION

Nuestro Código Penal lo define en su Artículo 142, de la forma siguiente: "DISPARO DE ARMA DE FUEGO: Quien de propósito dispare arma de fuego contra otro, aunque cause lesión leve..."

Como puede analizarse de tal precepto legal, el TIPO PENAL en cuestión constituye una forma de los tipos de AGRESION contra la Vida e Integridad corporal de la persona, agresión que se lleva a cabo a través de un medio de alta peligrosidad y letalidad, como es UN ARMA DE FUEGO. La acción que se lleva a cabo, tiene necesariamente que ser dirigida hacia la persona (SUJETO PASIVO) y puede verse que únicamente basta con el DISPARO DEL ARMA, para que este tipo penal quede consumado, al rigor de lo que se establece en la propia norma. Es en cuanto a esto que en dicho tipo, se pretende castigar no con base al elemento interno de la acción EL DOLO (Subjetivo), sino conforme la acción misma, EL DISPARAR ARMA DE FUEGO, lo cual conlleva una fuerte inoperancia como TIPO PENAL, con base a lo que se ha venido viendo hasta este momento relativo a los elementos del Tipo y del elemento subjetivo del DOLO, que debe ser considerado

²⁴. Op. Cit. De León Velasco Hector/de Mata Vela Francisco.
Pag. 359.

para todo tipo de conducta contraria a la norma.

En tal definición legal de este Tipo Penal, puede evidenciarse los elementos siguientes:

a) DE CARACTER SUBJETIVO

- **Sujeto Activo:** Cualquier persona que mediante un arma de fuego dispare contra otra persona, no importando que ésta se encuentre o no armada.
- **Sujeto Pasivo:** Cualquier persona que sea idónea para soportar la acción del disparo de Arma de Fuego (que se encuentra viva).

b) UN ELEMENTO MATERIAL

El arma de fuego que se acciona y propulsa el proyectil hacia el sujeto pasivo.

3. UBICACION LEGAL Y DOCTRINAL DEL TIPO DISPARO DE ARMA DE FUEGO ENTRE LA CLASIFICACION DE LOS DELITOS

- a) Desde el Punto de Vista Legal, tal tipo se ubica dentro de los Delitos contra la Vida e Integridad de la Persona.
 - b) Desde el Punto de Vista Doctrinal, es de especial naturaleza porque dependiendo de que se produzca o no un resultado letal, podrá ubicarse dentro de los Delitos de Peligro en los que se requiere que la acción haya puesto en peligro al Bien Jurídico Tutelado; o puede ser ubicado dentro de los Delitos de Lesión, en los que se requiere que la acción cause un daño material en el Bien Jurídico, lo cual se infiere de la norma jurídica antes citada, en la parte que expone: "... Aunque cause Lesión Leve.." Así también de la propia norma, puede inferirse
-

que se trata de los denominados DELITOS DOLOSOS, al decir: "Quien de Propósito..."

4. EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO COMO DELITO DOLOSO

Haciendo un recordatorio de esta clase de DELITOS, tenemos que en ellos se debe registrar una coincidencia entre la voluntad del autor y la realización de las misma; como ya lo he analizado, en el Delito Doloso la realización del delito es conocida de antemano y querida por el sujeto quien lo desea o por lo menos se lo representa como probable y ejecuta el acto; por lo que en este tipo de acción de DISPARAR ARMA DE FUEGO, concurre la existencia indiscutida de UN DOLO EVENTUAL, lo que analizaré a continuación.

5. EL DOLO DEL DELITO DE DISPARO DE ARMA DE FUEGO

El Dolo como ya ha quedado claro, es una forma o grado del elemento de la CULPABILIDAD y que consiste en el conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo, o lo que es lo mismo, se actúa con dolo cuando se conoce y se sabe lo que se hace y quiere hacer.

