

# Universidad Nacional Autónoma.

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

DERECHO  
UNIVERSIDAD NACIONAL  
-DE-  
MEXICO  
BIBLIOTECA

## ESTUDIO DEL DELITO, SUS DIVERSAS CONCEPCIONES.

NUESTRA LEGISLACION PENAL (71, 29 y 31).

**T E S I S**

Que para obtener el Título de  
Licenciado en Derecho pre-  
senta el alumno

**Octavio A. González Cárdenas**

**AÑO DE MCMXXXIV  
MEXICO, D. F.**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

**A mis queridos padres:**

**La Sra. Dña. Josefa C.  
de González y el Señor  
Dn. Ramón González C.  
con toda la veneración y el cariño del  
hijo agradecido.**

**A la santa memoria de mi adorada y  
virtuosa hermana:**

**La Señora Elisa González de  
García B.**

**A mi querido y gran hermano:**

**El Señor Ernesto González  
Cárdenas,**

**el que con su noble ejemplo me ha  
señalado siempre el camino del deber,  
y a quien debo en gran parte todo  
lo que soy.**

**A mis muy queridos hermanos:**

**Los Srs. Tiburcio, Antonio y  
Rodolfo González Cárdenas,  
con el profundo cariño que se le tie-  
ne al hermano.**

**A la venerable memoria de la Sra. Dña.**

**Dolores González de Ayala, y al  
H. Sr. Dn. Abraham Ayala  
Rodríguez,**

**con profunda gratitud y respeto.**

**A mi muy querida e inolvidable Escuela,  
donde pasé los momentos más felices  
de mi vida.**

*El antiguo lema del Derecho Penal del porvenir, educativo y preventivo o de defensa, reza: ¡No el delito, sino el autor! Pero por encima de esta vieja divisa se eleva otra nueva que dice: ¡No el autor, sino el hombre! Cuán grave deformación experimenta la imagen de un hombre, cuando se le considera solo, bajo el aspecto contingente de autor de un único hecho! Sin gran paradoja debe afirmarse que lo que en verdad existe es la verdad persistente de un hombre, o mejor dicho, la totalidad fluyente de su vida, y no sus actos singulares. La vida y el hombre están lejos de hallarse formadas por sus acciones singulares. La vía correcta del conocimiento psicológico no va del hecho a la personalidad, sino al revés, de ésta a aquél. Pero el proceso penal—y aquí empieza su insuperable carácter problemático—tiene que seguir inexorablemente el camino inverso: ir del hecho a la personalidad, y apenas si puede llegar hasta este punto final. Nuevas investigaciones psicológicas, el psicoanálisis y la psicología individual, han revelado los abismos de lo inconsciente; han mostrado que el reino del alma, incluso lo sencillo, es equivalente a lo enteramente falso. El sondear estos abismos es algo totalmente inadecuado para un juicio en materia penal, por razón de sus límites imperativos y de su configuración y desarrollo legales. De cuando en cuando, la vista de algún proceso sensacional puede acercarse a esta finalidad; pero es un grosero error psicológico el creer que un caso cualquiera de hurto reincidente, de los de tipo medio, es más fácilmente comprensible que un asesinato, a primera vista insólito. Este es un error debido a la falsa opinión de que el apetito de ganancia es una explicación sobre la cual ya no hacen falta mayores indagaciones psicológicas, una prima causa del acaecer espiritual que no requiere aclaración ulterior. Por el contrario, más bien puede decirse, que detrás del motivo egoísta es donde empieza propiamente la problemática psicológica. Cierto que el procedimiento penal ha producido ya una institución que debe servir para la indagación del mundo interior y del mundo circundante del delincuente, a saber: el auxilio o asistencia social de la Justicia (Soziale Gerichtshilfe). Pero cabalmente, la dificultad de encajar la asistencia o auxilio social de la justicia en las formas penales del actual procedimiento penal, nos indica que el futuro Derecho Penal enfocado hacia el reo, colocará el proceso penal ante nuevos problemas no resueltos todavía en lo más mínimo.*

**G. RADBRUCH,**  
Profesor de la Universidad de Heidelberg.

## ESTUDIO DEL DELITO, SUS DIVERSAS CONCEPCIONES, NUESTRA LEGISLACION PENAL (71, 29 y 31)

Se ha escrito mucho sobre el delito, llegándose a conclusiones científicas distintas.

Nada hay tan expuesto como definir, sería por tanto muy difícil dar una definición exacta del delito. Las definiciones del delito han sido muy variadas. ¿Qué es el delito? Es la primera pregunta que se nos ocurre al querer estudiar el difícil problema de la penalidad, en su mayoría han definido al delito como una transgresión a una ley penal, toda acción u omisión penada por la ley. Delito es un acto prohibido porque produce más mal que bien y para que haya el delito es necesario que haya una ley infringida. Delito es todo acto contrario a la justicia.

La lucha de la sociedad contra el delito, como uno de los elementos que obran contra los principales cimientos del orden social, se observa desde los primeros tiempos que dá cuenta la historia. El Derecho Penal tiene como misión la protección por medio de la ejecución de la pena (defensa contra el delincuente). Esta pena viene a ser la consecuencia de la infracción penal; el Derecho Penal tiene un carácter previsor, intenta la posible eliminación de las causas de delincuencia.

Algunos autores nos definen el delito, así tenemos a Don Luis Jiménez de Asúa que nos dice que acaso sea un ataque al orden jurídico, una negación al derecho, aunque nos dice que esto no es una definición. Frank en su "Filosofía del Derecho Penal" nos lo viene a definir como "la violación de un derecho individual o colectivo que se funda en la ley moral". Este concepto es amplísimo, existen muchos hechos violatorios de esa ley penal, que no pueden considerarse como delitos. Tenemos a Gabriel Tarde queriendo encontrar el carácter esencial del delito en la violación de un derecho o un deber; y Wluffen nos presenta el delito en función de la moral y del derecho y Hamon nos lo define diciendo: "delito es todo acto que lesiona la libertad individual".

