Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

INTERPRETACION DEL ARTICULO 306 DEL CODIGO PENAL

Por el Lic. Alberto R. VELA.

1. En el Código Penal de 1871, no existía disposición especial que sancionara el hecho de disparar un arma de fuego sobre una persona, ni el ataque peligroso, como delitos destacados, de modo que tales acciones sólo eran punibles si reunían los caracteres necesarios para conceptuarlos como conato, delito intentado o frustrado, enunciados en los artículos 18 a 21 de tal Ley. La penalidad de esos hechos se subordinaba a la de los delitos fallidos, conforme a las reglas estatuídas por los artículos 202 y siguientes.

2. En la fracción 4ª del artículo 47, se definían las "armas", ejemplificando algunas de sus clases, y en ocasiones el uso de ellas para delinquir, fueran o no prohibidas, se consideraba como circunstancia de agravación.

3. Siendo muy difícil, en ocasiones imposible, acreditar todos los elementos constitutivos de los delitos en grado imperfecto, casi no era posible sancionar hechos francamente antisociales y peligrosos, como los disparos de armas de fuego y los ataques a propósito para matar, y ni siquiera podían reprimirse como simples faltas, a no ser que por esos modos se produjese escándalo, por no estar comprendidas tales actividades en los artículos 1140 a 1152 de aquella Ley..

4. De lo anterior se deriva que comúnmente quedaban impunes los aludidos hechos, con grave riesgo para la tranquilidad social y para la seguridad de las personas; produciéndose, como consecuencia, un hábito peligroso entre ciertas gentes, autoras de aquéllos.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

3º "Señala que constantemente se producía en la práctica de los tribunales esta extraña anomalía: cuando el delito que quiso cometer el agente se frustra, pero resulta consumado otro, se aplica la pena del delito que se consumó, en tanto que si el delito se frustra por completo, es decir, sin que llegue a producirse mal alguno, entonces sí se aplica la pena que legalmente coresponde al delito frustrado. (Es lo mismo que ocurre en nuestro tiempo, cuando se trata de robo violento, si la violencia constituye un delito de leve penalidad).

4º "Como ejemplo, —sigue diciendo el maestro—, tomaremos el caso de disparo de arma de fuego sobre una persona. En él, pocas veces se tiene la intención deliberada y precisa de matar y casi nunca la de causar una lesión determinada... Si se produce una lesión aún levísima, el hecho se castiga como delito de lesiones... En cambio, si el proyectil no tocó a la persona sobre quien se hizo el disparo"... se impone la pena del homicidio frustrado, lo que califica con razón como una anomalía, porque dos hechos iguales en intención resultan sancionados con penas cuya gravedad está en proporción inversa del daño causado: "pena menor, cuando resultó lesión y pena mayor cuando no resultó".

5º La comisión creyó conciliar los problemas que al respecto se le plantearon, al proponer el artículo 548 bis, "conforme al cual el ataque dirigido a una persona *en circunstancias que de él pueda resultar la muerte del atacado,* se presume, aunque sólo con presunción "juris tantum", ejecutado con la intención de matar y constituye, en consecuencia, un homicidio frustrado";

6º El maestro Macedo dice que tuvo en cuenta la Comisión varios antecedentes legislativos y jurisprudenciales, y cita entre ellos:

a) El artículo 423 del Código Penal Español de 1870, redactado así: "El acto de disparar una arma de fuego contra cualquiera, será castigado con la pena de prisión correccional... (de seis meses y un día a cuatro años y dos meses), *si no hubieren concurrido en el hecho las circunstancias necesarias para constituir delito frustrado o tentativa de parricidio, asesinato, homicidio o cualquiera otro delito a que esté señalada una pena superior...*"

b) Varias ejecutorias del Tribunal Supremo de España, entre ellas las que sostienen: que la disposición que acabo de indicar, comprende aun los disparos hechos con arma inservible o cargada con sólo pólvora, sin proyectil; que el precepto *pretende reprimir todo disparo hecho con arma*

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

sola, porque entonces no podía haber real peligro de muerte, debiéndose sancionar esos casos como conatos o delitos intentados, si se reunían los presupuestos legales.

8. Sin el menor esfuerzo se advierte que, de haber entrado en vigor el artículo 548 bis, mencionado, *sólo habría podido aplicarse, según la mente y los propósitos bien definidos del legislador, a los casos de homicidio frustrado, "juris tantum" presumidos.* También se nota que al más eximio de nuestros penalistas contemporáneos, no le repugnaba que se sancionaran, acumulativamente, el disparo o el ataque, presuntivamente considerado como homicidio frustrado, y el delito de lesiones que en realidad se cometiera, y que no expuso la menor crítica condenatoria, en cuanto a los viejos preceptos hispanos que agravaban considerablemente las penas de los delitos de homicidio y lesiones, cuando eran cometidos por medio de armas de fuego o arrojadoras de otros proyectiles (arcos y ballestas).