En la acción del Disparo de Arma de Fuego, el Dolo que se percibe es el de "UN DOLO EVENTUAL", en virtud del siguiente análisis:

a) Elemento Intelectual del Dolo en este Tipo Penal

El sujeto que pretende disparar contra otra persona, conoce de antemano los hechos de su conducta, la naturaleza de su acción y el medio que utilizará y todos aquellos pertinentes a su conducta, así como todo aquello que se puede fácilmente prever como algo eventual: Herir o dar muerte a la persona contra quien pretende disparar. El sujeto se

encuentra consciente que ejecutará una acción idónea para que un resultado letal se produzca.

b) Elemento Volitivo del Dolo en este Tipo Penal

No obstante todo lo anterior, el sujeto que dispara tiene la voluntad de hacerlo y lo hace, previéndose un eventual resultado letal, un resultado dependiente y unido a su acción, por lo que al darse ésta o por causas ajenas no se origine, no elimina desde ningún punto de vista, su plena culpabilidad en tal conducta en cuanto a un grado de Tentativa de esos dos tipos de delitos, de Lesiones o de Homicidio, llevando por consiguiente tal acción implícito un DOLO EVENTUAL, el cual fue suficiente para haber existido plena afectación del Bien Jurídico en cuanto a su tercera forma de poderse provocar, es decir como ya se dejó apuntando, la forma de haber existido PERTURBACION y GRADO DE INSEGURIDAD JURIDICA en el sujeto titular de dicho bien.

Como se ha visto, la esfera de la voluntariedad (DOLO) en este tipo, es compatible con el DOLO EVENTUAL, ya que con una base a la naturaleza de su acción, medio utilizado para ejecutarla y la dirección hacia donde se dirige la misma, se hace evidente la REPRESENTACION de un EVENTUAL RESULTADO de Lesión o de Muerte en el sujeto pasivo, por lo que desde ese momento de ejecución se asume automáticamente la responsabilidad en tal resultado letal, ya que en esta forma o tipo de DOLO, el autor ha dicho: "Sea así o no, de otra manera, suceda o no, esto o lo otro, en todo caso yo actúo", siendo tal determinación de llevar a cabo su conducta conlleva a que al darse ese resultado de lesión o la muerte de la persona, la norma aplicable sea de delito de LESIONES o

de HOMICIDIO, y así será considerado por el Juzgador; por lo que no existe fundamento suficiente para que en caso contrario o sea que no se dé ese resultado letal sea considerado otra forma de delito, castigar únicamente la acción del Disparo, y dejando escapar con ello un dolo eventual implícito en la acción ejecutada por el agente. respectivo a un Delito de Lesión o de Homicidio pero en grado de Tentativa, pues este criterio sería el correcto.

6. LA CONDUCTA EN EL DISPARO DE ARMAS DE FUEGO: (LA ACCION)

Siendo la conducta el elemento genérico de todos los tipos penales, se hace necesario hablar en el presente capítulo de dicho elemento, pero orientado hacia el tipo penal que se trata.

No puede haber crimen sin Conducta, por lo que en el disparo de arma de fuego esta conducta es de índole voluntaria, misma que puede tener 2 matices:

- a) Que con dicha conducta de disparar arma de fuego, se intente matar o herir.
- b) Que con ella, se puede únicamente hacer peligrar la vida e integridad corporal de la víctima (Siendo este el que me interesa).

6.1 ASPECTO INTERNO DE LA CONDUCTA

Es aquí en donde se propone un fin y se escogen los medios y el bien sobre el cual recaerá tal conducta, así como el resultado querido y el resultado probable y eventual que con ella pueda originarse.

6.2 ASPECTO EXTERNO DE LA CONDUCTA

Constituye la materialización y puesta en marcha de la

causalidad en busca del resultado querido o por lo menos representado.

Es de esta forma que la acción o conducta en este TIPO PENAL, como ya ha quedado definido, consiste en:

Voluntad: De disparar arma de fuego dirigido hacia una persona.

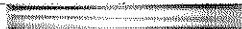
Deseo: El deseo de hacer peligrar la vida e integridad física de la persona.

El deseo de hacer peligrar es totalmente absurdo pensarlo así, pues de hecho de haberlo querido el sujeto, hubiera disparado a un lado del sujeto pasivo, cerca de él, pero no hacia él, por lo que al momento de hacerlo así, existe fuerte probabilidad de darle muerte o lesionarlo gravemente, resultado que es fácil preveer con base a la experiencia general que produce habitualmente este tipo de acción o conducta, existiendo por lo tanto plena adecuación entre acción y el resultado obtenido, por lo que es causa de ese resultado originado.

Pero si el agente dispara a un lado, cerca de él, lo cual es muy difícil de probar en un caso concreto, pero que teóricamente así hubiera sido, entonces no habría el rigor de la norma legal. delito de DISPARO DE ARMA DE FUEGO, ya que la misma establece como elemento necesario de la acción, que ésta sea dirigida hacia la víctima y no a un lado cerca de él, estando en consecuencia de ser así, en presencia de una conducta ATÍPICA, lo que vendría a agravar aún más la PROBLEMÁTICA que aquí se trata.

7. EL MEDIO FÍSICO UTILIZADO EN LA ACCIÓN DEL DISPARO

a) **Arma:** Es todo tipo de objeto o artefacto capaz de



aumentar en gran medida el poder ofensivo de la conducta del hombre.

b) **Arma de Fuego:** Se entiende que ésta es una clase de ARMA, en la que por medio de un mecanismo propio del objeto se dispara proyectiles basado en la ignición de sustancias que producen gases y pólvora, impulsando tales proyectiles por medio de un detonador²⁵.

8. LA DIRECCION A LA QUE SE DIRIGE LA ACCION DEL DISPARO

De conformidad con la norma jurídica, la dirección del disparo va hacia la víctima, en forma directa de no ser así como ya se ha hablado, no habría este TIPO PENAL, por lo que la acción del disparo, va hacia donde está el sujeto pasivo, por lo que en esta actitud definitivamente ya se ha entrado en la esfera del conocimiento, la eventualidad del resultado, es decir es más fácil que se provoque la lesión o muerte en el sujeto pasivo que éste salga ileso con este tipo de conducta, lo cual ha tomado en cuenta quien dispara y no obstante a tal conocimiento de este hecho pertinente a su acción, con plena voluntad va y hace todo lo posible para consumarla y agotarla. Es por cuanto a esto, que puedo afirmar que en este tipo de acción se da la existencia de la IDONEIDAD: EN ACCION, EN EL MEDIO FISICO UTILIZADO Y EL OBJETO QUE SOPORTA LA MISMA.

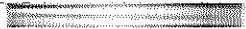
9. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN ESTE TIPO DE CONDUCTA DE DISPARO DE ARMA DE FUEGO

Como ha quedado determinado se trata del Derecho de disponibilidad o relación de ésta, que tiene una persona con

²⁵. "Derecho Penal" Parte Especial, 3era. Edición. Tomo I. Creus Carlos.

su vida e integridad corporal; siendo por lo tanto éste el interés jurídicamente tutelado, el cual constituye hoy por hoy el BIEN JURIDICO más importante para todo orden jurídico normativo, de allí su relevancia en su protección y custodia, siendo por lo tanto el derecho más básico del mundo.

En tal virtud y considerando que el delito que se trata tiende a afectar en gran medida este Bien Jurídico, ya sea destruyéndolo, lesionándolo o preturbándolo, tal afectación debe evitarse, mediante sanciones drásticas, penas graves reguladas en el ordenamiento Jurídico Penal y leyes especiales; pero no en la forma que se hace, con el delito del disparo de Arma de Fuego, mismo que no obstante el nivel de alta probabilidad y peligrosidad que reviste su acción en contra del Bien Jurídico referido sancionado con una pena leve, olvidándose del elemento intencional que en forma implícita lleva dicha conducta y sin tomar en cuenta que todo peligro se encuentra estrechamente ligado al de una eventual lesión, es decir todo peligro es peligro que se produzca un daño o lesión, siendo por lo tanto muy difícil en determinadas conductas determinar el nivel de intención del agente que hace peligrar el Bien Jurídico, dejando una brecha o válvula de escape en la que se fugan conductas de intensa peligrosidad, por lo que todo esto debe considerarse y en lugar de sancionar con pena leve la acción del Disparo, (por su inoperancia ya vista con que cuenta como tipo penal autónomo) debería desaparecer y constituirse en lo que realmente es, un medio para llegar a un resultado, de un delito típico de Lesión o de Homicidio, y de esta forma



erradicar en forma absoluta esta problemática de comprobación tan difícil del "DOLO EVENTUAL", en esta clase de conductas. "EL PELIGRO ES UN GRADO PREVIO AL DE LESION".

