

TEORIA TELEOLOGICA DE LA SANCION JURIDICA

Por el Dr. Francisco GONZÁLEZ DÍAZ LOMBARDO
Profesor de la Facultad de Derecho de la U. N. A. M.

Este trabajo fue elaborado especialmente con motivo del Décimo Aniversario del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, a cuyos realizadores está dedicado.

SUMARIO

I) Concepción hilemórfica del Derecho II) Los Conceptos Jurídicos Fundamentales y la Finalidad. III) La Estructura Formal de la Norma Jurídica IV) Acepciones del vocablo Sanción. V) Fundamento Moral de la Sanción. VI) Bipolaridad de las Sanciones. VII) La Sanción Jurídica Positiva. VIII) Naturaleza de la Sanción Jurídica IX) El Derecho como un Orden espontáneo. X) Especies de Sanciones. XI) Clasificación de las Sanciones Jurídicas. XII) El Orden Social y la Sanción. XIII) La Sanción y la Finalidad. XIV) Evolución del Derecho de Castigar. XV) Evolución de la Penalidad. XVI) Consideraciones finales.

I.—CONCEPCION HILEMORFICA DEL DERECHO.

No es posible entender el Derecho presprovido de sus fines, y reducirlo a una mero fórmula lógica, divorciada de la realidad a la que no nos queda más que obedecer ciegamente, y a un orden sin valores que en verdad no vale la pena vivirlo, si tenemos conciencia de nuestra esencia de personas y de la dignidad que le es inherente.

El Derecho no puede ser únicamente forma, como tampoco sólo materia, sino las dos cosas integrando una indisoluble unidad, a la manera aristotélica, hilemórficamente.

Decir que el Derecho es conducta, o que no es la conducta, sino su ordenación, es falso, porque se universaliza de lo particular.

El Derecho no es conducta, no es ordenación; el Derecho es *ordenación de la conducta*, pero ha de darse a esta idea su sentido pleno, lógico y éticamente hablando.

Las concepciones del Derecho que pretenden reducirlo a una mera ordenación, dicen algo parcialmente cierto, porque en su naturaleza encontramos elementos lógicos, pero su esfuerzo es semejante al de aquel médico o psicólogo que, entusiasmado en sus investigaciones con el alma del hombre, con el aspecto racional de la esencia humana, con la esencia específica, determinante de su ser, se olvida o le parece burdo, tal vez demasiado bajo, reconocer que también es animal y pretende construir una doctrina tan pura, tan pura del hombre, que lo reduce a un ser puramente racional o mejor diríamos, angelical. Tampoco puede decirse que sea correcta una postura que sostenga que el hombre es un animal y sobre esta base explicar sus pensamientos, voliciones y sentimientos, reduciéndolos a meras secreciones de sus órganos, que obran según el fatal acontecer de las leyes fisiológicas ó energéticas.

El Derecho es *forma*, es ordenación y es *materia*, es conducta valiosa, pero entendiendo a estos dos elementos integrando una *sola unidad*, una sola realidad, *la especie*, y sus esencias genéricas y específicas.

Alguien ha dicho con razón, que un árbol más se eleva a las alturas, mientras más profundamente echa sus raíces en la tierra y en este sentido el Derecho no puede ser entendido como una mera construcción lógica, irreal, divorciado de los hechos, elaborado cómodamente tras del escritorio o guardado sacramentalmente en torre de marfil, sin corresponder a la realidad y a las necesidades sociales ni a los ideales que supone las aspiraciones del pueblo, como tampoco puede ser entendido sólo como el hecho inveteradamente repetido, que en un momento dado, por el mero transcurso del tiempo, va a engendrar un *deber*, a saltar del mundo del ser, al del deber ser, y consecuentemente al del valor.

La sociedad, los hombres en sus cotidianas interrelaciones, pueden establecer prácticas a las cuales se someterán quizá ordenando su vida, pero esto no quiere decir que engendren dialécticamente un *deber*, pues es evidente que pueden sólo regir su acción por hechos, pero no por normas o por derechos. Si el Estado me ordena algo y determina mi acción mediante el empleo de la fuerza pública que detenta para establecer y mantener el orden y la justicia, no significa que por el mero hecho se obtenga el derecho. Afin con estas ideas, diremos que *no basta con que existan hombres para que haya Derecho*, es preciso que las relaciones que entre ellos se establezcan, sean sobre la base de la libertad y la igualdad, pues de otra manera serán relaciones, es verdad, pero de hecho, no de derecho. Bien pudieron existir hombres, pero ello no implica que hayan realizado el derecho, si su condición no les autoriza a ser sujetos del orden normativo o jurídico. La *fuerza*

es un hecho; mediante ella el Estado va a poder *garantizar* o *hacer efectivo el derecho*, pero no necesariamente a establecer un deber, porque lo ordena.

Hemos de insistir siempre en la obediencia al orden jurídico positivo, a la ley, como principio de convivencia, seguridad, bien común y justicia, pero de ahí no se sigue que lo meramente fáctico se convierta en normativo.

De donde entonces podamos decir que el Derecho ha de corresponder a la naturaleza del hombre en función de cuyos fines y destino adquiere y tiene íntegro sentido.

Estamos convencidos de que la crisis social de nuestro siglo encuentra una de sus causas más profundas, en el desconocimiento de los derechos del hombre, queriendo cimentar el Orden Jurídico sobre otras bases y de acuerdo con otros fines, que aquellos que reclama la dignidad de la persona humana.

II.—LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES Y LA FINALIDAD

Al hacer la disección del Derecho, no podemos entender por lo tanto, los conceptos jurídicos fundamentales, es decir, a aquellos que forman la estructura y contenido invariable de la *norma*, sin hacer referencia a la realidad plena de lo jurídico, y que está integrada tanto por datos formales, como materiales, gnosológicos, ontológicos y teleológicos, como lo hemos tratado de demostrar en nuestra Introducción a los Problemas de la Filosofía del Derecho.

Mas lo que ahora nos interesa subrayar, es que esos conceptos jurídicos fundamentales, tales como la libertad, el deber jurídico, el derecho subjetivo y la sanción, adquieren auténtico significado en función de la finalidad valiosa del orden normativo y su sujeto, la persona, que al fin y al cabo no es sino un ente de perfección. una realidad que aspira responsablemente hacia su fin.

Con frecuencia nos preguntamos ¿para qué la libertad? ¿Para hacer lo que nos venga en gana, hasta destruirnos material y moralmente? ¿Como un lujo tal vez, al que estamos dispuestos a renunciar en aras de una prometida seguridad? La libertad y pensamos también, la libertad jurídica, la tenemos o la exigimos, cuando nos ha sido limitada por algo y para algo. La libertad no puede ser una concesión graciosa del legislador, sino es algo que corresponde a nuestra naturaleza de sujetos, no meramente lógicos, como centro de imputación del orden normativo, sino conforme a la dignidad inherente a nuestra calidad de miembros *ciudadanos*, que concurrimos a integrar el Estado con toda nuestra calidad humana y responsable. La libertad

nos permitirá siempre elegir, pero siempre guiados por la luz del bien, esto es, del valor.

El deber por el deber, éticamente, es un sinsentido, porque supone una norma valiosa y una actividad, que no podríamos llamar conducta, porque carece de libertad. La autolimitación moral, como la jurídica, que implica el deber, no corresponde al capricho del gobernante, sino que tiene una finalidad que la explica y hace al deber valioso y a nuestra conducta *normativa* y no meramente *fáctica*. La limitación de mi conducta, tiene un sentido, una finalidad, una razón de ser, pues de otra manera, mal podríamos llamar normativa o valiosa una situación. Y otro tanto podremos decir de la sanción normativa, la cual es inexplicable sin recurrir al fin perseguido por la norma, para medir o regular el premio o el castigo que han de derivarse del cumplimiento o del incumplimiento de la norma y sobre todo, si tomamos en cuenta que ésta se halla dirigida a regular la conducta no de un sujeto lógico, lo recalcamos nuevamente, sino de un ente racional y libre, cuya naturaleza exige la perfección que ha de ser obtenida responsablemente.