9. En el Código de 1929, que recogió abundantes aportaciones de los *Trabajos de Revisión* de 12, el artículo 971, aparece redactado así: "Al que dispare sobre alguna persona un arma de fuego, o la ataque de otra manera que, en razón del arma empleada, de la fuerza o destreza del agresor o de cualesquiera otras circunstancias, *pueda producir como resultado la muerte se le aplicará por ese solo hecho,* una sanción de uno a tres años de segregación, a no ser que las circunstancias del caso, califiquen el delito como tentativa de homicidio."

10. El propósito del legislador de 29, es diametralmente opuesto al de los autores de los Trabajos de Revisión de 12. Como en aquella Ley ya no se reconocen más grados del delito que el de consumado y la "tentativa o conato" (art. 20), y la tentativa se sancionaba con pena igual a la del respectivo delito consumado, sin más posibilidad de reducción que la de una 20a. parte, conforme a los artículos 171 y 172, y el 971 fijaba una pena de mínimo alto y de calidad grave, pero de corta duración: uno a tres años de segregación, y la pena de la tentativa de homicidio simple podía ser hasta 13 años de segregación y relegación hasta de veinte años, el calificado (arts. 974 y 991), es notorio que ya no se trata, como en el proyecto consultado, de suplir la deficiencia de la prueba de los delitos de homicidio frustrados, sino de sancionar autónomamente los disparos y ataques que puedan producir como consecuencia la muerte del ofendido.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

fracción que, por tal motivo, no requiere para su integración aquella exigencia;

3º El artículo 548 bis, establecía reglas de acumulación, —las generales—, pero sólo para cuando de los disparos o ataques resultaran lesiones; el 971 no trató esa cuestión, y el 306 fijó una regla particular de acumulación, diversa de la general, para el disparo o el ataque y los daños de cualquiera especie que resultaren, al prescribir que las penas decretadas por ese precepto se apliquen *independientemente* o "sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa algún daño";

4º Los tres artículos comentados tienen de común encontrarse precisamente en el capítulo relativo al homicidio. En cuanto al Proyecto de 12, no sería posible pensar en la posibilidad jurídica de acumular la pena impuesta por el art. 548 bis, con la del homicidio, en el supuesto de que del disparo o el ataque resultara daño de muerte, porque sería absurdo sancionar, a la vez, el mismo hecho como delito frustrado y como consumado;

5º Ese absurdo no acaece tratándose de los artículos 971 del Código de 29 y 306 del de 31, porque en ellos no se previeron sanciones para tentativas de homicidio, sino más bien delitos típicos y calificativas especiales, para los daños penales que resulten, cualesquiera que sean ellos, *incluyendo el daño de muerte*, cuando como medios de comisión se emplean disparos de armas de fuego, o ataques que puedan producir como consecuencia la muerte;

6º No es extraño en nuestra Ley, —y lo mismo ocurre en todos los Códigos Penales contemporáneos—, que un delito pueda convertirse en una simple calificativa de otro y que, no obstante ello, por exigencias constitucionales o procesales, se apliquen las penas respectivas, por el procedimiento acumulativo. Citaremos ejemplos en apoyo de nuestro dicho: fraudes cometidos por medio de falsificación; robos cometidos por medio de horadación o fractura constitutivos de delitos de daño en propiedad ajena; delitos de cualquiera especie, cometidos por medio de usurpación de funciones públicas o de profesión, o de uso indebido de uniforme, insignias o distintivos; violación cometida mediante lesiones por intoxicación o de otra clase; amenazas como medios de comisión de delitos patrimoniales o de otra especie; robos violentos, cuando la violencia por sí misma constituye un delito, etc.

7º Es notorio que el legislador de 31 no quiso volver a la fórmula del artículo 548 bis, pues si así hubiera sido, la habría acogido en su inte-

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

16. Si un boxeador profesional, un campeón de tiro o un maestro de esgrima, hacen uso de su habilidad, fuerza o destreza, en contra de menores de edad, o de personas adultas, débiles, enfermas o simplemente no adiestradas en esas actividades, o de mujeres, y las lesionan o las matan, deben aumentarse las penas del daño resultante, con las decretadas por el art. 306, porque en tales hipótesis, el empleo de los aludidos medios de comisión sólo significa un motivo de agravación de las penas, por la mayor temibilidad del responsable, objetivamente revelada. El disparo y los otros medios de agresión, vienen a ser condiciones ventajosas empleadas por el ofensor, que acentúan su peligrosidad y ameritan penalidad mayor que la ordinaria.

