

2ej.
35



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**CONSIDERACIONES JURIDICO-FILOSOFICAS SOBRE
EL DERECHO DE CASTIGAR
(EL DERECHO DE PENAR)**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

JOSE LUIS ALVARADO RUIZ

MEXICO, D. F.

1986



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	Pag.
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
ORDENES REGULADORES DE LA CONDUCTA HUMANA	
1. GENERALIDADES	4
2. LAS NCRMAS MORALES	6
3. LAS REGLAS DEL TRATO SOCIAL	10
4. LAS NORMAS RELIGIOSAS	15
5. LAS NORMATAS JURIDICAS	18
CAPITULO II	
CONCEPTO Y DEFINICION DE DERECHO	
1. IMPORTANCIA DEL CCNCEPTO. SU DIFERENCIA CON LA DEFINICION	23
2. CORRIENTE IUSNATURALISTA	27
2.a) SU RELACION CON LA FILOSOFIA DEL DERECHO	27
2.b) ANTECEDENTES HISTORICOS	28
2.c) CARACTERES	31
2.d) OBJECIONES	33
2.e) SU INFLUENCIA EN EL ESTUDIO DEL DERECHO	36
3. CORRIENTE IUSPOSITIVISTA	37
3.a) POSITIVISMO FILCSOFICO	37
3.b) BREVE HISTORIA	38
3.c) CARACTERIZACION	39
3.d) OBJECIONES	40

4. POSTURAS ECLETICAS	42
4.a) HELEN SILVING. DERECHO POSITIVO Y DERECHO NATURAL .	42
4.b) EDUARDO GARCIA MAYNEZ. TERCIA DE LOS TRES CIRCULOS.	45
5. DEFINICIONES DE DIVERSOS AUTORES	50
6. DEFINICION PROPIA	53

CAPITULO III

EL DERECHO DE CASTIGAR (EL DERECHO DE PENAR)

1. TERMINOLOGIA ADECUADA	54
2. FUNDAMENTO	56
3. ANTECEDENTES HISTORICOS	61
3.a) LA VENGANZA PRIVADA.	62
3.b) LA VENGANZA DIVINA	63
3.c) LA VENGANZA PUBLICA	64
4. PRINCIPALES ESCUELAS JURIDICO PENALES.	66
4.a) LA ESCUELA CLASICA	66
4.b) LA ESCUELA POSITIVA	68
4.c) LAS ESCUELAS ECLECTICAS	70
5. OPINIONES DE DIVERSOS PENSADORES	72
6. LA PENA	76
6.a) DEFINICION	77
6.b) ELEMENTOS	78
6.c) FINES	79
7. DEFINICION PROPIA	80

CAPITULO IV

EL ESTADO Y LOS LIMITES DEL DERECHO DE PENAR.

1. EL ESTADO	81
------------------------	----

	Pag.
1.a) CONCEPTO	84
1.b) ELEMENTOS	88
1.c) FACULTADES Y OBLIGACIONES	90
2. LOS LIMITES DEL DERECHO DE PENAR	92
2.a) EN LA ESFERA LEGISLATIVA	92
2.b) EN EL AMBITO JUDICIAL	97
2.c) EN LA ETAPA EJECUTIVA	102
CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFIA	122
HEMEROGRAFIA	126
LEGISLACION	127

I N T R O D U C C I O N

¿Tiene el Estado el derecho a castigar? Tan inquietante - pregunta constituye el meollo de este trabajo, el cual se propone, en el Capítulo I, ubicar al Derecho dentro de los diversos órdenes reguladores de la conducta humana; después, en el Capítulo II, se aborda el concepto de Derecho con el objeto de llegar a una definición propia del mismo, para que así, sabiendo lo que entraña la palabra Derecho y habiendo delimitado sus características, se trate en el Capítulo III lo relativo al Derecho de Castigar, al cual se le denomina, a partir de ahí, como el Derecho de Penar, por las razones que se detallan en el texto. Se llega, así, a establecer también una definición propia del Derecho de Penar; y, finalmente, en el Capítulo IV, se hace mención al Estado y los límites del Derecho de Penar, habida cuenta de que el ejercicio de este derecho, obviamente, corresponde al Estado.

Conforme a este marco de desarrollo se gestaron las presentes consideraciones jurídico-filosóficas sobre el Derecho de Penar. Jurídicas porque el tema lo amerita, ya que, en tratándose de esta imponente facultad, como lo es la de penar, se hace necesario recurrir para su instrumentación a un positivismo estricto; pero además, es menester, y de aquí lo de filósofo-

ficas, que nos basemos en la Filosofía del Derecho para darle - sostén a lo que afirmamos, pues es innegable que lo jurídico -- precisa de lo filosófico, sobre todo cuando se trata de reprimir la conducta humana.

Y así fue que con estas dos herramientas, el Derecho y la Filosofía, se incursionó en este tema, que resulta tan fascinante en su estudio como dramático en el ejercicio, pues qué -- otra cosa es un proceso penal, sino un drama social. Empero, -- es una realidad que ha de ser vivida mientras el ser humano sea de naturaleza falible, por lo que es necesario y así lo afirmamos en esta investigación, que el Estado proteja los intereses legítimamente tutelados de la sociedad; es decir, no se niega -- el Derecho de Penar, al contrario, se afirma, pero sobre la base de los derechos humanos y de nuestra Constitución, lo que -- conlleva a los necesarios límites de su ejercicio, ya en la esfera legislativa, ya en el ámbito judicial, ya en la esfera ejecutiva. De tal suerte que con el correcto desempeño de las funciones públicas entre los Poderes, al través de los cuales el pueblo ejerce su soberanía, se gobierne en beneficio de éste.

Finalmente, ya que la cuestión fundamental de la Filosofía Jurídica es la Estimativa, es decir, el estudio de los valores, que se hacen praxis al través de la Política Legislativa, debemos hacer hincapié en un cuestionamiento medular sobre la aplicación justa del Derecho de Penar: La Justicia, que desde la --

remota antigüedad griega, es dar a cada quien lo suyo; y, para el ciudadano que vive en un Estado de Derecho, tan suya es la pena, - si la amerita, como la igualdad de oportunidades para su desarrollo. Lo inexacto y desproporcionado es que el Estado sea generoso en represión y precario en educación y empleos.

De esta suerte se puede concluir, que para cimentar sólidamente el Derecho de Pensar, hay que hacer coincidir, primero, el orden jurídico con la moral social.

CAPITULO I

ORDENES REGULADORES DE LA CONDUCTA HUMANA.

1. GENERALIDADES.

En principio, cabe señalar que al hablar de "órdenes", empleamos el término de "orden" como el "modo que se observa para hacer las cosas", y no como si se tratase de un "mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar", ya que ambos significados encuentran sustento en el Diccionario de la Lengua Española, pero no tienen igual manejo en este trabajo. (1)

Para el fin de esta investigación, se comprenderá al adjetivo "regular", pues hablamos de órdenes reguladores, como el arreglo que se da a determinadas acciones. (2) En este caso, a las acciones humanas.

En consecuencia, al hablar de órdenes reguladores de la conducta humana, nos referimos a aquellos modos o maneras con arreglo a los cuales se da el quehacer de los seres humanos, y, para precisar cabalmente el objetivo de este Capítulo, reiteramos que nos vamos a encuadrar en el mundo social, de ninguna manera en el natural. Sin que por ello dejemos de estar conscientes de que, como seres biológicos y sociales, nos encontramos ante dos tipos de leyes, en un sentido amplio, que son las naturales y las sociales. Las primeras

(1) "Diccionario de la Lengua Española", Decimonovena Edición, Madrid, 1970, Pág. 946.

(2) Cfr. Ibidem, Pág. 1124.

en cuanto a nuestra naturaleza de seres vivientes y, las segundas, por lo que hace a nuestro carácter gregario, que — nos impelle a organizar la convivencia con nuestros semejantes. En este caso, el presente estudio contemplará a las — leyes sociales, entendidas como las directrices del actuar humano en su mundo normativo o del deber ser.

Por tal motivo y con el objeto de aclarar ciertos conceptos, brevemente se señalarán las notas más sobresalientes que existen entre las leyes naturales y las sociales: a las primeras corresponden las características de pertenecer al mundo del ser, o sea, son causal-explicativas, se refieren a las causas de los fenómenos naturales, nos los describen como necesarios, inviolables y fatales; en cambio, las segundas prescriben aquello que debe realizarse, algo que — debe ser, son contingentes, pueden o no ocurrir, su objetivo es normar los campos del obrar del hombre. (3)

Conforme a lo anterior, se tratará de enmarcar las leyes sociales, en su acepción más extensa, las cuales se ubican en el mundo del deber ser, pretendiendo moldear la conducta humana de diferentes maneras, con procedimientos distintos y sanciones igualmente variadas, debido a su naturalza diversa.

(3) Cfr. Ricardo Soto Pérez, "Nociones de Derecho Positivo — Mexicano", Editorial Esfinge, S.A., Quinta Edición, México, 1975, P.P. 21 y 22.

Pero, ¿Cuáles son esas normas, reglas, leyes, directrices, etc. que aspiran a regular la conducta de los hombres?—

En nuestro siguiente punto iremos corriendo el velo que presenta esta interrogante, ya que por ahora baste decir, de manera general, que se trata de la moral, las reglas del trato social, la religión y el derecho, cada uno con sus características propias, que los harán distintos entre sí e iguales, algunas veces, en determinados puntos.

Para precisar las diferencias e igualdades que existen entre estos órdenes reguladores de la conducta humana, nuestras herramientas para indagar se denominarán: autonomía — heteronomía, interioridad — exterioridad, unilateralidad — bilateralidad e incoercibilidad — coercibilidad. (4)

2. LAS NORMAS MORALES.

Estas Normas tienen las siguientes características:

- Autonomía;
- Interioridad;
- Unilateralidad, e
- Incoercibilidad.

Veamos qué significa cada una de ellas.

(4) Cfr. Ricardo Soto Pérez, OP. Cit., P.P. 22 y 23.

Autonomía. Antaño se estimaba, de acuerdo a las ideas - Kantianas referentes a la autonomía de la voluntad, que la autonomía debía entenderse como autonormatividad, esto es, que el propio individuo que realizaba el acto moral creaba la regla ética, que observaba un imperativo de su propia conciencia; empero, "Si la legislación moral fuese autónoma, habría que reconocer al obligado no sólo la facultad de darse normas, también el derecho a derogarlas o modificarlas a su antojo".(5)

Es obvio que la norma moral no debe variar en función de un capricho, sino que tiene un valor objetivo que le da a la exigencia ética un carácter universal. Así, el obligado habrá de ajustar su conducta al precepto ético, conveniéndolo de su bondad y considerándolo como si él mismo lo hubiese creado; - es decir, no hay autolegislación, sino autonomía para reconocer espontáneamente una regla ética.

Partidario de la estabilidad de la moral, y con el objeto de afirmar su postura, Claude Du Pasquier se pregunta: "Si la moral fuese tan cambiante, ¿habría considerado el legislador en el Derecho positivo principios puramente morales como las buenas costumbres, la buena fé, la lealtad comercial y -- hasta la equidad?". (6) Esto confirma lo que hemos afirmado en el párrafo inmediato anterior, por cuanto hace al valor objetivo de la moral.

-
- (5) Eduardo García Máynez, Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa, S.A., Trigésimo Tercera Edición, México, 1982. Pág. 23.
- (6) Claude Du Pasquier, "Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica", Librería e Imprenta Gil, S.A., Lima, 1944, Pág. 407.

En conclusión, el carácter autónomo de la norma moral radica en que el sujeto obligado tiene la facultad de reconocer o no un precepto ético, pero una vez que lo observa, libre y respetuosamente, lo ve de tal manera que lo hace propio.

Interioridad. Esto significa que a la moral le interesan las intenciones, la rectitud en los propósitos, independientemente de los resultados de un acto, o sea, atiende más a una dimensión subjetiva que objetiva.

De adrede no queremos decir que a la moral le preocupe la conducta interna y no la externa, ya que consideramos más adecuado aseverar que a la moral le corresponde calificar las intenciones de una conducta, sea interna o externa.

También podemos afirmar, de acuerdo a Rafael Preciado Hernández, ... "que la moral postula el orden interior de la persona humana, su perfeccionamiento individual o bien personal" ... (7) De aquí que, a nuestro juicio, se tenga otra base para llamar a esta característica interioridad. Sin embargo, es interesante observar que Luis Recaséns Siches la llama intimidad, cuando habla de "la intimidad de la moral y exterioridad del derecho" (8), y esto, coincide con lo que hemos manifestado en el párrafo inmediato anterior, por cuanto a -- que la moral no sólo se refiere a la conducta interna, -----

(7) Rafael Preciado Hernández, "Lecciones de Filosofía del Derecho", UNAM, Primera Edición, México, 1982, Pág. 98.

(8) Luis Recaséns Siches, "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa, S.A., Primera Edición, México 1970, - Pag. 88.

sino a las intenciones del actuar humano en general, a la intimidad del acto.

Unilateralidad. Consiste en que frente al sujeto obligado por esta norma no hay otro con carácter de pretensor, ya que aquí sólo se dan los deberes sin que existan facultades para exigirlos.

Al respecto, señala Eduardo García Máynez que "la unilateralidad de las reglas éticas se hace consistir en que frente al sujeto a quien obligan no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes". (9)

Desde otro enfoque, también podemos decir que en las normas éticas campean los juicios imperativos, con ausencia de los atributivos, puesto que en ellas sólo se dan deberes sin que se concedan facultades, lo que no sucede en las normas jurídicas, según veremos más adelante, ya que en éstas sí se da el binomio imperativo - atributivo. (10)

Incoercibilidad. Hemos dicho que las reglas éticas se cumplen de manera espontánea, convencidos de su bondad; en sentido contrario, podemos afirmar que es condición de su existencia el que no se observen por la fuerza, ya que si así fuera se carecería de todo valor ético.

(9) Eduardo García Máynez, Op. Cit., pag. 15.

(10) Cfr. Ibidem, P.p. 16 y S.S.

De pronto, no se abordarán las discusiones que se han dado acerca de los términos coercitividad, coactividad, su-
tarquía, impositividad inexorable o inexorabilidad, que es una característica del derecho, que precisamente no corresponde, sea cual fuere su acepción, a la moral, puesto que ésta es incoercible. Cuando nos refiramos a las normas jurídicas abundaremos al respecto; por ahora basta decir, parafraseando a Recaséns Siches, que al supremo destino de la moral no se puede ir del brazo de la gendarmería. (11)

Hasta aquí las características de las normas morales, que sin pretender, obviamente, incursionar al complejo mundo de la moral, estimamos que nos dan las ideas necesarias para diferenciarlas de los demás órdenes reguladores de la conducta humana, que a continuación iremos viendo en el transcurso de este Capítulo.

3. LAS REGLAS DEL TRATO SOCIAL.

A éstas corresponden las siguientes características:

- Heteronomía;
- Exterioridad;
- Unilateralidad, e
- Incoercibilidad.

Heteronomía. Se dice que estas reglas son heterónomas porque de alguna manera son impuestas por la colectividad en que se vive.

(11) Cfr. Luis Recaséns Siches, "Tratado General de Filosofía del Derecho", Ed. Porrúa, S.A., Séptima Edición, México, - 1981, Pág. 182.

Ahora bien, el hecho de que las denominemos reglas no significa que lo hagamos para no emplear tanto el término - normas, sino que nos inclinamos más por llamarlas reglas, - de acuerdo a las ideas que al respecto nos expresa Rafael - Preciado Hernández , cuando nos dice: "recuérdese que la re gla es un fórmula que prescribe lo que es preciso hacer para alcanzar determinado fin; sin embargo, los fines que inspiran a las reglas del trato social no constituyen valores-fundamentales, bienes necesarios, sino valores y bienes secundarios, contingentes, que por esto mismo no pueden servir de fundamento a auténticos deberes. Estos fines son va lores útiles, deleitables, y en ocasiones estéticos ... pero esto no les da el carácter de normas, pues la norma siem pre expresa un deber y éste no puede fundarse en bienes secundarios y contingentes, sino en bienes fundamentales y mo ralmente necesarios". (12)

Es en el sentido anteriormente señalado que hemos deci dido denominarlas reglas, ya que aquí sí consideramos rele vante aclarar el porqué reglas y no normas. Advirtiendo — que fuera de lo relativo a las reglas del trato social, los términos de norma, regla, precepto, etc. serán, como ya lo — han venido siendo, manejados como sinónimos, ya que aquí lo importante era poner de manifiesto que los fines de estas — reglas no dan base a auténticos deberes y que, por lo tanto,

(12) Rafael Preciado Hernández, OP. Cit., P.P. 163 y 164.

no determinan la existencia cabal de una norma, conforme la hemos venido entendiendo.

Recaséns Siches también afirma que es mejor denominar este orden regulador de la conducta humana como "reglas del trato social", ya que se manifiesta contrario a que se las llame "convencionalismos sociales" o "usos sociales", puesto que dice que lo primero evoca la idea de un convenio, — que es lo que menos se da en estas reglas que aparecen preconstituidas ante el individuo, y que lo segundo, a pesar de que las costumbres de ordinario son las fuentes de estas reglas, también la costumbre suele originar principios morales y preceptos jurídicos, por lo que, lo más apegado a la realidad, es el llamarlas genéricamente reglas del trato social. (13)

Exterioridad. Esto significa que estas reglas exigen un comportamiento externo, independientemente de lo que el obligado piense o de lo que lo lleve a actuar de determinada manera, así sea que lo haga por conveniencia, hipocresía, etc., ya que aquí lo que se requiere es que el sujeto se adecúe al precepto, aunque en su fuero interno no lo considere justo, bueno, noble, caritativo, piadoso, etc., sino que simplemente lo observa, por lo que sea.

(13) Cfr. Luis Recaséns Siches, "Introducción al Estudio — del Derecho", Ed. Porrúa, S.A., Primera Edición, México, 1970, Pag. 88.

García Máynez nos refiere al respecto que "los convencionalismos sociales ... quedan plenamente cumplidos cuando el sujeto realiza u omite los actos respectivamente ordenados o prohibidos, sean cuales fueren los móviles de su actitud"; sin embargo, nos dice que hay autores, como Radbruch, que consideran que en estas reglas también debe existir un propósito bueno, como sucede en las normas morales, ya que el decoro social debe respetarse de corazón para ser un auténtico caballero. (14)

Aquí cabe recordar las reflexiones hechas en cuanto a que las reglas del trato social no eran verdaderas normas - que impusieran auténticos deberes originados en valores fundamentales, y que por eso las llamabamos reglas y no normas; en consecuencia, estimamos que las normas morales tienen un rango mayor que los convencionalismos sociales y que, en todo caso, una de estas reglas bien podría ser calificada de moral o de inmoral, sin que por ello sea o deje de ser una regla del trato social. (15)

Unilateralidad. Son unilaterales por su carácter impositivo y no atributivo, puesto que imponen deberes sin facultar a nadie para exigir su cumplimiento.

(14) Eduardo García Máynez, OP. Cit., P.P. 33 y 34

(15) Cfr. Rafael Preciado Hernández, OP. Cit., P.P. 163 y - S.S.

Incoercibilidad.- Las reglas del trato social no pueden imponerse por la fuerza, puesto que también tienen sólo carácter imperativo, pues no facultan a nadie para que pueda exigir su cumplimiento. Esto, como podemos ver, las asemeja a las normas morales y las diferencia de las normas jurídicas.