Delito es todo acto humano que viole sin derecho el derecho de otro o de la sociedad, con el móvil o fin de causarle un

mal; es una definición que debemos conceptuar más completa, no podemos decir otro tanto de las enunciadas por los criminalistas hasta hoy. Una gran parte de ellos le asignaban como único carácter el de violar una ley penal, tales definiciones no tenían una base sólida y científica.

Los medios que hay para proceder a la averiguación de los delitos, son la acusación o querrela, la delación o denuncia y la pesquisa.

## ESCUELAS EN DERREDOR DEL DELITO

**ESCUELA CLASICA.**—Nacida en Italia y cuyo fundador fué César Beccaria, quien inició el estudio doctrinario del delito. Las doctrinas y postulados de esta Escuela alcanzaron su perfección con Carrara, a fines del siglo XIX. La base de dicha Escuela era determinada por el Libre Albedrío, y por tal entendemos la facultad del hombre de actuar con una voluntad libre y consciente.

El problema del libre albedrío es de suma importancia, muchos lo afirman y otros muchos lo niegan. La teoría Determinista se encamina a demostrar que el Libre Albedrío no existe.

Las razones fundamentales del libre albedrío son la conciencia de que soy libre y la auto experimentación. La primera nos dice, se es libre porque se tiene una afirmación interior que nos dice que si queremos hacemos y si no queremos no hacemos tal o cual cosa. En cambio, en la auto experimentación consiste en demostrarse experimentándose a sí mismos que se puede hacer tal o cual cosa, nos demuestra cómo en la práctica uno es libre de escogerse su propia vida (soy libre porque auto experimentándome me demuestro que lo soy).

Opuesta a la anterior doctrina es la teoría determinista, esta teoría tiene su origen en los primeros pensadores griegos cuyas especulaciones los llevaron a negar la libertad, por esto el determinismo es una doctrina negativa. El desarrollo teórico del determinismo es el siguiente: **Todo el universo está regido por una ley inmutable que es la de la causación universal**, es decir, no hay un efecto que no obedezca a una causa, y consecuentemente un efecto dá irremediamente una causa; el libre albedrío supone un efecto sin causa, puesto que obrar sin motivo, obrar sin impulso, es obrar sin causa, y obrar sin causa es desconocer la ley de la **Causación Universal**; así pues, lo único que necesitamos es buscar cuáles puedan ser las causas de los actos

humanos, y los deterministas razonaron así: Todos los actos humanos son productos de los deseos, o mejor dicho del deseo mayor. Tan soy libre, dirían los librealbedristas, que teniendo deseos de romper esta caja, no lo hago. A esto contestan los deterministas diciendo que yo tenía dos deseos: el deseo de romper la caja y el deseo de probarnos que era libre, y este deseo era mayor que aquél. Tenemos pues que todos los actos son producto del deseo mayor. Actuamos no en vista de lo que se desea, sino de lo que se necesita, el medio externo se traduce en necesidades.

Alfredo Fouilleé se coloca en una posición intermedia, hizo una sociología; el Organicismo y el Contractualismo eran conceptos que privaban en su tiempo y él, por medio de su doctrina sintética, concilió la integridad de ambas doctrinas diciendo: "El hombre es libre y determinado a la vez"... "Los deterministas tienen razón—dice Fouilleé—al afirmar que los deseos siempre se resuelven en vista del deseo mayor, y como el hombre no es libre de crearse su deseo mayor, es por lo tanto un determinado..." "Los librealbedristas tienen razón, porque si es cierto que los actos humanos son producto de la lucha de los deseos, lo es también el hecho de que el hombre tiene la potestad de crearse a sí mismo deseos".

La teoría de Depine en su "Filosofía de la Locura", es ecléctica, su doctrina es conciliadora y nos dice: "Los deterministas tienen razón en cuanto afirman que la lucha de deseos se resuelve siempre en razón del deseo mayor; pero se engañan en cuanto no consideran el imperativo moral".

En cambio Bergson piensa que las dos doctrinas mencionadas se han colocado en una posición infantil, critica a ambas diciendo que han confundido el espacio con el tiempo, y en los fenómenos espirituales la esencia es el tiempo. Esta doctrina se robustece por Boutroux.

**ESCUELA POSITIVA.**—Italia fué también la cuna de esta Escuela, siendo su fundador César Lombroso; fué autor de conocidísimas investigaciones sobre el hombre delincuente, escribió una de las obras más importantes del siglo XIX, significa uno de los vértices más salientes de la evolución del Derecho Penal. Con Lombroso el delincuente sigue ocupando el centro de la actividad penal; fué secundado hábilmente por Enrique Ferri.

**EL DELITO, SEGUN LOMBROSO.**—El descubría dos espectáculos paralelos, semejantes, (a su juicio idénticos): La vida primitiva y la vida criminal. Entre los hechos de los salvajes y de

los criminales él encuentra no sólo un parentesco, sino una entidad biológica. Era biólogo, materialista, doctor eminente, antropólogo, fué por eso que quiso explicar el fenómeno de la criminalidad en derredor de sus preferencias científicas.