Supongamos que alguien dispara sobre otro un proyectil de arma de fuego y yerra por completo en el blanco, pero la bala mata a otra gente. Es indudable que en tal hipótesis, no se dejaría sin sanción el disparo, sino se acumularía con el homicidio y si esto es así en dualidad de víctimas no se descubre por qué habría de ser diferente si es uno solo el paciente del hecho.

17. Creemos haber aducido razonamientos bastantes para persuadir de que el artículo 306 no se creó para sancionar los homicidios fallidos; pero por si no hubiéramos logrado nuestro propósito, vamos a aducir más argumentos: supongamos que un excelente tirador de pistola, revólver o rifle, seguro de la infalibilidad de su puntería y sin el ánimo siquiera de herir y menos con el de matar, dispara su arma sobre una persona, simplemente para asustarla y consigue realizar exactamente su designio, o imaginemos que alguien, cualquiera, aún sin tener experiencia en el manejo de tales armas, dispara sobre otra persona, determinada o no, en circunstancias tales que, por la distancia a que se dispara o por otras precauciones que se hayan tomado, se puede tener la certeza de que no se causará lesión alguna o de que la que se infiera no sea de las que ordinariamente determinen la occisión (como si se hiere en un dedo de la mano o del pie o en alguna otra región no vital). En tales hipótesis, la tentativa de homicidio debe desecharse en absoluto y, sin embargo, las sanciones del disparo deben aplicarse, solas o acumuladas a las del daño resultante, en sus casos, lo que no sería jurídico hacer si el artículo 306 sancionara tentativas de homicidio. Si alguien, intencionalmente y a sabiendas, dispara sobre otro un arma de fuego, con tiro de salva, con pólvora sola sin proyectil, o con gases deletéreos, también debe sancionarse el disparo, por sí solo o acumulado a las lesiones u otros daños que se produzcan por la combustión del explosivo empleado o por las incrustaciones de partículas no consumidas por la de-

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

(en el supuesto de que tenga esta calidad el delito resultante y claro que menos en el caso contrario), para formar parte substancial de ella y ser elemento "sine qua non" de su comisibilidad, (como sucedería, por ejemplo, en el caso de violación de una doncella, con el delito de lesiones consistentes en las desgarraduras del himen o en otras alteraciones de la salud, producidas en los órganos genitales externos, o como acontece con las lesiones, cuando producen el fallecimiento de la víctima); pero en los casos a que nos referimos al principio de este párrafo, el disparo y las otras modalidades de agresión, resultan tan absorbidos por el delito resultante, como el allanamiento de morada, por el robo en casa habitada, o los delitos de daño en propiedad ajena, lesiones u homicidio, en ciertos robos violentos, o con fractura u horadación. En estos casos, de aplicación constante en la práctica, a nadie se le ha ocurrido que no deban sancionarse los medios de comisión concretamente empleados, por haberse *"subsumido"* en el delito resultante, por haber sido absorbidos por el delito principal. Cierto que en ocasiones tales modos de perpetración, constitutivos de delitos destacados, pierden su autonomía y pasan a simples calificativas, motivadoras de agravación de la penalidad, pero ello no es motivo para sancionar solo el resultado final, sin atender a los medios empleados. Lo mismo debe hacerse cuando por el disparo y los otros medios de ataque, resultan la muerte, una lesión o cualquier otro daño.

4º Cuando se demuestre que los actos a que acabamos de aludir constituyen una tentativa (de homicidio o lesión), que tenga señalada pena mayor a la decretada por el artículo 306, entonces sí que desaparecen no sólo como delitos típicos, sino hasta como calificativas genéricas; pero no por operar el fenómeno de la absorción, sino porque, en esas hipótesis, *tales hechos vienen a constituir precisamente los elementos integrantes del delito imperfecto de que se trate.* Si hemos referido el problema sólo a cuando la tentativa en cuestión sea más gravemente penada que el disparo o el ataque, es debido a que, en el supuesto contrario, deberá atenderse al artículo 306, en observancia de la norma establecida por el 59 C. P.

5º También se ha dicho en ocasiones, que no son compatibles el disparo y las otras formas de ataque de que hablamos, con el homicidio cometido por esos medios, porque al consumarse éste, queda agotada la intención del responsable e incluída en el resultado la simple posibilidad de peligro. A nuestro juicio, con el mismo criterio podría pretenderse que no se agrave la penalidad, siempre que se trate de delitos calificados y que los responsables hayan tenido el propósito de consumar aquéllos, precisamente empleando medios reprimidos como delitos autónomos, o

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

tentes en lesiones u homicidio; pero parece fuera de incertidumbre que si el legislador hubiera querido que no se acumularan las sanciones de estos delitos, con las del disparo o el ataque, o hubiera puesto la norma en otro sitio, o hubiera hecho expresamente la excepción; más no sólo no procedió en alguna de esas formas, sino que, por haber empleado la frase *"sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa algún daño"*, en la parte inicial del artículo 306, claramente dió a saber su intención de que las penas establecidas en él, se apliquen juntamente con las que proceda imponer por el efecto dañino que el ataque o el disparo determinen, así sea el daño de muerte o el de lesiones que comprometen la existencia.