10. ACCION Y RESULTADO

En cuanto a este punto, han venido dándose a través de los años, distintos puntos de vista, entre clásicos y otros mucho más modernos y acordes a nuestra época. Es por ello que puedo decir que en la actualidad, tiende a imponerse la idea y punto de vista siguiente: "Lo decisivo no es la casualidad sino la RELACION CAUSAL, que resulta relevante para lo ilícito de acuerdo con criterios deducidos de la naturaleza de la norma y de su finalidad protectora de Bienes Jurídicos (imputación Objetiva).

En otras palabras, sólo una CAUSALIDAD RELEVANTE, desde el punto de vista de la naturaleza de la norma es la que debe tomarse en cuenta para saber si ACCION y RESULTADO se encuentran en relación en la que se hace posible sostener que el resultado es producto de tal acción. Con base a esto, indudablemente LA ACCION DE DISPARO DE ARMA DE FUEGO, debido a una causalidad relevante, se encuentra en relación y se hace posible decir que el resultado que pueda producirse es a consecuencia de la misma.

11. EL ITER CRIMINIS DEL DISPARO DE ARMA DE FUEGO

En virtud que ya en el Capítulo II, se habló de este tópico en forma General, es por ello que aquí únicamente lo delimitaré en forma particular hacia el Delito cuestionado.

11.1 FASE INTERNA

a) Actos de Ideación Criminal

Constituye el momento en donde nace en la mente del

sujeto la Idea de disparar arma de fuego contra una persona, dándose el primer indicio de la intencionalidad "DOLO".

b) Actos de Deliberación

En este momento, se da una lucha interna en la mente del actor, contraponiéndose su idea criminal a las ideas del deber ser, por lo que el elemento del Dolo, consistente en el conocimiento "Cognitivo", aparece en toda su gama. A mi criterio ya en esta fase, el sujeto activo, está en la plena capacidad de haberse hecho los razonamientos siguientes:

- La Idoneidad del carácter criminal de su acción a realizar;
- La Idoneidad y potencialidad del medio físico que va a utilizar en su acción, el que con base a las Reglas de Buen Razonamiento y de la Experiencia es adecuado para provocar un resultado letal;
- La Idoneidad en el objeto sobre el cual recae la acción: en este caso, el Bien Jurídico sobre el cual va dirigido su acción, es una persona viva y que puede soportar tal acción.

En esta fase ha habido por parte del agente, plena conciencia del nivel de perturbación que puede provocar en el Bien Jurídico al que se dirige, así como aún sin desearlo, por todos los aspectos con que se encuentra revestido su acción, le es fácil preveer un resultado letal, dependiente de su conducta y unido a todas esas condiciones de idoneidad mencionadas, y no obstante a ello persiste en tal actitud de llevar a cabo, indudablemente habiendo tenido la posibilidad para motivarse en no hacerlo y lo sigue manteniendo en su

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

mente para posteriormente ejecutarlo, se le tendrá que considerar como responsable de uno de estos delitos, de Lesión en sus distintos niveles o el de Homicidio, independientemente a esto, si no se diera dicho resultado letal, debe persistir su culpabilidad en considerarlo como autor de una acción en Grado de Tentativa.

c) Actos de Resolución

Posterior a la Deliberación provocada en la mente del sujeto, entra a una nueva etapa, producto de esa Deliberación, la cual es la RESOLUCION, consistente en la decisión final que toma el sujeto en llevar a cabo su acción del Disparo de Arma de Fuego en contra de otra persona. Dándose en consecuencia el elemento Volitivo del Dolo a plenitud. Es decir a partir de este momento ya puede afirmarse que el sujeto asume total responsabilidad del riesgo que provocará su conducta, así como de los eventuales resultados.

11.2 FASE EXTERNA

a) Actos Preparatorios o Preparativos

Es en estos, en donde se hace de manifiesto en el mundo exterior la idea de llevar a cabo el delito por parte del agente, pudiendo situar en estos actos, el hecho de que se entre al dominio y control del sujeto activo, un arma de fuego, misma que se utilizará para consumir el delito.

b) Actos de Ejecución

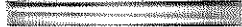
Es en cuanto a este momento en donde se da la problemática, ya que de conformidad con la norma, el hecho de apuntar contra la otra persona el arma de fuego y hacerla detonar, el tipo se logra consumir; es decir basta con que

el sujeto accione el gatillo del arma de fuego en contra de una persona para que este delito se tenga por consumado. Véase que de ser así, este tipo penal, le haría falta una parte del tipo objetivo, o sea una forma de resultado, una mutación física en el Bien Jurídico o afectación, lo que en buena interpretación, no se da con el hecho de accionar en contra de alguien un arma, el resultado se dará teniéndose como medio el disparo, lo cual dependiendo de la dirección que tome el proyectil, posterior al salir del cañón del arma, se podrá hablar hasta ese entonces de una verdadera consumación o en todo caso de una forma imperfecta de ejecución, "Tentativa". "No se puede pensarse que alguien dispare un arma de fuego contra una persona, solamente porque si ... sin ningún tipo de intencionalidad". Esta afirmación queda más entendible con base al siguiente análisis de la adecuación típica del delito doloso que se hace, considerando para ello que esa clase de delitos a la que pertenece el tipo penal aquí tratado:

Todo tipo DOLOSO implica:

- a) **Un tipo objetivo:** Consistente en la causación de un resultado, es decir la materialización de la ideación criminal.
- b) **Un tipo subjetivo:** La voluntad y conocimiento para causarlo o lo que se denomina DOLO.

Es en cuanto a esto, que puedo afirmar que el tipo penal de disparo de arma de fuego, carece de arma de fuego, carece de una parte del tipo objetivo, pues como ya se ha visto, para su consumación bastará con el hecho que se dispare el



arma de fuego, lo que no constituye ninguna causación de un resultado, pues éste vendría después de esta consumación, pero ya sería un resultado de Lesión o de Homicidio, quedando por lo tanto, eliminando tal tipo penal. Es por lo tanto, que el hecho de disparar Arma de Fuego, no constituye un tipo penal, de ser considerado así, se hace inoperante, (un tipo penal sin resultado) por lo que necesariamente constituye desde el momento de su ideación y deliberación principalmente, actos de la Fase Interna, pero de un ITER CRIMINIS de un Delito de Lesiones u Homicidio, en donde se hace evidente la concurrencia de un "DOLO EVENTUAL" y lo difícil que representa poder determinarlo, es lo que ha provocada la creación de un tipo penal de esta naturaleza, olvidando que la acción de disparar arma de fuego contra alguien es totalmente adecuada de un Delito Doloso de Lesiones o de Homicidio, por existir coincidencia entre acción ejecutada y resultado provocado.

12. EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO COMO TENTATIVA

En cuanto considerar al Disparo de Arma de Fuego tipo penal autónomo, es que se fundamenta su propia INOPERANCIA, pues considerar el medio para cometer un delito, como figura pena, independiente lo hace un absurdo jurídico. Con base a esto, mi posición de que dicha acción constituye un GRADO DE TENTATIVA, ha quedado plenamente fundamentada con los puntos jurídicos que he dejado ya anotado y que a continuación término de expresar con base a los argumentos siguientes:

En cuanto al tema de LA TENTATIVA, ya se ha hablado en el capítulo II, considerándola como FORMA IMPERFECTA DE: "EJECUCION DEL DELITO"; por lo que me queda hacer Referencia

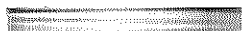
al hecho que habrá tentativa cuando el sujeto de comienzo a la ejecución de su conducta y el delito no se consuma por causas ajenas a su voluntad.

Conforme a este precepto doctrinal, puede inferir que en relación al Disparo de Arma de Fuego, cuando el sujeto ya a detonado el arma en contra del sujeto pasivo, por que por causas ajenas a su voluntad no se da un resultando de lesión o muerte, no puede considerarse a tal acción como algo distinto del tipo penal Lesiones o de Homicidio, por cuanto únicamente fue el medio utilizado en dirigir dicha acción hacia un fin determinado, ya sea este se de o no, o que lo quiso o por lo menos fue representado en la mente del autor, el delito que no fue consumado no desaparece por no originarse tal resultado, como se pretende en nuestra legislación haber, por el contrario dicha acción delictiva permanece allí con todos sus elementos, pero al no consumarse, sencillamente se encuentra frente a una forma imperfecta de ejecución, es decir **LA TENTATIVA**.

Con base a esto el Disparo de Arma de Fuego. si no lesiona al Bien Jurídico, se debe considerar un Grado de Tentativa y no un delito independiente, pues el hecho del disparo del arma sólo constituye un acto de ejecución del Iter Criminis de un Delito de mayor punición.

13. PUNICION DEL DISPARO DE ARMA DE FUEGO COMO ACCION EN GRADO DE TENTATIVA

En cuanto este punto, ya me referí al momento de tocar el TEMA DE LA TENTATIVA, pero en este momento haré mención sobre la punición de la tentativa refiriéndome al tipo penal



del Disparo de Arma de Fuego.

Esta conducta en grado de Tentativa, se pena porque hay intencionalidad, propósito y ánimo del agente en Disparar Arma de Fuego en contra de otra persona, previendo fácilmente un resultado de lesiones o de muerte de dicha persona y no obstante a ello no se detiene y lo hace. Es decir existe punición para esta acción en grado de Tentativa, porque hay en ella evidente un DOLO EVENTUAL de Lesiones o de Homicidio.

El Artículo 143 del Código Penal, establece: "Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable, cuando concurren las circunstancias necesarias para constituir TENTATIVA del Delito que tengan señalada pena Mayor"; En cuanto este precepto legal, quiero analizar lo siguiente:

Con base en los argumentos que he venido dejando a lo largo de la presente investigación, se hace más que evidente que dicha norma no es funcional, porque al referirse a "circunstancias necesarias" deja abierto la posibilidad que se origine con ello mucha arbitrariedad, asimismo, según mi punto de vista ya apuntado, tales circunstancias se deben entender que siempre concurren, por ser esta acción no autónoma como se ha pretendido darle en nuestro Código, sino únicamente un medio para consumar otro delito de mayor pena, es por ello que de esas circunstancias de que habla la norma (y que no indica cuáles) según mi criterio, desde la ideación, deliberación, y resolución del iter criminis de este Delito, vienen a darse implícitamente, haciendo por lo tanto en todos los Disparos de Arma de Fuego, acciones delictivas en Grado de Tentativa de Delitos de Mayor

Gravedad.

14. DEL CARACTER SUBSIDIARIO DE LA FIGURA DEL DISPARO DE ARMA:

En el artículo 142 del Código Penal, se le da un carácter o condición de SUBSIDIARIEDAD, al tipo penal del Disparo de Arma de Fuego, regulando que si con el disparo se causa lesión leve, se pena como concurso ideal; asimismo si a consecuencia del Disparo se causaran lesiones graves o gravísimas o incluso se ocasionare la muerte, sólo se le impondrá la pena que por estos delitos corresponde.

Es evidente que con tal regulación tan imprecisa, el legislador pretendió cerrar el portillo abierto de que nos hace referencia el Maestro Jiménez de Asúa, pero no fue suficiente, con base a los siguientes argumentos que hago:

- a) En cuanto a lo primero, relativo, a que si se causare Lesión Leve, se pena como Concurso Ideal, esta disposición es totalmente imprecisa si consideramos que la acción del disparo de arma de fuego es tan sólo el Medio para Cometer un Delito, como se ha venido sosteniendo por mi persona, por cuanto carecer de autonomía propia como TIPO PENAL, siendo por lo tanto dicha acción que por progresión puede llegar a constituirse en un delito de LESION LEVE, mismo que si es un TIPO PENAL independiente, por lo que no podría mediante un CONCURSO IDEAL pretender castigarse conjuntamente una acción que es el medio para que en progresión se llegue al delito fin; es decir no puede castigarse una acción inicial y su progresión

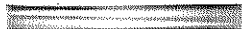
pertenecientes al medio para llegar a la consumación del delito y a éste en forma conjunta. "No se puede castigar el Medio y el Resultado del Delito".

- b) En cuanto a lo segundo, que representa el real carácter subsidiario, que le ha pretendido dar nuestra legislación a este tipo penal, de una forma insuficiente e imprecisa, si tomamos en cuenta que no será el resultado el que diga si se trata de una forma de Delito de mayor punición como Lesiones o delito de Homicidio, en donde al darse este resultado automáticamente se elimina la acción del Disparo de Arma de Fuego como figura penal; tal regulación jurídica conlleva a caer en el mismo problema que he tratado, es decir, que si en caso que dichos resultados de Lesiones o de Homicidio no se den, no elimina el DOLO EVENTUAL, que la propia acción de disparar arma de fuego contra alguien trae como ya se ha visto, desde la etapa interna del iter criminis que recorre; es decir que aún que con tal disposición legal, se intentó darle solución a esta problemática de la inoperancia de este tipo como forma autónoma, no fue suficiente, si consideramos que desde su inicio, el disparo es ya únicamente el medio que se utiliza para cometer delito de mayor punición, no una forma de tipo autónomo, por lo que tal carácter de subsidiariedad no puede existir y mucho menos con el criterio de esperar que el resultado se origine (de esa acción); pero dicho criterio si operara para saber si la