El hecho de que la observancia de estas reglas no pueda imponerse de manera forzada, de ninguna manera implica que en ellas no se den sanciones, por el contrario, se den, y a veces son más severas que las sanciones jurídicas; empero, esto no las hace iguales a las normas jurídicas, ya que las sanciones que se presentan en dichos órdenes reguladores de la conducta humana, son de naturaleza distinta. Las sanciones de las reglas del trato son generalmente indeterminadas, en su intensidad y en su naturaleza; por el contrario, las sanciones del derecho, casi siempre, son determinadas, inclusive en el caso del arbitrio judicial, se prevé un máximo y un mínimo que determinan la libertad sobre la que se puede decidir. De igual manera podemos afirmar, que la sanción jurídica es objetiva, por cuanto a que se aplica por órganos especiales y con forme a procedimientos previamente establecidos; en cambio, las sanciones sociales tiene carácter subjetivo, dependen de las circunstancias en que se den.

Ahora bien, el carácter subjetivo de las sanciones sociales lo será hasta donde el derecho se lo permita, o sea, de alguna manera pueden llegar a ser objetivas dichas sanciones, si las observamos a la luz del derecho, ya que éste, aunque sea indirectamente, va a regular a las sanciones sociales, --

pues no podrá permitir que éstas rebasen los límites de lo ju-
rídico. (16) Dicho en otras palabras, la sociedad, la colec-
tividad, el grupo, los amigos, etc. podrán sancionar la viola-
ción a una regla del trato social, debiendo tener cuidado de
no transgredir el mundo normativo del derecho.

4. LAS NORMAS RELIGIOSAS.

En éstas vamos a observar que tiene por característi-
cas las siguientes:

- Heteronomía;
- Interioridad;
- Unilateralidad, e
- Incoercibilidad.

Antes de desdolar el significado de cada una de estas
características de las normas religiosas, queremos manifes-
tar que para algunos autores no ha lugar a establecer cuatro
órdenes reguladores de la conducta humana; además, pudimos -
observar que normalmente se habla de normas morales y jurí-
cas y reglas del trato social.

Lo anterior se debe a que de alguna manera la religión,
sea cual fuere, queda abrazada en el campo de la moral, en el
sentido amplio.

(16) Cfr. Eduardo García Máynez, OP. Cit., P.P. 34 y 35.

En efecto, si entendemos a la ética como una parte de la filosofía que no sólo trata de la moral en sentido estricto, sino también de los deberes del hombre en general, tendremos que reconocer que tanto la moral, como el propio derecho, y la religión, se ubican en el campo de la ética.

A este respecto nos menciona Luis Recaséns Siches que:—"en el reino de los valores éticos cabe establecer una clasificación. No es éste el lugar para el intento de una clasificación total de los valores éticos. Sin embargo, parece oportuno recordar una teoría de la Antigüedad Clásica, según la cual hay tres tipos de valores éticos: a) Los estrictamente morales, es decir, los que fundan la moral propiamente dicha, los que se refieren al cumplimiento de la suprema destinación o misión del hombre en su propia vida, y que suelen englobarse bajo la denominación de honestidad; b) Los de la Justicia, mejor dicho, los que deben servir de guía para el derecho; y c) Los del decoro o decencia, relativos al aspecto externo de las relaciones interhumanas, que son los que fundan las reglas del trato social (cortesía, buenas maneras, etiqueta, etc.)." (17)

Vistas así las cosas, no habría lugar para hablar de un cuarto orden regulador. Sin embargo, a pesar de que todos los deberes se refieren a la moral, en sentido lato, los podemos clasificar de acuerdo al bien que los funda. "Así, --

(17) Luis Recaséns Siches, OP. Cit., Pág. 96.

los deberes religiosos tienen como objeto a Dios, el Soberano no Bien; los deberes jurídicos están ordenados al 'bien del prójimo o justicia' y al bien común; y los deberes morales—en sentido restringido—buscan la superación o perfeccionamiento de cada hombre, monásticamente considerado. . .".(18) En consecuencia, se derivan tres tipos de normas: las morales —en sentido estricto—, las religiosas y las jurídicas.

Además, como ya se habrá podido advertir, cuando se ha bló de las normas morales, dijimos que eran autónomas; en cambio, tratándose de las normas religiosas, hemos dicho —que son heterónomas, y esto a nuestro juicio, aunado a la clasificación de los deberes de acuerdo al bien que los funda, autoriza a la mención de estas otras normas, las religiosas.

Cabe aclarar que, de ninguna manera, se abordará el tema de la religión, ni que, desde luego, se vayan a tratar —los problemas filosóficos de la existencia de Dios, ya que estos tópicos ameritan por sí mismos un estudio particular, y más profundo, que excede a las pretensiones de este trabajo.

Por dicha razón, nos limitaremos a enunciar brevemente las características de estas normas.

(18) Rafael Preciado Hernández, OP. Cit., P.P. 92 y 93.

Heteronomía.- Porque se estima que esta norma nos la impone Dios, la divinidad, el Soberano Bien.

Interioridad.- Ya que, al igual que en las normas morales, lo que importa es la intención, la rectitud en el propósito, independientemente de los resultados.

Unilateralidad.- Dado que sólo se habla de deberes, -- sin que esté facultado nadie para exigir su cumplimiento.

Incoercibilidad.- Porque su observancia requiere de espontaneidad; no se puede hacer cumplir por la fuerza.

5. LAS NORMAS JURIDICAS.

A éstas corresponden las siguientes características:

- Heteronomía;
- Exterioridad;
- Bilateralidad, y
- Coercibilidad.

Heteronomía.- Dichas normas tienen esta característica en razón de que los deberes jurídicos nos son impuestos por el Derecho de manera objetiva, o sea, sin considerar lo que el sujeto obligado piensa en su intimidad. Podemos decir, en otras palabras, que estamos sometidos a la voluntad de un agente externo, a diferencia de lo que observamos que sucede en las normas morales, donde destaca la autonomía de la volun

tad del obligado. "Pero, en cambio, desde un punto de vista valorativo, para el establecimiento de las normas, es decir, desde un ángulo de estimativa política orientadora de la labor legislativa, debemos afirmar que es preciso que el Derecho que se ha de dictar corresponda fundamentalmente a la manera de pensar y de sentir de la inmensa mayoría de las gentes cuya conducta va a normar; es decir, precisa que tenga un apoyo en la opinión general de sus súbditos", (19) — aclarando que la obligatoriedad del Derecho de ninguna manera estará condicionada a la conformidad o inconformidad de aquellos llamados a cumplirlo.

Exterioridad.— A las normas Jurídicas les interesa — fundamentalmente la conducta externa y, secundariamente, — los propósitos o intenciones del sujeto.

Lo anterior, lo afirmamos con base en las siguientes consideraciones: Al Derecho le preocupa organizar adecuadamente la vida en sociedad, buscar la paz social, el bien común. Para estos efectos, habrá de regular, fundamentalmente, la dimensión exterior del comportamiento humano; empero, esto no quiere decir que al Derecho no le importen en lo más mínimo las intenciones, ya que se dan casos en que de alguna manera las califica o las toma en cuenta. Como sucede en tratándose de delitos, cuando se dice que pueden ser-

(19) Luis Recaséns Siches, OP. Cit., Pág. 91.

o no intencionales; o bien, cuando en materia civil se habla de buenas costumbres, buena fé, etc.

De esto podemos concluir en lo que en un principio señalamos, que al Derecho le importa primordialmente la conducta externa, considerando, a veces y de manera secundaria, los propósitos, y con toda intención decimos que de manera secundaria, ya que cuando los califica o los toma en cuenta, lo hace en cuanto a la Proyección social del móvil; es decir, de alguna forma lo exterioriza, atendiendo a su impacto inmediato y directo para la sociedad, sin atribuirle los conceptos de bondad o maldad, como sucede en las normas morales.

Bilateralidad.- Porque en estas normas sí se dan los Juicios imperativo-atributivo. Aquí sucede que frente a un obligado existe un facultado que puede exigirle el hacer o dejar de hacer algo.

Como se puede observar, destacan tres aspectos en la regulación jurídica, a saber: una FACULTAS AGENDI -derecho de hacer algo-, una FACULTAS OMITTENDI -derecho de no hacer algo- y una FACULTAS EXIGENDI -posibilidad de exigir cierta prestación-. Vemos entonces que frente al deber jurídico se da el derecho subjetivo, entendido éste como "la posibilidad de hacer (o de omitir) lícitamente algo". (20)

García Máynez considera que es más adecuado hablar de posibilidad, cuando nos referimos al derecho subjetivo, que de facultad para hacer u omitir algo, ya que estima que el término facultad, además de entenderlo como un derecho, puede significar aptitud, destreza o poder. (21)

Lo dicho en el párrafo precedente coincide con el lenguaje que emplea Luis Recaséns Siches, cuando nos dice al respecto: "En lo jurídico se da una coordinación objetiva del obrar, la cual se traduce en una serie correlativa de posibilidades e imposibilidades de comportamiento entre varios sujetos." (22) "El subrayado es maestro-.

Coercibilidad.- Esta característica es la más destacada, en relación a las diferencias que existen entre estas normas y los demás órdenes reguladores de la conducta humana que hemos visto con anterioridad.

En efecto, la coercibilidad, también llamada coercitividad, coactividad, autorquía, impositividad inexorable o inexorabilidad, es el aspecto más característico del Derecho, ya que para que éste logre sus fines -bien común, justicia y seguridad-, y pueda establecer una convivencia humana respetuosa y justa, requiere que los deberes por él prescritos se observen a todo trance, aceptando, o a veces incluso ordenan

(21) Eduardo García Máynez, OP. Cit., Pág. 17.

(22) Luis Recaséns Siches, OP. Cit., pag. 86

do, el empleo de la fuerza.

Siendo el derecho de castigar el tema que da sostén a este trabajo, y habida cuenta de que ya ubicamos al Derecho en el mundo del deber ser y hemos visto sus diferencias y similitudes con los demás sistemas rectores de la conducta humana, es conveniente pasar al siguiente Capítulo, a efecto de dilucidar el concepto de derecho, que posteriormente nos permita, analizado que sea el término de castigo, precisar nuestra definición de EL DERECHO DE CASTIGAR.

C A P I T U L O I I

CONCEPTO Y DEFINICION DE DERECHO.

1. IMPORTANCIA DEL CONCEPTO. SU DIFERENCIA CON LA DEFINICION

"Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, - como la pregunta '¿Qué es derecho?' . . ." (23) Así, con esta cita textual con que inicia Hart su obra El Concepto de Derecho, hemos decidido, igualmente, dar principio a este Capítulo II, sólo que nuestra intención es distinta al objeto del citado libro, pues éste se propone substanciar tres problemas recurrentes: "¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas? ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y que relación tiene con ella? ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?" (24) En cambio, nosotros pretendemos incursionar en las tendencias interpretativas del derecho; es decir, trataremos algunas corrientes filosófico-jurídicas que se han preocupado por desentrañar el -- problema de la naturaleza del derecho.

De esta manera, y partiendo del dualismo clásico o históricamente más acentuado, hablaremos del derecho natural y del de

(23) H.L.A. Hart, "El Concepto de Derecho", Editora Nacional, - Segunda Edición, México, 1978, Pág. 1.

(24) Ibidem, Pág. 16.

recho positivo, ya que consideramos que son las tendencias - que con más amplitud abordan el problema del concepto de derecho, de tal suerte que, a nuestro juicio, cualesquiera otra corriente del pensamiento jusfilosófico, de una u otra manera, toma notas de esas dos grandes ramas: la del derecho natural y la del derecho positivo.

Cabe aclarar, que se ha preferido tratar en este Capítulo, primordialmente, el concepto de derecho, más que la definición de derecho, toda vez que estimamos que al hablar - de un concepto, vamos ordenando ideas que le van dando forma a nuestro entendimiento; en cambio, cuando establecemos una definición, estamos proponiendo o afirmando una exposición bien delimitada de los caracteres de algo, en este caso, del derecho.

Con esto, no queremos restarle importancia al tema de - la definición de derecho, por el contrario, será una cuestión que también se tratará en este Capítulo, sólo que después de lo relativo al concepto de derecho. En otras palabras, consideramos más apropiado abordar primero el problema del concepto; ya que éste es más comprensivo que una definición, porque ésta nos obliga, por su propia naturaleza, a ser breves; en cambio, el concepto nos va a permitir estudiar con mayor amplitud lo que se ha entendido por Derecho.

De esta suerte, en principio se hará mención al derecho natural, con sus grandes problemas: "¿Qué es el derecho? -- ¿Cuál es el valor (idea) o fin del derecho?"

(25) Manuel Ovilla Mandujano, "Teoría del Derecho", Ed. UNAM, Quinta Edición, México, 1982, Pág. 95.

Posteriormente pasaremos a coentrar aspectos relacionados con el derecho positivo, o mejor dicho, con la posición conocida como positivismo jurídico, donde distinguiremos sus aspectos básicos, a saber: como manera especial de abocarse al estudio del derecho, como concepción específica del derecho y, como ideología sui generis de la justicia. (26)

Con lo anterior, concluiremos el concepto que cada una de las dos corrientes mencionadas tiene del derecho; es decir, veremos como lo conciben, no como lo definen, ya que cabe aclarar que no son, sobre todo el jusnaturalismo, tendencias absolutamente homogéneas, pues los pensadores de una misma línea discrepan a menudo entre sí en varios aspectos; sin embargo, lo que nos permite agrupar a los autores en una u otra posición, son los denominadores comunes que se dan entre sus variadas posturas. Así por ejemplo, en la configuración del derecho natural, a pesar de la disparidad de criterios entre los que siguen esta doctrina, todos ellos coinciden en que al lado o por encima del derecho positivo, existe otro natural, dotado de validez objetiva. (27)

Hemos considerado de gran importancia tratar estas dos grandes corrientes en este Capítulo, ya que nos van a permitir poder llegar a una definición propia del derecho, pues --

(26) Norberto Bobbio, citado por Eduardo García Máynez, "Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Jusnaturalismo", Ed. UNAM, Primera Edición, México, 1968, Pág. 9

(27) Eduardo García Máynez, citado por Lino Rodríguez-Arias - Bustamante, "Ciencia y Filosofía del Derecho", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, Pág. 226.

los conceptos que de él tienen una y otra posturas, nos ofrecen tan variadas como interesantes posiciones, que por siglos han establecido "una ardorosa lucha de armas e instituciones y una --- fría guerra de nervios . . . El objetivo es la conquista de la --- palabra 'derecho'" (28)

Cabe agregar a lo anterior, que a nuestro entender, la lucha entre ambas tendencias interpretativas del derecho no se limita a la conquista de la palabra Derecho, sino también, y con especial vehemencia, a dar una respuesta a la pregunta clave de nuestra materia: ¿Porqué obedecemos al Derecho? En este intento por dar satisfacción al presente cuestionamiento, se tratará de ir encuadrando un propio punto de vista, e ir así dándole cabida a nuestro tema fundamental, el derecho de castigar, pero, como es obvio, antes de hablar de un derecho especial, debemos tener lo más claro posible el concepto de derecho y pretender, posteriormente, establecer incluso una definición.

Nos explica Hart, (29) que la definición, como la palabra lo sugiere, es primariamente una cuestión de trazar límites o discriminar entre un tipo de cosa y otro, que el lenguaje distingue mediante una palabra separada, y que, agrega, obviamente una definición que nos dice que algo es miembro de una familia, lo --- cual no puede sernos de ayuda si sólo tenemos ideas vagas y confusas sobre el carácter de la familia.

(28) Helen Silving, "Derecho Positivo y Derecho Natural", EUDEBA, Buenos Aires, 1966, Pág. 34.

(29) H.L.A. Hart, Op. Cit., p.p. 16 y s.s.

En efecto, para poder definir al Derecho, necesitamos delimitar su materia y saber a cuál "familia" pertenece. Modestamente se ha intentado hasta aquí, pues como se recordará empezamos por hablar de los cuatro grandes órdenes reguladores de la conducta humana, que para el caso, vendría siendo la "Familia" a la que pertenece el Derecho, y después diferenciamos a las normas jurídicas de las otras reglas o normas con quienes, de alguna manera integran esa "familia".

En conclusión, primero veremos tendencias filosófico-jurídicas de interpretación del Derecho, precisaremos cómo lo conciben; luego, cómo lo han definido algunos autores y, finalmente, se verá una definición propia.

2. CORRIENTE IUSNATURALISTA.

2.a) Su relación con la Filosofía del Derecho.

Como se recordará, la Filosofía del Derecho tiene varios — grandes apartados, a saber: el correspondiente al concepto de de recho, el relacionado con los conceptos jurídicos fundamentales, mismos que podríamos agrupar bajo el rubro de "Teoría general — del Derecho", y el que se refiere al Derecho Natural. Es decir, — entre la Filosofía del Derecho y el Derecho Natural, existe: una relación de género a especie, correspondiendo lo primero a la — Filosofía Jurídica y lo segundo al Iusnaturalismo.

Siendo entonces el Iusnaturalismo una disciplina filosófica, tendremos que concluir que el protagonista principal de esta actitud ante el problema de lo jurídico, es el filósofo del dere-

cho, quien, por así decirlo, tratará de encontrar la superioridad de sus teorías frente al jurista dormático, el cual habrá de representar al positivismo Jurídico.

Reiteramos el carácter filosófico de esta corriente, al decir que la misma pretende explicar qué es el derecho, en atención a los valores que protege o a los fines que persigue, y - observaremos más adelante, en un sentido contrario, la postura aestimativa del Iuspositivismo.

Cabe aclarar de una vez en este inciso que, como quedó -- mencionado con anterioridad, esta corriente no es uniforme; es decir, no todos los que la integran entienden al Derecho Natural exactamente igual, pues hay quienes encuentran su origen - en Dios, otros en la naturaleza, o bien en la razón, etc. Empero, nosotros no vamos a tratar de dilucidar quién asume la actitud más correcta ante el Derecho Natural, puesto que esto ya de suyo constituiría un problema propio y distinto al fin de esta investigación. Por lo tanto, bástenos saber que entendémos por doctrinas Iusnaturalistas a aquellas que afirman la existencia del Derecho Natural al lado o por encima del Derecho Positivo.

2.b) Antecedentes históricos.

Desde las leyes de Hammurabi, se consideraba al Derecho como algo que estaba por encima del rey. "Los egipcios, se referían a la Justicia y al Derecho como orden objetivo establecido por la divinidad. Los griegos también tenían este concepto.

Así nos lo revelan las palabras de Antígona: 'Por encima de tu decreto, la ley eterna de los dioses me autoriza a enterrar a mi hermano' . . . Esta virgen, protesta contra la ley escrita y se vanagloria de proceder de modo distinto que sus conciudadanos. Ella nos señala la pauta de cómo cada uno de nosotros podemos invocar leyes no escritas, imperecederas, emanadas de los dioses." (30)

Hay quienes afirman que fue Aristóteles a quien se le debe la primera formulación y denominación exacta del Derecho Natural, ya que en su Ética a Nicómaco, nos habla de un Derecho Natural de carácter universal y no escrito, distinguiendo un Derecho inmutable, formado por la razón común, y un Derecho positivo circunstancial.

Cicerón, jurista y filósofo romano, también trató el tema del Derecho natural, y afirmaba la existencia de una ley no escrita, sino nacida con nuestra naturaleza. (31)

Otro destacado teórico del Iusnaturalismo es Agustín de Hipona, quien entendió al Derecho Natural como el dictado por la recta razón.

Tomás de Aquino afirmaba la existencia de tres órdenes jurídicos escalonados: Derecho Divino, basado en la voluntad de Dios revelada a los hombres, Derecho Natural, fundado por la razón, y la ley humana, que se propone el bien común. (32)

(30) Lino Rodríguez-Arias Bustamante, Op. Cit., p.p. 229 y 230

(31) Cfr. Ibidem, p.p. 231 y 232.

(32) Cfr. Manuel Ovilla Mandujano, Op. Cit., pág. 102.

Y así, al través de los siglos, se han venido destacando - diversos teóricos del Iusnaturalismo, como Hugo Grocio, jurista holandés, que inició la laicización del derecho natural; Samuel Freiherr Puffendorf, jurista alemán, quien afirmaba la existencia de un derecho natural establecido por la razón; Emanuel Kant, filósofo alemán, que estudió los principios metafísicos del derecho, etc. (33)

Por otra parte, cabe hacer mención de la bifurcación que esta corriente experimentó con motivo de su racionalización, pues por un lado se observa la tendencia católica, con directrices - escolásticas, que admite el dualismo jurídico: Derecho natural y Derecho Positivo, subordinando el segundo al primero; y la concepción racionalista, que desconoce toda influencia divina en - el campo del derecho, exaltando a la razón; por lo tanto, se -- pronuncia por el monismo jurídico: no hay más derecho que el Derecho Natural. Así se lleva a cabo la laicización del Derecho-Natural apoyándolo sólo en la razón humana.

Esto nos pone de manifiesto aquello que mencionamos con anterioridad, respecto a la heterogeneidad de criterios que se dan dentro de esta misma corriente, que, sin embargo, como ya tam-bién se afirmó, coinciden en lo substancial: la existencia del Derecho Natural.

(33) Cfr. Manuel Ovilla Mandujano, Op. Cit. p.p. 103 y 104.

2.c) Caracteres

Para Lino Rodríguez-Arias Bustamante (34), catedrático venezolano, "El Derecho natural, son las normas que conocidas y derivadas por modo natural, tienden a la realización de lo justo. El cual, por afectar a todos los hombres y tiempos, presenta los caracteres de universal, inmutable e intemporal".

Es universal, nos dice, porque es uno mismo en todos los hombres y en todas las partes, aunque añade, que esta nota sólo se extiende a los primeros principios del derecho natural, por ser los más evidentes.

La inmutabilidad, agrega, se refiere a su cualidad de Derecho necesario, en cuya creación no interviene la voluntad humana, aclarando que, igualmente, esta característica sólo se extiende a los primeros principios.

También señala que estos caracteres se refieren tan sólo a los primeros principios, porque debe haber "flexibilidad del Derecho natural en atención a las condiciones particulares en que se hallan los hombres, o en consideración a las especiales causas que hacen que los actos humanos sean valorados habida cuenta de las circunstancias en que ocurren".

Añade, "Por último, el Derecho natural puede también denominarse Derecho racional, en cuanto la razón llega a conocer sus postulados y a derivar de ellos los principios normativos-

(34) Lino Rodríguez-Arias Bustamante, Op. Cit, o.p. 254 y S.S.

que regirán después en la sociedad bajo la forma de Derecho o leyes positivas, pero eso sí, debe dejarse constancia, que la razón aquí no cumple una función creadora, porque dichos principios naturales están impregnados en el corazón humano por la ley moral natural".

Igualmente, José Corts Grau afirma que "el Derecho natural no puede menos de ser uno, universal e inmutable ...", pero que "ello no implica rigidez, sino un núcleo de principios inmutables, que se diversifican en sus determinaciones históricas" (35)

Se observa que estos dos últimos autores citados, coinciden con la tesis de Georges Renard, quien concibe un Derecho natural de contenido progresivo, afirmando que el Derecho natural es inmutable en sus normas primordiales, pero progresivo por su adaptabilidad a las contingencias históricas. Así que, el Derecho natural no es un sistema cerrado, sino que se está perfeccionando a la manera de una idea que se realiza;— y así, desarrollando el contenido de sus principios, va asimilando los ambientes históricos y los engrana en el orden universal; además, como sus normas constituyen una orientación para el jurista, esto motiva que se implique y comparen—tre con el Derecho positivo. En conclusión: "El Derecho natural justifica y orienta el Derecho positivo, es su fundamento y su brújula: el Derecho positivo desarrolla las posibilidades históricas del Derecho natural". (36)

(35) José Corts Grau, "Curso de Derecho Natural", Editora Nacional, Tercera Edición, Madrid, 1964, pág. 251.

(36) Ibidem, p.p. 252 y 253.

2.d) Objeciones.

Hans Kelsen critica a la corriente Iusnaturalista, mediante los siguientes tres argumentos: (37)

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural.

Para este autor, la primera objeción que se le puede hacer a la doctrina del derecho natural es que no distingue entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo; es decir, no diferencian las leyes naturales, donde se aplica el principio de causalidad, de las leyes normativas, que se fundan en el de imputación. Y agrega que al confundir lo que es con lo que debe ser, se cae en un animismo primitivo, que considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural.

Entre otras, nos menciona que los partidarios del derecho natural tienen especial preocupación por demostrar que es indig pensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. También se supone que si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, se tendría -- que admitir que el hombre es fundamentalmente bueno; sin embargo, para sostener la necesidad de la existencia de un orden -- coactivo instrumentado en el derecho positivo, invocan la per-- versidad del hombre, luego entonces, no deducen el derecho natu

(37) Cfr. Hans Kelsen, "Teoría Pura del Derecho", EUDEBA, Tercera Edición, Buenos Aires, 1963, p.p. 101 y S.S.

ral de la verdadera naturaleza humana, sino de una naturaleza-ideal del hombre. Otra contradicción se da con el tema de la-justicia, la que, según la mayoría de los partidarios del derecho natural, consiste en dar a cada uno lo debido, mas como no especifican qué es lo debido, necesariamente hay que irse al -derecho positivo, para ver que nos dice al respecto; de esta -suerte, el concepto de justicia para el derecho natural se su-pedita a lo que establezca el derecho positivo.

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural.

Estima que estos resultados se deben a que no hay una doc-trina del derecho natural, sino varias doctrinas que postulan-puntos de vista diferentes y aun contradictorios, y esto, sumado al error en el método, pues como se dijo al principio con-funden el mundo del ser con el del deber ser, concluye en re-sultados contradictorios. Así, unos defienden la democracia como forma natural de gobierno, otros se inclinan por la autocracia, porque consideran a la democracia contraria a la naturaleza, etc.

En conclusión, estima que esta corriente carece de interés científico y que sólo puede ser de utilidad en el dominio de -la política, para esgrimir criterios intelectuales que defien-dan determinados intereses.

Después de las objeciones Kelsenianas a esta corriente, pu-diera pensarse que no tiene caso seguir hablando del Derecho -natural; empero, todo es cuestión de criterios, ya que a las-

críticas de Kelsen se podrían oponer otros argumentos a favor del Derecho natural. Así por ejemplo, José Cortés Grau nos dice: "Al considerar la naturaleza humana como base de la ley natural, no la elevamos a norma de lo justo y de lo injusto, ni involucramos la norma y la naturaleza, sino que vemos en ésta la realidad que la ley debe tener en cuenta ..." y agrega, -- "no entendemos aquí . . . por natural todo cuanto pueda dictar le al hombre la espontaneidad de sus impulsos: la naturaleza humana es fundamentalmente racionalidad y libertad traspasando todas las fuerzas inferiores. Ni menos aún cabe contraponer - natural a racional, o pensar que sea natural tan sólo aquello que acompaña al hombre desde que nace, sino que lo es todo --- cuanto puede derivar de sus facultades . . . lo natural en el hombre no es lo primitivo ni lo rudimentario, sino lo progresivo; es decir, aquellas vías por donde logra su cumplido desenvolvimiento." Y luego, citando a Renard, nos recuerda que al Derecho natural no hay que buscarlo en los pueblos primitivos, sino "allí donde la cultura vaya dando sus mejores frutos".(38)

Por otra parte, también podemos ver que si para Kelsen el Derecho natural sólo es útil para el dominio de la política, - para Lino Rodríguez-Arias Bustamante es algo más que eso, para él es: "la defensa mejor construída y más legítima que se pugne de levantar frente al poder omnívoto del Estado". (39)

(38) José Cortés Grau, Op. Cit., p.p. 249 y 254

(39) Lino Rodríguez-Arias Bustamante, Op. Cit., pág. 226.

Podemos concluir, que a pesar de los criterios en contra, la doctrina del Derecho natural ha influido enormemente en el progreso del estudio del Derecho, como lo veremos a continuación:

2.e) Su influencia en el estudio del Derecho.

Es innegable que para defender o atacar al Derecho natural, se requiere ahondar en el estudio de muchos tópicos: realzar consideraciones filosóficas, históricas, sociológicas, biológicas y, desde luego, jurídicas, amén de otras más, para poder esgrimir juicios calificados, mismos que al final de — cuantas proyectarán más claridad sobre el concepto de Derecho y mejor determinación a sus principios generales; luego, el Derecho natural es muy importante para el estudio y progreso del propio Derecho positivo.

Recordemos que somos seres con razón, y que nos es legítimo y necesario preguntarnos el por qué de las cosas, en este caso, el por qué de las leyes y de las instituciones sociales.

En consecuencia, afirmamos que es menester el estudio, la difusión y la vivencia del Derecho natural para dar unidad, coherencia y facticidad al Derecho positivo; sobre todo si — pensamos que la Filosofía del Derecho nos sirve no sólo para interpretar la ley escrita, sino también para ir formando y demandando, si fuera el caso, la creación o abrogación de — otras leyes. (40)

(40) Cfr. Enrique Ahrens, "Curso de Derecho Natural",
Librería de A. Bouret e Hijo, Cuarta Edición, México, --
1876, p.p. 93 y S.S.

3. CORRIENTE IUSPOSITIVISTA.

3.a) Positivismo Filosófico.

Antes de abordar propiamente el tema del Positivismo Jurídico, creemos conveniente hacer aunque sea una brevísima mención al género al que pertenece esta corriente, nos referimos al Positivismo Filosófico, mismo que podemos circunscribir a dos palabras: reacción antimetafísica.

Efectivamente, la nota mas relevante del Positivismo Filosófico la constituye la reacción antimetafísica, destacando al respecto la tendencia empirista, que afirma la supremacía de la experiencia sensible frente a la razón.

Un empirista, John Locke, consideraba que el alma era como una hoja de papel en blanco, vacía, que después iba llenándose de experiencia, ya fuera interna o externa, atribuyéndole a la razón un carácter concertador de los datos experimentales.

Más adelante, otro empirista, J. Stuart Mill, extrema su posición al afirmar que inclusive están pendientes de la experiencia las verdades matemáticas y los principios de la lógica, ya que al cabo son verdades y principios que se han generalizado gracias a los datos obtenidos empíricamente.

En el siglo XIX, ante los excesos del idealismo, se desarrolla una fuerte corriente positivista, con arrogancia progresista, que va a desechar a la metafísica, negándole valor científico y tratando de darle una explicación materialista a cual

quier proceso humano. (41)

Dentro de estas condiciones surge una figura clave para el positivismo: Augusto Comte, del cual hablaremos en el siguiente inciso.

3.b) Breve historia.

Esta posición filosófica surge, fundamentalmente, para --- constituir un freno a las grandes corrientes idealistas, del pensamiento alemán sobre todo; pues como se recordará casi toda la filosofía alemana del siglo XVIII es idealista, Fichte, Shelling, Hegel, etc.

Contra dicho idealismo se levanta la figura de Augusto Comte, pensador francés, nacido en Montpellier, en 1798, y fallecido en París, en 1857.

Comte es considerado el fundador de la doctrina denominada Positivismo, que es una doctrina filosófica que revolucionó la actitud especulativa que le precedió, y que consiste, básicamente, en dos principios fundamentales, sobre los cuales se ad quiere y funda todo conocimiento, a saber:

-Todo conocimiento se debe basar en la experiencia. La epistemología, la Teoría del conocimiento positivista, viene a ser una filosofía de la experiencia.

-Los conocimientos deben tener un sentido práctico, no se debe saber únicamente por saber. 'Saber para prever, y prever para actuar'.

(41) Cfr. José Cortés Grau, Op. Cit. p.p. 93 y s.s.

En conclusión, la Escuela Positivista surge en un ambiente ideológico y una circunstancia histórica, que se caracteriza - por tres temas que despertaban pasión: la Naturaleza, la Razón y el Progreso. (42)

3.c) Caracterización.

En este inciso, con el objeto de poder caracterizar la posición denominada positivismo jurídico, nos basaremos en la Tésis de Norberto Bobbio, que nos explica los diferentes aspectos de esta postura. (43)

Para este autor, en la presentación histórica del positivismo jurídico hay que distinguir tres enfoques:

I. El positivismo jurídico como una manera de estudiar al derecho.

II. El positivismo jurídico constituye una concepción específica del derecho.

III. El positivismo jurídico conforma una ideología sui generis de la justicia.

Desglosemos ahora cada uno de estos enfoques:

I. Nos dice que si lo vemos como una manera de abocarse al estudio del derecho, observaremos que el 'positivista' adopta una actitud aestimativa y sin consideraciones de tipo teleoló-

(42) Cfr. Alberto F. Senior, "Sociología," Méndez Oteo Editor, - Sexta Edición, México, 1977, p.p. 109 y s.s.

(43) Norberto Bobbio, citado por Eduardo García Máynez, Op. -- Cit., p.p. 9 y s.s.

gico; de ahí que, calificará de jurídicos a todos aquellos preceptos que hayan sido creados por órganos competentes, en la forma legalmente prescrita, sin preocuparse por los ideales de justicia que pudieran o no contener. Añade que esto no significa que para el positivista no exista un derecho ideal, basado en la naturaleza o en la razón, sino que simplemente niega que sea 'derecho' en el mismo sentido que el positivo.

II. En cuanto a la concepción específica del derecho, para Bobbio se trata de una concepción doctrinal que une el derecho a la formación de un poder soberano, facultado para establecer y aplicar sanciones: El Estado.

III. Finalmente, Bobbio considera que el tercer aspecto es de naturaleza ideológica; es decir, el positivismo jurídico atribuye al derecho que es, por el sólo hecho de ser, un valor positivo, sosteniendo que: 1) por el sólo hecho de su positividad, al emanar de una voluntad soberana, es justo, y 2) por su misma existencia sirve para la realización de varios fines socialmente valiosos (orden, paz, seguridad, etc.)

3.d) Objeciones.

Para José Corts Grau (44), el denominador común que se da en todo positivismo jurídico es la negación del Derecho Natural, ya que algunos lo consideran un acto de fé, otros consideran que lo normativo nada tiene que ver con la naturaleza, y aunque algunos más le reconocen carácter norma--

(44) José Corts Grau, *Cn. Cit.*, p.p. 101 y s.s.

tivo, estiman que esa normatividad se encuentra sólo en el campo de la moral, etc.

Luego afirma Corts Grau que el problema mayor se les presenta a los positivistas en el momento en que tratan de fundamentar la fuerza obligatoria del Derecho.

A este respecto, se recordará que páginas atrás decíamos que la pregunta clave en ambas corrientes: la Natural y la Positiva, consistía en saber por qué obedecemos al derecho.-- En este sentido Corts Grau continúa diciendo que hay verdades metafísicas que inciden sobre los hombres con imponente-gravedad: el deber, la culpa, la expiación, la responsabilidad, "el hecho de que hayamos de someter nuestra persona a otras personas, queramos o no . . . ; todo esto constituye -- nuestro verdadero mundo, y hay que explicarlo", y agrega -- que el positivismo soslaya una explicación, o bien la da de manera arbitraria, pues no basta decir, como a menudo afirman, que "la norma obliga porque es la voluntad del Estado, o el resultado de un pacto, o la expresión de la voluntad del pueblo, o por el simple reconocimiento psicológico de -- los llamados a cumplirla, o porque reporta una utilidad, es-desviar la cuestión. Hay que comenzar por demostrar tales -- supuestos y su trascendencia jurídica".

En efecto, aquí radica la necesidad del Derecho natural, puesto que cabría preguntarse que sin él, en dónde nos basaríamos para pedir la creación, la rectificación o la mejora de una ley; con base en qué principios criticaríamos a un -- sistema que, aunque fundado en su legislación positiva, fue-se injusto.

Con esto no queremos pronunciarnos por un Iusnaturalismo absoluto, por el contrario, en nuestra posición personal nos inclinamos por la coexistencia de ambas corrientes, pues tan importante es la justicia como la seguridad, sobre todo en nuestro tema del Derecho de Castigar.

4. POSTURAS ECLECTICAS.

4.a) Helen Silving. Derecho Positivo y Derecho Natural.

Esta autora estima que el conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo se da en tres planos: 1) en el teórico, 2) en el ético-ideológico y 3) en el práctico-político; pero que no obstante esto, es evidente que existan entre ambos una estrecha relación, puesto que con frecuencia y de manera más o menos consciente, el derecho natural se presenta como positivo, en tanto que el derecho positivo afirma ser derecho natural o justo. (45)

Así también, agrega, vemos como el derecho natural al incorporarse al positivo se desnaturaliza, y el derecho positivo, al establecerse con firmeza, se transforma en una parte de la ideología social, de manera que se torna evidente o natural. (46)

Además, la actitud del hombre hacia ambos derechos es ambivalente, puesto que si el derecho natural proporciona la ilusión de un criterio sustantivo 'estable', así el derecho positivo brinda la de un criterio procesalmente 'fijo' -- que da seguridad. Esta ambivalencia precisamente servirá pa

(45) Cfr. Helen Silving, Op. Cit. p.p. 9 y 38

(46) Ibidem, pág. 48

ra promover cierto equilibrio en el control de los sistemas jurídicos.(47)

También afirma, que desde el punto de vista axiológico, hay supremacía del derecho natural, y que esto se debe a -- que el Iusnaturalismo se propone definir al derecho aprehendiendo la esencia del derecho mismo como entidad metafísica; y que en cambio los Iuspositivistas pretenden definir al derecho al través de una descripción puramente científica; y así, en cuanto que el positivista permanece dentro del perímetro de una ciencia del derecho, no podrá resolver el -- problema de la existencia del derecho, no podrá proporcionar respuestas a los problemas valorativos fundamentales, o sea, la actitud positivista es necesariamente un enfoque limitado. (48)

A pesar de lo anterior, no se le puede negar importancia al derecho positivo, pues recordemos su trascendencia -- en el campo de la seguridad jurídica. Más bien debemos aceptar la necesidad que tienen el uno del otro, pues no podríamos aceptar el alto grado de discrecionalidad que traería consigo la aplicación única del derecho natural, y también es inconcebible que pudiera funcionar un sistema jurídico -- sin recurrir al derecho natural, pues éste cuenta con normas potenciales de donde el derecho positivo puede tomar -- sus disposiciones futuras.

(47) Helen Silving, Op., Cit. p.p. 52 y s.s.

(48) Ibidem, p.p. 82, 83 y 100.

Finalmente, Helen Silving concluye su obra Derecho Positivo y Derecho natural de la siguiente manera: "He intentado mostrar que la relación entre el derecho positivo y el derecho natural no es una relación de exclusión ('o derecho positivo o - derecho natural'), sino más bien una relación de 'más derecho-positivo y menos derecho natural' o viceversa. Por muy positivista que sea su concepción inicial, el derecho positivo no -- puede permanecer autosuficiente. Debe extraer su vitalidad de los hechos que pretende calificar y de los seres humanos a -- quienes acuerda personalidad jurídica. Su aplicación tiene que depender, en último grado, del lenguaje, y enfrentar las ase-- chanzas de su desarrollo y cambio varios. Ningún sistema positivista puede excluir el derecho natural que proviene de sus - hechos únicos, de sus sujetos humanos y de su lenguaje. Tampoco puede excluir el derecho natural de la teoría Jurídica, por que aun la teoría jurídica positivista puede convertirse en su derecho natural. La plenitud del sistema jurídico, en particular el principio nulla poena sine lege, es un ideal válido, pero nunca puede ser completamente satisfecho. Por otra parte, - el derecho natural que significa algo más que ética presupone la existencia de un sistema jurídico positivo.

La coexistencia del derecho positivo y del derecho natural es intrínseca al derecho." (49)

(49) Helen Silving, Op. Cit. Pag. 116.

4.b) Eduardo García Máynez. Teoría de los tres Círculos.

En esta teoría que hemos considerado también ecléctica, - por sostener no sólo la existencia del derecho natural y del derecho positivo, sino, lo que es más, la unidad de ambos, se agrega otra característica que le da particularidad a este en foque, nos referimos al concepto de eficacia; es decir, para este autor no se pueden concebir dos órdenes jurídicos diversos, el natural y el positivo, pues se atentaría contra el -- principio de unidad del fundamento de validez, lo que conllevaría necesariamente a incurrir en contradicciones; e introduce el concepto de eficacia en virtud de que para la elaboración de su teoría parte de la existencia de las tres grandes-corrientes doctrinales representativas del pensamiento contemporáneo acerca del concepto del derecho, a saber: el Positivismo Jurídico, el Iusnaturalismo y el Realismo Sociológico--Jurídico, tomando de éste último la noción de eficacia.

Ahora veamos como explica García Máynez su teoría.

Empieza por afirmar que las notas de validez extrínseca - (en sentido Jurídico-Positivo) y validez intrínseca (en sentido sociológico-material), ni se incluyen ni se excluyen entre sí necesariamente, o sea, pueden o no coincidir en una norma- o pluralidad de preceptos. Luego, ya que han quedado claros- los conceptos de validez desde ambos puntos de vista, el posi- tivo y el natural, incursiona sobre las relaciones que se pu- den dar entre los conceptos de validez y la noción de efica- cia, y principia por definirnos lo que se debe entender por - eficaz.

"Declarar que un precepto de derecho es eficaz significa que es cumplido por sus destinatarios o - a falta de cumplimiento espontáneo - aplicado o impuesto por órganos del poder público. Sostener que todo un sistema tiene eficacia -- significa, en cambio, que las prescripciones que lo constituyen son normalmente obedecidas o aplicadas." (50)

Luego agrega, que las leyes válidas formalmente pueden -- no ser eficaces; y, a la inversa, la costumbre eficaz, no -- siempre es reconocida como derecho por el Estado.

Si a lo anterior le sumamos el hecho de que los conceptos de validez intrínseca y eficacia tampoco se implican mutuamente, puesto que puede haber normas jurídicas justas que no se cumplan ni se apliquen, y en cambio existan costumbres eficaces, que no sean necesariamente justas. Podemos concluir que estamos ante tres conceptos distintos de derecho: el de los iuspositivistas, el de los iusnaturalistas y el de los iusrealistas sociológicos: es decir, lo que dice el jurista-dogmático, lo que afirma el filósofo de la justicia y lo que sostiene el sociólogo jurista. He aquí el problema de la definición del derecho: las realidades heterogéneas de -- que parten las diversas doctrinas.

Posteriormente, García Máynez nos explica como se pueden combinar entre sí los tres conceptos aludidos, no sin antes-

(50) Eduardo García Máynez, Op. Cit. Pág. 163

definirlos de la siguiente manera:

"a) Derecho vigente, en sentido jurídico-positivo, es el sistema de reglas bilaterales de conducta que en determinado momento y lugar la autoridad política considera - de acuerdo con los criterios establecidos por la norma básica - jurídica mente obligatorios.

b) Derecho intrínsecamente válido, en sentido axiológico material, es la regulación bilateral justa de la vida de una comunidad en un momento dado.

c) Derecho eficaz, o socialmente válido, es el conjunto de reglas bilaterales que efectivamente rigen a una comunidad en tal o cual momento de su historia." (51)

Después nos dice que si entrelazamos tres círculos, a la izquierda superior el correspondiente al derecho vigente, a la derecha superior el relativo al derecho intrínsecamente válido y otro inferior y central perteneciente al derecho eficaz, ten dremos siete posibilidades diferentes, a saber: "1) la de nor mas extrínsecamente válidas que carecen de valor intrínseco y de eficacia; 2) la de preceptos vigentes e intrínsecamente jug tos, mas no eficaces; 3) la de normas o principios intrínseca mente válidos, pero desprovistos de vigencia y de efectividad; 4) la de preceptos vigentes y eficaces, pero injustos; 5) la de normas en las que concurren los tres atributos, el de la - vigencia, el de la validez intrínseca y el de la eficacia; 6) la de normas o principios intrínsecamente valiosos, dotados de eficacia, pero no reconocidos por el poder público; 7) la - de reglas consuetudinarias, necesariamente eficaces, pero- (51) Eduardo García Máynez, *Op. Cit.*, p. n. 167 y 168.

sin validez formal ni valor objetivo." (52)

Después nos dice, que de acuerdo al Iuspositivismo las únicas normas válidas son las contenidas en los números 1, 2, 4 y 5 mencionados, por proceder de las fuentes formales de creación jurídica.

Para los iusnaturalistas, sólo se puede atribuir el carácter de jurídicos a los preceptos comprendidos en los números 2, 3, 5 y 6 que hemos dicho, ya que son los que corresponden a la justicia, que es de la esencia del derecho.

Se puede concluir entonces, y así lo hacemos a título personal, que para el Realismo Sociológico sólo se les puede aplicar el calificativo de jurídicos a las normas contenidas en los números 4, 5, 6 y 7, que son las dotadas de eficacia.

Luego García Máynez nos pone de manifiesto su adhesión con Arthur Kaufmann, al decir que la Teoría de éste es la más cierta desde el punto de vista filosófico, ya que para Kaufmann la estructura ontológica del derecho se basa en la concurrencia de las notas de positividad, iusnaturalidad y eficacia. De acuerdo a esto, sólo serán normas jurídicas aquellas que sean a la vez, vigentes, intrínsecamente válidas y eficaces, o sea, las mencionadas en el número 5 de las explicaciones que anteceden.

Sin embargo, apunta García Máynez, ese sector comprendido en el número 5 representa el ideal de realización de la justi-

(52) Eduardo García Máynez, Op. Cit., Pág. 169.

cia en una sociedad determinada. Así tendríamos que esto sería "derecho" tanto para el jurista dogmático, como para el filósofo del derecho, como para el sociólogo jurista. Mas como ya se dijo, no hay que olvidar que esto es más un ideal o aspiración que una realidad; de aquí que el problema de la definición del derecho no pueda resolverse con pura teoría, pues la inevitable disparidad de criterios sobre los fines del derecho y del Estado, así como los distintos pareceres acerca de la importancia y contenido de los valores jurídicos, hacen remota la posibilidad de coincidencia de los atributos de validez intrínseca, validez extrínseca y efectividad. Pero que, en cambio, si es posible resolver esta definición en el campo de la práctica, "cumpliendo la voluntad recta, el espíritu de justicia y la clara intuición de otros valores, instituyen un orden que, además de ser, a un tiempo, extrínseca e intrínsecamente válido, tanto para los órganos estatales como para los destinatarios de las normas vigentes, tiene el atributo de la eficacia." (53)

Concluye García Máynez afirmando que la idea del derecho, de alguna manera, es común tanto para el iuspositivista como para el iusnaturalista, ya que ambos coinciden en que el derecho debe realizar determinados valores, pero que lo que sucede es que se presenta un desarrollo dialéctico al respecto; o sea, se parte de una base del derecho natural, la idea de la justicia; luego,-

(53) Eduardo García Máynez, Op. Cit., pág. 171.

se procura el establecimiento de un orden sobre dicha base, se constituye el derecho positivo. Así la Justicia le da paso a la legalidad, pero ésta última no debe discrepar de la primera, pues si llegase a haber contraposición, se daría el proceso dialéctico de pretender la coincidencia de los criterios formal y material, y de nuevo la justicia tenderá hacia otra organización positiva, e igualmente, quienes defendían a la justicia pasan a ser defensores de la legalidad, una vez establecido el orden positivo, y así sucesivamente. (54)

En conclusión, debe procurarse el equilibrio entre los dictados de la justicia y el Derecho Positivo, y así tendremos un orden que además de justo y vigente sea eficaz.

5. DEFINICIONES DE DIVERSOS AUTORES.

Como producto de las diversas ideologías y doctrinas que se han dado acerca de la concepción del derecho, han surgido diferentes definiciones de derecho, que pretenden concretar las ideas que sobre de él han tenido los distintos autores. Así tenemos, por ejemplo, a los siguientes:

Eduardo García Máynez.- Lo entiende "como un conjunto de normas externas, heterónomas, bilaterales, coercibles, que realizan o pretenden la realización de la justicia u otro valor social -- (como la equidad, el bien común o la seguridad), surgidas de la voluntad de los hombres para la satisfacción de sus necesidades-

(54) Cfr. Eduardo García Máynez, Op., Cit., p.p. 173 y s.s.

Y que los motiva a través de castigos o recompensas." (55)
Establece su definición basándose en las características -
de la norma Jurídica.

Alfred Verdross.- 'El derecho es el conjunto de condi-
ciones bajo las cuales, la voluntad de cada uno puede armo-
nizar con la voluntad de los demás, según una ley univer-
sal de la libertad'. (56) Su definición pretende justifi-
car al régimen capitalista.

Jorge del Vecchio.- El derecho 'es la coordinación ob-
jetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, se-
gún un principio ético que los determina excluyendo todo -
impedimento'. (57) Igualmente, es una definición que de-
fiende al capitalismo.

Angel Latorre.- "El Derecho es un conjunto de fenóme-
nos sociales entre los que existen unos elementos comunes:
El tratarse de Normas de conducta obligatorias de una comu-
nidad y respaldadas por un mecanismo de coerción socialmen-
te organizado". (58) Su definición acusa matices de Ius-
realismo Sociológico.

P. I. Stucka.- Este autor nos dice que 'Nuestra defi-
nición del derecho consiste en lo siguiente: en primer lu

(55) Eduardo García Máynez, citado por Manuel Ovilla Mandu-
jano, Cp. Cit., pág. 15

(56) Alfred Verdross, citado en Ibidem, pág. 16

(57) Jorge del Vecchio, citado en Ibidem, pág. 16

(58) Angel Latorre, citado en Ibidem, p.p. 17 y 18

gar, el derecho es un-sistema u ordenamiento de relaciones sociales- : en segundo lugar, el elemento determinante de este sistema u ordenamiento de las relaciones sociales es actuado en forma organizada, es decir, es sancionado y tutelado frente a las violaciones por la organización de clase dominante, o sea, por el Estado'. (59) Aquí se aplica un enfoque eminentemente marxista.

Lino Rodríguez -Arias Bustamante.- Entiende que el Derecho positivo es: 'El conjunto de normas sociales debidamente promulgadas y potencialmente coactivas que, significando el orden justo, imperativo y sensible, por adaptación del Derecho Natural a las contingencias históricas de la comunidad social, tienden a regir la vida de ésta y de las instituciones, procurando el bien común y la perfección ético-social del hombre'. (60) Se advierte que estimaría necesaria la coexistencia de los derechos natural y positivo.

Helen Silvina.- Define al derecho positivo como "el derecho que se halla dotado de una maquinaria específica de aplicación, y que es de hecho obedecido y aplicado". (61) Establece esta definición con el objeto de deslindarlo del derecho natural.

(59) P.I. Stucka, citado por Manuel Ovilla Mandujano, Op. Cit., pág. 29.

(60) Lino Rodríguez -Arias Bustamante, Op. Cit. Pág. 360.

(61) Helen Silvina., Op. Cit., pág. 33

Louis Le Fur.- Al tratar el tema del Fin del Derecho, entiende Le Fur que el derecho constituye un elemento espiritual de toda civilización, y que es necesaria su presencia en todas las sociedades que el hombre forma por su propia naturaleza, dado que no puede vivir ni desarrollarse solo. (62)

Luis Recaséns Siches.- "El derecho es una obra humana con forma de normatividad impositiva inexorable, para satisfacer unas necesidades sociales, de acuerdo con las exigencias de unos valores, y que obtiene eficacia en la realidad colectiva". (63) En esta definición se observa la tridimensionalidad del derecho: como hecho, como norma y como valor.

6. DEFINICION PROPIA.

Con todos los elementos que hasta ahora nos ofrece esta investigación, podemos establecer nuestra propia definición de Derecho, al siguiente tenor: El Derecho es un conjunto de leyes sociales, heterónomas, exteriores, bilaterales y coercibles, que se enmarcan en el mundo del deber ser como un orden regulador de la conducta humana, y que, informado por los principios del derecho natural e instrumentado por las maneras del derecho positivo, conforma una unidad de normas, hechos y valores, que aspira a la realización de estos últimos en un régimen eficaz que logre el establecimiento de la justicia, la seguridad y el bien común.

(62) Cfr. Le Fur y otros, "Los fines del Derecho", UNAM, - Primera Reimpresión, México, 1981, pág. 15

(63) Luis Recaséns Siches, Op. Cit., pág. 45.

CAPITULO III

EL DERECHO DE CASTIGAR (EL DERECHO DE PENAR)

1. TERMINOLOGIA ADECUADA.

Hasta aquí hemos dicho que el tema central de este trabajo se refiere al derecho de castigar; pretendemos conocer -- sus antecedentes históricos, su fundamento, sus alcances, su interpretación y sus limitaciones; pero, para poder lograr -- esto, se estima que, en principio, es necesaria una corrección a esta denominación del derecho de castigar, ya que a -- nuestro juicio se le debe de llamar el derecho de penar. Aun que cabe aclarar al respecto, que hasta antes de este Capítulo lo nos habíamos referido al derecho de castigar o Ius Puniendi di porque así es como normalmente se le ha llamado; así tene mos por ejemplo que Rafael de Pina define al Ius Puniendi como "Derecho de Castigar que se atribuye al Estado. En realidad el Estado no tiene el derecho de castigar, sino la obligación de hacerlo de acuerdo con el contenido de una ley anterior a la comisión del acto delictivo de que se trate."--
(64)

En efecto, casi todos los autores que se consultaron para la preparación de este Capítulo se refieren al Derecho de Castigar, con excepción, entre otros, de Luis Jiménez de Asúa, quien titula al Capítulo IV de su obra, "La Ley y el De-

(64) Rafael de Pina, "Diccionario de Derecho", Ed. Porrúa, S. A., Primera Edición, México, 1965. Pág. 169.

lito", con el rubro del "Fundamento del Derecho de Penar";(65) de igual manera lo hace Fausto Costa en "El Delito y la Pena - en la Historia de la Filosofía", en el Capítulo II denominado "Locke. Su Concepto del Derecho de Penar". (66)

Este problema que hemos planteado de la terminología adecuada para hablar de este derecho del Estado, no es meramente de índole gramatical, sino que va más allá, ya que se pretende manejar una denominación que tanto gramatical como técnicamente (a la luz del derecho penal, la penología, el derecho ejecutivo penal, el derecho penitenciario, etc.) sea la correcta, - para que posteriormente, teniendo como base el nombre adecuado de nuestro principal objeto de reflexiones, podamos incursionar en su historia, su fundamento, sus alcances, su interpretación y sus limitaciones, y poder así, como se hizo en el Capítulo anterior, llegar a elaborar una definición propia del derecho de penar, toda vez que ya establecimos lo que entendemos por derecho en general.

A continuación vamos a explicar las razones por las que -- proponemos que en lugar del derecho de castigar nos refiramos al derecho de penar.

Nuestros argumentos rezan al siguiente tenor:

a) Esta investigación se refiere al derecho de castigar en el aspecto Jurídico-represivo -Ius Poenale-

(65) Luis Jiménez de Asúa, "La Ley y el Delito", Ed. Sudamericana, Quinta Edición, Buenos Aires, 1967, Pág. 40

(66) Fausto Costa, "El Delito y la Pena en la Historia de la - Filosofía", UTEHA, Primera Edición, México, 1953, Pág. 89.

b) El término "castigo" es tan amplio que resulta impreciso para nuestro objeto, puesto que también tienen, de alguna manera, el derecho de imponer castigos: los patrones respecto de sus trabajadores, los padres con los hijos, las autoridades administrativas en cuanto a los infractores (multas, clausuras, etc.). Esto con base en que una de las acepciones de "castigo" denota repreensión, consejo, amonestación o corrección, además de significar "pena". (67)

c) El verbo penar como transitivo connota "imponer pena", aunque como intransitivo significue "padecer pena". (68) Luego, se puede traducir que el derecho de penar se refiere al derecho de imponer penas, aplicando el verbo en su aspecto transitivo.

En conclusión, creemos que es más técnico y más preciso emplear la denominación del derecho de penar, cuando nos referimos a la facultad del Estado para imponer penas con motivo de la comisión de actos delictivos.

2. FUNDAMENTO.

La base del derecho de penar la debemos establecer en dos partes: una de carácter sociológico y otra de índole legal, particularmente esta última de naturaleza constitucional.

Luego tenemos que el fundamento sociológico o la justificación de tan importante e imponente derecho descansa en las limitaciones que demanda la vida en sociedad. En efecto, el -

(67) "Diccionario de la Lengua Española", Op. Cit., Pág. 275.

(68) Ibidem, pág. 1001.

hombre es un ser racional y de carácter gregario, que como ente dotado de voluntad e inteligencia se propone sus tareas -- con determinados fines u objetivos y, desde luego, tiene sus particulares intereses, mismos que habrán de ser regulados por normas jurídicas, para darle certeza a la vida social. Por lo tanto, el Estado, quien emite dichas normas por conducto de -- uno de sus poderes --el Legislativo--, debe reprimir todo aquello que atente contra la convivencia, de suerte que debe defender, y así puede hacerlo, a la sociedad entera. "De aquí que el Estado, como organización jurídica de la sociedad, tenga en sus manos el poder de castigar o Jus Puniendi, ante la necesidad por una parte de reprimir el delito y por otra de -- dar también satisfacción a los intereses lesionados por él y legítimamente protegidos." (69)

Por lo que hace al fundamento constitucional del derecho de penar, nos encontramos con que éste lo tenemos que ubicar en tres planos, debido a la forma de gobierno de nuestro Estado Mexicano, donde el Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Partiendo de la existencia de estos tres poderes, podremos precisar cómo es que este derecho de penar lo ejerce el Estado a través de los mismos, de diferentes maneras.

En efecto, si recordamos diversos aforismos que se han -- constituido en los pilares de la disciplina penal, vamos a poder advertir de mejor manera la forma como se ejerce el dere-

(69) Raúl Carrancá y Trujillo, "Derecho Penal Mexicano", Ed. Porrúa, S.A., Décima primera Edición, México, 1977, Pág. 150.

cho de penar; así tenemos por ejemplo: No hay delito sin ley que lo formule previamente (Nullum crimen sine lege, nullum crimen sine proevia lege penale); no puede aplicarse pena que no esté establecida por la ley (Nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale). De pronto aquí estamos viendo la necesidad de que sea la ley quien determine lo que es delito y la pena que se va aplicar por la comisión del mismo, esto desde luego no quiere decir que la ley cree al delito, sino que la ley debe reconocer como delito aquellas conductas que estima que atentan contra los bienes que la propia sociedad considera que deben ser jurídicamente tutelados por una ley penal. Como se recordará al respecto, ya hemos manifestado con anterioridad en este trabajo la necesidad de que las leyes gocen del consenso más o menos unánime de la población a la que van dirigidas, y esto en materia penal se entiende de la siguiente manera: sólo se deben criminalizar aquellas conductas que efectivamente la sociedad estima dañinas para ella misma, ya sea en su organización privada o pública, contemplando, desde luego, los esquemas jurídicos que ambas dimensiones entrañan, entonces el Estado debe hacer eco de esta demanda a través de las leyes, para cuyo efecto habrá de intervenir, primordialmente, su Poder Legislativo.

Hasta aquí observamos el primer caso que se da en el ejercicio del derecho de penar por parte del Estado, quien inicia por establecer la punibilidad a través de la ley penal.

A continuación vamos a citar otros aforismos, que servirán de introducción para hablar del segundo plano del derecho

de penar, o sea, vamos a hacer mención ahora al tema de la punición, que está a cargo del Juez de la causa penal.

Así tenemos: nadie puede ser sometido a un Juez que no derive su jurisdicción de la ley (*Nemo iudex sine lege*); no puede aplicarse pena sino mediante juicio (*Nulla poena sine iudicio*).

Hemos visto con esto el segundo paso que dá el Estado en el ejercicio del derecho de penar, por conducto de otro de sus poderes: El Poder Judicial, quien tiene a su cargo el aspecto punitivo.

Finalmente haremos mención al tercer aspecto del derecho de penar, nos vamos a referir a la ejecución de la pena propiamente dicha y, de igual manera, nos valdremos de otro aforismo: la forma de la ejecución de la pena debe estar previamente establecida por la ley.

Ahora se podrá observar que aquí va a intervenir otro poder del Estado: el Poder Ejecutivo, que es quien está facultado para ejecutar la pena.

Se observa entonces que, a nuestro juicio, el derecho de penar por parte del Estado no se limita a la ejecución de la pena, sino al ejercicio en tres planos distintos, pero íntimamente ligados entre sí, de la facultad de criminalizar conductas, mediante el Poder Legislativo; de sentenciar penas, a través del Poder Judicial; y de ejecutar dichas penas -en sentido estricto-, por conducto del Poder Ejecutivo.

Por todo esto, se hace necesario fundamentar constitucionalmente el derecho de penar, citando las bases de la punibilidad, la punición y la pena, que en nuestra Constitución Política se consagran así: (70)

Artículo 14, Párrafo Tercero: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata".

Artículo 17: "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales".

Artículo 18, Párrafo Segundo: "Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente . . . "

Artículo 21: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial . . . "

Artículo 22: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de -

(70) Cfr. Luis de la Barrera Solórzano, "Punibilidad, Punición y Pena", Ponencia presentada al Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal, p.p. 10 y s.s. Publicada en el No. 1 de la Revista Mexicana de Justicia, correspondiente a Enero - Marzo de 1983, p.p. 87 a 120.

cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales." Y en su párrafo tercero: "Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar."

Artículo 23: "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia."

Artículo 39: ". . . Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno."

Artículo 49: "El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación . . . "

3. ANTECEDENTES HISTORICOS.

En este apartado nos vamos a referir a las formas como se ha dado la reacción social contra el delito, ya que los -

mecanismos represivos de la sociedad al respecto han variado según las épocas y los lugares. Así veremos como un principio había una reacción casi instintiva, que contrasta con la actitud reflexiva que actualmente se pretende asumir.

Para dicho efecto, trataremos primero lo referente a la -venganza privada, también denominada de sangre, por caracterizarse por la reacción brutal de la víctima o de sus familiares cercanos. Luego nos referiremos a la venganza divina, en la que se considera que más que ofender a la sociedad con un crimen se ofendía a la divinidad, y que por lo tanto en nombre de ella se debía de castigar al infractor y, finalmente, haremos alusión a la venganza pública, donde el Estado canaliza los instintos del hombre y sus deseos de venganza, de retribución y, a veces, hasta de sadismo.

3.a) La Venganza Privada.

Es de entenderse que la colectividad tomara venganza contra aquel que violaba alguna de las normas del grupo, puesto que resulta evidente que ese sujeto atentaba contra la existencia ordenada de su propio núcleo o tribu; de aquí que en un principio se solía expulsar al infractor del grupo, para que así quedara a merced de otras tribus a las que no pertenecía. Esta forma de reacción social, aunque primitiva, -- constituyó ya un adelanto en la sanción, puesto que quien generalmente cobraba venganza en las épocas más remotas era la propia víctima, si le era posible, o sus parientes, siendo es

ta, estrictamente, la venganza privada.

Posteriormente la Ley del Talión, a quien se ha llegado a ubicar a dos mil años antes de Cristo, en el Código de Hammurabi, vino a frenar de alguna manera los excesos de la venganza, ya fuera personal o de grupo, puesto que estableció un -- criterio objetivo para sancionar, al señalar que "diente por diente y ojo por ojo", estableciendo así el principio retributivo, que aún actualmente puede tener vigencia en el ejercicio del derecho de penar, puesto que constituye un límite a -- este derecho, como lo veremos en el próximo Capítulo.

Después se pretendió que hubiese una composición pecuniaria, es decir, no devolver mal por mal, sino que mediante una transacción económica del delincente con el ofendido o la victima se subsanara el daño causado; aunque se daban sus excepciones, pues había delitos en los que se permitía la venganza, como por ejemplo, en los relacionados con el honor. (71)

En fin, lo relevante de estos datos históricos radica en el interés que se tiene porque se advierta el paso de los instintivo a lo reflexivo, de la reacción personal o de grupo, -- ante el delito.

3.b) La Venganza Divina.

Esta etapa se caracteriza por las siguientes notas: el -- derecho y la religión se funden en un sólo concepto, se consi

(71) Cfr. Francisco Pavón Vasconcelos, "Manual de Derecho Penal Mexicano", Ed. Porrúa, S.A., Quinta Edición, México, 1982, p.n. 49 y S.S.

dera entonces que el delito constituye una ofensa para la divinidad, y que en nombre de ésta y mediante los sacerdotes se debía sancionar al infractor. Además el carácter-retributivo de la pena también sufre un cambio, puesto -- que la finalidad de la pena ahora se basaba en la expiación.

Ejemplos de lo anterior los podemos encontrar, particularmente, en la historia de los pueblos de Israel y de Egipto, en los que su derecho era de evidente raigambre religiosa. Así podemos citar la primera parte del Antiguo Testamento, el Pentateuco, que contiene las normas de derecho del pueblo de Israel; o bien los Libros Sagrados de Egipto. (72)

3.c) La Venganza Pública.

Al hablar de la venganza pública nos referimos a la etapa en que poco a poco fué monopolizando el Estado el ejercicio de la acción penal, acaparando el mayor número de conductas punibles, o sea, basando su derecho de penar en la lesión del derecho formalmente reconocido por la ley, procurando que no se trastocara el orden establecido.

A pesar de lo anterior, aunque pudiera pensarse que al monopolizar el Estado la acción penal, ya no cabrían excesos en las sanciones, o tratos injustos, o aun más, -

(72) Cfr. Francisco Pavón Vasconcelos, Op. Cit., p.º. 51 y 52.

arbitrarios, puesto que habría jueces que ajustando sus facultades conforme a derecho resolverían todo de la mejor manera, no fue así, por el contrario, a pesar de que hubiera una venganza públicamente organizada, existía y aún — existe un problema mayúsculo: qué penas se iban a imponer y de qué manera se ejecutarían, y en la respuesta a este cuestionamiento se ensayaron los castigos más brutales, — que desgraciadamente satisfacían normalmente a la clase dominante en el poder, ya que reinaba en la administración de justicia la más enervante desigualdad, pues siempre se trataba de manera diferente a los nobles y a los poderosos, reservándoles las penas más suaves.

También existía el problema de que el arbitrio del juez era tan amplio, que podía imponer penas no previstas en la ley, o también se constituían tribunales especiales, etc.

Este era en términos generales el aspecto que ofrecía — el derecho penal hasta el siglo XVIII, que es cuando se destacan Montesquieu (El Espíritu de las Leyes), Voltaire (Sobre la Tolerancia) y Rousseau (El Contrato Social), obras — en las que se critica la excesiva crueldad de las penas y — lo irregular de los procesos.

A este respecto destaca, particularísimamente, César Beccaria, con su libro "De los Delitos y de las Penas," que convulsiónó las ideas penales de su tiempo, al afirmar que la pena debería ser pública, inmediata, necesaria, la mínima, — proporcionada al delito y prescrita por la ley.

Posteriormente se van conformando diversas escuelas jurídicas-penales, que se propusieron discernir sobre la legitimidad del derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y sobre el fin de las sanciones. A dichas escuelas aludiremos a continuación.

4. PRINCIPALES ESCUELAS JURIDICO-PENALES (73)

4.a) La Escuela Clásica.

Como se ha señalado con anterioridad, antes del siglo-XVIII imperaba en el Derecho Penal la barbarie y la injusticia, es por esto que una serie de pensadores se preocuparon por ahondar en estos temas, y procurar que las penas fueran justas y los procesos regulares.

Así surge este movimiento de la Escuela Clásica, que curiosamente nunca existió como tal, es decir, nunca los principales autores que ahora entendemos que la integran se estimaron pertenecientes a esta Escuela, sino que esto se debe a la imaginación de Enrico Ferri, quien fue el que inició a llamar "Clásicos" a los juristas prepositivistas y posteriores a Beccaria.

Este movimiento jurídico filosófico tiene por principal representante a Francisco Carrara (1805-1888), que es quien constituye la más alta expresión de esta Corriente, de tal suerte que para hablar de la Escuela Clásica, hay -

(73) Cfr. Luis Rodríguez Manzanera, "Criminología", Ed. Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 1982, p.p. 233 y s.s.; Raúl Carrancá y Trujillo, Op. Cit. p.p.150 y s.s.. y Francisco Pavón Vasconcelos, Op. Cit. p.p. 60 y s.s.

Posteriormente se van conformando diversas escuelas jurídicas-penales, que se propusieron discernir sobre la legitimidad del derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y sobre el fin de las sanciones. A dichas escuelas aludiremos a continuación.

4. PRINCIPALES ESCUELAS JURIDICO-PENALES (73)

4.a) La Escuela Clásica.

Como se ha señalado con anterioridad, antes del siglo-XVIII imperaba en el Derecho Penal la barbarie y la injusticia, es por esto que una serie de pensadores se preocuparon por ahondar en estos temas, y procurar que las penas fueran justas y los procesos regulares.

Así surge este movimiento de la Escuela Clásica, que curiosamente nunca existió como tal, es decir, nunca los principales autores que ahora entendemos que la integran se estimaron pertenecientes a esta Escuela, sino que esto se debe a la imaginación de Enrico Ferri, quien fue el que inició a llamar "Clásicos" a los juristas prepositivistas y posteriores a Beccaria.

Este movimiento jurídico filosófico tiene por principal representante a Francisco Carrara (1805-1888), que es quien constituye la más alta expresión de esta Corriente, de tal suerte que para hablar de la Escuela Clásica, hay -

(73) Cfr. Luis Rodríguez Manzanera, "Criminología", Ed. Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 1982, p.p. 233 y s.s.; Raúl Garrancá y Trujillo, Ob. Cit. p.p.150 y s.s., y Francisco Pavón Vasconcelos, Op. Cit. p.p. 60 y s.s.

que hacer mención a la doctrina de Carrara, la cual tuvo por--
finalidad el estructurar un Derecho Penal basado en principios
estrictamente jurídicos, que establecieran con claridad las di
ferencias entre pecado y delito, entre sacrificio y pena, para
hacer de esta ciencia un "orden racional", que desterrara los--
errores dejados por la teológica y la metafísica. En suma, Ca
rrara pretendió ser un jurista puro.

A pesar de las diferencias que existen entre los diversos--
juristas que se aglutinan en esta Escuela, y que bien amplio -
resultaría el intentar estudiarlos singularmente, podemos enun-
ciar los postulados aceptados generalmente por esta corriente,
de la siguiente manera:

1. Se proclama por el método lógico-abstracto, ya que se -
considera que el Derecho Penal obtiene sus conceptos mediante--
deducciones lógicas, partiendo de principios generales que son
aceptados a priori.

2. El delito es una creación de la ley, es un ente jurídi-
co, y viene a ser la base de la justicia penal.

3. Sustenta el libre albedrío y la imputabilidad moral co-
mo razón de ser de la responsabilidad penal, pues se basa en -
la existencia de un hombre consciente, inteligente y libre, --
que tiene capacidad para elegir entre el bien y el mal: Por --
eso quedarían fuera del derecho penal los niños y los locos.

4. Defiende el principio de legalidad: No hay delito sin-
ley que lo establezca, la pena debe estar contemplada en la --

ley, no debe aplicarse pena si no se ha cometido un delito.

5. Basa la pena en el principio retributivo.

6. Estima que la finalidad de la pena radica en el restablecimiento del orden jurídico dañado por el hecho delictuoso.

7. El derecho de penar corresponde al Estado, pero respetando los derechos del hombre.

En conclusión, independientemente de los errores que pudieran atribuírsele a esta Escuela, se le debe reconocer el mérito de haber estructurado una ciencia del Derecho Penal.

4.b) La Escuela Positiva.

Como una reacción a los fundamentos de la Escuela Clásica surge la Escuela Positiva; es decir, para esta última Escuela, los clásicos se habían olvidado del hombre delincuente y creían haber resuelto la problemática jurídico-penal - con postulados estrictamente jurídico-formales, que abusaban de la dogmática.

En efecto, en esta corriente positivista se destacaron médicos, juristas y sociólogos; como por ejemplo César Lombroso, Rafael Garófalo y Enrico Ferri, respectivamente, ya que Lombroso representa el biologicismo antropológico; Garófalo encabeza la tendencia jurídica y, Ferri sustenta el sociologismo. De esta suerte, amén del delito, se estudió -- también al delincuente, tanto en su aspecto interno como en relación al medio que lo rodea.

Así tenemos que Lombroso se ocupó, entre otras cosas pero con especial relieve, en desarrollar una clasificación de los delincuentes, en su conocida obra *L'uomo*; donde imperan criterios de carácter antropológico; de modo que nos mencione a -- los delincuentes nato, loco moral, epiléptico, loco, ocasional y pasional, aportando con esto los criterios médicos que encontraron su complemento con las estimaciones jurídicas de Garófalo y las apreciaciones sociológicas de Ferri, para conformar los postulados de esta doctrina positiva, mismos que, en términos generales, enunciarnos a continuación:

1. El punto cardinal de la justicia penal es el delincuente.

2. Le da más créditos a la prevención que a la reeducación; en consecuencia le importan más las medidas de seguridad que las penas.

3. El delito es un ente real, existente y no una abstracción jurídica.

4. Contrapone el determinismo al libre albedrío, pues considera que el hombre no es tan libre como él cree, pues hay causas y factores físicos o de carácter social que lo llevan a delinquir.

5. Substituye la responsabilidad moral por la responsabilidad social. Basta vivir en sociedad para ser responsable ante ella.

6. Cambia el concepto de pena por el de sanción, agregando que ésta debe ser proporcional a la peligrosidad del delincuente. Luego, niega el principio retributivo de la pena, y

además estima que debe ser indeterminada, ya que debe durar hasta que se extinga la peligrosidad.

7. El Estado tiene el derecho de tener para defender a la sociedad; es decir, podrá sancionar a título de defensa social y no de venganza, retribución o restablecimiento del orden jurídico trastocado.

8. Su método es inductivo-experimental. Parte de lo singular a lo general y sólo da crédito a los datos obtenidos por la observación y la experiencia, todo es a posteriori.

4.c) Las Escuelas Eclécticas.

Como se habrá podido observar, existen serias contraposiciones entre las Escuelas Clásica y Positiva; y es evidente que a ambas se les deben reconocer méritos y también formular críticas. En esta virtud, surgen otras escuelas con afanes conciliatorios, o sea, que tomando lo que estiman de bueno de la Clásica y de la Positiva construyen su corriente.

De dicha manera surgen la Tercera Escuela, la Joven Escuela y la Defensa Social, a las cuales, aunque sea en una apretada síntesis, nos referiremos a continuación.

La Tercera Escuela.- Tiene como principales representantes a Alimena y Carnevale. De la Escuela Clásica acepta, solamente, la distinción entre imputables e inimputables; y de la Escuela Positiva recoge el método experimental, también niega el libre albedrío y critica el concepto de retribución moral por cuanto a la pena, adoptando el criterio de la defensa jurídica.

La Joven Escuela.- La representan Prins, belga; Van Hamel, holandés; y Von Liszt, alemán, y sus postulados sobresalientes son los siguientes: se inclina por el pragmatismo; acuña el término "estado de peligro", el cual emplea en lugar de hablar de responsabilidad moral; sin renunciar a la construcción dogmática, analiza los factores y causas del delito, o sea, lo estudia tanto como fenómeno natural como ente jurídico; fundamenta las penas en la defensa social, y las acepta junto con las medidas de seguridad.

La Defensa Social.- Esta corriente ha sido desarrollada, principalmente, por Filippo Gramatica y Marc Ancel. Así, para el primero de ellos: el Estado no tiene derecho de castigar, sino el deber de socializar, para que así se obtenga el orden querido por la ley; dicha socialización no debe procurarse con penas, sino con medidas de defensa social, mismas que deben adaptarse al sujeto en particular de acuerdo con su personalidad, para saber si se le aplicarán medidas preventivas, educativas o curativas. En conclusión, junto con la pena niega el derecho de castigar.

Por otra parte, Marc Ancel entiende que: la defensa social debe proteger a la sociedad de los actos criminales a través de medidas extra-penales que neutralicen al delincuente.

Podemos concluir a continuación, que los fundamentos de esta doctrina se pueden esquematizar así:

1. En lugar de penas, debe haber medidas de defensa social, que se impongan de acuerdo a la personalidad del delincuente.
2. El delincuente tiene derecho a ser socializado.

3. Es más importante la prevención especial que la general.

4. Humanización del Derecho Penal.

En términos generales se puede decir que la defensa social tiene por objeto la prevención del delito y, ya ocurrido éste, la defensa contra sus efectos.

En relación con esta última escuela, resulta de gran relevancia el cuestionamiento que se hace por lo que toca al derecho de penar por parte del Estado, a quien en lugar de esto le reconoce el deber de socializar.

Es conveniente que estas ideas de la Defensa Social se tengan muy en cuenta cuando abordemos el Capítulo IV, puesto que ahí analizaremos, fundamentalmente, los límites del derecho de penar; para cuyo efecto se hará necesario esbozar algunos aspectos relacionados con el titular de ese derecho: El Estado.

En fin, volviendo a este capítulo, procederemos a hacer mención de las opiniones que han tenido diversos autores acerca del derecho de penar.

5. OPINIONES DE DIVERSOS PENSADORES (74).

En este apartado vamos a agrupar tanto opiniones, como origen, naturaleza, fin, medida, concepto, génesis, etc. del derecho de penar. Debiendo aclarar que si en ocasiones mencionamos los términos derecho de castigar y no de penar, no se debe a cambios en nuestro particular punto de vista, que ya expusimos anteriormente, sino a que nuestra fuente lo mismo emplea (74) Cfr. Fausto Costa, Op. Cit., p.p. 50 y s.s.

derecho de castigar que de penar, y en esta virtud, respetando dicha fuente, el término se manejará de acuerdo a ella.

Santo Tomás de Aquino.- En el Capítulo anterior hicimos - breve mención de este pensador, y como se recordará, lo enlistamos entre los filósofos Iusnaturalistas. En esta virtud nos dice que el derecho de castigar se funda en la ley, aclarando - que entiende que hay tres tipos de leyes -la divina, la natural y la humana-, y que en consecuencia existen tres maneras - de sancionar; pero que por lo que toca al derecho de castigar - por parte de la autoridad civil, ésta debe considerar que lo debe ejercer como si estuviera investida por Dios, por lo que debe ajustarse lo más que pueda a la justicia divina.

Luego, al preguntarse Santo Tomás acerca del derecho que - puede tener el hombre para juzgar a un semejante, se contesta - que sí lo puede hacer, con excepción de algunos juicios, como - aquellos que consideran la pura intención, que son difícilmente discernibles, o bien los relacionados con las cosas divinas, ante los cuales la única actitud que se debe asumir es la de la fé.

Por lo que toca a la pena, de acuerdo con las ideas aristólicas acerca de la justicia, entiende Aquino que la pena se - ubica en la justicia conmutativa, aquella que devuelve igual - por igual; o sea, lo que hemos entendido posteriormente como - principio retributivo de la pena. Igualmente introduce el carácter intimidatorio de la pena, ya que considera que para que la ley sea obedecida se necesita que se amenace con un mal a - quien la transgreda (punibilidad).

Y, finalmente, por lo que respecta a la utilidad de la pena, Santo Tomás estima que radica en el hecho de que es un medio para promover el fin moral.

Thomas Hobbes.- Este autor considera que el derecho de castigar tiene un origen de carácter contractual; así nos lo manifiesta en su obra el Leviatán, donde nos explica que el hombre en su estado de naturaleza no distingue lo justo de lo injusto, ni el derecho de los demás, sino que impera la barbarie y la fuerza, pues el hombre no conoce leyes que le inhiban. Mas llega el momento en que, por su instinto de conservación y de bienestar, el hombre se da cuenta de que no puede vivir así, y entonces "se ponen de acuerdo" para buscar la paz, surgiendo así un contrato social que establezca un poder político que garantice la observancia de las leyes y procure la paz.

Luego agrega este filósofo, que así como el hombre en lo particular tiene el derecho inalienable de conservación, de igual manera lo tiene el "hombre artificial" que es el Estado, o sea, que éste también tiene derecho para defender la seguridad y el bienestar generales con los medios más altos. Aquí legitima el derecho de castigar sobre la base de una teoría contractual.

En cuanto a la pena, es de entenderse que la considera como un mal ejemplar, pues estima que se aplica a quien transgrede las leyes, con el objeto de que los demás se preparen para obedecerlas; y que además no se trata de una venganza, pues sería volver al estado natural de guerra, sino de una hostilidad que debe aplicarse dentro de ciertos límites. (Nuevamente aparece el tema de los límites del derecho de penar).

Samuel Freiherr Puffendorf.- Nos dice respecto a la pena, después de analizar la tripartición tradicional de ésta en: divina, natural y humana, que sólo esta última es de la competencia del derecho; y que además para que la pena intimide se requiere que se sufra contra la voluntad del sancionado, y que también debe ser impuesta por autoridad competente.

También nos dice Puffendorf que el castigo no debe hacer sufrir al hombre inútilmente, o sea, que el hombre no debe castigarse si de la punición no resulta alguna utilidad que tenga por fin evitar, mediante la intimidación, que se perpetre un nuevo delito.

Como se puede observar, este autor hace a un lado los fines de expiación, satisfacción o venganza de la pena, ya que lo que le interesa es la utilidad que pueda reportar la aplicación de la pena a la prevención de los delitos.

John Locke.- Sostiene que para encontrar el origen del derecho de castigar es necesario conocer las condiciones en las cuales los hombres han sido colocados por la naturaleza, y que así se podrá observar que en el estado natural cada hombre posee un poder sobre sus semejantes, guiado por la razón. De tal suerte — que se dan dos derechos: el de exigir la reparación del daño causado y el de suprimir el delito y evitar que se cometan otros, y que es en este segundo caso, cuando ya se estableció el poder civil, que se origina y funda el derecho de castigar, ya que este derecho sólo se tiene cuando se tiende a impedir que se cometan

otros delitos posteriormente, y que éstos son precisamente los límites en que debe contenerse este derecho, puesto que no es lícito dejarse llevar por el odio y el deseo de venganza para sancionar al culpable de un delito.

Giandoménico Romagnosi.- Entiende que el hombre tiene en principio un derecho primitivo de conservación y de igualdad, o sea, un derecho de defensa individual, que sufre cambios cuando se integra la sociedad natural y posteriormente se organiza el Estado, ya que el primitivo derecho de autoconservación pasa a ser un derecho de sociabilidad, un derecho de defensa propia de la sociedad, la cual concurre a la defensa de los miembros que la integran para conservar el estado de agregación, y así, esta defensa social o defensa indirecta viene a ser precisamente el derecho de castigar.

Ahora bien, por otra parte, habida cuenta de que ya hemos visto el concepto y la definición de Derecho y que también se ha avanzado en las nociones del Derecho de Penar, corresponderá en seguida tratar el tema de la Pena, pues hemos estado haciendo alusiones tangenciales a ésta, en virtud de su estrechísima relación con nuestro tema. Resulta pues ineludible que versemos a continuación sobre la Pena, para que una vez que hayamos precisado su definición, sus elementos y sus fines, nos dispongamos a elaborar nuestra definición del Derecho de Penar.

6. LA PENA (75).

(75) Cfr. Luis Rodríguez Manzanera, "Introducción a la Penología". (Apuntes para un Texto), México, 1978, p.p. 17 y s.s.

6.a) Definición.

Luis Rodríguez Manzanera en su "Introducción a la Penología" (Apuntes para un Texto) nos cita las siguientes definiciones de pena:

Para Alfonso de Castro Núñez es la "Pasión que inflinge - un daño al que la sufre, o, por lo menos, que de suyo puede - infringirlo, impuesta o contraída por un pecado propio y pasado".

Por su parte Castellanos tena estima que es "el castigo - legalmente impuesto por el Estado al delincuente para conservar el orden jurídico".

Novoa Monreal considera que "es un mal jurídico coninado por la Ley a todos los ciudadanos e infringido a aquellos que delinquen, como retribución del delito, que cumple un fin de evitar hechos delictuosos".

Sebastián Soler la define como "un mal amenazado primero - y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución consistente en la disminución de un bien jurídico, y - cuyo fin es evitar los delitos".

Cuello Calón entiende que es "el sufrimiento impuesto pbr el estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una - infracción penal".

Con base en lo que ya hemos escrito en este Capítulo, de - dichas definiciones se puede comentar lo siguiente:

Respecto a la de Alfonso de Castro Núñez nos evoca, por - aquello del pecado, a la idea de expiación; la de Castellanos

Tena riñe con las ideas de la Defensa Social, ya que para ésta es más importante defender el orden social que el orden jurídico; la de Novoa Monreal se basa en el principio retributivo y se orienta hacia la prevención general; la de Sebastian Soler se da por el mismo tenor que esta última, y la de Cuello Calón se orienta al aspecto aflictivo de la pena.

6.b) Elementos.

Las definiciones anteriores nos van a permitir que a continuación esquematicemos los elementos de la pena. Así tenemos - que:

I. Es una restricción o privación de derechos. Viene a ser un mal que se impone al delincuente por el mal que éste ocasionó -principio retributivo-.

II. Debe ser necesaria. Como lo mencionamos anteriormente, citando a Samuel Freiherr Puffendorf, no se debe hacer sufrir al hombre inútilmente, sino que el castigo debe reportar alguna utilidad que tienda a evitar, mediante la intimidación, la comisión de nuevos delitos.

III. No debe ser trascendente, desde el punto de vista jurídico; o sea, sólo se debe imponer al infractor y no a su familia, por ejemplo. Aunque ni duda cabe que desde el punto de vista penológico la pena trasciende, principalmente, a la familia del delincuente, dándose así lo que se ha llegado a llamar "el drama penal".

IV. Debe estar prevista en la ley e imponerse por una conducta previamente señalada como delito.

V. Sólo puede ser impuesta por autoridad judicial, según lo mencionamos al hablar del fundamento constitucional del derecho de Penar.

VI. Debe ser producto de una sentencia condenatoria dicta da por un juez penal dentro de un proceso previamente establecido por la ley, donde el acusado haya notado hacer uso de sus garantías de audiencia y defensa legítimas.

6.c) Fines.

Por todo lo que se ha señalado con anterioridad en este Capítulo, podemos concluir que la pena tiene un triple fin: retribuir, readaptar y prevenir, esto último de manera general y especial.

En efecto, no se puede negar que aún en la actualidad sigue siendo muy importante la función retributiva para los jueces en el ejercicio de su facultad de punir.

Por otra parte, también tiene especial relevancia la readaptación social del delincuente; de aquí que al retribuir un mal por otro mal que se le causó a la sociedad, no se debe dejar de tomar en consideración a la readaptación.

En cuanto a la prevención general, cabe señalar que la pena debe funcionar como un inhibidor de las posibles conductas delictuosas, de aquí que deba intimidar a quienes pretendan ponerse en el supuesto de la norma y su aplicación servir de ejemplo para ese mismo fin.

Por lo que hace a la prevención especial, podemos decir --

que cuando falla la prevención general, es decir, cuando ya hu**yo** quien transgredió la norma penal, se debe aplicar a este caso concreto la prevención especial, con el objeto de que se intimide, se arrepienta o se readapte el infractor penal, para que no reincida.

7. DEFINICION PROPIA.

Por todo lo anterior se concluye, que el Derecho de Penar es la facultad y obligación que tiene el Estado para, como organización jurídica de la sociedad y en los términos que esta última lo demande, criminalizar conductas, sentenciar penas y ejecutar las sanciones de acuerdo a las leyes anteriores a la comisión del acto delictivo.

Por esto es que veremos a continuación aspectos relacionados con el Estado, debiendo aclarar que, de ninguna manera, se pretenderá ahondar en una Teoría General sobre aquél, ya que nuestra intención se dirige a analizar los límites del derecho de penar por parte del Estado.

No obstante lo anterior, será menester que abordemos los temas del concepto y elementos del Estado, para sustentar sus facultades y obligaciones.

CAPITULO IV

EL ESTADO Y LOS LIMITES DEL DERECHO DE PENAR.

1. EL ESTADO

En una muy breve referencia histórica cabe decir que Nicolás Maquiavelo, autor de la obra El Príncipe, fué quien empleó por vez primera la palabra Estado, ya que este autor nacido en Florencia el 3 de mayo de 1469, observó que a las organizaciones políticas de su tiempo ya no le eran aplicables los términos de polis, aludiendo a una comunidad que según Aristóteles no debería exceder de diez mil habitantes, o de civitas, que en la antigüedad había sido tan usado, puesto que a él le toca ver como las grandes naciones que se fueron formando en la Edad Media, cristalizaron en el Renacimiento con la forma y denominación de Estados Modernos, cuya característica esencial radicaba en la centralización de todos los poderes públicos, lo que antaño no sucedía. Por eso empleó un término nuevo: la palabra Estado.

Partiendo entonces del concepto de Estado Moderno, de ese que se extendió por Europa después del Renacimiento, y que alcanzó grandes avances en España, después de la victoria de los Reyes Católicos; en Francia, que ya era una nación a la terminación de la Edad Media; o en Inglaterra, que también había logrado consolidarse como tal.

De lo anterior se puede observar la importancia del concepto Nación para el nacimiento del Estado Moderno, ya que éste surgió, precisamente, en las naciones modernas; es decir, ahí donde se -

entrelazaron, entre otros, los factores de la raza, el lenguaje, la cultura, la geografía, la economía, la guerra, la estrategia, etc.

Por eso hay autores, como Crossman, que hablan del Estado - Nación, entendiendo por nación a 'Un pueblo que vive bajo un único gobierno central lo suficientemente fuerte para mantener su independencia frente a otras potencias', y sosteniendo que 'Nación' y 'Estado', son dos aspectos del orden social occidental, y que cada uno es ininteligible sin el otro. Un Estado debe poseer o surgir de una base de nacionalidad, y una nación debe someterse a una forma de control centralizado, si es que cualquiera de ambas organizaciones quiere perdurar". (76)

Se habrá podido observar otra característica del Estado Moderno: el monopolio del poder, el poder público. Y como otra nota distintiva: la idea de soberanía.

Tenemos entonces dos aspectos coyunturales del Estado Moderno: el poder público y la soberanía. Por lo que toca al primero hubo de plantearse y resolverse al inicio de su nacimiento el problema respecto a quién debería ser el depositario de dicho poder.

La historia da respuesta a lo anterior indicando que primero se pensó, y así se llevó a la práctica gubernamental, en la monarquía; es decir, en la idea de que el poder público debería residir en una persona: el monarca. Más adelante se desarrollaron las ideas democráticas y se afirmó que el poder debía residir en

(76) R.H.S. Crossman, "Biografía del Estado Moderno", Fondo de -
Cultura Económica, Primera Reimpresión, México 1978, p.p. 21 y 22.

el pueblo, y que éste lo podría delegar a sus representantes; y esto complementado con las ideas del Barón de Montecquieu, respecto a la división de poderes, va dando forma a una manera más evolucionada de Estado, nos referimos al Estado de Derecho; o sea, a aquella organización política cuya función primordial radica en ser garante de los derechos del hombre, en respetar y hacer respetar los derechos naturales de la humanidad. Por esto, en el Capítulo II citamos a Lino Rodríguez-Arias Bustamante, para quien el Derecho Natural es "la defensa mejor construida y más legítima que se puede levantar frente al poder omnímodo del Estado".

Con lo expuesto anteriormente, podemos ver en nuestra Carta Magna la manera como dichas ideas se han consagrado en su articulado. Y así, en sólo tres artículos podemos observar la síntesis de lo expuesto con anterioridad:

Artículo 39.- "La soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste . . ."

Artículo 41.- "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores . . ."

Artículo 49.- "El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en legislativo, Ejecutivo y Judicial".

De lo anterior podemos concluir que formamos un Estado de Derecho, donde la soberanía reside en el Pueblo y el poder público dimana de éste; y que dicho poder se ejerce al través de

una división de poderes que debe, con el correcto reparto de las funciones del Estado, defender las libertades humanas.

Así, en el marco de nuestra forma de Estado, de esta República Representativa, Democrática y Federal que el pueblo mexicano ha decidido constituir, nosotros veremos los límites del derecho de pensar.

1.a) Concepto.

Para Luis Recaséns Siches, en un primer enfoque, estima -- que el Estado aparece como la organización política suprema de una comunidad, con el afán de tener un poder supremo, es decir, más fuerte que los más fuertes. Después nos define al Estado: "Como la organización política mediante un orden de normatividad coercitiva que abarce una colectividad de seres humanos y que impera en un cierto territorio", afirmando que el Estado -- no es, en rigor, "la comunidad de personas políticamente organizadas, sino que es más bien la organización política de esas personas". (77)

También sostiene este autor que, el Estado es el estado de la opinión pública, pues considera que todo poder social se -- apoya, en última instancia, sobre el reconocimiento del mismo, o sea, sobre la opinión pública predominante, ya que el mando-

(77) Luis Recaséns Siches, Ob. Cit. Pág. 274.

político no se puede basar sólo en la fuerza material; de tal suerte que "para que las órdenes que emita un poder sean normas jurídicas, no basta con que cuenten con el apoyo de la -- fuerza bruta detentada por los que ocupan el poder. Es preciso, además, que esas normas, en tanto que totalidad, es decir, en su conjunto, traduzcan una situación de normalidad. Un orden jurídico, para que sea tal, requiere una base de normalidad congruente". (78)

Por otra parte, considera Recaséns que a pesar de la conexión estrecha, y probablemente esencial y necesaria, que -- existe entre el Estado y el Derecho, no es correcto identificarlos como sinónimos, puesto que el Estado no sólo tiene dimensiones jurídicas, sino también sociológicas, ya que por de bajo del orden jurídico positivo y vigente, existe una realidad que lo produce, que lo mantiene, que lo reelabora y lo -- condiciona. Una realidad que no es física, sino sencillamente humana: relaciones humanas, modos de vida colectiva. Luego, el Estado no se agota en lo jurídico ni se limita a lo -- sociológico, pues ambas dimensiones le conciernen.

Por su parte Hermann Heller sostiene, de manera semejante-

(78) Luis Recaséns Siches, Op. Cit., Pág. 269.

a lo anterior, que "El Estado no es espíritu objetivo y quien intente objetivarlo frente a su sustancia humana psicofísica, verá que no le queda nada en las manos. Pues el Estado - no es otra cosa que una forma de vida humano-social, vida en forma y forma que nace de la vida". (79)

Para Heller, la Unidad estatal requiere tanto de condiciones naturales como culturales, a saber:

a) Condiciones Geográficas.- Es decir, el territorio donde se va a dar la actividad estatal, debiendo haber unidad de territorio, o sea, no se requiere un espacio unitario, ya que puede haber espacios geográficamente separados, sino que lo que es necesario es que se mande de manera unitaria en todo el territorio del Estado. Más a pesar de que el territorio es importante para el Estado, de ninguna manera las condiciones geográficas nos explican por sí solas la unidad o peculiaridad de un Estado, ya que se debe hacer alusión al obrar humano.

b) El pueblo.- Al cual debemos ver como formación cultural y no en su aspecto racial, para así observar que se convierte en nación cuando la conciencia de pertenecer al conjunto

(79) Hermann Heller, "Teoría del Estado", Fondo de Cultura Económica, Octava Reimpresión, México, 1977, p.p. 59 y s.s.

to se transforma en una concreción de voluntad política.

c) La División Económica.- Es innegable la importancia que tienen las condiciones económicas en el acontecer estatal, pero es inadmisibles relativizar el Estado a la Economía.

d) La Opinión Pública.- Entendiéndose por tal a las manifestaciones de voluntad política que entrañan importancia para el conjunto del Estado, y que de manera precisa y condensada planteen juicios políticos firmes; y que, además, en lo concerniente a la unidad estatal, cumple con la función de legitimación de la autoridad política y del orden por ella garantizado.

e) El Derecho.- Este viene a ser la manifestación ética y necesaria del Estado, la ordenación normativa social establecida y garantizada por los órganos estatales. Por lo que, Estado y Derecho son entidades que se hallan vinculadas.

Por todo lo expuesto se concluye que el Estado no puede concebirse como una función de la tierra, ni como manifestación del pueblo, de la sociedad de clases o de la opinión pública y que tampoco puede ser disuelto en el derecho, ya que todas esas condiciones son necesarias para el nacimiento y permanencia de la unidad estatal.

Otro destacado estudioso del Estado es George Jellinek, quien afirma "El Estado es una corporación territorial dotada de un

poder de mando originario. (80)

Basándonos en la definición de Jellinek, pasaremos ahora a desglosar, aunque de alguna manera ya lo hemos hecho, el tema de los elementos del Estado.

1.b) Elementos

De la definición de Jellinek podemos deducir los siguientes elementos:

- Corporación
- Territorio
- Poder
- Mando Originario.

Por corporación se debe entender a la asociación humana personificada, a la población, y más aún, a la Nación, de la cual ya hemos hablado citando a Crossman.

En cuanto al territorio, si hablamos de corporación territorial es porque nos referimos al agrupamiento humano personificado que vive en un espacio geográfico dado. Es más, de pronto, cuando pensamos en un Estado equis lo primero que nos viene a la mente es una porción del mapa.

(80) Mario de la Cueva, "Teoría del Estado", Edición Privada, - Ciudad Universitaria, México, 1969, Pág. 29 (Edición de -- los apuntes de Teoría del Estado del Dr. de la Cueva lograda por la cooperación del grupo de Alumnos del Sr. Lic. Esteban Ruiz Ponce, en 1969)

En lo que se refiere al poder, ya se ha dicho que una característica del Estado moderno es el monopolio del poder, pero no de cualquier poder, sino del poder público, que, entre otros aspectos, se manifiesta en la facultad de dictar el derecho y hacerlo cumplir coactivamente en un territorio determinado y sobre la población que lo habita. Empero, no hay que confundir al Estado con el Gobierno ya que éste es una parte de aquél.

Por cuanto hace al llamado mando originario, o poder de mando originario, se debe pensar de inmediato en la idea de soberanía, pues en el concierto internacional de las naciones, aparece el Estado como una unidad total que vive en el tiempo y en el espacio, frente a otras comunidades que también viven en el tiempo y en el espacio.

Por todo lo anteriormente escrito se concluye, que los elementos del Estado, al tenor de la definición de George Jellinek, son cuatro:

- Territorio
- Población
- Gobierno
- Soberanía

Ahora bien, visto lo que se va a entender por Estado, llámesele corporación, unidad, organización, etcétera, y analizados sus elementos, toca ahora abordar el ---

tema de las facultades y obligaciones del mismo.

1.c) Facultades y Obligaciones.

Este punto, que también podríamos denominar derechos y deberes del Estado, está íntimamente relacionado con el Derecho, ya que éste satisface, en principio, la necesidad de organizar el poder del Estado; o sea, organizar la serie de órganos que hablan y actúan a nombre del Estado. También el Derecho va a intentar legitimar a dicho poder, pues se supone que lo debe organizar según criterios de justicia; y así, en consecuencia, si el Derecho organiza y legitima al poder, también lo limita.

No es el caso que en este apartado vayamos a enumerar los derechos y los deberes que tiene el Estado, sino que vamos a tratar de establecer el marco teórico en donde deben darse tales facultades y obligaciones.

De entrada, cabe señalar que la facultad más imponente del Estado, radica en la posibilidad que tiene para dictar el Derecho y hacerlo cumplir a viva fuerza si es necesario; pero, a esta atribución le acompaña una obligación: que al emitir una norma jurídica haga eco de las demandas del pueblo, o que al menos cuente con el consenso mayoritario, ya que se debe recordar, según el artículo 39 de nuestra Constitución, que todo poder pú-

blico dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste.

Podemos afirmar, en términos generales, que el Estado como organización suprema de una comunidad tiene derecho para ejecutar todos aquellos actos tendientes a conservar y fortalecer la unidad estatal en un clima de justicia, de seguridad y de bien común; y, en sentido contrario, tiene la obligación de reprimir o de desalentar todas aquellas maneras que atenten contra la adecuada convivencia humana que debe garantizar el Estado.

Por otra parte y en relación al título de esta investigación, cabe citar a Hans Kelsen, que al referirse a los derechos del Estado nos dice: "La relación entre el Estado y los sujetos de las obligaciones creadas por el derecho penal permite la misma interpretación, en cuanto la sanción penal es aplicada únicamente cuando el Ministerio Público ejercita la correspondiente acción. El acto por el cual el procedimiento judicial que conduce a la sanción es puesto en movimiento, debe ser considerado como un acto estatal; y, en tal hipótesis, es posible hablar de un derecho subjetivo del Estado al castigo de los delincuentes, y decir que el delincuente ha violado un derecho estatal". (81)

(81) Hans Kelsen, "Teoría General del Derecho y del Estado", - UNAM, Segunda Reimpresión, México, 1979, pag. 239.

En efecto, también en este trabajo se ha sostenido el derecho que tiene el Estado para castigar a los delincuentes; nuestra posición no es anarquista, no se niega el derecho de penar; pero si se afirma que este derecho debe ejercerse dentro de -- ciertos límites, de los cuales hablaremos a continuación, como corolario de estas consideraciones sobre el derecho de penar.

2. LOS LIMITES DEL DERECHO DE PENAR.

Hemos dicho que el derecho de penar corresponde al Estado, y que éste lo ejercita en tres instancias: La legislativa, la judicial y la ejecutiva, mismas que corresponden a los tres poderes a través de los cuales se divide el Poder Público para su ejercicio.

En dicha virtud, para analizar los límites del derecho de penar se tendrá que dividir el presente estudio en tres incisos, para así poder precisar mejor nuestros puntos de vista. Así veremos entonces, en principio, a la esfera legislativa, -- posteriormente el ámbito judicial y, finalmente, a la etapa ejecutiva.

2.a) En la Esfera Legislativa.

Al hablar de un ámbito legislativo podemos derivar dos puntos a tratar: El Poder Legislativo y la Ley. Así, aunque someramente, habremos de hacer alusión a lo que es y lo que significa dicho Poder dentro de nuestra forma de Estado, porque es-

a este poder y su fruto -la Ley- al que nos referimos en este punto.

En principio, cabe señalar que nuestra República Mexicana es representativa, democrática y federal, o sea, que debido a que hoy en día es prácticamente imposible que se de la democracia directa, como antaño llegó a suceder en ciudades pequeñas, actualmente se tiene que recurrir a la "representación"; es decir, que el pueblo, en quien reside originariamente la soberanía, la ejerce por medio de sus representantes; en este caso, a través de sus diputados y senadores al Congreso, en sus cámaras respectivas. De aquí el carácter democrático y representativo de nuestra República.

Conviene destacar también que a este Poder Legislativo se accede mediante la elección popular; por lo que, de entrada, -tenemos ya una primera taxativa para la función del legislador: debe ser fiel representante del sentir de sus representados, -para poder así hacer llegar a las cámaras el consenso popular-respecto a tal o cual ley, y se empiece a estructurar, desde -un principio, la legitimidad de un acto.

Hasta aquí podemos decir que ya identificamos un límite al derecho de pensar; de carácter político si se quiere, en el sentido de que el legislador debe respetar y hacer llegar la vo--

luntad popular a las cámaras para que se tome en cuenta en la formulación de una ley; en este caso, de una ley penal.

Esta ley, como cualquier otra norma jurídica, es general, abstracta y obligatoria, ya que se elabora para todas las personas que puedan quedar comprendidas en el supuesto por ella señalado, pudiendo ser aplicable en los casos concretos que se lleguen a presentar durante su vigencia y, además, con carácter imperativo.

Pero además esta Ley Penal tiene otras dos características sumamente relevantes, como lo son el hecho de que además de establecer una conducta que se va a calificar de delictuosa, esto es, señalar un tipo, va a referirse a una conminación de retribución penal, a una amenaza, la llamada punibilidad de la norma; y por otra parte esta Ley también se constituye en la única fuente del Derecho Penal; ya que si recordamos que al tenor del artículo 7º de nuestro Código Penal "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", y que, a mayor abundamiento, también se dice que no hay delito sin ley que lo formule previamente (Nullum Crimen sine Lege), tenemos que apreciar que la Ley es un punto total en la materia penal. De-

aquí que destaquemos la función del Poder Legislativo, y que reiteremos que desde nuestro particular punto de vista, desde el hecho de establecer que equis conducta -acto u omisión- es un delito, se está ejerciendo ya el derecho de penar, pues se están sentando las bases para sus fases posteriores (la judicial y la ejecutiva).

Asentado que los dos conceptos integrantes de la norma jurídico penal son el tipo y la punibilidad, es necesario analizar los límites que existen en ambos casos.

Por lo que toca al tipo, aclarar: qué conductas va a establecer el legislador como delitos, hasta dónde puede decir que tal cosa es mala y conminarla con la amenaza penal. A esto podríamos contestar diciendo que las normas penales deben crearse sólo cuando sea estrictamente necesario para asegurar las condiciones de convivencia social; es decir, no se deben tipificar delitos arbitrariamente, sino que se debe analizar a profundidad aquello que se va a estimar como delito. Hay que pensar en el gran impacto que tiene esta Ley sobre las personas.

Además, no se le debe dar carácter mágico a la ley, y pensar que con la creación de más y más tipos delictivos se van a asegurar las adecuadas condiciones de convivencia

social; ya que, como dicen Franklin E. Zimring y Gordon J. Hawkins, "Los problemas sociales 'no se pueden resolver mediante leyes'.(82) O como también lo afirmara Enrico Ferri al decir -- que "los fenómenos delictivos son independientes de las leyes penales", y hay que recordar lo que este autor nos decía acerca de los factores exógenos del delito: el medio ambiente o la manera como éste condiciona al infractor.

Hoy mismo observamos una ola delictiva que ha puesto a dura prueba a nuestras autoridades, y se ve difícil que aumentando -- las penas, por ejemplo, al delito de robo, se acabe o mengüe la incidencia de éste; ya que no es con amenazas como se satisfacen necesidades, puesto que si bien es cierto que hay quienes -- han hecho de la vida delictiva su modus vivendi, también es verdad palpable, y triste por cierto, que muchos delincuen por hambre, por ignorancia, por falta de oportunidades de vida recta, por desorganización social en general.

Podemos concluir hasta aquí que para que el Poder Legislativo actúe en beneficio del pueblo, y así y sólo así debe hacerlo por mandato constitucional, debe tipificar a las conductas como delictivas en función de la necesidad social.

Sin embargo, el Estado no sólo debe conminar penalmente con

(82) Franklin E. Zimring y Gordon J. Hawkins, "La Utilidad del Castigo", Editores Ascidos, S.A., Primera Edición en español, México, 1977, pág. 16.

ductas que afecten las condiciones indispensables para la preservación de la coexistencia social, sino que también debe estar atento a que exista proporcionalidad entre el bien jurídico que tutela y la punibilidad. Y aquí ya podrían haber cuestiones de carácter axiológico, de estimativa jurídica.

En conclusión, podemos resumir diciendo que el Poder Legislativo, como una de las instancias al través de las cuales el pueblo ejerce su soberanía, para ejercer el derecho de venar - en la etapa legislativa debe estar atento a los procesos sociales de carácter político para que pueda hacer eco del sentir popular, y tipificar como delitos sólo aquellas conductas que afecten al orden social, y ante las que no quede otra opción - que manejarlas como delitos, debiendo guardar proporcionalidad entre el bien jurídico tutelado y la punibilidad que se vea a establecer.

2.b) En el Ambito Judicial.

Aquí se hará alusión a otro Poder, el Judicial, ya que se debe tener en cuenta, como lo asentamos en el Capítulo III, -- que "la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial", en términos del artículo 21 de nuestra Constitución Política.

Sin embargo, no basta con que citeamos el fundamento legal del derecho de imponer penas, que es a lo que también hemos -- llamado punición, sino que se hace necesario que tengamos en cuenta, nuevamente, el artículo 39 constitucional, relativo a que "Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste".

De tal suerte que, como en el inciso inmediato anterior, -- también el Poder Judicial tiene, en principio, la obligación -- de ejercer su derecho de imponer penas de manera que se protejan y satisfagan los intereses del pueblo.

Pero además del fundamento constitucional de la punición, -- que ya hemos mencionado, existe otra base para su aplicación, -- que es la propia punibilidad de la norma jurídico penal concreta; es decir, nos referimos al intervalo que establece el legislador como medidas -- un máximo y un mínimo -- para que se determine la pena que va a sentenciarse. Así por ejemplo, el legislador señala un determinado tipo penal y lo conmina con una amenaza de retribución penal, misma que va a comprender un máximo y un mínimo de penalidad, y dentro de ese margen el Juez va a elegir el punto específico.

Como se habrá podido observar, la autoridad judicial tiene otro límite en su actuar, que lo constituye el hecho de que no

puede imponer una penalidad mayor a la que el tipo penal correspondiente contenga en sí mismo con las características del caso. Esto de ninguna manera es novedoso ni de difícil concepción, ya que se le puede dar un enfoque de carácter casi matemático: de entre un 50 y un 100 de penalidad hipotética que prevea el legislador, la autoridad judicial no podrá sentenciar por arriba de ese 100. Empero, la cuestión se complica si nos preguntamos, bajo qué criterios se va a determinar la pena, o si se puede imponer una pena menor a la establecida, ya que las respuestas a estas interrogantes también van a establecer límites al derecho de penar, pues se deben tener en cuenta que en el ejercicio de este ejercicio se da el carácter imperativo-atributivo de la norma jurídica, en el sentido de que si bien constituye una facultad o atribución para hacer algo, también se trata de una obligación, de tal suerte que el Estado debe estar limitado tanto para imponer como para dejar de aplicar una pena.

En cuanto a la primera pregunta, cabe contestar que el Juez debe individualizar la pena de acuerdo a la personalidad y características del delincuente, así como en atención a los modos y circunstancias de ejecución del ilícito, o sea, conforme a la culpabilidad. Y así, una vez que se determina que alguien es culpable de un delito, en la medida de su culpabilidad determinar el punto específico que se le va a aplicar de la penalidad --

prevista.

Es obvio que lo anterior tiene un matiz de retribución, que nos recuerda a la Ley del Tali6n, pero no se puede negar que al decir "ojo por ojo", se establece un l6mite al poder estatal, - pues a nadie se podr6 imponer una pena mayor a su culpabilidad.

Ahora bien, tambi6n se dice que sin punici6n no hay intimidaci6n, y que el fin de 6sta es la prevenci6n general, y que -- por lo tanto, en aras de dicha prevenci6n hay que emplear "mano dura". Aqu6 surge otro l6mite al derecho de penar, ya que como nos dice Andenaes "el hombre debe ser tratado siempre como fin en s6 mismo, no s6lo como medio para otro fin"(83); de tal manera que el fin de la prevenci6n general mediante la punici6n, debe buscarse de acuerdo a la culpabilidad individual, y no castigar a alguien por las posibles conductas de otros, porque de lo contrario d6nde quedar6a la dignidad humana.

Por lo que hace a la posibilidad de que el Juez imponga una pena menor a la contemplada para determinado delito, debemos decir que el propio C6digo Penal da respuestas a este planteamiento, como por ejemplo en su art6culo 59 bis, que reza: "Cuando el hecho se repite por error o ignorancia inexcusable sobre la-

(83) Franklin E. Zimring y Gordon J. Hawkins, Op. Cit., p6g. 49

existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso".

Con lo anterior, nos proponemos confirmar el principio de legalidad que debe haber en el campo del Derecho Penal, ya que el Juez debe hacer uso de su arbitrio dentro de los señalamientos de la ley, e imponer así, si fuera el caso, una pena menor, pero en los términos que la ley le faculte.

De aquí se deduce parte de la importancia de la ley en la esfera penal, ya que así como destacamos en el Capítulo II lo relevante del Derecho Natural, aquí debemos darle un lugar muy especial al Derecho Positivo, porque si el primero satisface -- ciertas necesidades humanas, el segundo es la mejor expresión para satisfacer otras necesidades humanas, como son la regularidad y la certidumbre. Luego tenemos, que el estricto apego a la Ley en materia penal, le va a dar certeza a la trilogía de actos que se dan en un proceso de esta naturaleza, como son la acusación (el ministerio público), la defensa (el defensor) y la decisión (el juez); otorgando también, desde luego, seguridad y certidumbre tanto al acusado como al ofendido o la víctima.

Podemos afirmar entonces que si bien el Derecho Natural es-

muy importante para la formación del Derecho Penal, el Derecho Positivo es indispensable para su ejecución, sobre todo tratándose del derecho de penar, ya que aquí debe operar un positivismo estricto.

Pasemos ahora al último estadio donde se ejerce el derecho de penar, que es la etapa ejecutiva, donde se va a aplicar la pena en sentido estricto.

2.c) En la Etapa Ejecutiva.

Aquí vamos a hacer alusión al Poder Ejecutivo, recordando que nuestra Constitución Política dice al respecto, en su artículo 18, que "Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente."

Se hace necesario entonces, basándonos en el párrafo inmediato anterior, que también traigamos a la mente aquello de -- que el derecho de penar es una facultad y una obligación, pues como se habrá podido observar, el Estado tiene el derecho de ejercer su derecho de penar, con la obligación de organizar el trabajo y brindar capacitación y educación. Luego, el Estado podrá sancionar a los delincuentes, pero también tendrá que --

cumplir determinadas obligaciones para estructurar su sistema penal.

Lo que se ha señalado con anterioridad, respecto al contenido del artículo 18 Constitucional, también se puede observar en el artículo 2º de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, que en términos generales dice lo mismo.

Ahora bien, de todo lo antes dicho en este inciso, podemos deducir una palabra clave, que es muy relevante para organizar el sistema penal, nos referimos a la llamada readaptación, también denominada a veces rehabilitación social, ya que constituye el fin de dicho sistema.

Se advierte entonces que el Estado debe readaptar socialmente al delincuente ; empero, estamos conscientes de que nadie puede ser readaptado a la fuerza, ya que se requiere su pleno consentimiento. En consecuencia, no vamos a hablar de que el Estado tiene la obligación lisa y llana de readaptar a como de lugar. No, de ninguna manera, pero si tiene la obligación de poner los medios para que el delincuente se readapte. Sobre estos medios y su incumplimiento versaremos al final de este inciso.

Por otra parte tenemos que otro límite al derecho de pe--

nar en esta etapa lo establece la punición, ya que el fundamento de la pena es, propiamente, la punición.

Como se recordará, la punición se manifiesta en el momento en que el Juez, mediante una sentencia condenatoria, determina qué pena va a aplicarse, para que en la siguiente etapa se ejecute lo que ha ordenado, pues él es el facultado para imponer las penas que habrán de ejecutarse posteriormente.

En este marco de ideas podemos concluir que el Ejecutivo no debe aplicar pena alguna que la autoridad judicial no haya sentenciado, pues de lo contrario estaría violando el artículo 49 de la Carta Magna, en el sentido de que no pueden reunirse dos o más poderes en una sola persona o corporación.

Sin embargo, a pesar nuestro y en detrimento a nuestra --- Constitución Política, sí se pueden dar casos en los que el Ejecutivo determine la imposición de una pena. Como ejemplos de esto tenemos lo establecido por los artículos 88 y 89 del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra establecen:

Art. 88.- "Las sanciones privativas de libertad, siempre que excedan de un año, se entienden impuestas en calidad de retención hasta por la mitad más de su duración; así se expresará en la sentencia, sin que la omisión de este requisito sea -

obstáculo para hacerla efectiva."

Art. 89.- "La retención se hará efectiva cuando, a juicio del Ejecutivo, el condenado con esa calidad tenga mala conducta durante la segunda mitad de su condena, resistiéndose al trabajo, incurriendo en faltas graves de disciplina o en graves infracciones a los reglamentos del establecimiento penal."

De esta manera, al abrigo de estos artículos podemos ver al Ejecutivo dictando penas en contra de alguien que tuvo "mala conducta"; porque la retención, desde nuestro particular punto de vista, es el eufemismo de una sanción llamada privación de la libertad. Por lo que se puede inferir que se transgreden los artículos 14, 21 y 49 constitucionales, en cuanto al principio de legalidad, el monopolio de la imposición de las penas y la reunión de dos poderes en uno, respectivamente. En consecuencia, se hace necesario que se eviten estos desórdenes normativos y se le dé a la Carta Magna su justa dimensión y aprecio, limitando al Poder Ejecutivo, en materia de penas, a que acate lo que su diverso, el Judicial, le ordena.

Ahora bien, por otra parte, hemos dicho que el Estado no tiene la obligación de readaptar al delincuente, sino que debe poner los medios para que éste se readapte. Cabría preguntarse entonces: ¿Cuáles son esos medios? A nuestro entender esos me

dios son dos: TRABAJO y EDUCACION, pues el propio artículo 18 Constitucional, ya transcrito, así nos lo confirma.

No queremos decir con esto que el Estado esté obligado a dar un empleo o determinada carrera a un exdelincuente. No, lo que pretendemos va más allá, se trata de que el Estado sea el principal defensor de los derechos al trabajo y a la educación, consagrados como garantías individuales en los artículos 5º y 3º de nuestra Constitución General, respectivamente.

En efecto, por lo que toca a la educación es obvio que su propósito es erradicar el analfabetismo, la ignorancia, pues ésta, como ya se ha dicho, tamolen es un factor criminógeno; y si a esto le sumamos que aun hay quienes siguen sosteniendo el anacrónico aforismo de que "a nadie le es permitido ignorar — las leyes", pues peor todavía. Es por esto que se hace necesario precisar que la aplicación de dicho aforismo, hoy en día, no sólo resulta obsoleta sino además injusta y tirana, pues — "Digámoslo de una vez: supuesto un estado legal como el nuestro, el principio nemini licit ignorare jus con sus derivaciones es incompatible con toda otra ocupación ó profesión social que no sea la del derecho; incompatible, por tanto, con la vida." (84)

(84) Joaquín Costa, "La Ignorancia del Derecho", Manuales Soler, Primera Edición, Barcelona, España, s/f, pag. 33.

Por lo que respecta al trabajo, al derecho al trabajo, vi-
viendo en un Estado de derecho, que debe ser defensor de la li-
bertad: "Consecuencia natural y legítima de la libertad física,
es la de que el hombre pueda dedicar sus energías al género de
ocupación que más le agrade o le convenga, y la de poder dis-
frutar el producto de su trabajo". (85)

Así tenemos que el trabajo es un derecho y un deber socia-
les, que debe ser respetado, protegido y fomentado por todos,-
incluyendo, desde luego, al principal de todos: al Estado. Es
a éste a quien en principio le corresponde salvaguardar el de-
recho al trabajo; pero qué sucede en el caso de la pretendida-
readaptación social del delincuente, que el Estado lejos de --
operar como defensor del derecho al trabajo, funciona como ---
opresor del mismo, ¿Pues qué otra cosa hace al autorizar que se
se expidan las llamadas "constancias de antecedentes no pena--
les"?

Y así es, el pedir dichas constancias tanto en el sector -
público como en el privado para dar un empleo, es inconstitu-
cional, como ya se ha visto, no está previsto en la Ley Fede-
ral del Trabajo ni en la Ley Federal de los Trabajadores al --
Servicio del Estado, es contrario a la "Declaración Universal-

(85) José María Bonilla, "Los Derechos Individuales", Herrero -
Hermanos Sucesores, Segunda Edición. México, 1921, pág. 23

de los Derechos Humanos" y a los principios generales del derecho. Así se concluyó en la Comisión de Justicia Laboral durante la Consulta Nacional Sobre Administración de Justicia efectuada en la Procuraduría General de la República, el 19 de enero de 1983, y se agregó que debería de haber reformas legales para prohibir que se exigieran certificados de antecedentes no penales para dar un empleo, y que se debería de prohibir el acceso a los particulares a los registros criminológicos. (Excel^sior, 20 de enero de 1983.)

Pocos meses después, se presentaron las iniciativas de ley correspondientes, que propusieron nuevas leyes orgánicas para las procuradurías General de la República y de Justicia del Distrito Federal, que contenían, entre otros aspectos, lo relacionado con las constancias de antecedentes no penales. Y así, se dijo en la Exposición de Motivos de dichas iniciativas que la práctica de expedir estos certificados generalmente afectaba derechos laborales y que por sus consecuencias aparejaba una segunda sanción a personas que habían cumplido sus sentencias. Por lo anterior, en ambas leyes se previno que el Ministerio Público o la Policía Judicial sólo expedirán constancias de actuaciones o registros que obren en su poder, cuando exista mandamiento de autoridad competente que funde y motive su

requerimiento, o cuando resulte indispensable la expedición de dichas constancias para el ejercicio de derechos o el cumplimiento de obligaciones previstas por la Ley. (Uno más Uno, 21 de septiembre de 1983)

Sin embargo, ¿Qué sucede en la práctica?, que las buenas intenciones de la mencionada Exposición de Motivos se redactaron de manera confusa e indecisa en los textos de ambas leyes orgánicas, puesto que no se logró lo que se deseaba: prohibir que se exigieran, y más aún, que se expidieran, certificados de antecedentes penales como requisito para obtener un empleo. Cabe aclarar, que si decimos que las redacciones son confusas e indecisas, es porque, si se sabe que el trabajo es un derecho, cómo es que en las leyes se dice que se expedirán las mencionadas constancias cuando resulte indispensable para el ejercicio de derechos; luego, se advierte que el Legislador se influyó más por las ideas de la peligrosidad que por las de la culpabilidad y reafirmó así la misma situación de antes: seguir violando el derecho al trabajo a los que cuenten con antecedentes penales.

A mayor abundamiento, se puede corroborar lo que antes se ha manifestado viendo cómo se siguen expidiendo constancias de antecedentes penales hoy en día. Y aquí la responsabilidad -

es para el Estado, ya que hemos visto que una de sus funciones consiste en garantizar la efectividad de las garantías del gobernado.

En resumen, el Estado debe prohibir que estas constancias sean requisito para dar un empleo, y sólo debe informar de los registros criminológicos a las autoridades competentes que funden y motiven su requerimiento, negando así el acceso a cualesquiera otra persona.

Tomando como base estas consideraciones acerca de la educación y el trabajo como medios para la readaptación social del delincuente, se concluye que el Estado no sólo tiene límites para ejercer su derecho de penar en la etapa ejecutiva, sino que además tiene la obligación de poner los medios adecuados para que opere dicha readaptación. De tal manera que si no garantiza adecuadamente el derecho a la educación y si no protege como debe el derecho al trabajo, se caerá por su base la pretendida readaptación social del delincuente.

CONCLUSIONES

1. El hombre como ser biológico y social se encuentra ante dos tipos de leyes: las naturales y las sociales; las primeras en cuanto a su naturaleza viviente y, las segundas, por lo que hace a su carácter gregario, que le impule a organizar la convivencia con sus semejantes.

2. Las leyes naturales se ubican en el mundo del ser, son causal-explicativas, se refieren a las causas de los fenómenos naturales, nos los describen como necesarios, inviolables y fatales. Las leyes sociales se dan en el mundo del deber ser, ya que prescriben aquello que debe realizarse, son contingentes, su objetivo es normar los campos del obrar humano.

3. Las normas jurídicas junto con las morales y las religiosas, así como con las reglas del trato social, integran -- los órdenes reguladores de la conducta humana.

4. Las normas morales son autónomas, interiores, unilaterales e incoercibles; sin que deba entenderse que autonomía significa autonormatividad, sino libertad para reconocer espontáneamente una norma ética con valor objetivo y de carácter universal. Son interiores porque califican las intenciones de una conducta, ya interna, ya externa. Son unilaterales porque sólo se dan deberes sin que se concedan facultades

y son incoercibles porque es condición de su existencia el que no se observen por la fuerza.

5. Las reglas del trato social son heterónomas, exteriores, unilaterales e incoercibles. Heterónomas porque son impuestas por la colectividad en que se vive. Exteriores porque lo importante es que haya adecuación al precepto, independientemente de lo que se piense. Unilaterales por su carácter imperativo y no atributivo; e incoercibles porque no pueden imponerse por la fuerza. Además son reglas y no normas porque se fundan en bienes secundarios y contingentes, y no crean auténticos deberes como las normas, que se basan en bienes fundamentales y moralmente necesarios.

6. Las normas religiosas son heterónomas, interiores, unilaterales e incoercibles. Heterónomas porque se estima que las impone Dios, la divinidad, el Soberano Bien. Interiores porque lo que importa es la rectitud en el propósito, independientemente de los resultados. Unilaterales porque se dan sólo lo deberes; e incoercibles porque su observancia requiere espontaneidad.

7. Las normas jurídicas son heterónomas, exteriores, bilaterales y coercibles. Heterónomas porque las impone el Derecho de manera objetiva, o sea, sin considerar lo que el suje-

to obligado piensa en su intimidad; empero, desde un ángulo de estimativa política orientadora de la labor legislativa, es preciso que el Derecho que se ha de dictar goce del consenso más o menos general de aquellos a los que se va a dirigir. Exteriores porque les importan los resultados de una conducta y, de manera secundaria, los propósitos o intenciones. Bilaterales porque frente a un obligado hay un facultado; y coercibles porque los deberes que prescriben deben observarse a todo trance, inclusive por la fuerza.

8. La importancia de pensar sobre el concepto de derecho radica en que con ello se le va dando forma al entendimiento sobre el mismo, y se puede llegar así a una definición, ya que ésta, por su propia naturaleza, debe ser breve.

9. Las corrientes del pensamiento jusfilosófico que abordan con mayor amplitud el problema del concepto de derecho son la del Derecho Natural y la del Derecho Positivo.

10. El Iusnaturalismo forma parte de la Filosofía del Derecho, al cual pretende explicar con base en los valores que protege y los fines que persigue. No es una corriente uniforme, pues hay quienes encuentran su origen en Dios, en la naturaleza, en la razón, etc., sin embargo, todos coinciden en afirmar la existencia del Derecho Natural por encima o al lado--

del Derecho Positivo.

11. El estudio del Derecho Natural es muy importante para el progreso del Derecho Positivo, pues al hombre, como ser con razón, le es legítimo y necesario preguntarse el por qué de las leyes y de las instituciones sociales establecidas, para procurar así su evolución; ya que la Filosofía del Derecho no sólo sirve para interpretar la ley escrita, sino también para formar y demandando, llegado el caso, la creación o abrogación de otras leyes.

12. El Juspositivismo forma parte del Positivismo Filosófico, que se puede sintetizar en dos palabras: reacción antimetafísica.

13. Para el Positivismo Filosófico todo conocimiento se debe basar en la experiencia y debe tener un sentido práctico.

14. Los Juspositivistas tiene por denominador común el negar la existencia del Derecho Natural.

15. El Derecho Natural y el Derecho Positivo tienen la necesidad de coexistir, pues tan importante es la justicia como la seguridad.

16. El Derecho Natural viene a constituir la fuente de normas potenciales para el Derecho Positivo.

17. Desde el punto de vista evolucionista hay supremacía del

Derecho Natural, pero desde el ángulo de la certeza jurídica tiene preminencia el Derecho Positivo, ya que la sola aplicación del Derecho Natural sin la participación del Positivo -- traería una discrecionalidad que ocasionaría incertidumbre.

18. Desde el enfoque ontológico lo ideal es que las normas jurídicas sean intrínsecamente válidas (en sentido axiológico), que tengan validez extrínseca (vigencia) y que efectivamente rijan a una comunidad (eficacia).

19. Por todo lo anterior, el Derecho viene a ser un conjunto de leyes sociales, heterónomas, exteriores, bilaterales y coercibles, que se enmarcan en el mundo del deber ser como un orden regulador de la conducta humana, y que, informado por los principios del derecho natural e instrumentado por las técnicas del derecho positivo, conforma una unidad de normas, hechos y valores, que aspira a la realización de estos últimos en un régimen eficaz que logre el establecimiento de la justicia, la seguridad y el bien común.

20. En lugar del derecho de castigar se debe hablar del derecho de penar, ya que el término "castigar" es tan amplio -- que resulta impreciso; además el verbo "penar" como transitivo connota "imponer pena", y resulta que nuestro objetivo es el derecho que tiene el Estado para imponer penas.

21. El derecho de penar tiene dos fundamentos, uno de carácter sociológico y otro de naturaleza constitucional.

22. El fundamento sociológico del derecho de penar descansa en las limitaciones que impone la vida en sociedad, donde el Estado tiene la facultad de reprimir el delito y satisfacer -- los intereses lesionados y legítimamente protegidos por él.

23. El fundamento constitucional del derecho de penar lo encontramos en las facultades que se otorgan en la Carta Magna a los Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo, ya que el derecho de penar se da en estos tres estadios.

24. En la esfera legislativa se manifiesta el derecho de penar en la facultad para criminalizar conductas y establecer punibilidades a través de las leyes penales.

25. En el ámbito judicial el derecho de penar se refiere a la facultad de los jueces para sentenciar penas.

26. En la etapa ejecutiva se expresa el derecho de penar -- con la aplicación de la pena, o sea, con su ejecución.

27. La reacción social ante el delito durante su historia (venganza privada o de sangre, divina y pública) ha pasado de lo instintivo a lo reflexivo, monopolizando el Estado el ejercicio de la acción penal.

28. Acerca de la legitimidad del derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y en torno al fin de las sanciones se --

han destacado diversas escuelas jurídico-penales, como la Clásica, la Positiva, la Tercera Escuela, la Joven Escuela, la Defensa Social, etc.

29. La Escuela Clásica atendió más al delito; en cambio la Positiva tomó como punto cardinal al delincuente. Las otras Escuelas mencionadas procuraron ser Eclécticas.

30. La pena no debe confundirse con la medida de seguridad, puesto que ésta no tiene, entre otras cosas, el reproche moral que representa la primera.

31. La pena debe ser necesaria, no debe ser trascendente, - debe estar prevista en la ley e imponerse por la autoridad judicial por una conducta previamente señalada como delito, mediante una sentencia condenatoria y dentro de un proceso establecido por la ley con anterioridad al hecho que se juzga.

32. La pena tiene por fines: retribuir, readaptar y prevenir, de manera especial y general en este último caso. O sea, retribuir por el mal que se hizo, readaptar al delincuente y prevenir la incidencia de delitos.

33. El Derecho de Penar es la facultad y la obligación que tiene el Estado para, como organización jurídica de la sociedad y en los términos que esta última le demande, criminalizar conductas, sentenciar penas y ejecutar las sanciones de --

acuerdo a las leyes anteriores a la comisión del acto delictivo.

34. Es importante conocer el concepto, los elementos, las facultades y las obligaciones del Estado, para precisar en qué términos debe ejercer su derecho de penar.

35. La idea de Estado Moderno que surge en el Renacimiento, hoy día debe entenderse como Estado de derecho, o sea, como aquella organización política cuya función primordial radica en ser garante de los derechos del hombre, en respetar y hacer respetar los derechos naturales de la humanidad.

36. En el Estado Mexicano, de conformidad con su Constitución Política, la soberanía reside en el pueblo y el poder público dimana de éste, debiendo ejercerse por los poderes -Legislativo, Ejecutivo y Judicial- en beneficio del propio pueblo.

37. El Estado entraña dos dimensiones, una sociológica y otra jurídica.

38. El Estado tiene por elementos al pueblo, al territorio, al gobierno y a la soberanía.

39. El Derecho se destaca por ser quien organiza, legitima y limita el poder público.

40. El Estado sí tiene el derecho de penar, pero lo debe ejercer dentro de ciertos límites.

41. El Poder Legislativo, como una de las instancias al través de las cuales el pueblo ejerce su soberanía, para ejercer el derecho de penar en la etapa legislativa debe estar atento a los procesos sociales de carácter político para que pueda hacer eco del sentir popular, y tipificar como delitos sólo aquellas conductas que afecten el orden social, y ante las que no quede otra opción que manejarlas como delitos, debiendo guardar proporcionalidad entre el bien jurídico tutelado y la punibilidad que se vaya a establecer.

42. Con base en que todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste, el Poder Judicial debe ejercer su derecho de imponer penas de manera que se protejan y satisfagan los intereses del pueblo; además debe limitarse a sentenciar dentro de la penalidad que previamente haya previsto el Legislador (ni por encima del máximo ni por debajo del mínimo), de acuerdo a la culpabilidad del acusado; de tal manera que el fin de la prevención general mediante la punición, debe buscarse de acuerdo a la culpabilidad individual, y no castigar a alguien por las posibles conductas de otros.

43. Aunque el Derecho Natural es muy importante para la formación del Derecho Penal, el Derecho Positivo es indispensable para su ejecución, sobre todo tratándose del derecho de penar-

ya que aquí debe operar un positivismo estricto.

44. En la etapa ejecutiva el Estado puede aplicar las penas, pero sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Además el Poder Ejecutivo debe limitarse, en materia de penas, a cumplir lo que el Poder Judicial le ordena; es decir, le debe estar vedado imponer penas, como por ejemplo la retención.

45. El Estado debe ser el principal defensor del derecho al trabajo, como garantía individual que es. Por lo tanto, no debe permitir que se coarte la libertad al trabajo, autorizando que se expidan las constancias de antecedentes penales como requisito para la obtención de un empleo, ya que sólo debe informar de los registros criminológicos a las autoridades competentes que funden y motiven su requerimiento, negando así el acceso a cualesquiera otra persona.

46. Si bien el Estado no tiene el deber de readaptar al delincuente, si tiene la obligación de poner los medios adecuados para que opere dicha readaptación. En consecuencia, debe garantizar adecuadamente el derecho a la educación y, sobre todo, -- proteger el derecho al trabajo, sino ¿de qué manera quiere que se readapte una persona a la que no se le dan oportunidades de

vida recta?

47. Finalmente cabe agregar que, si bien es cierto que el Estado tiene el derecho de penar y que lo puede ejercer incluso por la fuerza, también es verdad que para lograr la prevención general del delito, más que ostentaciones de fuerza se requieren, entre otras cosas pero con especial relieve, manifestaciones de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia y vocación de servicio por parte de los gobernantes, y aún más, de los juzgadores, para que, por el fenómeno de la imitación, los gobernados vean en sus gobernantes y en todos los servidores públicos el ejemplo a seguir, ya que de lo contrario: ¿Con qué autoridad moral acusa el acusador?

B I B L I O G R A F I A

- AHPENS Enrique, "Curso de Derecho Natural", - Librería de A. Buret e Hijo, Cuarta Edición, México, 1876.
- BOYILLA José María, "Los Derechos Individuales", - Herrero Hermanos Sucesores, - Segunda Edición, México, 1921.
- CARRANCA y Trujillo Raúl, "Derecho Penal Mexicano", Ed. Porrúa, S.A., Décima Primera-Edición, México, 1977.
- CORTS Grau José, "Curso de Derecho Natural", - Editora Nacional, Tercera Edición, Madrid, 1964.
- COSTA Fausto, "El Delito y la Pena en la -- Historia de la Filosofía, -- UTEHA, Primera Edición, México, 1953.
- COSTA Joaquín, "La Ignorancia del Derecho", - Manuales Soler, Primera Edición, Barcelona, España, s/f.
- CROSSMAN R. H. S., "Biografía del Estado Moderno", Fondo de Cultura Económica, Primera Reimpresión, México, 1978.
- DE LA BARRERA Solórzano Luis, "Punibilidad, Punición y Pena", Ponencia presentada al - Primer Congreso Mexicano de - Derecho Penal, publicada en - el No. 1 de la Revista Mexicana de Justicia, correspondiente a Enero-Marzo de 1983.
- DE LA CUEVA Mario, "Teoría del Estado", Edición-Privada, Cd. Universitario, - México, 1969.

- DE PINA Rafael, "Diccionario de Derecho", Ed. Porrás, S.A., Primera Edición, México, 1965.
- DICCIONARIO de la Lengua Española, Décima Novena Edición, Madrid, 1970.
- DU PASQUIER Claude, "Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica", Librería e Imprenta Gil, S.A., Lima, 1944.
- GARCIA Máynez Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrás, S.A., Trigésimo Tercera Edición, México, 1982.
- "Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo", Ed. UNAM, Primera Edición, México, 1968.
- HART, H. L. A., "El Concepto de Derecho", Editora Nacional, Segunda Edición, México, 1978.
- HELLER Hermann, "Teoría del Estado", Fondo de Cultura Económica, Octava Reimpresión, México, 1977.
- JIMENEZ de Asúa Luis, "La Ley y el Delito", Editorial Sudamericana, Quinta Edición, Buenos Aires, 1967.
- Kelsen Hans, "Teoría Pura del Derecho, EUDE SA, Tercera Edición, Buenos Aires, 1963.
- "Teoría General del Derecho y del Estado", UNAM, Segunda Reimpresión, México, 1979.

- LE FUR y otros, "Los Fines del Derecho", --. UNAM, Primera Reimpresión, - México, 1981.
- OVILLA Mandujano Manuel, "Teoría del Derecho", Ed. --. UNAM, Quinta Edición, México, 1982.
- PAVON Vasconcelos Francisco, "Manual de Derecho Penal Mex- xicans", Ed. Porrúa, S.A., - Quinta Edición, México, 1982.
- PRECIADO Hernández Rafael, "Lecciones de Filosofía del- Derecho", UNAM, Primera Edi- ción, México, 1982.
- RECASENS Siches Luis, "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa, S.A., - Primera Edición, México, 1970.
- "Tratado General de Filosofí a del Derecho", Ed. Porrúa, - S.A., Séptima Edición, Méxi- co, 1981.
- RODRIGUEZ-ARIAS Bustamante Lino, "Ciencia y Filosofía del De- recho", Ed. Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1961.
- RODRIGUEZ Manzanera Luis, "Criminología", Ed. Porrúa, - S.A., Tercera Edición, Méxi- co, 1982.
- "Introducción a la Penología", (Apuntes para un texto, Méxi- co, 1978).
- SENIOR Alberto F., "Sociología", Méndez Oteo E- ditor, Sexta Edición, México, 1977.
- HILVING Helen, "Derecho Positivo y Derecho- Natural", EUNDEBA, Buenos Ai- res, 1966.

SOTO Pérez Ricardo,

"Nociones de Derecho Positivo Mexicano", Ed. Esfinge, S.A., Quinta Edición, México, 1975.

ZIMRING Franklin E. y Hawkins Gordon J.,

"La Utilidad del Castigo", - Editores Asociados, S.A., - Primera Edición en Español. México, 1977.

H E M E R O G R A F I A

- Excelsior, 20 de enero de 1983.

- Uno más Uno, 21 de septiembre de 1983.

LEGISLACION

- Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.
- Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.
- Ley Federal del Trabajo.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.