César Lombroso fué en la biología donde encontró el fenómeno del **ATAVISMO** (la herencia en saltos): Un negro se casa con una blanca la primera, la segunda y tercera generación es blanca, de improviso viene una de negros, en esto consiste el atavismo, esto es, en el regreso a las generaciones anteriores. Si el atavismo existe en lo humano, ¿cuál es la composición en las sociedades actuales? Pues sencillamente, que con nosotros deben convivir los primitivos. Los primitivos se nos aparecen a través de generaciones sanas como una confirmación del atavismo. Así vino a formar la Antropología Criminal (Estudios Penales a Través de la Constitución Orgánica del hombre).

El delito, es la regresión a la vida primitiva. Y qué es la vida primitiva? Es la vida criminal. Los pueblos salvajes se encuentran al nivel de los pueblos primitivos. Cuando Lombroso hizo su famosa teoría el organicismo estaba en su auge. Lombroso observó a los criminales que tenían varios ingresos a la prisión por reincidentes, que representan signos tales, como el desarrollo de los senos frontales, de las mandíbulas, de la abertura sigomática, la existencia de apófisis lemurinos, la insensibilidad al dolor, la afición a los tatuajes, etc., que los acercan al tipo de los hombres primitivos que ya han desaparecido de la civilización, y a estos signos físicos de regresión corresponden defectos psíquicos que hacen de esos individuos seres incapaces de adaptarse a la sociedad actual. Hay individuos que no han cometido ningún delito a pesar de presentar deformidades faciales o craneanas como los criminales, es decir, se les atribuye a estos datos un valor relativo.

Hizo un estudio del parricidio, infanticidio, robo, adulterio y demás delitos, y se encontró con que en pueblos primitivos no eran considerados como tales, antes bien, en algunos casos eran obligatorios a su modo de la cortesía de los que los practicaban, por ejemplo: En algunas partes de Arabia se considera como un deber de cortesía el que un árabe, a la vez que ofrece hospitalidad a un viajero, a la vez que le ofrece cama, comida, le ofrece a su mujer. Lombroso dice: "Todos los delitos que se me den yo los puedo encontrar sin el carácter de tales en los pueblos primitivos". El libro de Lombroso se llama "El Hombre Delincuente". (Conviene leer la primitiva obra).

Lombroso, a igual que Ferri, clasifica a los criminales tomando en cuenta sus deformaciones físicas y su tendencia al crimen y forma algunos grupos: el de los locos, ya sea su locura congénita o adquirida por enfermedades; los natos, que es a los que caracteriza por sus deformaciones orgánicas y los ocasionales, que siendo individuos normales, delinquen sólo impulsados por las circunstancias momentáneas, sin que estén orgánicamente inclinados al crimen. Ferri añade además a los delinquentes habituales (los que una vez que han cometido el primer crimen, persisten en el camino emprendido, adquieren la costumbre crónica del crimen), estos no poseen los caracteres antropológicos del delincuente nato, por último nos habla de los delinquentes pasionales, los que delinquen a consecuencia de un ataque al sentimiento del honor o de un arrebató pasional.

Ahora bien, si las sociedades son organismos, tenemos que la sociedad primera fué necesariamente una sociedad niña, así vemos en los niños el egoísmo frente a cualquier acto de su vida. Y esto, concluye Lombroso, debió haber sido la vida primitiva: egoísmo, impiedad o crueldad y sentimiento de improbidad. Un delincuente es un ser anómalo en cuanto que carece de sentimientos naturales, puede ser nato si los desconoce absolutamente, o parcial si sólo en parte. En el nato debe haber la pena de muerte, y en el ocasional la pena debe tender a despertar en él estos sentimientos ignorados. Esto, dicho así es muy fácil; pero en la práctica nos encontramos en la imposibilidad de decir quién es criminal nato y quién lo es ocasional.

**Crítica que se le ha hecho a la teoría Lombrosiana.**—Su tesis radica en identificar primitivos y salvajes; pero no hay ningún fenómeno social que sea estable, sino que es esencialmente variable y evolutivo. Entonces no podemos afirmar que los primitivos y los salvajes sean una misma cosa, pues sobre los salvajes ha corrido tiempo y evolución, y están tan evolucionados los salvajes como los civilizados; y sería contradecir la ley de la evolución universal. El organicismo como tesis sociológica, por otra parte, quedó rotundamente descartada. Ahora como base para una legislación, tampoco puede aceptarse, porque el delincuente lo descubrimos a través de la antropometría y esta ciencia no se ha verificado plenamente.

**GAROFALO.**—Pertenece a la Escuela Sociológica Italiana, opuesta a la Escuela Positiva de Lombroso. Para Garófalo la esencia del Derecho Penal es el estudio del delincuente y no puede concebir a éste mientras no sepa lo que es el delito.

Se hace necesario descubrir en el delito una permanencia, porque sólo así es posible la construcción científica. El nos dice que esta permanencia no es posible descubrirla en los actos exteriores, sino en los interiores; se pone a buscar en qué parte del complejo de la vida humana existe esta permanencia y la encuentra en el sector sentimental, que es intrínsecamente humano y a la vez permanente. ¿Pero todos los sentimientos son permanentes? NO, Garófalo piensa que no: Hay sentimientos mutables o artificiales y otros inmutables o naturales.

Así tenemos el honor, el pudor, la religiosidad y el patriotismo, que son sentimientos artificiales de la vida humana.

El honor: Un grupo de bandoleros viven de asaltar a cuantos se ponen a su alcance y sin embargo fundan su honor en que nunca han matado; un matón asesina a todo aquél a quien le manda su jefe y sólo tiene el inmenso honor de guardar fidelidad a su jefe. En la Edad Media, el siervo entregaba su esposa en la primera noche de bodas a su amo, hoy tiene el derecho de matar a los adúlteros, siempre que los sorprenda en pleno adulterio.

El Pudor, por ejemplo, no puede ser más artificial, cambia, no digamos al correr de los tiempos y los espacios, cambia de momento a momento, de hora en hora: una señora se presenta desnuda en un balneario y el pudor no padece absolutamente en nada; pensemos por un momento en esa misma señora paseando en traje de baño por una avenida céntrica de la ciudad, el pudor colectivo no puede soportar a la persona que momentos antes admiraba. En el adulterio nos encontramos en un caso semejante, la mujer en la Edad Media comete el adulterio con la mayor tranquilidad, nuestros abuelos ven esto como un pecado abominable y en nuestros días es algo corriente.

La Religiosidad: Tan es inestable este sentimiento, que no rechazamos al que no tiene religión, y vemos convivir, sin calificar de inmorales a creyentes de religiones antitéticas.

El Patriotismo: No rechazamos como inmoral al que cambia de nacionalidad. Ha ido perdiendo terreno ante el Universalismo.

Además diré que aquí mismo en el Distrito Federal, los indígenas tienen una concepción diversa del delito, especialmente de sangre, que la que tienen los hombres de cultura superior. Entre algunas tribus del D. F., es cuestión de honor aún, vengar el daño que haya sido infringido en los familiares, así tenemos que el crimen obedece a la venganza, que va pasando de familia

a familia.

Así es que los curiales deben ser los que hagan el Código del delito artificial—dice Garófalo,—nosotros nos ocuparemos del delito Natural y de este modo haremos un Código Científico.

**La Teoría del Delito Natural (noción sociológica).**—Garófalo cree encontrar dos sentimientos naturales, que son centrales en la vida social: el de la Piedad y la Probidad, sentimientos que son complementarios e inseparables. Sólo que lo permanente en estos dos sentimientos no son sino sus capas inferiores. Garófalo llama delito "a todo acto que ofende los sentimientos de piedad y probidad en la medida media en que son poseídos por una colectividad".

Los delitos naturales se encuentran divididos en dos categorías:

a)—Ofensa al sentimiento de piedad o humanidad. La piedad en su más alto rango tiende al heroísmo: el heroe es aquél ser que persigue constantemente hacer el bien y consagra su vida a servir a los demás e incluso se sacrifica en servicio de los demás; pero este heroísmo o generosidad no es común a toda la sociedad. Por último viene aquella etapa negativa del sentimiento, es decir, aquella en que el hombre no se dedica a hacer el bien, sino que se conforma con abstenerse de hacer el mal, y esto lo encontramos en todas las sociedades y en todos los tiempos. La ofensa al sentimiento de piedad, en primer término comprende agresiones contra la vida de la persona y toda clase de actos que producen un mal físico (lesiones); en segundo lugar abarca los actos físicos que producen a la vez un dolor físico y moral, como la violación de la libertad individual (detención arbitraria); por último, los actos que por un medio directo producen necesariamente un dolor moral (calumnia, la difamación, etcétera).

b)—Ofensa al sentimiento de Probidad.—Como la piedad tiene diferentes etapas en cuya capa superior nos encontramos con la delicadeza: Un hombre al pasar por cierta calle deja caer un billete, otro hombre que lo sigue lo levanta y se lo devuelve, otro lo aprovecharía para sí, el sentimiento experimentado por el último es el sentimiento medio de probidad de una sociedad. Esta ofensa al sentimiento de probidad comprende en primer término, las agresiones violentas contra la propiedad, como el robo, el incendio; en seguida las agresiones llevadas a cabo sin violencia, pero con abuso de confianza, como la estafa; en tercer lugar comprende las lesiones indirectas a la propiedad o a los de-

rechos civiles de las personas, por medio de las mentiras, como los falsos testimonios, las falsificaciones de documentos auténticos, etc.

Los opositores a la tesis de Garófalo han dicho: "No podemos admitir que la piedad es estable mientras no se nos demuestre que en los tiempos inquisitoriales se cometía una acción piadosa aplicando el tormento del embudo, por ejemplo". Pero los discípulos de Garófalo contestan que estos tormentos se desarrollaban en el sector religioso, pues se consideraba a los ateos como enemigos de la humanidad.

Vaccaro nos dice que el único delito natural que existe es el que las leyes consideran como tal.

Alimena censura la teoría del delito natural, por entender que no sólo es arbitraria, porque es sumamente difícil decir en qué consiste la medida media de estos sentimientos; nos dice que muchos sentimientos de épocas pasadas no son ya nuestros sentimientos, como probablemente nuestros sentimientos serán distintos a los del porvenir.

Dorado Montero combate las definiciones del delito natural, porque se encuentran afectados de un vicio de origen que pretende en dar un concepto del delito en sí, desde el punto de vista de la justicia absoluta. Todos tenemos un concepto propio del delito de acuerdo con nuestras ideas y nuestros intereses.

Así es que Garófalo pensó en dos Códigos: el Natural y el Artificial. Mi maestro, Lic. Luis Chico Goerne, llega a la conclusión final de que esta teoría en la práctica no le sirve.

Como podremos ver, Garófalo abandona el análisis de los actos y se refiere al de los sentimientos, para formar el concepto del delito. Los sentimientos, a no ser los propios de cada uno, no pueden conocerse sino por los hechos (externos), si esos hechos no sirven para fundar una teoría del delito, menos servirán los sentimientos que sólo se descubren a través de los hechos, y aún entonces, con mucha vaguedad e incertidumbre. Además, si hubiere sentimientos universalmente admitidos, los hechos contrarios a esos sentimientos, serían universalmente odiosos, Garófalo dice y prueba que no hay ningún hecho universalmente odioso y castigado, luego no hay ningún sentimiento universal que pueda ser lastimado por cualquier hecho, y, por consiguiente hay que renunciar a construir una teoría del delito, ni sobre hechos ni sobre sentimientos, debe buscarse un apoyo más alto.

Por último, el método de inducción en que quiere fundar Garófalo su teoría es enteramente contrario a ella, pues la histo-

ria prueba que jamás los legisladores ni los pueblos han hecho consistir el delito en la lesión de los sentimientos, sino en el quebrantamiento de ciertas normas de conducta consideradas como superiores a todos los sentimientos y a todas las voluntades, sólo que mal interpretadas, dando lugar a que en algunos pueblos se vean practicar costumbres que nos horrorizan (verbigracia: el canibalismo, el parricidio, etc., de que Garófalo nos viene haciendo mención). Así tenemos el que algunos viajeros, en sus descripciones de las costumbres de los salvajes, nos hacen saber que el parricidio ha sido una costumbre religiosa en algunas tribus; el habitantes de las Islas Fidgi que premia el parricidio, lo hace porque lo cree un bien para los padres ancianos e inválidos, lo hacen obligados por la piedad filial; si esto sucediera en nuestro medio, lo calificaríamos como algo abominable.

**ESCUELA CORRECCIONALISTA.**—Esta teoría de Carlos D. Augusto Róder, quien fuera discípulo de Krausse, pretende encauzar la penalidad hacia senderos más humanitarios, la proporcionalidad que buscó Beccaria, se buscaba una tendencia hacia la regeneración del delincuente. ¡Hermosísimo pensamiento de todos aplaudido, y por cuya realización los gobiernos y la sociedad entera han prestado todas sus energías disponibles en forma de congresos innumerables, de establecimientos penitenciarios grandiosos, en que más que el castigo se respira la paz; mas este pensamiento hermoso ha sido incompletamente realizado!

Róder nos lleva a la conclusión de que el delincuente es un individuo débil de cuerpo o de espíritu, que por ello no ha podido resistir a las fuerzas que lo obligaron a delinquir y que necesita por tanto ayuda o protección para poder resistirlas. Este hombre inicia su campaña en pro de su Escuela en 1839, propugnando por la tutela que el Estado debe ejercer sobre los delincuentes, debiendo ver el Estado en el delincuente a un enfermo. El nombre de Róder ha sido casi olvidado, sólo se le recuerda para atacarlo. No hay que olvidar que este hombre vivió en una época en que se desconocían las actuales tendencias penales, por lo que su labor es más meritoria.

El castigo o la pena son necesarios para el mantenimiento del orden social. La pena en su primer estado fué la venganza individual, posteriormente se nos ofrece la pena como la venganza familiar. La Ley del Talión, tenía por objeto aplicar al criminal el mismo mal que había causado a su víctima, tenía la aplicación al proverbio "Ojo por ojo, diente por diente". Era la ley de la igualdad. Posteriormente se le dá al delito un carácter re-

ligioso (El Origen de las Ordalias o Juicio de Dios); suponían que los individuos que resistían las pruebas del fuego y otras era porque las divinidades reconocían su inocencia. La venganza que de ser individual se convierte en familiar, ahora va a convertirse de familiar en social, se estima que la lesionada es la sociedad, la cual está representada por el Estado (venganza social).

Mi maestro, el Lic. Don Luis Chico Goerne, nos decía: "Yo soy un reaccionario en materia de la concepción de la pena y me place ser un reaccionario así. Yo pienso que la pena debe ser y debe continuar siendo dolor, que debe continuar siendo aflicción. Yo soy un partidario ferviente, un creyente de la emotividad y el sentimiento; siempre he pensado que los valores humanistas sentimentales, son los verdaderos valores humanos; que la coloración verdaderamente humana, es la coloración sentimental y no la coloración intelectual. El que ha causado una pena, debe también sufrirla. Por último, yo diré, declarándome de igual criterio, que la pena debe ser una represión dolorosa al delincuente, porque esto es hacerle justicia, ya que se le dá algo que se merece, puesto que es delincuente, es responsable porque es culpable e igualmente porque es libre.

**ELEMENTOS DEL DELITO.**—Pueden distinguirse los elementos personales (subjetivos) y los reales (objetivos).

Los personales son dos: El sujeto activo o delincuente y el sujeto pasivo o víctima.

Los reales son: Un acto por virtud del cual se infringe el Derecho y las consecuencias, resultados o efectos de él (cuerpo muerto, etc.)

Prescindiendo del sujeto pasivo del delito y poniendo el acto en relación con el sujeto activo, se podría hablar de elemento interno y externo del delito. (Lo que Carrara llama fuerza moral y física del delito). El elemento interno lo constituye el ánimo voluntario e intencional de ejecutar un acto infractor del derecho. El elemento externo lo constituyen los actos exteriores y accesibles a los sentidos con que se manifiesta el elemento interno, y son algo personal y dependiente de la voluntad del que delinque.

A continuación pongo un cuadro sintético sobre el delito:

EL DELITO ES UN  
FENOMENO DE...

**NORMALIDAD** { Biológica (Albrecht)  
                  { Social (Durkheim)

Atavismo . . . . Orgánico  
                          y psíquico (Lombróso).  
                          Psíquico (Colajanni).

**ANORMALIDAD  
SOCIAL POR**

Neurosis (Dally, Maudley, etc.)  
Patología.—Neurastenia (Liszt, Vargha).  
Epilepsia (Lombróso, Roucoroni).

Defecto de nutrición del sistema  
nervioso central (Marzo).

Defecto de desarrollo de los centros  
inhibitorios. (Bontigli).

Anomalía Normal (Despine y Garófalo).

**ANORMALIDAD  
BIOLOGICA  
POR. . . . .**

Influencias económicas (Turati y Loria).  
Inadaptación jurídica (Vaccaro).  
Influencias sociales complejas (Tarde).

**ANORMALIDAD BIOLOGICA Y SOCIAL (Ferri).**

## NUESTRA LEGISLACION PENAL (71, 29 y 31).

Antes de entrar de lleno al tema, diré que las legislaciones penales de 71, 29 y 31 se pueden dividir en dos metodologías en lo que respecta a su método:

**PRIMERA.**—Son aquellas en las que se elabora una filosofía como antecedente del articulado (Código 71 y 29).

**SEGUNDA.**—Son aquellas en las que se forma primero el articulado y sacan después de este la filosofía (Código de 31 en vigor).

Yo, a igual que mi maestro, Lic. Chico Goerne, soy de la opinión de considerar más acertado el camino seguido por la elaboración de los Códigos de 71 y 29, por dos razones fundamentales:

La primera que es ecléctica y que consiste en pensar que toda obra humana, es por esencia una aportación de datos en una dirección determinada, esto es, si queremos llegar a cierto punto, debemos trazar el camino que vamos a seguir para llegar a él; en toda obra humana debemos tener un fin y no podemos tener el fin si no creamos el camino que nos lleve a ese fin; la segunda consiste en que es inútil que se trate de sacar una doctrina del articulado, pues al hacerse el articulado debe seguirse, ni como principio ni como pragmatismo es plausible que el fin se consiga una vez terminada la obra. Así pues, participo de la idea de que primero se forme la filosofía y después el articulado, porque en esa forma se sigue un plan, un camino.

**LAS TRES POSICIONES FILOSOFICAS CORRESPONDIENTES A ESTAS TRES LEGISLACIONES** son las siguientes:

La filosofía de la legislación de 71, es la Escuela Clásica Librealbredista (la que he expuesto al principio del cuerpo de mi tesis).

La filosofía de la legislación de 29 es la Escuela Positivista afirmando el Determinismo, y el delincuente no es responsable, por lo que la pena que se deba aplicar debe ser de readaptación.

La filosofía de la legislación de 31, la podemos llamar la

filosofía del sin sentido, ya que consiste en decir que no se supone ninguna filosofía; así es que predomina la filosofía del sin sentido porque es un eclecticismo, válido como método pero nunca como posición final, no se entiende de otra manera, su método no puede ser sino una conclusión que no es del caso, puesto que no tiene punto de vista del cual concluir, a esta filosofía se une o se liga necesariamente su fuente de nacimiento, que es una actitud repugnante de la Comisión, pues parece que adopta lo dicho para no discutir, y no buscan lo que deben.

## CONCEPTO DEL DELITO: CODIGOS 71, 29 y 31

**LEGISLACION PENAL DE 71.**—Yo, apoyándome en el libro “El Derecho Penal”, de Ricardo Rodríguez, en lo que se refiere a este respecto, diré lo siguiente:

La definición del delito, que ha dado lugar a muy serias controversias, no lo hallamos en legislaciones de épocas anteriores a la nuestra; sin embargo, en los códigos romanos se observa que significaba todo hecho punible, pero los jurisconsultos emplearon para definirlos, las palabras **flagitum**, **facinue**, **peccatum**, **crimen**, **delictum**, **frauinoxa** e **injuria**, aunque **crimen** y **delictum** fueron las más usadas.

Refiriéndome al Código Penal Mexicano de 71, en su Art. 4o., delito es según él “la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda”. La ley mexicana, al definir el delito en los términos expresados, se ha fundado en los principios anteriormente expuestos, reconocidos por **Beccaria** desde el siglo XVIII, en este teorema: “Sólo las leyes pueden establecer las penas sobre los delitos”. Páginas 340 y 342 de la obra citada.

La posición filosófica del concepto del delito en el Código de 71 es la siguiente:

El concepto doctrinal es la de considerar al delito como un acto inmoral, antisocial y voluntario.

**Elemento Inmoral:** aquello que se opone excluyendo a lo moral. Además el grado de inmoralidad es muy difícil medirlo, porque lo que a unos parece moral para otros es inmoral. Por ejemplo en ciertas regiones del planeta es algo sagrado una especie de ceremonia, el parricidio, supongamos que un ser de estos viene a México y consuma un parricidio, resultará que si se toma en cuenta las costumbres de su país, el acto es moral, y aquí será inmoral. Nosotros debemos admitir que el derecho es un im-

perativo ético, esto se admite en el Derecho Penal. No puede haber derecho sin moral ni moral sin responsabilidad, la libertad engendra la responsabilidad, siendo ésta la base de la moral y del derecho, y por consiguiente del Derecho Penal.

Elemento Antisocial: aquel que va contra la conservación de los actos que implican la conservación social y que son los actos ejecutados teniendo como base "un aservo de ideas, se diría —Durkeim— "la conciencia de la especie". Hoy no tomamos en cuenta el factor voluntad ni el de la inmoralidad, sino lo que nos preocupa es que el acto que practican los individuos no sea antisocial.

El Elemento Voluntario implica:

a) Libertad, doctrinas librealbedristas en eterna oposición con las deterministas.

b) Intención.

c) Conocimiento: Objeto igualmente estimado por todos (conocimiento de causa en derecho), el delito es un hecho percibido por la conciencia, pues el delito es un acto conocido.

El artículo 4o. del Código Penal de 71, que define al delito, separa de toda filosofía al Derecho Penal, teniendo en cuenta que de otro modo no está al alcance del pueblo y no conociendo el pueblo una cosa, malamente se le puede exigir su cumplimiento.

En el Primer Capítulo del Código antiguo de 71, es desarrollar la idea de delito y la diferencia de falta. Delito es la infracción voluntaria de una ley penal. Falta es la infracción a los reglamentos de policía; la diferencia entre una y otra cosa es filosóficamente, que en el uno interviene la voluntad, mientras que en la otra puede o no intervenir la voluntad; y jurídicamente la diferencia es que en un caso significa la infracción a una ley, y en el otro a un reglamento de policía. La supresión de la falta en el Código Penal debe hacerse, porque no es posible que la acción del Estado caiga lo mismo sobre el hombre que ha cometido un acto que destruye la vida social, que el que infringe una disposición reglamental; veamos un ejemplo: un hombre que al pasar con su auto no obedece la señal del agente de tráfico y otro que roba a un prójimo, para ambos hay un procedimiento distinto, una técnica diversa; el uno es agresor de sentido vital y el otro lo es de sentido formal.

Para que haya delito, de acuerdo con el antiguo Código de 71, se necesitaba que hubiera Voluntad (conocimiento, libertad e intención), ataque a la sociedad (Antisocial) e inmoralidad. Si

faltaba alguno de estos factores no había delito. Actualmente hay delito con el sólo hecho de que haya ataque a la sociedad, porque ahora no se toma tan en cuenta el concepto voluntad e inmoralidad. La crítica no dice que al intervenir el factor voluntad en el delito, viene una contradicción derivada de este concepto, porque bien sabido es que la voluntad ha sido objeto de variadísimas especulaciones y por otra parte, el espíritu del legislador había pretendido que el Código estuviera lo más alejado posible de la filosofía.

Volviendo a la cuestión de si debe haber faltas o no, vemos que además de las razones ya enumeradas, el poner en un sólo libro Ley Penal y Reglamentos de Policía, es tanto como poner en otro una ley penal y patentes de invención.

**Concepto del delito.**—Formarse un concepto de delito es ejecutar actos de selección de actos. Estamos en consecuencia, obligados a buscar un grupo de actos, o a descubrir caracteres comunes a un grupo de actos humanos: **Para que un acto sea delito es imprescindible ante todo, que este acto sea un hecho social.** Hecho social quiere decir hecho que trasciende de hombre a hombre, en contraposición con el acto individual, que es la concurrencia en el hombre mismo, sin trascendencia a sus semejantes. El delito no puede tener más que al hombre reconocido expresa o implícitamente por la legislación.

**Definiciones del delito:** es mejor abandonarlas todas (violación a la moral, violación a los sentimientos, etc.), es el único camino que nos queda, buscar un criterio menos filosófico, algunas medidas que nos sirvan para responder a esta pregunta que es la primera en toda la legislación penal.

Los delitos se dividen en delitos de intención y delitos de culpa.

El delito de intención es el que se comete con conocimiento de que el hecho o la omisión que se practica es punible, conociendo o ignorando la ley hay delito intencional.

El delito de culpa es aquel que tiene lugar cuando se ejecuta un hecho o se incurre en una omisión que aunque ilícitos en sí, producen daño, daño que ignora la gente por imprevisión, negligencia, falta de precaución o de cuidado por no tomar las precauciones necesarias.

Los legisladores pasados le llamaron al delito de culpa, delito sin intención: Un hombre está frente a un individuo al que no odia, y que tal vez es su amigo íntimo y manejando un revólver e ignorando que está cargado, por no tomar las debidas pre-

cauciones dispara matándolo, este es un delito de culpa; es notorio que no tuvo intención de matar; no hubo voluntad, entonces por qué le llaman ustedes delito? Preguntan los modernos legisladores. Pero no por esto vamos a dejar sin pena al que mata a otro accidentalmente, porque si bien no tuvo intención de matar al otro, sí la tuvo de manejar la pistola, tan es así que si al delincuente intencional lo castigamos hasta con la muerte, al otro lo castigan por el hecho de haber manejado la pistola y haber (secundariamente) segado una vida humana.

## LEGISLACION PENAL DE 29

Para formular el concepto de delito, la Comisión buscó entre los maestros de la criminología una orientación que le sirviera para partir de ella, pero no encontró la posibilidad de aceptar ninguna de las doctrinas, ya que por una parte Durkheim lo señalaba en el **ataque a los sentimientos**; **Garófalo**, en la **violación de los sentimientos de piedad y probidad en la medida media** y otros autores en **lo inmoral** o **en lo antisocial**. Por tanto a la Comisión encargada de formular el Código de 1929, el camino que le quedó fué el de abandonar esos campos y buscar criterios menos filosóficos.

Ya eliminadas las doctrinas de los maestros de la criminología, la Comisión se encontró con el problema de saber a qué le llamaría delito y añadió: de entre los actos que ejecutan los hombres, ¿a cuáles les llamaremos delitos y por qué? Y con ello se vieron obligados a buscar un conjunto de actos humanos, encerrar esos actos dentro de un polígono, ir trazando líneas para en esa forma limitar dentro de los actos humanos los que pueden ser delitos y los que no se consideran como tales. Así pues, para que un acto sea delito debe ser un hecho social, y hecho social es aquel que trasciende de hombre a hombre, opuesto con el acto individual, que es el que concurre en el interior del hombre. Siguiendo el método expuesto, se dividió el polígono en dos partes, a una de ellas correspondieron los actos sociales y a la otra los actos individuales, dentro de esta limitación trazaron otra línea, porque existen hechos que no pueden ni deben considerarse como delitos y señalaron un nuevo campo, refiriéndose a los hechos que dañan y haciendo a un lado los otros, pero aquí surge otra observación, agregaron ¿qué todos los hechos dañosos deben ser considerados delitos? y esto los indujo a trazar una nueva línea que sirviera para limitar dentro de los hechos dañosos,

cuáles merecían el concepto que se buscaba y como el delito no puede tener más que al hombre y al agregado social, reconocidos expresa o implícitamente por la legislación, resulta que este sector quedó demarcado como el daño sufrido por el hombre, pero les faltaba para llegar a la conclusión del concepto del acto dañoso, no sólo saber el objeto del daño, no sólo conocer el sujeto del daño, sino saber qué fué lo que se dañó y en qué, para esto hubo la necesidad de trazar una nueva línea dentro del campo del daño, poniendo a un lado a los hechos que dañan un derecho positivo y eliminando a los que dañan derechos no positivos, pero como entre los actos que dañan derechos positivos existen algunos que no se les podía llamar delitos, dentro de este último campo se trazó un nuevo sector para dejar de un lado los que pertenecen al Derecho Civil y los otros al Derecho Penal, correspondiendo al último sector, lo delictuoso.