acción delictiva se consuma o en caso contrario vendría a constituirse en una forma imperfecta de ejecución, "LA TENTATIVA", pero no en un tipo penal independiente, de DISPARO DE ARMA DE FUEGO, como se intenta realizar con dicho carácter subsidiario.

15. EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO "UN PREMIO EN BENEFICIO DE AUTORES DE ATENTADOS GRAVISIMOS"

Para concluir este trabajo, hago eco, a las palabras del ilustre tratadista, Jiménez Huerta, relativo a que el tipo penal de DISPARO DE ARMA DE FUEGO, en la forma como se encuentra regulado hoy en día, constituye "Un premio de beneficio de autores de atentados gravísimos contra la vida humana, y de ahí también que su naturaleza real constituya un homicidio en grado de Tentativa". Criterio que ha sido reafirmado con el presente trabajo, siendo ampliado en el sentido que también dicha acción de DISPARO DE ARMA DE FUEGO, puede constituir en tentativas de Lesiones Leves, Graves o Gravísimas, por lo que se tendrá que tratar de resolver esta problemática, en considerarlo como tipo penal independiente, por que con ello como lo afirma el Maestro Jiménez Huerta se estaría premiando en lugar de sancionar a los autores de conductas de alta peligrosidad para el bien jurídico de mayor valor, como lo constituye LA VIDA E INTEGRIDAD CORPORAL, y de esta forma escapen a una sanción mucho más severa de la que se ha regulado en dicho tipo penal cuestionado, al serle de mucha dificultad al Juzgador en poder corroborar la existencia de Un DOLO EVENTUAL en dicha conducta, optando por el principio de que la duda favorece al reo, por lo que le es dado una sanción benigna. A fin de poder solucionar toda esta dificultad, se deberá eliminar de nuestra legislación



penal por ser inoperante e impreciso y únicamente originar confusión, el tipo penal del disparo de Arma de Fuego y optarse por considerar tal acción como medio de tipo penal y no como delito autónomo.

Para terminar expongo el último ejemplo de mi posición sostenida: Alguien dispara un Arma de Fuego contra una persona, sin DOLO directo de darle muerte, pero habiéndose representado fácilmente un eventual resultado de esta magnitud, no obstante a ello dispara y le da en un órgano vital y muere.

Al momento de Juzgarlo, obviamente, se le impondrá un castigo por Delito de Homicidio, aunque no existía DOLO DIRECTO, pero si hubo un DOLO EVENTUAL.

A contrario sentido, "Alguien dispara Arma de Fuego contra una persona, sin DOLO DIRECTO de darle muerte, pero tal resultado si se lo represente, pero no obstante a ello, actúa y con buena fortuna no hiere ni da muerte al sujeto pasivo". Véase aquí que no obstante no haberse dado ese resultado, el DOLO EVENTUAL si existe en su conducta, por lo que deberá con un buen sentido castigársele por una acción en grado de Tentativa, por la concurrencia de un DOLO EVENTUAL y no considerarse tal acción como un delito distinto e independiente.