De semejante modo cabría inquirir ¿para qué la norma? Responder hay que cumplir con la norma por la norma misma resulta insensato, porque supondría obedecer ciegameente una orden y no consciente y libremente. Se podrá tal vez objetar que para ser sujeto de la norma, como del Derecho, no se requiere ciertamente tener conciencia, como sería el caso de los incapacitados o los sujetos a interdicción, o en el del infante no nato; pero esto sería un sofisma, porque debemos convenir en que la regla para ser sujeto de la norma está en la responsabilidad. Así pues, cuando cumplimos con la norma es por algo, porque nos damos cuenta de que el acatamiento a ella traerá como consecuencia un fin que perseguimos, ya individual, social o trascendente. Si la norma limita mi conducta imponiéndome un deber, no es sólo con el afán de obedecer a un capricho personal, o de aquel a cuya cuidado estoy, sino que de su acatamiento se ha de derivar mi propia perfección, o la del grupo en que convivo y aunque mi libertad se vea restringida, no será motivo de infelicidad, porque mi razón y mi sentido común me certifican que con su cumplimiento se sigue un bien. Si tengo libertad es porque tengo la posibilidad de elegir, de optar el mejor camino que me conduzca al bien, ya que sería absurdo pensar, porque esto nos llevaría al libertinaje en utilizarla, para llevar a cabo una conducta de imperfección, de perversión, de degeneración de mi propia existencia.

III.—LA ESTRUCTURA FORMAL DE LA NORMA JURÍDICA.

Se ha dicho que la norma jurídica implica un juicio de *valor* en modo imperativo, al cual se hallan enlazadas determinadas consecuencias. La misma expresión juicio de valor, nos está señalando que se trata de una actividad humana dirigida a un fin, pero en forma de mandato, de cuyo cumplimiento han de depender determinadas consecuencias como son el nacimiento, la modificación, la transmisión o la extinción de derechos y obligaciones, o el premio derivado del acto meritorio, o bien la invalidez, pena o castigo, como resultado del incumplimiento.

Los juristas nos explican que toda norma jurídica está constituida por un *supuesto* y una *disposición*. Se entiende por el primero la descripción hipotética normativa de cuya realización dependen determinadas consecuencias, en tanto que por la segunda, hemos de comprender precisamente las consecuencias que hipotéticamente también la norma señala, y que han de producirse, de realizarse el supuesto.

Lógicamente se ha sintetizado la estructura de la norma en la fórmula:

“Si A es, debe ser B;

Si B no es, debe ser C”.

Esto significa que en determinadas circunstancias, un sujeto debe seguir tal o cual conducta (si A es) a la cual se hallan unidas determinadas consecuencias (debe ser B). Si no la observamos (si B no es,) un sujeto, órgano del Estado, debe imponerla (debe ser C).

Para algunos kelsenianos la norma que contiene la sanción, es la norma primaria (de donde su nombre de sancionadora), ya que para ellos es fundamental el que una conducta se halle garantizada por el Estado, de suerte que en caso de incumplimiento se pueda recurrir a la fuerza pública del Estado, al grado tal que éste y el Derecho se confunden. La norma secundaria será por lo tanto, la que contiene la hipótesis normativa. Si no está sancionada una norma por el Estado, no podemos calificarla de jurídica.

Para otros autores, en cambio, la norma primaria es la que establece la sanción. Esta posición nos parece más real y congruente. Estudiosos del Derecho se han encargado de demostrar cómo los conceptos de Derecho y Estado no pueden confundirse por más que se vinculan estrechamente, inclusive en sus fines, ya que ambos persiguen el orden, la seguridad jurídica y el bien común, pero es específico del Derecho la Justicia, por cuanto que como diría Leibniz, es pleonástico hablar de un derecho justo y contradictorio de un derecho injusto.

Por otro lado, existe un sinnúmero de situaciones de sobra conocidas en donde se dan relaciones o vinculaciones de alteridad, como las hemos llamado, o bilaterales, desprovistas de la posibilidad de recurrir al Estado para hacerlas exigibles y que ya no la razón, sino la más elemental sindéresis nos hace reconocer su carácter de jurídicas. No en balde Korkounov, distinguió entre normas perfectas y normas imperfectas, unas dotadas de sanción, las otras desprovistas de ella, y sin embargo, jurídicas ambas. No podemos omitir el ejemplo clásico de las obligaciones naturales, que a pesar de carecer de sanción, no pierden su naturaleza de normas de Derecho, quizá no podrán exigirse dentro de un Orden legal determinado, mediante los cánones ordinarios establecidos, posiblemente alguien socarronamente nos diga que de nada serviría que las incluyéramos en nuestro patrimonio, pero a pesar de todos los argumentos, no destruirán su carácter de jurídicas, ni las harían meramente morales.

Un ejemplo podría tal vez darnos mayor claridad. Con frecuencia lo hemos visto: una persona presta a otra una determinada cantidad de dinero, garantizando el pago mediante una letra de cambio debidamente requisitada. Vence el plazo, la obligación se hace exigible. La titular del derecho, no lo reclama, teniendo en cuenta que su deudor es su amigo, y pasa por una situación verdaderamente difícil. La letra prescribe, y por lo tanto ya no es exigible legalmente. ¿Puede decirse que se ha extinguido también el derecho substantivo? Lo cierto es que no es así. Tiempo después la persona deudora, que nunca ha desconocido la existencia de la *obligación del juris vinculum*, no del deber moral, paga, en la convicción de que su deber jurídico de restituir le impone devolver en justicia la cantidad prestada. Es preciso subrayarlo, porque en ello siempre convendremos que efectivamente hay cumplimiento de un deber moral, cuando una persona, aun a sabiendas de que no se le puede exigir coactivamente, paga una obligación que reconoce existe, y su conciencia estará satisfecha de haberlo podido hacer. Pero independientemente del cumplimiento moral, hay también cumplimiento jurídico, porque la obligación que ha tenido un origen bilateral, la *deuda* como llamaría Radbruch, subsiste, pues ha habido pago de lo debido y no podría pedirse la restitución alegando enriquecimiento ilegítimo. Por otra parte, no negamos la justicia de la prescripción desde el punto de vista legal, cuya finalidad exige un orden jurídico positivo determinado, a efecto de que los pactos legalmente celebrados sean *puntualmente* cumplidos. Es verdad asimismo, que el acreedor pudo desde el vencimiento hasta el término de la prescripción, exigir el cumplimiento de la obligación y por lo tanto dejarlo sin el derecho de reclamarla ante los Organos Jurisdiccionales del Estado, tampoco

es injusto, pero ello sólo hace referencia al aspecto procesal, no substantivo del Derecho, y en todo caso al Orden Legal, no jurídico, en donde la distinción se impone y resulta evidente. Otro tanto diríamos de las normas del Derecho Internacional, dejando a un lado las que resultan de los acuerdos o tratados, otras tantas no pierden su validez jurídica por carecer de la instancia apropiada para hacerlas efectivas, cumpliendo su finalidad de servir a la convivencia entre Estados. Korkoumov las llamó con razón, imperfectas, por no tener sanción, pero no negó el que fueran normas de derecho. Podrá alegarse con Del Vecchio, que su órgano de coacción está en formación y discutirse sobre la naturaleza de la guerra, de las represalias o los diversos medios a que lícitamente pueden recurrir los Estados, pero esto no destruye la esencia jurídica de tales normas, cuando se reúnen los requisitos de validez intrínseca de las mismas.