Como aparece en la exposición sintética anterior, la Comisión encargada de hacer el Código Penal de 1929, formuló su cuadro de delitos, llegando a la conclusión de que delito es: en primer lugar, un hecho social; en segundo lugar, un hecho dañoso; en tercer lugar, un hecho dañoso para el hombre o para cualquiera de los agregados sociales reconocidos expresa o implícitamente por la legislación; en cuarto lugar, dañándolos en tal forma que el daño no pueda ser reprimido o reparado genéricamente por una sanción civil.

La Comisión formó su definición de delito, en el articulado, en la forma siguiente: Art. 11.—Delito es la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal. Esta definición es de aceptarse no por buena, sino por menos mala.

El mismo Código Penal de 29 en su Artículo 12, nos divide a los delitos en: intencionales e imprudencias punibles.

### LEGISLACION PENAL DE 31

Como lo dije ya al principio de mi tesis el Código Penal de 31, formó en primer término el articulado para derivar de éste su filosofía; predominando en este Código la filosofía del sin sentido, siguiendo una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable. Ninguna Escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal.

Es de mucha importancia interesarnos sobre lo que entiende y define por delito nuestro Código Penal en vigor (31), es

de allí donde arranca la protección a la sociedad, de allí viene la clasificación de nuestros actos.

El Código de 31 en su Art. 7o., nos dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Esta definición es corta, lacónica; el legislador no quiso definir el delito desde el punto de vista sociológico, ético o científico; estuvo mejor, pues no sería posible dar una definición legal sobre el delito.

La fórmula: "no hay delitos sino delincuentes", se completa en nuestro Código Penal de 31 así: "no hay delincuentes sino hombres".

El artículo 8o. nos dice que los delitos pueden ser:

I.—Intencionales, y

II.—No intencionales o de imprudencia.

Delito público es el que se comete en contra del Estado o contra el interés social y que se persiguen de oficio. Delitos privados son los que se ejecutan contra los individuos pero que sólo se persiguen a petición de parte.

Se consideran entre los delitos públicos los siguientes: traición a la patria, espionaje, rebelión, sedición, asonada, piratería, violación de inmunidad y de neutralidad, homicidio, robo, abuso de confianza, peculado, ataques a las vías de comunicación, ultrajes a las insignias nacionales, falsificación y alteración de moneda, fraude y otros. Se consideran entre los delitos privados los siguientes: raptó, estupro, adulterio, abandono de personas, injurias, calumnia y difamación, etc.

El Código en vigor distingue entre delitos contra la seguridad exterior de la nación y delitos contra la seguridad interior de la nación; dentro del primer grupo están: traición a la patria, espionaje y conspiración; dentro del segundo: rebelión, sedición y otros desórdenes públicos (asonada o motín).

Ya para terminar asentaré las consideraciones siguientes:

Un mismo hecho no puede filosóficamente, socialmente considerado, ser y dejar de ser delito por las solas circunstancias del lugar y tiempo en que se verifiquen. De hecho existen diversidades y por mucho tiempo será así mientras no se unifique el criterio de las legislaciones de todos los pueblos. Hay que hacer notar que no en todos los pueblos hay los mismos delitos, lo que en un pueblo es un delito en otro no lo es, y lo que hoy es un delito, quizá mañana no lo sea, o tal vez antes no lo fué. Además un mismo delito es castigado de distinta manera, con diferente sanción, con penalidad diversa, tenemos el caso de un homicidio: un hombre con una pistola dispara sobre otro y le mata, supongamos que la víctima es un ser muy peligroso, un prófugo de la justicia, el homicida viene a favorecer a la Sociedad, de acuerdo con la ley debe ser castigado, pues ha cometido un delito, es aquí donde observamos cierta benignidad en la aplicación de la pena; en cambio, si la víctima es un hombre de provecho para la Sociedad, la sanción viene a ser severísima.

El hecho de privar de la vida a un hombre puede no ser un delito, a pesar de atacar siempre el derecho indiscutible que todos tenemos a la vida, cuando el hombre no ha tenido por móvil el inferir al occiso este grave mal; tenemos el caso del médico que ocasiona la muerte de uno de sus enfermos al practicarle una operación quirúrgica.

Podríamos citar también el caso en que el homicidio ha sido por imprudencia (sin intención) ya sea por accidente u otra causa y por último, cuando se obra en legítima defensa.

Los autores reconocen que el hecho de matar a los tiranos fué lícito en la remota antigüedad, Plutarco y Cicerón consideraban legítimo el tiranicidio y decían que al criminal debían glorificarle como a un héroe, a estos delitos se les llamaba y aún se les sigue llamando Políticos, el delincuente político es altruista y social (colectivo).

En lo que respecta a la metodología de nuestros Códigos, participo de la idea de que primero se forme la doctrina y después el articulado.

México, a 16 de febrero de 1934.

**OCTAVIO A. GONZALEZ CARDENAS.**  
RUBRICA.