CONCLUSIONES

1. Todo delito se integra de un tipo objetivo y un tipo subjetivo, en tal virtud es una condición elemental que tenga la acción que lo integre un "RESULTADO" adecuado, mismo que debe ser definido y determinado; condición de la cual carece el tipo penal de DISPARO DE ARMA DE FUEGO, considerándolo como un delito independiente, es decir como un delito penal autónomo.-
2. En la acción del DISPARO DE ARMA DE FUEGO, existe una triple idoneidad traducida en: IDONEIDAD de la acción ejecutada, medio físico utilizado y en el bien jurídico sobre el cual recae la misma, lo cual hace una fácil REPRESENTACION de un resultado letal, por lo que en dicha acción puede fácilmente evidenciarse la presencia de un DOLO DIRECTO si la intención del autor es el de dar muerte o lesionar al sujeto pasivo, o un DOLO EVENTUAL en cuanto a estos resultados, si en el autor no existiere tal intención de dar muerte o lesiona, lo cual se hace enormemente difícil de determinar.-
- 3.- La idea de que con la acción del DISPARO DE ARMA DE FUEGO, únicamente se tiene una intención de PELIGRO Y AMENAZA, debe ser desechada por imprecisa e inoperante.-
4. Por medio del DISPARO DE ARMA DE FUEGO, se dan dos formas de afectación del BIEN JURIDICO al cual se dirige, siendo tales formas el de PERTURBACION E INSEGURIDAD JURIDICA del BIEN PROTEGIDO, si se considera a tal acción como un grado de TENTATIVA de otro delito de mayor punición.-

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

5. El disparo de arma de fuego, para poder ser operante, debe ser considerado como una **FORMA DE TENTATIVA** (IDONEA y ACABADA) y no como un delito autónomo.-
- 6.- Considerando la **ACCION DEL DISPARO DE ARMA DE FUEGO** como una conducta en grado de **TENTATIVA**, ésta se vuelve una acción dependiente del delito del cual se trate, pues no hay tentativa en sí, sino que cada una de las tentativas dependen del tipo penal al cual correspondan.-
7. El disparo de arma de fuego, como una forma de **TENTATIVA**, se hace punible con base en el criterio de la **PROXIMIDAD INMEDIATA** de la realización del tipo.-
8. Al existir en la acción del **DISPARO DE ARMA DE FUEGO** un **DOLO EVENTUAL**, debe considerarse una plena responsabilidad del agente en el resultado de tal acción y si éste no se origina o no llega a consumarse por causas ajenas al autor, no se elimina tal responsabilidad sino que se constituye en una acción pero en grado de tentativa de aquel delito del cual se trate, pero no un delito distinto a éste y mucho menos con autonomía propia, como se regula en nuestra legislación penal.-
- 9.- Con base en el análisis jurídico hecho del **ITER CRIMINIS** de este tipo penal de **DISPARO DE ARMA DE FUEGO**, se evidencia que dicho Iter no difiere del Iter Criminis de un delito de Lesiones o el del Homicidio, únicamente con la diferencia que en estos últimos se da la consumación y en aquel no, haciéndole falta el tipo objetivo el cual no llega a darse a cabalidad por causas ajenas del agente,

siendo por lo tanto una forma imperfeta de ejecución de esos delitos de mayor punición, es decir una TENTATIVA de la denominada ACABADA E IDONEA.-

- 10.- Con la acción del DISPARO DE ARMA DE FUEGO, considerada como un delito autónomo, se está castigando únicamente con base en la acción realizada, sin considerarse el DOLO implícito en esa conducta, sin tomarse en cuenta que el BIEN JURIDICO TUTELADO del cual se trata, constituye el bien jurídico por excelencia, que hoy por hoy es el más básico de todo ordenamiento jurídico penal normativo, por lo que habiendo gran dificultad en poder determinar EL DOLO que lleva implícito tal acción, lo cual origina toda la PROBLEMATICA en cuestión, debe eliminarse la idea de seguir siendo regulado como una forma de TIPO PENAL autónomo y sancionado con una pena mucho más benigna a la que debe corresponder a esta clase de conducta de alta peligrosidad, por lo tanto debe ser considerada como una TENTATIVA de aquellos delitos de Lesiones u Homicidio, mismos que se encuentran sancionados con una pena mucho más severa.-

10. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL,

2.1 "TEORIA DEL DELITO", Editorial "Ediar", impreso en Buenos Aires, Argentina, 1975.-

2.2 "MANUEL DE DERECHO PENAL", (Parte General), Tercera Edición, editorial "Ediar", Buenos Aires, Argentina, 1,982.-

LEYES CONSULTADAS Y ESTUDIADAS

- 1.- CONSTITUCION PÓLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA.-
 - 2.- CODIGO PENAL GUATEMALTECO.-
 - 3.- CODIGO PROCESAL PENAL.-
 - 4.- LEYES ESPECIALES PENALES.-
 - 5.- LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL.-
-