El jurista suizo Claudio Du Pasquier, señala que en su concepto "no es correcto considerar como sanciones las represalias internacionales y la legítima defensa, que no son sino reacciones individuales o actos de lucha", o bien son resultado del ejercicio de un derecho.

IV. --ACEPCIONES DEL VOCABLO SANCION.

a) *Nominalmente* la palabra sanción deriva del latín *sanctio-onis*, con lo cual hacemos referencia a un estatuto o ley.

b) Por otra parte, desde el punto de vista *politico*, sanción significa el acto solemne por el cual un Jefe de Estado confirma y ordena que una ley obligue. En México, en donde existe la división de poderes, dentro del proceso legislativo, nos encontramos un momento llamado sanción y que consiste en la aprobación de un proyecto de Ley por el Ejecutivo, que le ha enviado el Congreso General, teniendo la facultad limitada de rechazarlo mediante el *veto*.

c) Por sanción se ha entendido también a la *pena* impuesta al infractor de la ley. Los clásicos castellanos la entendieron como el acto en virtud del cual se da "firmeza y aprobación a una ley, estableciendo castigos para sus infractores y premios para sus más fieles cumplidores".

Parece ser que originalmente significó el acto de establecer una ley un tratado, confiriéndole carácter obligatorio, de donde la expresión *sancires foedus*, sellar una alianza. En la *Instituta* se escribe "*Sanctae quoque res, veluti muri et portae civitatis, quodam modo divini juris sunt. . . Ideo autem muros sanctos vocamus, quia poena capitis constituta est in eos qui eliquid muros deliquerint. Ideo et legem eas partes, quibus poenas constituimus ad-*

versus eos qui contra leges facerint sanctiones vocamus. Traducimos: Las cosas santas como los muros y las puertas de la ciudad, en cierta manera son de derecho divino... Y por lo tanto llamamos santos a los muros y se establece una pena capital para quienes violen dichos muros. Por la misma razón llamamos sanción a aquellas partes de la ley que establecen penas contra quienes las violen.

d) La sanción puede ser entendida también como una *consecuencia normativa* que se traduce en la recompensa o castigo para aquel que ha cumplido o violado la ley, ya sea moral, jurídica o religiosa, o en otro giro dicho, es la resultante del cumplimiento del deber postulado por la norma, consistente en la pena o castigo, protección o premio para quien ha observado o violado la ley.

Escribe Mario Allara que por sanción se entiende la consecuencia que deriva de la inobservancia de la norma, la reacción que el ordenamiento jurídico predetermina frente al comportamiento de los particulares que contraría lo establecido en la misma norma. Esta última denominase más precisamente *norma primaria*, a diferencia de la que contiene la sanción, llamada *secundaria o sancionadora*... *Las sancionadoras* no implican ningún fenómeno de coacción; dan lugar simplemente al nacimiento de una obligación de responsabilidad, cuyo acatamiento es esperado por el orden jurídico. Si de coacción quiere hablarse, relativamente a dichas normas, habrá que emplear la expresión más específica, de coacción indirecta. En rigor, la sanción posee ante todo una eficacia preventiva en cuanto que frecuentemente engendra el motivo que lleva al sujeto a conducirse de acuerdo con la norma primaria (cit. E. García Máynez.—Intr. al Estudio del Derecho, p. 286).

V.—FUNDAMENTO MORAL DE LA SANCION.

La razón de ser, el fundamento de la sanción está íntimamente unido al de Orden Moral, ya que facto o virtualmente, está garantizando dicho orden a través de los deberes que postula. Otro tanto específicamente podríamos afirmar del Orden Jurídico.

El orden que supone la norma implica la posibilidad no sólo de establecerlo, sino de poder mantenerlo y de añadir a determinadas consecuencias, resultante del mérito o demérito en su observancia.

Así pues, el objetivo de la sanción es el de conservar el orden establecido por la Ley moral, cuidando su alteración, mediante estímulos o amenazas, bien restableciéndolo cuando ha sido atacado.

Se ha justificado la sanción moral como una exigencia de la norma, *diciendo que siendo Dios legislador justo y sabio, debe proponer a la voluntad humana, motivos suficientes para moverla a observar la ley, y por otro lado si no hubiera sanción, la propia justicia de Dios fallaría y las personas con mucho más razón.*

Por otro lado, no puede pasar inadvertido que el concepto de sanción está unido al de la idea de justicia, ya que ésta exige que el mal sea reparado y el bien tenga su proporcionada recompensa. Sin embargo, no olvidamos que el positivismo y otras corrientes que han hecho gala de presencia en nuestro tiempo, han tratado de explicar el origen empírico de la sanción.

Teleológicamente se ha definido a la sanción como la pena o recompensa establecida por la norma como consecuencia de una acción moralmente mala o buena, con el fin de respetar el precepto legal.

La sanción no puede pues considerarse solamente como la infracción normativa, según trataremos de demostrar en el desarrollo de este estudio.

La finalidad o bien que ha de perseguir, es fundamento de la sanción, no sólo para explicar su razón de ser, sino como pauta para determinar adecuada aplicación y medida.

La sanción debe ser medida a la violación o al cumplimiento conforme a la finalidad perseguida. Puede haber tanto exceso como insuficiencia en la imposición de una sanción.

Para nosotros el hombre responsablemente, esto es, consciente y libremente, merece o desmerece, haciéndose acreedor al premio o al castigo. La eficacia de la ley por otra parte, carecería de validez, si acaso no existiera la posibilidad de hacer cumplir el deber, y de atribuirle consecuencias al cumplimiento o incumplimiento del mismo. ¿Qué pasaría si una ley o norma no se cumpliera? De allí que sea correcto afirmar que la sanción es algo inherente a la malicia o bondad de un acto. Sin embargo, ha de entenderse como móvil porque en verdad el cumplimiento del deber debe estar dirigido al deber mismo y a la perfección que debemos perseguir, evitando todo aquello que la contradiga y no ser únicamente el temor a la sanción. "El verdadero motivo de la acción ha de ser el deber, la grandeza y autoridad de la ley misma". se ha escrito acertadamente.

VI.--BIPOLARIDAD DE LAS SANCIONES.

La norma debemos entenderla como la ordenación de la conducta (libre, se entiende, del hombre) dirigida a un fin valioso, mediante el cumplimiento de un deber, de la que dependen determinadas consecuencias.

En este amplio sentido convienen tanto el orden religioso, como el moral y jurídico. Todos ellos suponen esa ordenación teleológica de la actividad humana, mediante el cumplimiento del deber, del que han de derivar ciertas consecuencias.

Sin embargo, estrictamente hablando cabe distinguir entre la norma religiosa, cuyo fin último implica la suma perfección, que es la *santidad*, de la moral, que persigue el *bien personal*, particular, individual,; de la jurídica, que busca la realización de un bien común o social. De semejante modo el deber postulado por la norma religiosa es para con Dios, en tanto que en la Etica para consigo mismo y en el Derecho para con los demás.

La sanción entendida como la consecuencia normativa que del incumplimiento o cumplimiento ha de seguirse, puede ser en la norma religiosa, desde el punto de vista positivo, la *salvación*, y desde el punto de vista negativo, la *condenación*. Moralmente el cumplimiento del deber traerá como consecuencia la *satisfacción* o felicidad relativa, resultante de la conciencia del deber cumplido, y de violar el imperativo normativo, habrá de repercutir igualmente en la conciencia, ocasionando el *remordimiento*.

En cambio en el derecho la sanción habrá de traducirse en la invalidez del acto, ya total, ya absoluta o relativamente, o en un castigo o pena impuestos por el Estado, pudiendo inclusive hacer uso de la fuerza pública estatal. Conforme a la definición legal, un acto es inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él. Como nada jurídica, no produce efecto legal alguno, no es confirmable, ni prescriptible y puede ser invocado por todo interesado.

En cambio, la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto, produce su nulidad, ya absoluta o relativa. La primera no impide por regla general que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales son destruídos retroactivamente cuando se pronuncia por el juez la nulidad. Puede ella prevalerse todo interesado y no es confirmable ni prescriptible. En cambio, la nulidad relativa sí permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos y es confirmable y prescriptible.

VII.—SANCION JURIDICA POSITIVA.

Pero debemos agregar algo más, para nosotros la sanción jurídica va desde el momento en que el acto ajustado a derecho deben sus efectos ser protegidos por el Estado, hasta el premio como una remuneración adicional, resultante de un supuesto fundado.

No hay que confundir entre la sanción premial y el ejercicio del derecho

derivado de la norma primaria. Sus supuestos son distintos. La sanción premial o positiva, protege los efectos de la norma, permitiendo que ésta los produzca en la forma prevista y el nacimiento, modificación, transmisión y extinción de los derechos y obligaciones que la norma hipotéticamente establece en la disposición normativa y que han de producirse en caso de realizarse el supuesto.

Algunos autores han llegado hasta a hablar de un Derecho Premial frente al Derecho Penal. Frente al acto violatorio, ha de hablarse del acto meritorio o laudable. En ese sentido Llambías de Acevedo, en su *Eidética y Aporética del Derecho* (Buenos Aires, 1940.--Cit. E. García Máñez, p. 296, Introducción al Estudio del Derecho), afirma que "sería una deplorable mutilación presentar al Derecho como implicando exclusivamente el modo de la retribución dañosa, la pena. La esencia del derecho implica retribución, pero ésta puede ser no sólo el castigo sino también la recompensa".

De donde que se haya dicho que la sanción debe definirse como "el efecto jurídico de un acto, tendiente a compensar la voluntad", según lo asienta el Dr. García Máñez, al exponer la doctrina de Angelo de Mattia. Desde luego que hay que admitir que no todas las consecuencias jurídicas de un acto son sanciones, sino sólo aquellas que consisten en un mal o un bien, y tienen como fin compensar la voluntad del individuo, castigándole o recompensándole. El propio De Mattia establece que las finalidades represivas o compensatorias del orden jurídico podrían indicarse mediante la denominación genérica de *función remunerativa* y que la sanción tiende a compensar la voluntad y fortalece el respeto y acatamiento de la ley. De donde las sanciones "son el mal o el bien que deben seguir a la violación o la observancia de los preceptos legales" (Op. cit., p. 299).

De allí entonces que se haya señalado el supuesto jurídico de las sanciones punitivas al acto ilícito y de las laudables, el acto meritorio. En el acto ilícito, hay un elemento objetivo, el daño, y otro subjetivo, la culpa, mientras que en el meritorio hay un elemento objetivo, la ventaja o provecho y otro subjetivo: el mérito (Opus cit.).

El provecho se lo puede hacer consistir en un beneficio patrimonial, ya individual o colectivo, en la supresión, represión o reducción de un mal, por ejemplo el caso del delincuente, que observa un buen comportamiento y le es reducida la pena.

En nuestra legislación existen recompensas, como sería el caso de la Ley de Estímulos y Recompensas a los Funcionarios y Empleados de la Federación y del Distrito y Territorios Federales (Publ. D. Of. Dic. de 1954), que establece como *estímulos* a los funcionarios o empleados que desempeñen

con honradez, diligencia, constancia o acuciosidad ejemplares, las labores que les estén encomendadas: menciones honoríficas, diplomas, distintivos, medallas y premios en efectivo y como *recompensas*: vacaciones extraordinarias, becas en instituciones o planteles del país o del extranjero, para sí o para sus familiares y premios en efectivo, que pueden consistir de 15 a 180 días de sueldo. Para este efecto ameritan recompensa: 1.—Las iniciativas valiosas o la ejecución destacada en materia:

- a).—Planeación de la organización o trámite administrativos;
- b).—Técnica jurídica;
- c).—Financiamiento de proyectos o programas; y
- d).—Aprovechamiento máximo de materiales u otras cuestiones análogas.

2.—Los estudios o actividades que impliquen investigación, exploración, descubrimiento, invención o creación en los campos técnico o científico, que redunden en beneficio de la administración pública o de la Nación; o

3.—Cualquiera otra actuación semejante.—Con semejante espíritu, cabe señalar también dentro de nuestra Legislación Positiva, la Ley de Ascensos y Recompensas del Ejército y la Armada, que establece condecoraciones al valor heroico, de perseverancia, del mérito naval y técnico militar; o bien las fiscales, que reducen un tanto por ciento cuando se paga por anticipado y otros tantos ejemplos en cada uno de los derechos que podríamos observar.

Así pues, para nosotros la sanción premial va desde la protección que debe dar el orden jurídico, permitiendo que una conducta apegada a derecho produzca los efectos previstos, hasta otorgar alguna recompensa por el mérito puesto en la realización del acto, lo cual trasciende a las consecuencias del mero cumplimiento del acto. Esto es en otros términos. Si yo cumplo con lo que la norma postula, se han de realizar las consecuencias previstas por la misma, pero además mi acto conforme a la ley, ha de estar protegido en sus efectos por la norma misma.

La sanción es penal cuando es la consecuencia del incumplimiento de un deber, en relación con el obligado.

Puede ir desde la ineficacia relativa, hasta la inexistencia y en todo caso, hasta un castigo o pena.

VIII.—NATURALEZA DE LA SANCION JURIDICA.

Por otro lado, hemos sostenido que para nosotros, la sanción en su sentido de coercibilidad, de posibilidad de hacer efectivas las obligaciones, aun en contra del sujeto obligado, mediante el empleo de la fuerza pública Es-

tatal, no es esencia, sino *propia* del Derecho, es decir, es un concepto jurídico fundamental, que por regla general acompaña al Derecho, que está conforme a las exigencias sociales del mismo, pero no a las exigencias metafísicas. Es el único orden que tiene esta posibilidad sin perder válidamente su naturaleza, sino antes bien, dotándola de mayor efectividad, ya que no sucede así en el religioso o en el moral. La Lógica Tradicional, al hablar de los categoremata distinguió en relación con la esencia de los seres, entre la Especie, lo genérico, lo específico, lo propio y lo accidental. La *Especie* se refiere a la esencia total de un ser, mientras que lo *genérico* se refiere a la esencia indeterminada, lo específico en cambio a la determinante, a la que hace que un ser sea ése y no otro. Lo *accidental*, se integra por las ideas advenedizas a la esencia de un ser, o sea, son aquellas notas contingentes, cuya presencia o ausencia en nada modifica la esencia. Junto a estos categoremata se señala a lo *propio*, que no es de la esencia de un ser, pero que no obstante está en íntima relación con ella. Quizá un ejemplo nos sirva para aclarar nuestra posición. Cuando nos referimos al hombre, decimos su Especie, señalando su esencia plena: animal racional. Si señalamos que es animal, predicaremos su género o esencia indeterminada; si en cambio indicamos que es racional, hablamos de su esencia determinante o específica, que hace que el hombre sea hombre y no otro ser, mientras que si decimos que el hombre está vestido de gris, de azul marino o café, es algo accidental. Por otro lado, hablar, jugar, reír, son *propios* del hombre, pero no de su esencia, en íntima relación con ella y especialmente con su racionalidad, es verdad, pero no substanciales. La hiena puede emitir sonidos semejantes al de la risa; el perico externa los sonidos del lenguaje humano; unos perritos amaestrados ejecutan movimientos semejantes a los de un partido o competencia; como las hormigas maravillarnos con sus faenas y construcciones, pero no podremos decir nunca que ríen, hablen, o jueguen, en el verdadero sentido de la palabra, porque su risa no será motivada, ni a sus palabras se les dotará de sentido, ni su juego supondrá la técnica que requiere, de ordenación inteligente de medios a un fin determinado. Por otra parte, un hombre puede no reír, ni hablar, ni jugar, y no por ello contraviene su naturaleza. De semejante modo la sanción jurídica, en nuestro concepto, es *propia*, no esencial del Derecho, ya que se encuentra íntimamente ligada a su esencia, pero no puede decirse que sea de su esencia, pues como hemos visto anteriormente, hay un sinnúmero de casos en que la norma jurídica no está sancionada por el Estado y, sin embargo, conserva su validez. Un derecho que no estuviera garantizado por el Estado, habría que presumir

su poca o nula eficacia, la cual desembocaría en la anarquía, a no ser que los sujetos de la sociedad cumplieren responsablemente sus obligaciones sociales, cosa que han señalado casi siempre los grandes utopistas; una mera fuerza y no su uso legítimo y moderado de un grupo directivo de la sociedad, de una persona no ordenada por el derecho, nos pone en presencia de despotismo y de otras perversiones políticas que se escudan bajo otro nombre. El Estado, lo hemos señalado en alguna ocasión, es la garantía de eficacia del Derecho; el Derecho es la garantía contra la arbitrariedad del Estado. La sanción por regla general acompaña al derecho, es propia, pero no por ello forma parte de su esencia o se confunden.

IX.—EL DERECHO COMO UN ORDEN ESPONTANEO.

En cuanto a su cumplimiento fáctico, tenemos la convicción que el Derecho más que un orden de fuerza, coactivo, es un orden espontáneo. Para nosotros la regla general es que la norma jurídica se cumple de una manera espontánea, siendo la excepción el que se requiera del uso de la fuerza pública para imponer sus mandamientos, ya sea para establecer el orden mismo, para mantenerlo o para reparar su infracción, y ya hemos reconocido la importancia y las relaciones existentes entre el derecho y el poder para que el primero pueda lograr sus fines mediante el auxilio del segundo y subrayamos que no es posible identificarlos. Por otro lado, al estructurar el contenido de la Psicología Jurídica en nuestra Introducción a los Problemas de la Filosofía del Derecho, a este propósito señalamos como uno de sus capítulos la Psicología del cumplimiento y de la violación del Derecho determinando los diversos móviles de la conducta, dentro de los cuales está el temor a ser castigado por quien detenta el poder. Sin embargo, en la realidad me he podido percatar de que son muchos más de los que se supone, los que cumplen con su deber por temor a la pena o al castigo; creo que esto revela una persona o una sociedad de una moralidad muy pobres, puesto que lo que debe ser la causa de su conducta, el *bien* que de su cumplimiento se obtendrá, tanto objetiva como subjetivamente, individual como social y trascendentemente, fundado en un principio de responsabilidad, esto es, de una voluntad libre racional y teleológicamente dirigida. Esto no lo negamos en una sociedad o persona amoral como la de nuestra época, tal vez diera lugar a cierta escéptica incredulidad, pero desde el punto de vista normativo ha de ser desideratum que perseguir, si es que se desea sortear la crisis que contemplamos. Así pues, la mayor parte de las relaciones jurídicas que co-

tidianamente se llevan a cabo, se realizan de una manera espontánea. mal podría el Estado castigar toda situación.

El castigo, el incumplimiento es la excepción. Sin embargo, justo es aclararlo: lo que acabamos de señalar no debe contradecir el concepto de coercibilidad jurídica, como *posibilidad* de hacer cumplir un deber aun en contra de la voluntad del sujeto obligado, mediante el empleo de la fuerza pública del Estado, porque la protección virtual al orden jurídico es un elemento que debemos admitir, pero precisamente dando el correcto significado de "posibilidad" y en consecuencia no de necesario o esencial.

X.—ESPECIES DE SANCIONES.

La sanción puede ser *interna* (la de la conciencia), o *externa* (*social, legal o religiosa*). La moral nos producirá la satisfacción o el remordimiento que se dan en nuestro fuero íntimo. A las sanciones externas sociales debemos agregar la sanción *convencional*, que trae como consecuencia la estima o desprecio, la alabanza o el vituperio, la aceptación social o el ridículo, que producen nuestras acciones en el seno de la sociedad. Para nosotros, sin embargo, el convencionalismo, por carecer de un fin valioso propio, específico, no es una verdadera norma, sino una regla de conducta imperativa, impuesta por la sociedad. La *decencia*, que sería la virtud social del convencionalismo, hemos de reconocer claro está, ha de cumplir con deberes que no sólo son de carácter social, sino verdaderos bienes, en el sentido ético de la palabra.

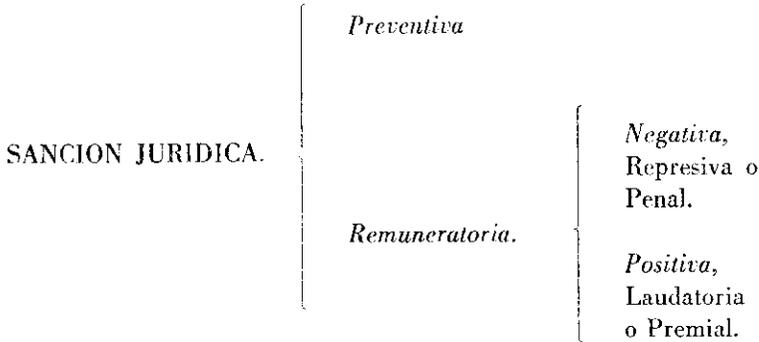
También de carácter social, pero a la cual preferimos denominar *política o legal*, hemos de referirla a la invalidez, pena o castigo señalados por el Estado a través de la ley, con el fin de establecer y mantener el orden y lograr los fines jurídicos como son la Seguridad Jurídica, el Bien Común y la Justicia. Puede ser civil, en un sentido lato, y penal. Esta última puede ser: a) *Vindicativa*, en cuanto que repara el orden violado por el culpable imponiendo a éste un castigo proporcional a la ofensa hecha; y b) *Medicinal*, ya que responde al viejo principio: de prever para obrar, pues pretende evitar la violación de la ley antes de que suceda, mediante la amenaza y después del acto, con el castigo, a fin de que no vuelva el culpable a reincidir, y si es posible, sirva de ejemplo saludable.

Pero por otro lado, tenemos una *sanción ultraterrena, o religiosa o divina*, en donde han de encontrar satisfacción plena todos nuestros anhelos de justicia y equidad.

Es evidente que el valor de una norma no deriva del premio o castigo que esperemos de su cumplimiento o incumplimiento, sino que la norma en sí, encierra un bien objetivamente válido, que no depende de nuestra voluntad, tiene una razón de ser, una finalidad, para algo ha sido dictada, y no puede ser para otra cosa que para buscar nuestra perfección, ya en lo individual, en lo social o en lo trascendente. Es pues, el respeto a la norma y consecuentemente a la autoridad que la ha dictado, un móvil que nos llevará a actuar, y el premio o el castigo, algo que se deriva de la Justicia.

XI.—CLASIFICACION DE LAS SANCIONES JURIDICAS.

Existen desde luego los más diversos criterios de clasificación de las normas jurídicas. Quien hay que atiende a las distintas ramas del Derecho, siendo así que pueden ser, penales, administrativas, del trabajo, civiles, etc. El maestro García Máynez prefiere intentar su sistematización de acuerdo con la finalidad que persiguen en relación entre la conducta ordenada por la norma infringida y la que constituye el contenido de la sanción. La conducta impuesta al sancionado coincide materialmente algunas veces con el proceder prescrito por la regla violada y en otras ocasiones no sucede así. De allí dos posibilidades: una de *coincidencia* y otra de *no coincidencia*. Cuando el contenido de la sanción coincide con el de la obligación condicionante, se está ante el caso del *cumplimiento* forzoso. La sanción consiste en exigir exactamente el deber postulado por la norma. En otras ocasiones la sanción establece la posibilidad de exigir una prestación equivalente a la que se dejó de realizar, esto es, se substituye el cumplimiento del deber por otra prestación semejante, como es el caso de la *indemnización* o de la multa, en donde el supuesto no es precisamente obtener que el cumplimiento mismo del deber ante la violación cometida, y se agrega como un tercer tipo de sanción el castigo, cuya finalidad es aflictiva, ya que no persigue el cumplimiento del deber primario ni su substitución por uno equivalente. Estas tres formas: cumplimiento, indemnización y castigo, en la práctica pueden presentarse de una manera mixta o compleja, como afirma el maestro mexicano antes señalado, quien por cierto considera con Carnelutti, a la sanción premial como una especie de género *medida jurídica*, distinguiendo entre las preventivas, represivas y recompensatorias o premiales:



XII.—EL ORDEN SOCIAL Y LA SANCION.

Ya nos hemos preguntado en nuestro estudio titulado *Deontología de la Pena* (México, 1952), si: ¿toda violación a deberes, o sea todo acto reprehensible, debe estar sometido a la justicia humana? respondiendo con *Rossi*, que ésta no puede intervenir sino cuando el deber violado interesa al orden social. Es evidente que la violación de deberes para con nuestros semejantes (incluyendo el Estado, que como persona moral los representa), es la única que puede lesionar el orden social en uno de sus elementos esenciales: la protección de los derechos de la sociedad como cuerpo moral y de sus miembros.

XIII.—LA SANCION Y LA FINALIDAD.

De lo hasta aquí expuesto, creemos que hemos logrado ya en el ánimo del lector, la convicción de que no es posible tratar a la sanción únicamente considerando su sentido formal, sino que debemos atender también a su contenido, para dar cuenta de su plena realidad. La sanción tiene una razón de ser: buscar el perfeccionamiento individual y social o trascendente de la comunidad o de la persona, estableciendo y conservando el orden en la conciencia, o bien, el orden social pudiendo en el caso específico del Derecho, recurrir al empleo de la fuerza pública del Estado, para hacer efectivas sus determinaciones.

A través de la finalidad nos daremos cuenta de que la sanción responde a una exigencia de la justicia para dar a cada una lo que le corresponde, ya sea el premio o el castigo, sirviendo además de medida para lograr una equitativa adecuación entre la norma general y las circunstancias particu-

lares del caso concreto, ya que no se debe castigar por castigar, ni premiar por premiar, sino que la retribución ha de ser proporcionada al acto.

Prescindir de la finalidad en la sanción, es dar lugar a una serie de absurdos en que desgraciadamente vemos con frecuencia, se lesiona la dignidad de la persona, en función de quien tiene sentido todo el Orden Normativo y Jurídico.

Prueba histórica y doctrinal de nuestra aseveración la encontraremos en las notas que a continuación desarrollamos, sobre el fundamento del derecho de castigar del Estado y la evolución de la penalidad.

XIV.—EVOLUCION DEL DERECHO DE CASTIGAR.

Se nos hubiera antojado como epígrafe general de este comentario, la frase aquella que encierra un gran contenido: "quien bien ama, bien castiga".

El derecho de castigar ha variado no sólo en su fundamento, sino en su modo de hacerlo a través de lo largo de la historia. Aristóteles (Platón), escribió que si la justicia es el bien y la salud del alma, la injusticia es una enfermedad y su vergüenza, el castigo, le trae el remedio. El castigo es el mal más grande que se añade a la injusticia y colma su medida; es un bien doloroso, es cierto pero saludable, ya que repara el mal hecho. Si el hombre es feliz viviendo en el orden; la expiación es bella, porque todo lo que es justo es bello, y sufrir la justicia es también bello (Diálogo titulado el Gorgias). El discípulo de Sócrates definía a la pena como la medicina del alma, y por qué no recordar aquella frase que es ya popular, del dominio público: "vale más sufrir la injusticia que cometerla".

El filósofo de Estagira, *Aristóteles*, distinguió dos intereses en la sanción penal: el interés del paciente, que puede ser con ella mejorado, la *corrección*, y el interés del que la impone, o sea la pena propiamente dicha, que sería una especie de satisfacción al interés social violado. Acentuó el fin utilitario de la pena, al afirmar que la multitud obedece más bien a la necesidad que a la razón, antes a las penas que a lo bello y honesto. . . El bueno cumpliría los preceptos; el malo, ávido de voluptuosidad, será castigado con el dolor como el asno. El dolor inflingido debe ser tal que sea contrario, en su máximo a la voluptuosidad deseada (De la Política y de la Etica a Nicómaco).

El autor de las "Vidas Paralelas", *Plutarco*, piensa que la pena es un remedio para el alma, más bien perteneciente al orden moral que al jurídico, pero que podría muy bien remontar la concepción fundamental del sistema penitenciario, algo más de lo que parece a primera y simple vista. El ro-

mano moralista Lucio Anneo Seneca coincidía con la idea platónica en esta materia.

Es clásica la definición de *Cujas* que declara: "*poena est delictuorum sive criminum coertio inducta ad disciplinae publicae emendatione, et ut exemplo coerteri deterreantur, et non qui peccatum est, sed ne peccetur quia preeteri a revocari non possunt, sed caventur futura*".—Mientras que *Ulpiano* pensaba que la pena era *noxae vindicta*, el Obispo de Hipona, el Doctor de la Iglesia, *San Agustín*, escribía textualmente que era *lesio quae punit et vindicat quod quisque commisit*.

Las Siete Partidas de Don Alfonso X, el Sabio, decían que la pena tenía por objeto la reparación del daño, el escarmiento y la intimidación.

En México en la época precolonial, la penalidad fue ruda y cruel, usándose la lapidación para los adúlteros, entre los tlaxcaltecas; el pinchamiento con púas de los menores delincuentes aztecas; y la dieta a los mismos, de tortilla y media por día (Cfr. Nuestras "Notas para un Estudio del Derecho Penal Azteca.—Boletín del Instituto de Derecho Comparado). En la época Colonial, México recibe la influencia definitiva del humanista pensamiento jurídico hispano, que quedan como modelos de legislaciones, inagotable para el investigador mexicano.

Por su parte los jusnaturalistas protestantes renacentistas, *Hugo Grotius* y *Samuel Puffendorf*, sostenían que era "*malum passionis quod infligitur ab malum actionis*". Estos autores sientan la base contractual del Derecho penal, ya que advertían que el que delinque se obliga implícitamente a sufrir la pena. Más tarde *Beccaria* habría de decir: "El objeto de los castigos no es otro que el de impedir al delincuente que vuelva a dañar a la sociedad y el de apartar a sus conciudadanos del deseo de cometer semejantes delitos"; y agregaba: "es mejor prevenir los delitos que castigarlos, este es el fin de toda buena legislación" (Cfr. *Mariani y Mancini*, *Fundamento de la Filosofía del Derecho y principalmente del Derecho de Castigar*.—Livorno, 1875).

Por su parte, *Alfonso de Castro* piensa que es una *passio inferens nocuum illam sustinenti, aut saltem apta ad inferendum, nisi aliunde impediatur, inflicta aut contrata propter proprium peccatum proeteritum*.—El mal impuesto por el poder social al autor de un delito y por razón de este delito, asienta el jurista *Ortolán*, en tanto que *Pacheco* piensa que es un mal impuesto por los poderes del Estado a los que han delinuido quebrantando las leyes.

Para algunos autores la pena es una venganza y para otros como *Beccaria*, es una defensa social. *Romagnosi* por su parte, señaló que la pena no puede

tener por objeto deshacer un mal ya ejecutado, restablecer la moral, seguir una venganza inútil, lo cual sería un delito, sino reprimir con el ejemplo las inclinaciones criminales que deben servir de medida a la pena. Por su parte *Jeremías Bentham* sostuvo que “la virtud es un bien por los placeres que procura, y el vicio un mal, por los dolores que produce y, que el Derecho propiamente dicho, es creación de la ley propiamente dicha.—*Pellegrini Rossi* dice que la ley moral es la fuente del Derecho penal, pero la utilidad social es límite y medida de éste.

La palabra pena, escribe *Carrara*, encierra tres distintas significaciones: 1) En sentido general, expresa cualquier dolor o cualquier mal que causa dolor; 2) En sentido especial, designa un mal que se sufre por razón de un hecho nuestro o malvado, o imprudente, y aquí se comprenden todas las penas naturales; 3) En sentido especialísimo, indica aquel mal que la autoridad civil impone a un culpable por causa de su delito. Por esto la pena podría sintetizarse, es decir, aquel mal impuesto por el Estado, de conformidad con la ley, a aquellos que con las debidas formalidades son reconocidos como culpables de un delito.

César Lombroso afirma que la idea de pena como un sentimiento de justicia, como expresión de una obligación superior impuesta a la libertad del hombre, como manifestación de una ley eterna escrita en el seno misterioso de la conciencia, que nos habla de un deber, sólo se descubre en época relativamente reciente, es ajena a las primitivas colectividades y es hija de una evolución lenta que, gracias a la combinación de distintos elementos y al transcurso de los siglos, trae a nosotros el complejo concepto que hoy se expresa en el lenguaje común, en los libros de los autores y en los preceptos del legislador. Es famosa la definición del eminente jurista hispano don Eugenio Cuello Calón, que describe a la pena como el “sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal”.

La Escuela Clásica aceptó con *Carrara*, que la pena debe ser: *aflictiva, ejemplar, cierta, pronta, pública, personal, divisible y reparable*, así como *no ser excesiva ni desigual*. Las modernas escuelas sostienen que debe ser indeterminada y adaptada a la persona del delincuente.

En tanto que para Cuello Calón la pena es un sufrimiento, sentida al menos por el penado como tal, para *Roeder* y *Dorado Montero*, en realidad no se trata de un mal, sino por el contrario, de un bien para el delincuente cuya injusta voluntad reforma, tendiente por lo tanto a la reeducación del delincuente.

La pena por la pena no tiene sentido, sino en vista de la conservación, y restablecimiento del orden jurídico. Así pues, la función de castigar por el Estado, está justificada como la sanción, por la necesidad de restablecer y mantener el orden jurídico. Hay, sin embargo, autores de la calidad del Renacentista Tomás Moro, o de Tomaso Campanella, que en su Utopía o en su Ciudad del Sol, respectivamente, han negado el poder punitivo del Estado, de igual modo que lo hacen autores más recientes como Girardini, Solovief, Contursi, Bernaldo de Quirós y otros.

XV.—EVOLUCION DE LA PENALIDAD.

Garraud ha señalado varios períodos en la evolución de la penalidad. En primer término señala el de la *venganza* privada, bien sea por el ofendido o su familia y en segundo lugar, el de la *venganza* pública, en sus tres fases: la *teocrática*, la de la *intimidación*, y la de *corrección*.—Cuello Calón por su parte, distingue la *venganza* privada de la divina y pública, y los períodos humanitario y científico.

En *Oriente* el delito era una ofensa a la divinidad y la pena consistió frecuentemente en la inmolación del delincuente a la divinidad ofendida para aplacar su enojo. La excepción a este proceder la encontramos en el *Código de Amurabí*, en que tiene gran influencia el sistema del talión y es desconocida casi la *venganza*. En *Israel*, el derecho de castigar es una delegación del poder divino, el delito una ofensa a Dios, cuya persona se implora por sacrificios expiatorios (Es de consultarse para mayor detalle el Pentateuco, principalmente el Deuteronomio y nuestro estudio “La Dimensión Histórica del Derecho”. México, 1956).

En *Egipto* también el delito constituye una ofensa a la divinidad y la pena tiene por objeto aplacar sus iras. Este mismo sentido religioso lo encontramos en las *Leyes Chinas* y en igual sentido en la *India*, en las *Leyes de Manu* (Manava-Charma-Sastra), considerado como el código más perfecto del Oriente.

En *Grecia*, —*Licurgo* en Esparta, y en *Atenas* Dracón—, fueron proverbiales por su severidad, limitando la *venganza*. Los delitos que ofendían a la colectividad se penaban con sanciones fuertes. La *venganza* privada en un principio no se detenía en el individuo sino que irradiaba al grupo familiar. Después en el período religioso el que comete un delito ofende a la divinidad y debe purificarse. En esta época la religión y patria se identifican. Más tarde aparece como factor la razón del Estado como soberana y la pena se funda sobre una base civil o moral.

En *Roma*, existen las diversas manifestaciones de la pena desde la venganza privada, hasta llegar a la pena pública. Distinguían entre *crimina pública*, o sea cuando se violaban intereses colectivos, de los *delicta privata*, que sólo lesionaban derechos de los particulares. La pena tenía por objeto a la satisfacción de la víctima del delito y a la reparación del daño causado, en aquellos a la intimidación, a la enmienda, a la expiación, pero encaminados a un fin último y supremo, la defensa de la sociedad. Las primeras leyes penales se encuentran en las Doce Tablas y en la época clásica se hallan disposiciones de esta naturaleza en las *Leges Corneliae* y las *Leges Juliae*, en los *Senatus Consulta*, en los *Edicta* y en los *Reponsa Prudentium*, en el Digesto, en las Constituciones Imperiales, en el Código Teodosiano, en las Novelas y en la Codificación de Justiniano.

En el *Derecho Germano* encontramos la venganza de la sangre (*Blutrache*) y la pérdida de la paz (*freidlosigkeit*). Los hechos que sólo ofendían al individuo o a una familia, daban lugar a favor de éstos a un derecho de venganza, que venía a constituir un deber, que se prolongaba aún después de la muerte. Quien cometía un delito era considerado como un enemigo del pueblo. Más tarde la composición limitó esta venganza, distinguiendo entre el *Wergeld*, que era una especie de indemnización civil por daños, y la *Busse*, que era una cantidad pagada por concepto de pena, a la víctima o a sus parientes y el *Friedegeld*, que era la cantidad que como adición al *Wergeld*, se paga al común.

En el *Derecho Penal Canónico*, habría que contemplar su fundamentación cristiana, de amor y caridad, fraternidad y redención, la justicia y la misericordia, con objeto de que la pena, buscando la enmienda y rehabilitación del hombre caído. Según Vidal en sus Principios Fundamentales de la Penalidad en los Sistemas más modernos (Madrid, 1892), las penas en el Derecho Canónico, además de ser humanas, están reguladas en vista de la reforma moral del penado, atienden más al delincuente que al delito y su aplicación se halla calculada de modo que alcance más seguramente este fin, haciendo variar su naturaleza y su intensidad, según el carácter, el temperamento y la individualidad de cada culpable. La práctica penal llegó así a realizar desde un principio la individualización de la pena. De lo dicho se ha aceptado que el Derecho Canónico contribuyó a humanizar la sanción, combatió la venganza privada, robusteciendo la administración de justicia pública, proclamando que la persecución del delito es deber del príncipe y del magistrado. Bien ha dicho *Schiappoli* que el Cristianismo arrancó la espada de la Justicia de los ofendidos deseosos de la venganza y la puso en manos de la autoridad del ministro del Señor. El cristianismo impone la

obediencia a la autoridad constituida, sin la cual la sociedad no sería duradera y estaría en continuo peligro. De ahí que los Santos Padres hayan proclamado que reprimir el delito es obra del príncipe y del magistrado, que el poder punitivo no pertenece a los particulares y que quien mata a un delincuente aun sin estar revestido de funciones públicas, es culpable de homicidio.

Más tarde, varios siglos después, en el siglo XVIII, Beccaria, partiendo de la idea del contrato social de Juan Jacobo Rousseau, dice que la pena se funda en el bien de la mayoría, en el beneficio y utilidad social, que se mide por la ley moral de la cual no debe divorciarse la ley penal. Por eso nunca será justo castigar un delito si antes el legislador no ha hecho lo posible por prevenirlo. Estas ideas inspiran la Escuela Clásica y se hacen norma en las legislaciones de los países civilizados hasta que a fines del siglo XIX, el positivismo marca nuevos derroteros.

Garófalo por ejemplo, habla de las ofensas a determinados sentimientos altruistas de piedad y probidad, en la medida en que son poseídos por la comunidad. Esto quiere decir que el delito es además de un hecho antijurídico, un hecho inmoral. “Cuando se produce una desintegración de las normas morales, que son imperativo obligado de las leyes que luchan contra la criminalidad; cuando se infiltra sutilmente en ellas una razón fugitiva de conveniencia, un impulso de cólera o un residuo de venganza, en el derecho penal se provoca una crisis. A una de esas crisis estamos asistiendo en nuestro tiempo”.

Según *Vicenzo Lanza*, la pena es un bien, en provecho del delincuente sano y educable, único al que se circunscriben las sanciones del Derecho Penal. Los locos, los incorregibles, los habituales, quedan fuera de su acción benéfica. Para ellos precisamente están las medidas de seguridad. La doctrina piensa que hay “en todo hombre un hermano, en todo dolor humano el reflejo del propio dolor”. A mediados del siglo XIX, el penalista austríaco *Janka*, concibe la pena como un medio de tutela jurídica, entreviendo su carácter eminentemente finalista. *César Lombroso* destaca en el campo penal, al hombre.

Quitar la finalidad al derecho, es deshumanizarlo, es como considerar al delito como una supuesta violación de carácter formal y no como un acto de un hombre, y al delincuente como un sujeto lógico del orden normativo y no como una persona, que pudo haber violado el orden social, y por ello hay que castigarle, pero con objeto de hacerlo un ser adaptado al medio, y si es posible, hasta alcanzar su último fin, la felicidad, cuando se decida

a vivir con responsabilidad y de acuerdo con los fines de su perfeccionamiento.

La pena basada sobre el tali3n, es cruel y desigual. La venganza privada otro tanto.

Conviene a nuestra idea aquella frase de que no hay delitos sino delinquentes, la cual debe completarse por la de que no hay delinquentes, sino hombres, segun oimos reiteradamente repetir al maestro Carlos Franco Sodi. La pena se justifica por un sinnúmero de razones, que nos dan cuenta de su finalidad, por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada y otras, y de una manera muy particular por la necesidad de conservar el orden y la paz sociales. El ejercicio de la acción penal es un servicio público, de seguridad y orden. Nuevamente de ahí su fin.

XVI.—CONSIDERACIONES FINALES.

De lo anteriormente expuesto, quisiéramos haber llevado al convencimiento de que:

a).—El Derecho no puede ser entendido sólo como ordenación, ni únicamente como conducta, sino en su sentido integral, como *ordenación de la conducta de alteridad de los hombres, teleológicamente regulada para la realización de la justicia*, dándoles a estos términos su pleno y cabal significado. El Derecho por lo tanto, es forma y es materia, pero considerando estas esencias en la acepción aristotélica, es decir, hilemórficamente, integrando la unidad.

b).—Para que haya Derecho, no basta con que haya *hombres*. El viejo principio "*Ubi societas ibi jus, ibi jus ubi societas*", (donde hay sociedad hay derecho, hay derecho donde hay sociedad), nos está diciendo una verdad, pero que hay que entenderla en función del significado integral del Derecho. Si no hubiera libertad en las relaciones, o las personas no se vincularan en un plano de igualdad, en el sentido que la Justicia reclama, aunque hubiera hombres no habría Derecho, pues si por ejemplo la relación es sólo por la fuerza, ésta sería de *hecho*, mas no jurídica.

c).—Al analizar los conceptos jurídicos fundamentales, que forman la estructura y contenido permanente de la norma de Derecho, nos encontramos con que éstos resultan mutilados, incompletos, sin sentido, si no atendemos a su teleología, al fin para el que han sido dados. La libertad por la libertad, el deber por el deber, la persona como un mero sujeto lógico de imputación de la norma, son frases huecas, que hay que llenar de contenido

y luminosidad, a través del dato material y teleológico del Derecho. La libertad es para algo, no sólo es un atributo, sino también acción dinámica dirigida a un fin; la limitación, ya resultante de mi propia voluntad o de la facultad de un sujeto distinto de mí, es por algo, tiene una razón de ser y un fin, como la norma del legislador, que impone un deber para obtener algo de su cumplimiento y no sólo por un arbitrario capricho, como la libertad o el deber, los fines mismos del Derecho y el orden jurídico, todos responden también a una finalidad: lograr el medio de convivencia para que la persona realice la plenitud de sus potencias, materiales, espirituales y trascendentes, ordenado según la Justicia.

d).—La sanción jurídica no puede ser entendida sino en función de su finalidad. El orden que implica la norma, supone la posibilidad no sólo de establecerlo, sino de mantenerlo y de añadir determinadas consecuencias, resultantes del mérito o demérito en su observancia.

e).—La bipolaridad significa que la sanción jurídica como consecuencia del Derecho, no debe ser por lo tanto referida únicamente al incumplimiento, sino también al cumplimiento. Sin embargo, no es lícito confundir los efectos que resultan de realizarse el supuesto jurídico que son el nacimiento, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones, con la protección, ya real o virtual que hace el Estado a través de la Ley, del acto conforme con sus postulados. Desde esta protección consideramos que existe la sanción premial o positiva.

f).—La idea de justicia se halla íntimamente unida al concepto de sanción jurídica, ya que aquélla exige que el mal sea reparado y el bien tenga su proporcionada recompensa.

g).—La finalidad de la sanción, no sólo explica su razón de ser, sino sirve de pauta para determinar su adecuada aplicación y medida.

h).—La eficacia de la Ley exige la posibilidad de atribuir consecuencias positivas o negativas al deber establecido por la norma y la posibilidad de hacerlas efectivas.

i).—La sanción jurídica en el sentido de coercibilidad, de posibilidad de hacer efectivo el deber, aun en contra de la voluntad del sujeto obligado, mediante el empleo de la fuerza pública estatal, es fundamental al Derecho, pero no esencial sino *propia*, es decir, que se encuentra íntimamente relacionado con su esencia; sólo el orden jurídico tiene esta posibilidad, pero sin embargo, no es substancial al mismo, no siendo correcto confundirlos. El Derecho, recordaremos nuestra afirmación, es la garantía contra la arbitra-

riedad del Estado; el Estado en cambio, es la garantía de efectividad del Derecho.

j).—En cuanto al cumplimiento fáctico de la norma, tenemos la convicción de que el Derecho más que un orden de fuerza, coactivo, es un orden espontáneo y que es el cumplimiento del deber y no el temor, lo que en el orden normativo motiva nuestra conducta, por más que excepcionalmente, observemos lo contrario.

k).—El fin de la sanción jurídica ha de ser buscar el perfeccionamiento de la persona en la sociedad, estableciendo y conservando el orden social. Prescindir de la finalidad en la sanción, es dar lugar a una serie de aberraciones, que con frecuencia desgraciadamente vemos, que lesionan la dignidad de la persona, en función de quien tiene sentido todo el Orden Normativo y Jurídico.