Choca al buen sentido que si una persona es herida por bala y muere, pero al mismo tiempo se le deterioran sus ropas, se le destruye un reloj o algún otro objeto, se pueda afirmar que el homicidio absorbe el disparo, pero que éste debe motivar acumulación de penas con las del daño patrimonial.

21. La única razón que encontramos para no acumular, en forma distinta de la general, las sanciones del disparo o el ataque, con las del homicidio, consumado por medio de ellos, consiste en el obstáculo que para hacer esto opone la jurisprudencia definida de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, que todos los tribunales del país están obligados a acatar conforme al artículo 94 de la Ley Reglamentaria del juicio de garantías. Esa jurisprudencia, a nuestro juicio es errónea, notoriamente cuando se trata de disparos de arma de fuego, motivándose la equivocación en la idea, no verdadera, de que el artículo 306 decreta penas para tentativas de homicidio. Mientras nuestro Tribunal máximo no modifique su criterio, no será posible realizar el propósito del legislador de agravar la penalidad a quienes causen daño letal, por los medios especificados en este precepto. Aunque fuera cierto que el mismo sancionara, en medida extrañamente leve, ciertas tentativas de homicidio, —las de imposible comprobación práctica—, ello no sería óbice para aumentar las penas, en caso de homicidio consumado por esos medios, como lo demuestran los textos españoles consultados por la Comisión de 12, citados por su Presidente, a que ya aludimos, y como se desprende también del estudio cuidadoso de nuestra legislación penal, incluyendo la vigente, en la que a cada paso hallamos que determinadas formas de conducta típica se reprimen con rigor mayor del ordinario, atendiendo precisamente a los modos de comisión empleados. En la actualidad y por el insalvable escollo de la jurisprudencia referida, sólo puede atenderse a las modalidades de comisión mencionadas para fijar la penalidad, en fun-

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

23. Para que los tribunales dejaran de aplicar ese artículo u otro cualquiera, sería menester que estuviera en franca pugna con la Constitución, con alguna Ley Federal o con algún Tratado; entonces, haciendo uso de la facultad instituída por el artículo 133 constitucional, se acataría la Ley de importancia jurídica superior; pero como tal no es el caso, las derogaciones que de hecho efectúan algunos tribunales, al no observar el artículo 306, dejando de aplicarlo en casos exactamente previstos en él, —fuera de los que encuentran ya el valladar de la jurisprudencia definida—, constituyen resoluciones dictadas contra texto expreso de la Ley, por más que de buena fe y fundadas en una interpretación, a nuestro juicio errónea, del citado artículo.

24. Sabemos que la opinión que hemos acogido y pretendimos exponer en este trabajo, acerca de la interpretación que debe darse al artículo 306 del Código Penal, ha ameritado que se la califique como "voluminosa monstruosidad", "disparate garrafal", "monstruoso engendro jurídico", "dislate jurídico", "barbaridad" y otras lindezas por el estilo, tan académicas, de tanta fuerza de convicción y de tanto rigor científico como aquéllas. Pero de seguro nuestra ofuscación es enorme o nuestra obstinación imperdonable, porque, a pesar de argumentos tan eminentemente pesuasivos, persistimos en aquélla; aunque tal vez se nos pueda aplicar el proverbio: "Mal de muchos . . . ", porque nos consuela y conforta que piensen como nosotros, (en lo relativo a que nada de extraño, ni de condenable tiene que un delito, en ocasiones, pueda convertirse en una mera calificativa de otro), la totalidad de los legisladores occidentales contemporáneos y numerosos de los antiguos, quienes han resuelto esos problemas de igual manera a la que indicamos en los párrafos 6º del Capítulo 14 y 3º del 18, de este opúsculo.

De lo que hemos expresado, se desprenden las siguientes

CONCLUSIONES:

1ª El artículo 306 del Código Penal, no sanciona tentativas de homicidio;

2ª El delito de disparo de arma de fuego sobre personas, no contiene entre sus elementos la circunstancia de que por medio de él se pueda causar la muerte del ofendido;

3ª Este delito se integra aún cuando haya la seguridad de que por medio del disparo no se comprometa la existencia de la víctima;

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia