

ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

DELIMITACION DEL DERECHO PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO

Discurso leído el día 26 de junio de 1985, en la
solemne sesión de ingreso del Académico de Número

EXCMO. SEÑOR

DON AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR

y contestacion del

ILTMO. SEÑOR

DON JOSE ANTONIO GARCIA CARIDAD



LA CORUÑA
1985

DEPOSITO LEGAL: C-472 - 1978

VENUS artes gráficas, s. a. - LA CORUÑA

I

DISCURSO

DEL EXCMO. SEÑOR

DON AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR

Excelentísimos e Ilustrísimos Señores
Señoras y Señores

Es para mí motivo de especial satisfacción expresar, en primer lugar, el agradecimiento a los Excelentísimos Señores Académicos por mi elección como miembro de número de esta Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Lo tengo por altísimo honor, que agradezco en lo que vale.

Pero hay algo que en este momento especialmente me abruma: un recuerdo y una responsabilidad.

Un recuerdo, porque sucedo en la Medalla académica a Ramón Carballal Pernas, amigo desde mi juventud, que, por la relación fraternal que mantuvo con algunos de mis más cercanos parientes, hizo llegar hasta mí sus afectos y sus cariñosos consejos —tan necesarios al que se inicia en la vida del Derecho—, y algo más todavía que sobresale en mi memoria: su entrañable amor a Galicia y la búsqueda de perfección de su vida colectiva a través de lo que él conocía profundamente: el Derecho y su aplicación justa.

He aquí el otro motivo de mi preocupación en estos instantes, mi conciencia de responsabilidad al suceder entre vosotros a un jurisconsulto de la categoría de Ramón Carballal, persona dotada de tan especial sensibilidad y que, desde su juventud y hasta que nos dejó, dedicó sus afanes a la Administración de Justicia; pesada pero sublime carga, no siempre recompensadora por la incomprensión que a menudo genera. Ramón Car-

ballal a pesar de la absorbente actuación que su vida profesional le exigía —y cada vez con más fuerza, porque era uno de los llamados no sólo por su preparación profesional, sino también por su humanidad y su contacto diario con otras actividades—, tuvo tiempo para formar parte del Patronato de nuestra Universidad y hacer valer sus opiniones, siempre orientadas a impulsar el desarrollo cultural de Galicia.

Esta evocación de mi antecesor, turbada por la emoción en el recuerdo, voy a cerrarla, de propósito, en forma sucinta, tal como se hace en nuestras leyes rituarías —que al fin y al cabo es el lenguaje que con mucha frecuencia utilizamos, en el que se conjugan brevedad y concisión—, con solemnidad y sin frialdad: Ramón Carballal fue buen Juez, buen gallego y buen amigo. La impronta de su fuerte personalidad quedará por siempre entre nosotros. Así pues, no trato de sucederlo: mi mayor y único deseo es seguir su ejemplo.

En este Discurso de ingreso en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación intento delimitar el Derecho Penal en el ordenamiento jurídico, con especial atención a algunos de sus sectores más representativos. Trato de recoger en él las opiniones manifestadas por la doctrina científica europea al respecto, y añadiré la mía propia que, aun sabiendo modesta, expresa el resultado de años de meditación y entrega vocacional.

El Derecho Penal en su momento actual, suscita cuestiones que atraen nuestra atención y sobre las que queremos hacer unas reflexiones. Procuraremos reducirlas a consideraciones puramente jurídicas, separándolas, aunque relacionándolas, de las cuestiones filosóficas y sociológicas. El buscar otros orígenes, que puedan ser igualmente ciertos y válidos, es misión de la Filosofía, la Sociología u otras ciencias. Al jurista corresponde la visión de estos problemas desde la vertiente estrictamente jurídica y técnica. Así pues, queda por un lado la cuestión filosófica, por otro la sociológica, y entre ellas el Derecho Penal. El jurista con determinadas exigencias de hechos y valores tiene que ensamblarlos en un sistema jurídico. Queremos dar un concepto de la Ciencia del Derecho Penal, destacando el planteamiento de los problemas que están en discusión.

CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y DERECHO PENAL. DEFINICION Y CONCEPTO

Un primer paso puede ser distinguir la Ciencia del Derecho Penal del Derecho Penal mismo y precisar cuál es el objetivo de aquélla. En principio se puede considerar que la Ciencia del Derecho Penal es el estudio sistemático de las leyes existentes, que ha habido y que puede haber en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, la Ciencia del Derecho Penal puede ser enfocada desde dos puntos de vista: en sentido estricto y en sentido amplio. Según el primero, que goza de mayor número de seguidores en la doctrina, su misión se reduce al estudio sistemático del Derecho positivo. Para el segundo, el jurista ha de ampliar su esfera de actuación incluyendo —en «la Ciencia que estudia, interpreta y sistematiza el Derecho Penal»— otros factores que sirvan para captar su espíritu y ayuden a la comprensión de su finalidad y si no lo hace así se degrada «en una sucesión de fórmulas vacías» (1). No obstante, aun siguiendo el primer camino, es conveniente advertir que al hablar de Derecho positivo nos referimos no sólo al conocimiento de sus disposiciones, sino también a su contenido en sus relaciones internas, interpretación y estudio sistemático. Para decirlo con palabras de **Paoli**, «labor de análisis y síntesis, de agrupamiento y aislamiento, de modo que la masa de materia prima (las normas jurídicas), numerosas y a menudo diseminadas en Códigos, leyes especiales, decretos y reglamentos, resulte clara, y precisa y armónica en su construcción dogmática» (2). Por último, es conveniente también diferenciar la llamada dogmática jurídica de la Ciencia del Derecho entendida en sentido amplio, conceptos identificados por algunos autores. Si bien tanto la dogmática jurídica como la Ciencia del Derecho tienen por objeto de estudio el Derecho positivo, la primera hace dogma de los principios de este Derecho positivo a diferencia de la segunda, de la Ciencia del Derecho, que realiza

(1) Vid. **Hungría, N.**, «Derecho Penal y criminología», en «Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa», Buenos Aires, 1964, p. 611.

En general, sobre la «Ciencia del Derecho Penal», su concepto y naturaleza, vid. por todos: **Sáinz Cantero, J. A.**, «La Ciencia del Derecho Penal y su evolución», Barcelona, 1970, p. 14 y ss.

(2) **Paoli**, «Il Diritto Penale italiano», Padova, 1936, vol. I, 1, p. 3.

fuerte labor de análisis crítico sin aceptar con aquél carácter de dogma los principios del Derecho positivo (3).

Una vez que sucintamente hemos expuesto, a los solos efectos de introducción en nuestro trabajo, qué entendemos por Ciencia del Derecho Penal, pasamos ahora a su concepto, una vez realizada su delimitación en el ordenamiento jurídico. Pues cuando nos adentramos en el estudio de una materia se hace preciso como cuestión previa, señalar sus linderos, delimitarla, tratando así de alcanzar —una vez conseguida la delimitación— un concepto de ella.

Ante este primer problema de definir el Derecho Penal, los autores adoptan posiciones diametralmente opuestas. Para unos el dar una definición antes de conocer la materia es peligroso por estar sometida a continua revisión, es preferible desarrollar simplemente su contenido y así lo han hecho autores tan importantes como **Carrara** y **Weber**. Por el contrario entienden otros, postura más extendida, que la definición debe preceder al estudio de la disciplina e incluso adelantar en ella la toma de posición doctrinal. Dentro de esta última posición las definiciones se orientan por distintos criterios (4). Siguiendo un criterio subjetivo son las facultades que tiene el Estado para ejercitar el **ius puniendi** como sujeto de la actividad punitiva (5). Para el criterio objetivo supone «un conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia» (6). Esta definición de **Von Listz** fue seguida por la mayoría de los tratadistas si bien se hi-

(3) Para **Grispigni** «la actitud mental del jurista no debe ser crítica; por el contrario, la norma debe ser captada tal como es, como un dogma que no se quiere valorar». **Grispigni**, «Derecho Penal italiano», Buenos Aires, 1948, vol. I, p. 9.

Sobre la dogmática jurídica, vid.: **Engisch, K.**, «Einführung in juristische Denken», 3.ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 1964, p. 71 y ss.

(4) Sobre la definición y posiciones que suelen adoptarse al definir el Derecho Penal, vid. **Quintano Ripolles, A.**, «En torno al concepto de Derecho Penal» en «Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa», Buenos Aires, 1964, p. 253 ss.; vid. asimismo, **Sáinz Canteiro, J. A.**, «Lecciones de Derecho Penal. Parte General I, Introducción», Barcelona, 1979, p. 6 y ss. y nota 10.

(5) **Berner, A. F.**, «Lehrbuch des deutschen Strafrechtes», Leipzig, 1898, p. 1 s. Acerca del Derecho Penal entendido en su sentido subjetivo, vid., ampliamente: **Octavio de Toledo y Ubieta, E.**, «Sobre el concepto de Derecho Penal», Madrid, 1981, p. 307 y ss. y bibliografía allí citada. En concreto, sobre la configuración del **ius puniendi**, vid. **Cobo del Rosal, M.**, «Consideraciones generales sobre la concepción del poder punitivo del Estado», en «Revista de Derecho Público», n.º 63, 1976, p. 267 y ss.

(6) **Von Listz, F.**, «Tratado de Derecho Penal», traducción de Quintiliano Saldaña, Madrid, 1926, I, p. 5 y ss.

zo preciso introducir en las consecuencias las medidas de seguridad (7).

Por otro lado, no han de confundirse las expresiones definición y concepto. Así como la primera, según ya vimos, supone una delimitación, es expositiva y se atiene a la exteriorización léxica de un concepto (8), éste comprende un conjunto de experiencias, tiene una flexibilidad y elasticidad que no se encuentra en las definiciones al presentarnos a las Ciencias en un momento estático. Para **Hartmann** los conceptos no están terminados mientras una ciencia trabaja (9). Así pues, la definición es exteriorización, supone una expresión lingüística fácilmente retenible y repetible, y persigue móviles didácticos. Por tanto, aunque útil, no posee un valor científico total porque puede toda definición ser revisada y superada. Además hay muchas definiciones sobre un mismo objeto. El concepto, tiene mayor profundidad, valor especulativo más que útil. Tiene también alto significado científico, hace progresar la ciencia que es siempre arquitectura de conceptos en movimiento. Alcance significativo y dialéctico-espiritual.

Ante este problema de la definición y siguiendo el sistema tradicional, creemos que es conveniente formular una definición del Derecho Penal, en la que se especifiquen los rasgos fundamentales de nuestra disciplina. Ya **Berner** señaló que el que se adentre en una ciencia debe ser orientado en ella para

(7) **Mezger, E.**, «Tratado de Derecho Penal», traducción y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1935, I, p. 23 ss. **Maurach, R.**, «Tratado de Derecho Penal». Prólogo de **Octavio Pérez-Vitoria**. Trad. y notas de Derecho Español por **Juan Córdoba Roda**. Barcelona, 1962, p. 3 ss. **Jiménez de Asúa, L.** «Tratado de Derecho Penal», Buenos Aires, 1964, I, p. 27.

Como ha destacado **Antolisei**, las medidas de seguridad tienen el mismo carácter afflictivo que constituye la nota esencial de la pena (**Antolisei, F.**, «Manuale di diritto penale. 1) Parte generale», Milano, 8.ª ed., 1980, p. 608). Y como subrayan **Cobo y Vives**, para convencerse de la verdad de tal afirmación basta con repasar el catálogo de medidas de seguridad admitidas en Derecho Español en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y, a mayor abundamiento, en el Título VI del Libro I del Proyecto de L.O. de Código Penal de 1980. A juicio de **Cobo y Vives**, «si las medidas de seguridad tienen una naturaleza punitiva, no pueden dejar de pertenecer al Derecho Penal». (Vid. **Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S.**, «Derecho Penal. Parte General», tomo I, Valencia, 1980, p. 27).

(8) **Quintano Ripolles, A.**, «Curso de Derecho Penal», Madrid, 1963, I, p. 2. Sobre la delimitación de una ciencia señala **Serrano** que «el objeto de toda ciencia es su finalidad, y esto nos aclara mucho. Nos delimita precisamente esa ciencia». Vid. **Serrano Rodríguez, M.**, «Universalidad del Derecho y Unidad de la Ciencia». Separata de Anales de la Universidad Hispalense. Vol. XII, año 1962. Sevilla, 1962, p. 2. Del mismo autor vid. «Derecho Penal. Dogmatismo y culpabilidad. Recopilaciones de trabajos ya publicados y agotados», Sevilla, 1962, p. 10 s. que en conclusiones trata de si la definición debe explicarse al principio o al final de un estudio. Vid. también, sobre la definición en sentido objetivo y subjetivo, p. 135, 17 s. y 19 s.

(9) **N. Hartmann**, «Der Aufbau der realen Welt. Grundriss der allgemeinen Kategorienlehre». Berlin, 1940, p. 601 ss.

preservarlo de una falsa concepción (10). En este sentido de señalar los **rasgos fundamentales** de nuestra disciplina, insisto en ello, se puede definir el Derecho Penal como **el sector del ordenamiento jurídico que establece y regula normativamente las conductas criminales estableciendo las correspondientes penas y medidas de seguridad.**

Para llegar al esclarecimiento del concepto del Derecho Penal hemos de partir de una base previa: su situación dentro del ordenamiento jurídico (11). Este ordenamiento viene determinado por un conjunto de reglas de conducta que hacen posible la convivencia social limitando la actividad individual. En principio, todo Derecho consiste en normas que prescriben un comportamiento externo (12) y estas normas no se encuentran aisladas sino que constituyen un sistema que ha de ser aplicado espacial y temporalmente. Espacialmente, con referencia al ámbito de una comunidad jurídica determinada por el Estado; y temporalmente, respecto al momento en que se aplica la norma o para el que se considera válida. El comportamiento externo prescrito por la norma ha de ser impuesto mediante la actuación del Estado que es el principal portador, el sujeto, del ordenamiento jurídico (13). El Estado garantiza, defiende y tutela el ordenamiento jurídico limitando el excesivo poder de los individuos y regula de manera obligatoria las relaciones de los

(10) Cit. por **Sergiewski**, «Das Verbrechen und die Strafe als Gegenstand der Rechtswissenschaft. (Die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft)», en «ZStrW.», I, 1881, p. 211.

(11) No tratamos en el texto la cuestión de la denominación de nuestra disciplina por entender con **Jiménez de Asúa** que los simples cambios de palabras no suelen alcanzar el fondo de las cuestiones y por lo general dejan intactas las viejas creencias, por ello es preferible cambiar los contenidos sin tocar la denominación tradicional. Vid. «Tratado», I, p. 25. Sobre la denominación «Derecho Penal» o «Derecho Criminal», vid. **Mezger**, «Tratado de Derecho Penal», Madrid, 1946, 2.ª ed., I, p. 27 ss. **Maurach**, «Deutsches Strafrecht», Allg. Teil. Karlsruhe, 1954, p. 4. **Sauer**, «Derecho Penal. Parte General», Barcelona, 1956, trad. J. del Rosal y J. Cerezo, p. 7. **Walzel**, «Derecho Penal», p. 21. **Antolisei**, «Manuale di Diritto Penale. Parte Generale», Milano, 1980, p. 1. **Del Rosal**, «Nuevo sentido del Derecho Penal», Valladolid, 1942, p. 31. **Quintano** considera también que la cuestión de la nomenclatura ofrece menor trascendencia **En torno al concepto**, cit. p. 252 y en el mismo sentido **Antón Oneca** cuando dice: «Nosotros damos una **importancia muy relativa** a la cuestión, ya que se trata de mera terminología. Usaremos normalmente: Derecho Penal, por ser el nombre más frecuente en España; pero en ocasiones hablaremos de Derecho Criminal para evitar repeticiones de palabras». («Derecho Penal. Parte General». Apuntes de Cátedra publicados por el ICADE redactados por Carlos María de Landecho, S.J., Madrid, 1966, p. 13).

En cualquier caso en lo que concierne a este tema puede verse **Landrove Diaz, G.**, «Sobre la denominación y naturaleza del Derecho Penal», en «Estudios Penales», I, Santiago de Compostela, 1977, p. 251 y ss.

(12) Este comportamiento puede consistir en un **hacer** u **omitir** y se distingue de las normas que imponen un comportamiento interno, por ejemplo la Religión y la Moral. **Nawiasky, Hans**, «Teoría General del Derecho». Trad. J. Zafra, Madrid, 1962, p. 30; **Hart, H. L. A.**, «El concepto de Derecho», Méjico 1980, p. 7 y ss.

(13) **Nawiasky**, «Teoría», cit., p. 43.

hombres con el Estado y entre sí. Para ello actúa valiéndose de una coacción externa directa, o mediante la imposición de una sanción. A juicio de **Nawiasky** esta última se emplea cuando la transgresión de la norma se ha producido sin que sea posible deshacer lo hecho: por ejemplo, en el asesinato. En este supuesto, entiende, la voluntad de la norma no puede hacerse valer sino logrando que el transgresor del mandato sienta a toda costa la fuerza del Derecho, retribuyéndole su transgresión jurídica (14). El conjunto de normas dictadas para mantener la coexistencia social es el Derecho (15) que siguiendo a **Radbruch** se puede definir como «el conjunto de normas generales y positivas que regulan la vida social» (16).

NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

Uno de los sectores del ordenamiento jurídico es el Derecho Penal que dentro de la estructura general desempeña papel primordial de defensa, y en su caso sanción, de los otros sectores. Como sector del ordenamiento jurídico su función ha de ser también la regulación de las relaciones sociales, protegiendo los valores fundamentales del individuo y de la comunidad, sirviéndose para ello de la conminación e imposición de sanciones penales a los que atenten contra ellos (17). Es necesario e insustituible como instrumento para ordenar la paz dentro de la coexistencia humana, sobre los tres puntales de referencia de la estimación jurídico-penal: delito, pena y delincuente, reforzada con la constante apelación a la culpabilidad (18).

-
- (14) **Nawiasky**, «Teoría», cit., p. 34. No compartimos esta opinión, porque, a nuestro entender, puede y debe imponerse la sanción aun en aquellos casos en que es posible deshacer lo hecho: por ej. en alguno de los delitos contra el patrimonio y, por otro lado, la pena, no tiene como único fin la retribución.
- (15) Vid. **Sauer**, «Die Gerechtigkeit. Wesen und Bedeutung im Leben den Menschen und Völker», Berlín, 1959.
- (16) **Radbruch**, G., «Introducción de la Filosofía del Derecho». México-Buenos Aires, 1951, p. 47. Sobre la definición del Derecho, vid. **Scarpatti**, «Il problema della definizione e il concetto di Diritto», Milano, 1955. **Heck**, «El problema de la creación del Derecho», Barcelona, 1961. **Kantorowicz**, «La definizione del Diritto», Torino, 1962. **Frosini**, «La struttura del Diritto», Milano, 1962. **Hart**, H. L. A., «El concepto de Derecho», Méjico, 1980.
- (17) Vid. **Stampa Braun**, J. M., «Introducción a la Ciencia del Derecho Penal», Valladolid, 1953, p. 10. **Jescheck**, H. H., «Tratado de Derecho Penal. Parte General», vol. 1.º, (trad. y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), Barcelona, 1981, p. 3 y ss.
- (18) Vid. **Del Rosal**, «Algunas reflexiones sobre el discurso de S.S. Pío XII al Congreso Nacional de la Unión de juristas católicos italianos, en especial sobre «reparación» y «expiación» de la culpa», en «Estudios jurídico-sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra», Universidad de Santiago de Compostela, 1960, II, p. 1.066 s.

A primera vista pudiera parecer que el Derecho Penal ha de tener carácter puramente sancionador o secundario (19), pero no es así. Sobre el carácter secundario del Derecho Penal (20), según el cual sólo se pone en movimiento cuando fallan los medios coactivos de las otras ramas jurídicas, conviene indicar que no es lo mismo secundariedad que accesoriedad: esta última supone dependencia del Derecho Penal, pero no carácter secundario. Según la fórmula de **Maurach**, el Derecho Penal, en principio, es independiente en sus **efectos** y relativamente dependiente en sus **presupuestos**. Las posiciones ante este problema las divide así: por un lado la que considera su carácter secundario frente a las otras ramas del Derecho, no puede configurar independientemente sus propios presupuestos, ha de acudir a los conceptos de las otras disciplinas. La otra postura doctrinal mantiene la independencia total del Derecho Penal tanto en la selección y aplicación de medios coactivos como en la configuración de sus presupuestos. El Derecho Penal ha de tener, según esta orientación, su propia terminología y concepto de lo injusto. Un injusto jurídico-penal independiente del Derecho Civil, Administrativo, etc. fue mantenido por **Hegel** que lo representó como una oposición consciente a la voluntad colectiva, a diferencia de lo injusto jurídico extrapenal que supone una oposición inconsciente a esa voluntad. Este criterio, señala

(19) Las normas pueden ser **primarias** o materiales, que prescriben una conducta, y **secundarias** o sancionadoras, que ordenan a los Organos de la tutela jurídica imponer una medida de apremio o una pena a los infractores. Por ej.: Norma primaria: No debes matar, bajo pena grave. Norma secundaria: Si alguien, no obstante, mata, las personas designadas para ello deberán imponerle la pena grave señalada. **Nawiasky**, «Teoría», cit., p. 36 y 148. Vid. también, **Zippelius**, **R.**, «Einführung in die juristische Methodenlehre», München, 1974, p. 36 y ss.

(20) Vid. especialmente **Stampa** sobre la pretendida naturaleza secundaria del Derecho Penal en su libro «Introducción a la Ciencia del Derecho Penal», cit., p. 35 y ss. y bibliografía que cita. **Rocco**, **A.**, «Sul cosiddetto carattere sanzionatorio del Diritto Penale», en «Giurisprudenza italiana», LXII (1910) y «L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale», en «Opere giuridiche», I, p. 60.

Sobre la discutida cuestión de la independencia del Derecho Penal de los otros Derechos o si, por el contrario, se trata de un Derecho auxiliar, Vid. **Legros**, **R.**, «Essai sur l'autonomie du Droit pénal», en «Revue de Droit Pénal et de Criminologie», Noviembre, 1956, p. 143-176. Para **Binding** el Derecho Penal tiene mero carácter sancionador, es sólo una parte del ordenamiento jurídico. «El Derecho Penal no puede ser considerado aisladamente; se debe estudiar en su unión vital con las otras ramas del Derecho; como parte del total sistema del Derecho positivo». **Binding**, «Handbuch des Strafrechts», Leipzig, 1885, p. 10. Vid. también de **Binding**, «Die normen und ihre Übertretung» y la exposición que de su teoría hace **Stampa** en su citado libro «Introducción a la Ciencia del Derecho Penal». También **Armin Kaufmann**, «Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie», Göttingen, 1954, p. 273 ss., del mismo, «Teoría de las normas», Buenos Aires, 1977, p. 17 y ss.

En la reciente doctrina española, sobre el tema de la llamada naturaleza secundaria del Derecho Penal, vid. por todos: **Cerezo Mir**, **J.**, «Curso de Derecho Penal español. Parte General», I, 2.ª ed., Madrid, 1981, p. 62 y ss.; **Rodríguez Devesa**, **J. M.**, «Derecho Penal Español. Parte General», 8.ª ed., Madrid, 1981, p. 24 y ss., y bibliografía citada en estos lugares.

Maurach, fracasa ante la existencia del delito culposo. Posición distinta mantiene **Merkel** al afirmar el criterio de la unidad de lo injusto. Esta última orientación se ha impuesto y es la que goza de mayor predicamento (21). Por otro lado, ya **Grispigni** había señalado el carácter **ulteriormente** sancionatorio del Derecho Penal, subrayando así la diferencia esencial entre su postura y la de **Binding**, ya que para este autor el Derecho Penal es **meramente** sancionador, sólo estaría compuesto de sanciones. Para **Binding** «el Derecho Penal no puede ser considerado aisladamente; se debe estudiar en su unión vital con las otras ramas del Derecho; como parte del Total sistema positivo» (22). Esta posición de **Binding** es la lógica consecuencia de su concepción del Derecho Penal como mero Derecho sancionador. Para el autor italiano, en cambio, es **ulteriormente** sancionador, lo que no implica ninguna diferencia de estructuración con todas las otras normas jurídicas (23). Las razones que señala para considerar el carácter sancionador o complementario del Derecho Penal, frente al ordenamiento jurídico considerado en su unidad, son las siguientes: a) Los preceptos primarios del Derecho Penal se hallan ya expresa o implícitamente contenidos en los preceptos de otras normas jurídicas, es decir, que toda conducta humana reprimida como delito, **además** de estar prohibida por el precepto penal, lo está **también** por otra norma no penal; b) La sanción penal que sigue el delito sirve de complemento y refuerza a la otra sanción no penal, establecida por la norma jurídica que «**con anterioridad**» al Derecho Penal, ha prohibido la misma conducta. Según resulta de estas proposiciones —continúa **Grispigni**— al afirmarse el carácter sancionador del Derecho Penal, no se admite que esté formado solamente por sanciones y que el precepto esté en una norma distinta, que

(21) **Maurach**, «Tratado», cit., I, p. 30 y ss. **Quintano**, después de destacar que la inserción de lo penal en el Derecho no presupone para el Derecho Penal una función secundaria y meramente sancionadora dice: «tengo por insostenibles, por parciales, las dos soluciones extremas de subordinación o de plena independencia que en tan discutida materia suelen adoptarse». Vid. **Quintano**, «En torno al Concepto de Derecho Penal», cit., p. 250 y ss.

(22) **Binding**, «Handbuch des Strafrechts», Leipzig, 1885, p. 10.

(23) **Grispigni**, «Derecho Penal italiano», cit., I², p. 177, nota 165. Vid. también de este autor, «Il carattere sanzinatorio del Diritto Criminale», en «Rivista di Diritto e Procedura Penale», 1920, p. 225 y ss.

También **Rivacoba, M.**, «El centenario del nacimiento de Dorado Montero», Santa Fe, 1962, p. 118 y s., donde al tratar de la función tutelar del Derecho Penal, de especial importancia por dirigirse a los bienes más preciados y a veces constitutivos e irrenunciables del ser humano, se refiere a la función garantizadora y ulteriormente sancionadora del Derecho Penal.

representaría algo así como el presupuesto de la ley penal según la conocida teoría de **Binding**, sino que hemos de reconocer que toda norma penal está compuesta, como cualquier otra norma jurídica, de dos elementos: precepto y sanción. En consecuencia, el significado que **Grispigni** da a la expresión «carácter sancionatorio» es muy distinto del que le atribuye **Binding** y **Kitzinger**. Para estos autores el Derecho Penal está constituido solamente por el precepto secundario de la norma, por lo que tendría carácter secundario o sancionatorio. Para **Grispigni** tanto el precepto primario como el secundario están contenidos en la norma penal (24).

La función del Derecho Penal no consiste solamente en imponer una sanción sino que también prevé el supuesto punible (25). Esto nos demuestra una vez más, su amplitud, que abarca tanto las normas primarias como las secundarias: aquéllas porque tipifica el supuesto fáctico acompañado de la consiguiente prohibición, y a las segundas por determinar la consecuencia penal.

RELACIONES CON OTROS SECTORES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

Entre los sectores que componen el ordenamiento jurídico existen relaciones que en ocasiones son estrechas. A veces, y por una quizá excesiva especialización, el estudio del Derecho Penal se relaciona con sectores varios. Así ocurre con las relaciones patrimoniales a las que se hace referencia no sólo en el Derecho Civil sino también en el Derecho Penal y en otras disciplinas que hoy gozan de independencia. Pero la existencia de

(24) **Grispigni**, «Derecho Penal», cit., 1², p. 176 y ss.

(25) Para **Petrocelli**, precepto y sanción son dos elementos inseparables que en la norma surgen y funcionan juntos como un solo ente. A su entender «la división de la norma en dos elementos, el precepto y la sanción, si bien responde a una evidente necesidad del análisis, no debe, en manera alguna, inducir a considerarlos como entidades separadas que operan, casi, cada una en un mundo distinto». «Delito y punibilidad», en «Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Jiménez de Asúa», Buenos Aires, 1964, p. 294 y s.

La opinión dominante en la actualidad afirma la autonomía del Derecho Penal: vid., por ejemplo, **Cabo Del Real y Vives Antón**, «Derecho Penal. Parte General», I, cit., p. 34 y s.; **Rodríguez Mourullo**, «Derecho Penal. Parte General», Madrid, 1978, p. 35 y s.; **Sáinz Canteiro**, «Lecciones», I, cit., p. 33 y ss.

este ordenamiento no es obstáculo para la propia sustantividad de cada sector jurídico (26).

Esto nos conduce, en el sector penal, a la distinción entre Derecho Penal sustantivo relativo a la conducta, contemplada en la norma primaria, y un Derecho Procesal Penal.

Es imprescindible considerar al proceso penal como punto de referencia a la forma de «cómo» se realiza el Derecho Penal, pues en otro caso quedaría borrada la línea divisoria entre el Derecho Penal y Derecho Disciplinario. Por ello, se recuerda, que así como en otras ramas del Derecho el proceso viene a ser la excepción, en el Derecho Penal ocurre precisamente lo contrario: el proceso como modo de actuación del Derecho Penal viene a ser la regla. El proceso penal está vinculado de manera íntima al Derecho Penal hasta el punto de que en algunos sistemas, como el **Common law**, en el que la actividad creadora de sus Tribunales ha tenido su instrumento de creación en los **writs** o actos de procedimiento dándose el caso de que el Derecho sustantivo procede del que en el Continente es adjetivo (27), lo fundamental es el procesal y lo adjetivo el Derecho Penal e incluso algunas causas de justificación tienen un carácter procesal y se consideran como medios de defensa (28). Así como el Derecho privado puede existir y cumplirse sin proceso y solamente cuando deja de observarse el Derecho es cuando tiene lugar el proceso (29), el Derecho Penal es inconcebible sin él a no ser que retrocedamos nuevamente a los tiempos de la venganza privada (30). El aforismo de **Mommsen** al comparar al Derecho Penal sin procedimiento a un mango de cuchillo

-
- (26) Vid. **Silva Melero, V.**, «Relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Penal». (Introducción a su estudio), en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Madrid, 1948. I, p. 246: «En lo que se refiere a los conceptos fundamentales, el Derecho se nos presenta como unidad, y su división en ramas, con sustantividad propia; por lo demás, no constituyen más que diferencias de orden estructural y funcional, ya que desde el punto de vista de la finalidad, todas ellas tienen por objeto colaborar al bien común, instaurando en la sociedad un orden de justicia». Del mismo autor vid. también «El llamado Derecho Penal administrativo en las direcciones contemporáneas», en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Madrid, 1960, p. 27-35. Vid. asimismo, **Rodríguez Mourullo**, «Derecho Penal», cit., p. 26 y s.
- (27) Vid. **Hood Phillips, O.**, «A first book of English Law», p. 7.
- (28) Vid. **Grünhut**, «Das englische Strafrecht», en «Das ausländische Strafrecht der Gegenwart», Berlín, 1959, III, p. 139 y ss.
- (29) **Silva Melero**, «Relaciones», cit., p. 249: «...al revés de lo que ocurre con el Derecho Civil, que puede delinirse y tener realidad de un modo extraprocesal».
- (30) **Gualart**, «La Teología Penal de Santo Tomás de Aquino», Zaragoza, 1958, p. 43. Sobre la íntima relación entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, vid. por todos: **Rodríguez Devesa**, «Derecho Penal. Parte General», cit., p. 14 y ss.

sin hoja y al procedimiento sin un Derecho Penal, a una hoja sin mango, es lo suficientemente expresivo y representa gráficamente más que una relación íntima —dice **Quintano**— una identidad fundamental (31). También se manifiesta la vinculación entre estas dos ramas por la participación del Juez. El Juez penal al comenzar el procedimiento ha de considerar si existen o no indicios racionales de criminalidad, si aquella determinada conducta del sujeto puede ser incluida en alguno de los artículos del Código Penal. Desde el primer momento se enfrenta ya con conceptos jurídicopenales a diferencia del Juez civil que al iniciar su actividad se limita a utilizar el Derecho adjetivo.

Todo ello ha llevado a **Carnelutti** a decir que la teoría del delito, la de la pena y la del proceso son las tres partes fundamentales del estudio del Derecho Penal (32). Sin embargo, con posterioridad consideró que del hecho de que la pena deba ser aplicada por los órganos jurisdiccionales se deduce que pertenece al Derecho Procesal y no al Derecho Penal sustantivo. Según **Carnelutti**, y en nuestra patria **Fenech**, del ámbito de lo penal sustantivo debe segregarse todo lo relativo a la pena, porque pertenece a la ejecución. En su «**Prolusione**» destaca que «el juicio como la pena comienzan donde termina el delito». A su entender «entre el derecho penal material y el procesal es, pues, inevitable una rectificación de confines. La teoría de la pena de último capítulo del derecho penal material debe convertirse en el primero del derecho penal procesal. Es probable —sigue diciendo el maestro italiano— que el derecho penal material no se dé cuenta siquiera de la pérdida; los grandes tratados de derecho penal no verán disminuida su mole majestuosa al eliminar las pocas páginas apresuradas que en cada uno de ellos se acostumbra a dedicar a aquel omisible tema que es la pena» (33).

-
- (31) **Quintano Ripolles, A.**, «Compendio de Derecho Penal», Madrid, 1958, I, p. 13. **Stampa**, «Introducción a la Ciencia del Derecho Penal», cit., p. 52. Señala **Serrano** («Universalidad del Derecho», cit., p. 11 y s.), las dificultades que se presentan en ciertos casos al intentar la separación procesal del derecho sustantivo: «Las confusiones, como todas a mi juicio, parten de establecer separaciones tajantes en lo que son límites difuminados, pasos imperceptibles, podíamos decir, ligazón real de las cosas, o más aun identidad». Vid. **Mommsen**, «El Derecho Penal Romano», trad. Dorado Montero, I, p. 1 y s.
- (32) **Carnelutti**, «Teoría general del delito», Madrid, 1941, trad. de V. Conde. Prólogo a la traducción española de J. A. Rodríguez Muñoz, p. 13.
- (33) **Carnelutti**, en «La lucha del Derecho contra el mal», «Prolusione», traducida y publicada por **Fenech** en su «Derecho Procesal Penal», Vol. I, 3.ª ed., Barcelona y otros, 1960, p. 6 y ss.

En el mismo sentido **Fenech** cuando destaca que «la caracterización como «procesales» de instituciones hasta ahora consideradas como integrantes de otras disciplinas amplía el contenido del Derecho procesal. Tal es el caso de la problemática de la pena, reivindicada para el Derecho procesal por **Carnelutti** y que hasta ahora fue objeto —aunque menospreciado— del Derecho Penal» (34). Pero, como objeto **Grispigni**, una ciencia del Derecho Penal sin pena quedaría reducida a su mínima expresión, ya que la sanción es inseparable del precepto y es imposible reconocer en el ámbito de todo el ordenamiento jurídico cuáles hechos constituyen delitos y cuáles ilícitos extrapenales, si no se atiende a la sanción que va unida a ellos (35).

Hasta tal punto se relacionan el Derecho Penal sustantivo o material y el Derecho Penal procesal que es frecuente encontrar en los Códigos Penales disposiciones de carácter procesal (por ejemplo en los artículos 113 ss., 325, 443, 466, 467) y en las leyes procesales preceptos de matiz sustantivo. Esta confusión fue motivada por la unión existente durante siglos en los cuerpos legales que regularon conjuntamente ambas disciplinas y aún hoy la importancia del Derecho procesal se hace evidente

(34) **Fenech**, «Derecho Procesal Penal», cit. I, p. 33. Y más adelante (p. 60) insiste en esta posición: «El desarrollo de la disciplina jurídica procesal penal tiene ante sí un amplio panorama que no se agota con el estudio de las materias que consuetudinariamente se consideraban como su objeto. Se ha derribado la falsa muralla que encerraba el recinto y que nos hacía detener nuestro trabajo en los resultados o efectos de la sentencia penal, considerando agotada nuestra labor con el estudio del proceso de declaración. Hoy nos consideraríamos defraudados si al estudio del proceso de declaración no lo siguiera, equiparado en rango de tratamiento científico, el estudio del proceso de ejecución penal, reivindicando el estudio de la pena (en su doble aspecto de medida penitenciaria y de medida de seguridad), la aplicación de cada una de ellas según su naturaleza y fines, así como las instituciones que mitigan el rigor de la condena, para terminar con el estudio del resultado del cumplimiento y expiación de la pena». La última parte del Vol. II (p. 1.249 y ss.) está dedicada a la ejecución de las penas. En p. 1.256 insiste en su posición de incluir el estudio de la pena en la problemática del Derecho Procesal. Vid. también el «Prólogo de la edición anterior», p. XVII ss.

(35) Vid. **Grispigni**, «Derecho Penal», cit., I², p. 238, nota 249.

En este sentido cabe afirmar que modernamente la doctrina no sólo reconoce la pena como institución medular del Derecho Penal, sino que incluso algunos autores han llegado a considerarla como un concepto nuclear de nuestra disciplina, produciendo así un desplazamiento desde el estudio de la teoría jurídica del delito hacia la teoría de la pena. Desplazamiento debido, sobre todo, a las aportaciones de **Roxin** en Alemania. Vid. **Roxin, C.**, «Sentido y límites de la pena estatal», en «Problemas básicos del Derecho Penal» (trad. de D. Luzón Peña), Madrid, 1976, p. 11 y ss.; del mismo autor, «Prävention und Strafzumessung», en «Festschrift für H. J. Bruns», Köln, Berlin, Bonn, München, 1978; **Callies, R. P.**, «Theorie der Strafe in demokratischen und sozialen Rechtsstaat», Frankfurt am Main, 1974. En nuestra patria vid. entre otros: **Luzón Peña, D. M.**, «Medición de la pena y sustitutivos penales», Madrid, 1979; **Mir Puig, S.**, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», Barcelona, 1979.

pues sólo a través del proceso, cuando se pone en marcha, puede cumplirse el Derecho Penal (36).

Al lado de las normas sustantivas se desarrollan paralelamente los preceptos penales con la misión de asegurar el orden social, aunque no todo ataque contra éste suponga la actuación penal, su campo de actuación es mucho más limitado: solamente los ataques al orden protegido, especialmente cuando son peligrosos o reprobados. Todos los sectores del Derecho tienen sus propios medios de defensa y protección. El Derecho Penal no pretende abarcar todo el injusto, sino solamente un especial sector del mismo, las formas más graves, intolerables, del comportamiento antijurídico (37). En algunas ocasiones los bienes jurídicos se protegen por primera vez en el Derecho Penal, como la vida y la integridad corporal, pero, una vez que ha intervenido la ley penal, también las otras ramas del Derecho resultan alteradas; por ejemplo, el resarcimiento por hechos ilícitos, obligación **ex delicto** (38). Ello es la lógica consecuencia de la unidad del ordenamiento jurídico, ya que al producirse en él una alteración repercute en todas sus ramas.

De este paralelismo parece deducirse que todo precepto penal corresponde a una norma de conducta, salvo raras excepciones, pero no toda norma de conducta tiene correspondencia con un precepto penal, ya que en ocasiones es suficiente una protección que no alcanza la categoría de sanción penal (39). Todas las veces que la tutela de un bien jurídico pueda asegurarse con sanciones de menor gravedad, no deben utilizarse las graves que se reservarán para los casos más intole-

(36) **Silva Melero**, «Relaciones», cit., p. 249. **Garrido Falla**, «Tratado de Derecho Administrativo», Madrid, 1982, I, p. 154: «...la función de tutela y garantía que el Estado presta al orden jurídico, ya reprimiendo las violaciones más graves (Derecho Penal), ya ordenando las formas y modos de realizar la protección jurídica (Derecho Procesal)».

En la actualidad la opinión dominante en la doctrina considera que, en efecto, el Derecho Penal Material y el Derecho Procesal Penal son dos disciplinas que se hallan estrechamente vinculadas, pero ello no significa plena identificación: se trata de disciplinas autónomas e independientes. Vid. por todos: **Sáinz Cantero**, «Lecciones», I, cit., p. 47 y s.

Con todo un sector doctrinal sostiene que el Derecho Procesal Penal quedaría comprendido (junto con el Derecho Penitenciario) dentro del Derecho Penal en sentido amplio: Vid. **Jescheck, H. H.**, «Tratado de Derecho Penal. Parte General», vol. 1.º, cit. p. 23.

(37) **Maurach**, «Tratado», cit., I, p. 35; **Jescheck**, «Tratado», I, cit., p. 5.

(38) **Grispigni**, «Derecho Penal», cit., I², p. 183.

(39) **Nawiasky**, «Teoría», cit., p. 151 y s.; **Jescheck**, «Tratado», I, cit., p. 73.

rables, para los bienes jurídicos que necesitan una mayor protección. Primero se acudirá a las sanciones civiles o administrativas y, cuando éstas no sean medio suficiente de defensa, ha de acudir el Estado al empleo de la sanción penal como **ultima ratio** (40). La ilicitud no es un concepto privativo del Derecho Penal sino que se estudia en otras disciplinas jurídicas (civil, administrativo, etc.). Incluso la ilicitud humana que hoy ostenta categoría de delito, por ejemplo, el **furtum**, **rapina**, **iniuria**, fueron incluidos en el **Jus Civile** (41). Y en nuestra legislación algunas conductas consideradas como delictivas y tipificadas en el Código Penal, eran materia de exclusivo tratamiento extrapenal. Nos referimos al delito de abandono de familia tipificado en el art. 487 del Código Penal que sólo alcanzó tal modalidad delictiva desde el 12 de marzo de 1942. Al hacer referencia al incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela y matrimonio, nos pone en estrecha relación con la legislación civil que en su Código enuncia los deberes que emanan de la patria potestad (art. 154), tutela (art. 264) y matrimonio (arts. 66 y ss., 143, 144, etc.).

(40) **Grispigni**, «Derecho Penal», cit., I², p. 185; **Jescheck**, «Tratado», I, cit., p. 5. **Muñoz Conde** habla en este sentido del «principio de intervención mínima», como uno de los principios limitadores del poder punitivo del Estado (Vid. **Muñoz Conde**, F., «Introducción al Derecho Penal», Barcelona, 1975, p. 59 y ss.).

(41) **Silva Melero**, «Relaciones», cit., p. 248. Recuerda **Grispigni** que los hechos contra la familia son también ilícitos extrapenales. «En realidad, el incesto, la bigamia, el adulterio, el lenocinio por parte de los ascendientes y tutores, el abuso de medios de corrección y los malos tratos dentro de la familia, ¿no son acaso acciones ya prohibidas por el Derecho Civil?» «Derecho Penal», cit., I², p. 196.

DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO.
DERECHO PENAL Y DERECHO CIVIL
COMO ORDENAMIENTOS REPRESENTATIVOS
DE ESTOS SECTORES

Dentro del ordenamiento jurídico suele distinguirse un sector público y otro privado. Según la concepción dominante pertenecen al primero la mayoría de las materias jurídicas (42). No obstante, es posible incluir en el privado algunos deberes del Estado frente a las personas individuales y de las personas individuales frente al Estado; así, en cierta medida, el Derecho procesal civil, pero aún aquí el predominio del Derecho público se hace visible. En el Derecho público hay que incluir la coacción estatal. El Derecho Penal regula las funciones punitivas estatales, y por ello denota su conexión con el poder estatal (43). En este sentido, **Maurach** es categórico al decir «que se puede afirmar con toda seguridad que el Derecho Penal constituye una parte integrante del Derecho público. No existe relación de soberanía y de sumisión más característica a la del individuo sometido al Estado por la coacción de sufrir una pena: el Derecho Penal —**ius poenale**— obtiene su justificación del derecho de castigar propio del Estado (**ius puniendi**). No existe ninguna otra rama jurídica tan fuertemente regida por la necesidad de salvaguardar el orden público» (44).

(42) Señala **Fenech** que todo el Derecho público tiene su base en la concepción política del Estado, «y es tan fuerte la proyección del Estado en todo lo que al Derecho se refiere que trasciende de la esfera del Derecho público y va adentrándose en la del Derecho privado, cuyas instituciones van tomando un cariz público tan acusado y tan imposible de ignorar, así como sus consecuencias, que se ha podido afirmar (Calamandrei), empleando una bella imagen, que «quien pudiera abarcar de un vistazo, como en el mapa topográfico de una región, el plano topográfico del ordenamiento jurídico, para examinar los progresos de la coloración publicista que está en curso, se daría cuenta de la enorme dificultad de señalar los confines de las varias zonas, porque si hay amplios campos cubiertos por la marea, e islas que todavía emergen sólidamente, en otros territorios existe solamente por ahora una infiltración subterránea que deja indefinido el color **che no é nero ancora e il bianco muore**». Esta coloración publicista viene matizada por la diversa tendencia política de cada Estado en particular, de cada concepción del Estado predominante en cada territorio y en cada momento histórico» (**Fenech**, «Derecho Procesal Penal», cit., I, p. 22).

(43) **Nawiasky**, «Teoría», cit., p. 367 y ss. Vid. también «Die Strafe im Rechtssystem», en la «ZStR», 1941, p. 51; **Jescheck**, «Tratado», I, cit., p. 22.

(44) **Maurach**, «Tratado», cit., I, p. 27. **Stampa**, «Introducción», cit., p. 48. **Grispigni**, «Derecho Penal», cit., I², p. 217 y s.

Recuerda **Von Hippel** que la evolución del Derecho Penal está determinada por la lucha constante que ha mantenido para desligarse del sector privado y alcanzar el público. «Deutsches Strafrecht», I, Berlín, 1925, p. 38 y ss.

La doctrina mayoritaria en la actualidad afirma tajantemente que el Derecho Penal pertenece al campo del Derecho Público. Vid. entre otros: **Baumann**, J., «Strafrecht. Allgemeiner Teil», 8.ª ed., 1974, p. 25; **Maurach**, R., y **Zipf**, S., «Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil», 5.ª ed., Heidelberg, 1977, p. 23; **Jescheck**, «Tratado», I, cit., p. 22; **Cobo Del Rosal y Vives Antón**, «Derecho Penal. Parte General». I, cit., p. 33 y s.; **Rodríguez Mourullo**, «Derecho Penal», cit., p. 25 y s.; **Sáinz Cantero**, «Lecciones», I, cit., p. 35 y s.

También **Legaz** considera evidente el carácter público del Derecho Penal desde que se supera en el Estado moderno la fase de la venganza privada y de la composición. A partir de este momento la norma penal tiene carácter subordinativo, expresa directamente un interés general, sobre el puramente particular; la relación jurídica penal no se entabla ya entre dos sujetos, ofensor y ofendido, situados a igual nivel, sino entre el ofensor (delincuente) y la comunidad (45).

La distinción no es clara y menos aún precisa y determinada al no existir unanimidad doctrinal en cuanto al criterio de distinción (46). Se han hecho clasificaciones basadas en distintos criterios de la cualidad del sujeto, de la forma exterior. **Biscaretti di Ruffia** considera que si el criterio se basa sobre la cualidad de los sujetos, el Derecho público se refiere a los sujetos dotados de **imperium**, es decir de un poder de supremacía; y si se basa en la forma exterior de la relación jurídica, en el ámbito del Derecho público estaría, siempre caracterizada por el procedimiento coactivo, normalmente en actos unilaterales de imperio (47). Otros autores se han basado en la tradicional fórmula romana: Derecho público el que afecta a la utilidad del Estado, Derecho privado a la utilidad de los particulares. A su alrededor han mantenido posiciones extremas y contrapuestas

-
- (45) **Legaz Lacambra, L.** «Introducción a la Ciencia del Derecho», Barcelona, 1943, p. 338.
- (46) **Sciaky, Isacco**, «Sul concetto di Diritto pubblico», en «Archivio Giuridico», Modena, 1959, fasc. 1, p. 76. **Radbruch, G.**, «Introducción a la Filosofía del Derecho», México, 1951, Trad. W. Roces, p. 99 y ss. **Lumia, G.**, «Diritto pubblico e diritto privato nel pensiero di Kant», en «La norma giuridica. Diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV congresso nazionale di Filosofia del Diritto a cura di Rinaldo. **Orecchia**», Milano, 1960, p. 385-391. Vid. en la misma publicación, **Cerroni, U.**, «Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico», p. 355-367. En la doctrina penal española vid. **Octavio de Toledo y Ubieta, E.**, «La prevaricación del funcionario público», Madrid, 1980, p. 260 y s.
- (47) **Biscaretti di Ruffia, Paolo**, «Diritto Costituzionale», Napoli, 1949, I, p. 86 y ss. Vid., la opinión de **Cavallo** sobre esta distinción en su «Diritto penale», 2.ª ed., Napoli, 1962, I, P. 32. Desde el punto de vista sociológico se ha considerado el Derecho Público como «el conjunto de normas que, de acuerdo con el sentido atribuido a las mismas por el ordenamiento jurídico, rigen la actividad relativa al instituto estatal, es decir, a la conservación, desarrollo y ejecución directa de los fines estatales estatuidos o «consensualmente» establecidos. El Derecho Privado es el sistema de normas que, de acuerdo con el sentido atribuido a éstas por el ordenamiento jurídico, regulan la conducta no referida al instituto estatal» (**Weber, Max**, «Cap. VII Sociología del Derecho. La diferenciación de los campos jurídicos», en «Econ. y sociedad», México, 1944, III, p. 9).

Radbruch y Kelsen que, a juicio de **Legaz**, son menos incompatibles de lo que parece a primera vista (48).

Este discutido problema de la distinción entre Derecho público y Derecho privado, y en relación con él, el enmarcamiento del Derecho Penal, se agrava si se considera que toda norma está dirigida a proteger bienes de la persona: por ejemplo, cuando se protegen derechos de la persona, es Derecho privado. Los bienes pueden ser públicos o privados. En el Derecho Penal existen bienes protegidos que claramente manifiestan su carácter público; tal ocurre con los delitos contra la seguridad del Estado, Administración de Justicia, o los cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos; pero, sin embargo, los delitos contra la integridad personal, escándalo público, honestidad, honor, libertad, patrimonio, pueden ser situados en cualquiera de los dos terrenos. Por ello y aun cuando lo tradicional es incluir al Derecho Penal dentro del Derecho público hemos de preguntarnos si es acertada esta posición. Nos planteamos la cuestión por alguna posición doctrinal que, aunque aislada, tiene especial interés por la personalidad del autor que la mantiene, según el cual «el derecho penal, aun en contra de la afirmación unánime de sus cultivadores, ha sido siempre puro y riguroso derecho privado». El profesor **Guasp**, en un artículo publicado bajo el título **El individuo y la persona** (49) hace esta afirmación. La posición mantenida

-
- (48) **Legaz**, «Introducción», cit., p. 307 y ss. **D'Ors, A.**, «Derecho Romano», en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», I, p. 1.010 y s. Vid también el mismo autor «De la «privata lex» al Derecho Privado y al Derecho Civil», separata del «Boletim da Faculdade de Direito». Vol. XXV, fasc. I, Coimbra, 1949, p. 11, 13 y 17. «**Jus publicum** equivale a los que nosotros llamamos hoy Derecho objetivo... A consecuencia del exclusivismo de la legislación estatal, la autonomía privada pierde su fuerza de fuentes originaria... la posición del Derecho Público, es la que todo lo ve desde el ángulo visual de la situación; la del Derecho Privado, la que todo lo ve desde el ángulo visual de la relación». **Ennecerus**, «Tratado de Derecho Civil», Barcelona, 1934, I-1.º, p. 131. **Alvarez Suárez, U.**, «Curso de Derecho Romano», Madrid, 1955, I, p. 80. Se ha señalado por **De Castro**, que la distinción entre Derecho Público y Privado corresponde al Renacimiento, al oponer individuo y estado, y no a la mentalidad romana. Además el texto de Ulpiano «no es claro ni decisivo y posiblemente no podrá llegarse nunca a una interpretación indiscutible». (**De Castro, F.**, «Derecho Civil de España. Parte General», 3.ª ed. Reimp. Madrid, 1984, I, p. 76). En realidad la fórmula romana está superada ya que este criterio distintivo es insuficiente (**Calvo**, «Diritto Penale», cit. I. p. 31). **Nawiasky** «Teoría», cit. p. 367 y ss.) hace una detallada exposición de las doctrinas más importantes con una distinción relativa al Derecho formal y al Derecho material. Vid. también **Garrido Falla**, «Tratado», cit., I, p. 111 y ss. En general, sobre los distintos criterios propuestos para efectuar la distinción, vid. **Ross, A.**, «Sobre el Derecho y la Justicia», Buenos Aires, 1963, p. 197 y ss.
- (49) En «Revista de Derecho Privado», Tomo XLIII (Enero-Diciembre, 1959) p. 3-20. Posteriormente, vid. del mismo autor, «Derecho», Madrid, 1971, p. 552 y ss.

por los penalistas que lo consideran público, parte, según él, de un mal enfoque al fijarse en momentos tales como la determinación de las conductas punibles y el de imposición de la pena que efectivamente son actos públicos; pero en el fondo son distintos de los que interesan al Derecho Penal auténtico y, además, no son idóneos para manifestar la naturaleza pública del Derecho Penal. Efectivamente, según **Guasp**, ambos momentos quedan fuera del Derecho Penal: la determinación de las conductas punibles es un instante político o legislativo, y la ejecución de la pena pertenece al proceso penal. Por lo tanto, para apreciar si el Derecho Penal pertenece al Derecho Público o al Derecho Privado, no debe ser contemplado en los momentos señalados, sino en el camino intermedio que comprende desde la ley penal a la sentencia penal; en otro caso el Derecho Penal se difumina y confunde con el Derecho Político o con el Derecho Procesal. Una vez situados en este camino intermedio, la conducta **subpoena**, objeto jurídico penal, es una relación jurídico privada entre particulares, ya que tanto el titular del poder como el sujeto del deber son particulares, incluso cuando el primero es el Estado. Esta última afirmación la fundamenta el autor citado en el principio de legalidad, ya que en virtud de este principio el Estado, en la relación jurídico penal, no aparece revestido del poder público o soberanía que normalmente tiene, sino desde la misma posición igualitaria con que se presenta en el Derecho Privado. Por todo ello, termina **Guasp**, se trata de una relación entre particulares que lleva a la conclusión de que el Derecho Penal pertenece al Derecho Privado (50).

La razón de su división hay que buscarla en la evolución histórica en la que se marquen las distinciones entre uno y otro sector. Como tipos representativos de estos dos sectores hemos de estudiar, siguiendo la posición doctrinal más extendida, el Derecho Penal y el Derecho Civil. En un principio coexiste,

(50) Según **Guasp** «la esencia jurídico privada del Derecho Penal se encuentra en la actualidad **amenazada** por el desconocimiento de la índole individualista del Derecho Privado, desde diversos y variados flancos que en realidad pueden reducirse a tres fundamentales». Estas amenazas son: «la consideración de la **ejecución penal** como no procesal, sino como **administrativa**, a la inserción en el Derecho Penal, al lado de las conductas verdaderamente delictivas, de otras que dan lugar a la imposición de las llamadas **medidas de seguridad**, y en tercero y último término el establecimiento y aplicación del llamado **Derecho Penal administrativo o disciplinario**, éste sí, Derecho Penal Público y no Privado, que cada vez va no sustituyendo, sino asfixiando las soluciones tradicionales del clásico Derecho Penal». **Guasp**, «El individuo y la persona», cit., p. 18 y ss.

por un lado la autoridad ilimitada del jefe de la familia y por otro el procedimiento arbitral entre los clanes, sin olvidar que la justicia romana solía «detenerse en el umbral del hogar» (51) y que la autoridad de los magos y sacerdotes estaba tan exenta de limitaciones, derivadas de los derechos subjetivos y normas subjetivas, como el jefe de familia. Por ello, una primera fuente del Derecho Penal es la fe mágica, en oposición al Derecho Civil. En etapas más avanzadas las acciones eran **ex delicto**, sin distinción entre el delito que lleva aparejada una venganza y la infracción jurídica que exige un deber de reparación. La indiscriminación entre la pretensión (que hoy diríamos de carácter civil) y la expiación es total, quizá debido a la ausencia de grados de culpabilidad. El hombre tiende a reaccionar, a vengarse de toda **injuria** contra él cometida sin considerarse la intención, y únicamente atendiendo al daño que se le ha causado.

Además, las consecuencias que se siguen de estas acciones tampoco ayudan a la diferenciación entre las acciones civiles y penales. Las obligaciones eran también originariamente provenientes del delito (52). Por otra parte, el poder público no tiene fuerza para perseguir los delitos cuando son cometidos por sujetos pertenecientes a un mismo clan; són los más ancianos los que imponen las sanciones libremente. A pesar de todo lo expuesto, ya parece vislumbrarse la aparición de un Derecho Penal cuando la comunidad es dañada en su totalidad, como sucede en los delitos más graves, como los religiosos y militares, tales como la traición, caso en que se le somete a un procedimiento que puede dar lugar a la pérdida de la paz. Por vez primera nos encontramos en relación directa Derecho Público y Derecho Penal y, aunque sea en forma embrionaria, tiene ya especial consideración (53). Se ha rebasado la venganza privada.

(51) Weber, «Sociología del Derecho», cit., p. 13 y ss.

(52) Recuerda Guarneri en su libro «Las influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal», (Puebla, Pue. Méx., 1952, p. 8) que «un estudio de este género representa una manifestación típica de la crisis de crecimiento del Derecho Penal que entendido romanísticamente hasta fines del siglo XVIII, como un simple apéndice del Derecho Civil, de la misma manera que los libros «terribles» lo son del Digesto, y tratado, por consiguiente, con mentalidad de civilista, como si el Derecho Penal fuese un complemento necesario del Civil, luego se ha ido afirmando gradualmente, pero cada vez de un modo más resuelto, como ciencia jurídica verdadera y propia con caracteres autónomos. El progreso del Derecho Penal se ha desarrollado bajo el signo de su independencia hacia los dos polos de su eterna atracción: la publicización y la humanización».

(53) Weber, «Sociología del Derecho», cit., p. 13 y ss. y 61 y ss.

A ello ha contribuido también la transformación de la **Sippe** en unidades superiores (naciones), con lo cual la venganza se transmite a la colectividad que es amenazada en su paz, pero la pena continúa con su carácter híbrido, motivado en gran parte al proceso que no distingue entre la pretensión de expiación («proceso penal») y la demanda de indemnización («proceso civil») (54). Todavía continúa este estado de indiferenciación durante toda la Edad Media, y únicamente comienza a separarse con la recepción del Derecho Romano. Con el Estado absoluto el Derecho Público se despoja de las ligaduras del Derecho Privado, y éste trata de ostentar la supremacía sobre el público con el liberalismo. La última etapa nos viene dada en la actualidad por la aparición de nuevas zonas, por ejemplo el Derecho del Trabajo, en el que se combinan normas de Derecho Público y Privado (55). La distinción que suele establecerse es la siguiente: con el Derecho Penal se trata de garantizar un interés público mediante la imposición de una sanción aplicada por los órganos del Estado conforme a un procedimiento preestablecido; en el Privado se trata de proteger una pretensión privada que queda confiada a la víctima, y la consecuencia no tiene carácter de pena, ya que únicamente persigue el restablecimiento de una situación garantizada (56). Claro está que no solamente el Derecho Penal tiene recursos coactivos. El Derecho Civil, el Derecho Administrativo y el Derecho Procesal, tienen una serie de medidas tendentes a evitar la comisión de acciones opuestas al Derecho, e incluso penas de carácter gubernativo, coercitivo y coactivo. Esta dualidad de sanciones de que dispone el ordenamiento jurídico para garantizar su existencia se justifica por el momento actual en que asistimos nuevamente a una reducción del sector privado en beneficio del público (57). Aunque el De-

(54) **Maurach**, «Tratado», cit., I, p. 47.

(55) **Radbruch**, «Introducción a la Filosofía del Derecho», cit., p. 91 y ss.

(56) **Weber**, «Sociología del Derecho», cit., p. 15: «Pero esta distinción no ha sido desenvuelta todavía de modo unívoco».

(57) **Maurach**, «Tratado», cit., I, p. 31: «Desde el punto de vista de política jurídica, la selección y la acumulación de estas medidas se encuentran sometidas al postulado de que no está justificado aplicar un recurso más grave cuando cabe esperar el mismo resultado de uno más suave: Tan reprobable y absurdo es aplicar penas criminales a la infracción de obligaciones privadas contractuales, como querer impedir un asesinato amenazando al autor con la simple imposición de las costas del entierro o con la privación de la legítima que le correspondería sobre la víctima». Vid. asimismo **Jescheck**, «Tratado», I, cit., p. 19 y s.

recho Penal de hoy conoce formas procesales mixtas, la pena sólo adquiere su configuración actual cuando tiene carácter «público» y se desplaza la «privada» a la esfera de la compensación civil del daño (58). El producirse una bifurcación de carácter procesal trae como lógica consecuencia una dualidad de jurisdicciones, y esto da lugar a que los tratadistas hagan el estudio por separado. A pesar de estos argumentos, entiende **Legaz** que actualmente el sujeto ofendido no desempeña ningún papel decisivo e incluso los delitos perseguibles a instancia de parte se persiguen «de oficio» y es el «Ministerio fiscal» el que se constituye en parte interesada en representación del «poder público» (59). En el mismo sentido **Stampa** considera que aunque la vida, honor, patrimonio, etc., pertenecen al particular, en su tutela está interesada la comunidad. Además, la acción, aun en los casos en que se inicia a instancia del particular, es siempre pública (60).

La división del sistema jurídico en Derecho Público y Derecho Privado, no ha encontrado en la doctrina un criterio exacto de diferenciación a pesar de las múltiples teorías que se han mantenido y, por el contrario, ha originado una escisión que ha hecho peligrar la antigua unidad del Derecho (61). Por ello creemos que está en lo cierto **García-Trevijano** cuando dice que parece hoy día un poco pueril seguir plasmando teorías sobre esta cuestión, cuyo número hace sospechar su propia esterili-

(58) **Maurach**, «Tratado», cit., I, p. 47. **Jescheck**, «Tratado», I, cit., p. 22.

(59) **Legaz**, «Introducción», cit., p. 338.

(60) **Stampa**, «Introducción», cit., p. 49. En la actualidad la doctrina española mayoritaria se apoya en la dicción del art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para considerar que el Derecho Penal es Derecho Público. Vid. por todos, Muñoz Conde, «Adiciones al Tratado de Jescheck, tomo I, cit., p. 27.

(61) «Los cultivadores de la Ciencia jurídica se apartan en grupos cerrados de especialistas, que pretenden crear para sus disciplinas, métodos y conceptos independientes y que mutuamente se ignoran» (**De Castro**, «Derecho Civil», cit., I, p. 74 y 86). **D'Ors**, De la «Privata Lex», cit., p. 17: «Esto quiere decir que no debemos perder el tiempo en buscar las fronteras entre unas materias de Derecho Público y otras materias de Derecho Privado, pues muchas instituciones pueden ser consideradas a la vez desde los dos ángulos visuales de la situación y de la relación».

dad (62). Sin olvidar que «la publicización» y la socialización del Derecho Privado son fenómenos que incluso los civilistas más tradicionalistas reconocen, y nadie pone ya en tela de juicio que el movimiento de emancipación de la mujer, el movimiento de protección de la infancia, la flexibilización (algunos dirán la «desintegración») de la familia, la aparición del maquinismo, el nacimiento del derecho corporativo y de un dirigismo opuesto al liberalismo antiguo, han transformado profundamente el Derecho Civil» (63). Además, aun cuando se reconociese que actualmente del Derecho Penal es público y el Derecho Civil privado, no se podrían contraponer debido a las múltiples conexiones entre ellos existentes y a la consideración del Derecho como un todo, estudiándolo en su unidad (64). De aquí la posición de algún autor al considerar que es meta inasequible el señalar una línea divisoria entre el dolo penal y civil, y que por ello no cabe establecer un principio general en tan árdua materia, considerando que en teoría existe afinidad, en vez de separación entre lo ilícito civil y lo ilícito penal, a pesar de lo

(62) **García-Trevijano Fos, J. A.**, *Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del «Hotel Andalucía Palace»*, de Sevilla, en «Revista de Administración Pública», n.º 28, Enero-Abril, Madrid, 1959, p. 155, y más recientemente en el «Curso de Derecho Administrativo», y también en su «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo I, Madrid, 1974, p. 139 y s. Para él la distinción tradicional Derecho Público-Derecho Privado ha sufrido un desenfoque al aplicarlo a la **actuación** de los sujetos y no a la **situación** de los sujetos por lo que es preferible hablar, en lugar de Derecho Público y Derecho Privado, de Derecho que regula la **actuación individual** y Derecho que regula la **situación** y la posible **actuación** de los grupos supraindividuales. Que este último —continúa diciendo— se llame Derecho Público lo aceptamos de buen grado, pero con la observación importante de que ha de referirse a todas las organizaciones o grupos organizados, y por ello al Derecho de Sociedades tan tradicionalmente vinculado al Derecho Mercantil. Al comentar en la nota 7 la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado realizada por **Garrido Falla** considera «que las consecuencias que se sacan de su enumeración conducen a resultados estériles y en muchas ocasiones equivocados. Existen, en efecto, **teorías erróneas y teorías estériles** para quien intenta bucear en el Derecho».

Vid. también **Cobo del Rosal y Vives Antón**, «Derecho Penal. Parte General», I, cit., p. 34. En opinión de estos autores, no puede sorprender que ninguno de los criterios propuestos para efectuar la delimitación entre Derecho Público y Privado sea satisfactorio, pues tratan de deslindar conceptualmente y «a priori» algo que tal vez sólo pueda ser dividido de modo pragmático y a la vista de cada ordenamiento jurídico concreto, esto es, «a posteriori». En el mismo sentido: **Bullinger, M.**, «Derecho Público y Derecho Privado», Madrid, 1976, p. 120 y ss.

(63) **Ancel, M.**, «La Nueva Defensa Social», Buenos Aires, 1961, p. 4 y especialmente p. 8: «... especialistas en Derecho Privado que advertidos de las transformaciones del mundo moderno, tratan de incorporar su sustancia a un Derecho Civil o Comercial rejuvenecido. No ignoran nada de las consecuencias inevitables del dirigismo, de la aparición de los contratos-tipo, de la intrusión de la institución en el Derecho Privado, de la aparición de la noción de empresa, de la incidencia en el Derecho Privado de la organización de las profesiones y de la presencia cada vez más sensible del grupo junto al individuo». Vid. «La défense sociale nouvelle», París, 1981, p. 20.

(64) **Silva Melero**, «Relaciones», cit., p. 249: «Por ello, las categorías de Derecho Público y Privado, no son necesariamente antitéticas, sino los aspectos de un solo momento». Vid. también **Sáinz Cantero**, «Lecciones», I, cit., p. 56 y s.

cual el legislador ha de trazar una línea divisoria por razón «poltica», incriminando por la ley punitiva los ilícitos más graves según las ideas imperantes (65). Los presupuestos penales guardan una estrecha relación con los otros sectores del ordenamiento jurídico en su totalidad y el injusto tiene un origen unitario. El ordenamiento jurídico no ha surgido por la concentración en un todo de partes originariamente autónomas, sino que asistimos a un proceso desconcentrador que «si bien ayuda a la división del trabajo y al perfeccionamiento de las distintas instituciones jurídicas, no da lugar sin embargo a una independencia entre estas instituciones» (66).

A pesar de todo, no debe exagerarse la conjunción sistemática, porque el Derecho Penal y el Derecho Civil tienen libertad suficiente para perfeccionar sus conceptos (67). El primero trata de castigar las formas de comportamiento más reprobadas que han surgido de la conciencia popular; las que atacan a los intereses más fundamentales, cuya lesión perturba la convivencia social, pues la protección que ofrecen otras ramas del Derecho no es suficiente: por eso la medida penal se impone cuando la civil no tiene la fuerza suficiente para mantener el or-

(65) **Castejón, F.**, «Teoría de la continuidad de los Derechos Penal y Civil», Barcelona, 1949, p. 9 y s. Vid. sobre esta discutida cuestión **Admetlla y Balsells, J.**, «Límite entre el Derecho Civil y el Derecho Penal», en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», T. 84, Madrid, 1894, p. 30-51.

En el sentido del texto, vid. asimismo **Cosío, A.**, «El dolo en el Derecho Civil», Madrid, 1955, p. 23 y ss.; **Cobo del Rosal y Vives Antón**, «Derecho Penal. Parte General», I, cit., p. 44.

(66) **Maurach**, «Tratado», cit., I, p. 35.

(67) En determinadas circunstancias las remisiones a preceptos del Código Civil pueden resultar peligrosas al no poder aplicarse en el Derecho Penal. **Stampa** en la crítica que hace a la Sentencia de 7 de mayo de 1902, señala cómo el concepto «persona» del Código Civil en que la sentencia se funda no interesa, en este caso, al Derecho Penal. Vid. **Stampa Braun, J. M.**, «El objeto material de los delitos contra la vida (límite mínimo)», en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Madrid, 1950, p. 545 y s. Vid. también **Ferrer Sama, A.**, «Comentarios al Código Penal», Madrid, 1956, IV, p. 225 y s. Igual ocurre con las cosas muebles objeto de hurto y robo. Vid. **Rodríguez Devesa**, en **Antón Oneca y Rodríguez Muñoz**, «Derecho Penal», II, p. 342 y s. y 357 y en su «Derecho Penal Español. Parte especial», 9.ª ed., Madrid, 1983, p. 394 y s. **Quintano**, «Compendio», II, p. 311. También **Guarneri** («Las influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal», cit., p. 57 y ss.) considera que «los vocablos y las instituciones aunque formalmente estén contraseñadas con la misma etiqueta verbal, no pueden dejar de tener un valor distinto».

den necesario en la colectividad (68). «Tiende por ello a aceptar aquellos conceptos jurídico-civiles que han brotado de la conciencia popular y sólo de un modo técnico-jurídico que han sido moldeados, así como, a la inversa, los que han sido creados por el Derecho y se han incorporado a la conciencia popular. Cuando tales conceptos aparecen empleados en el Derecho Penal, no se puede presumir que se debe tomar como pauta el concepto de Derecho Civil. Están además, los casos en que no se aceptan conceptos de manera expresa. Pero en todos los demás casos, el sentido de los conceptos jurídico-penales ha de ser buscado de un modo enteramente independiente; cosa que vale incluso para nociones tan fundamentales como las de intencionalidad y negligencia» (69).

Como ya ha expuesto **Sánchez Agesta**, la distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado tiene un carácter histórico y contingente (70). Por ello, es imposible trazar una línea divisoria que sirva de frontera de validez permanente (71) por ser instituciones afines y paralelas que se necesitan la una a la otra, ya que aun cuando el civil se puede desarrollar sin acudir al penal quedaría la aplicación de aquél muy mermada al no existir preceptos penales, que, como señala **Silva Melero**, psicológicamente actúan para que las normas civiles tengan virtualidad (72).

(68) **Del Rosal**, «Principios», I, p. 42. **Berner**, «Lehrbuch des deutschen Strafrechts», Leipzig, 1898, p. 2. **Mayer, H.**, «Strafrechtsreform für heuten und morgen», Berlín, 1962. **Jescheck**, «Tratado», I, cit., p. 4. **Rodríguez Mourullo**, «Derecho Penal», cit., p. 18 y ss.

(69) **Nawiasky**, «Teoría», cit., p. 50 y ss. Vid. en nuestra doctrina **Rodríguez Devesa**, «Derecho Penal Español. Parte General», cit., p. 23 y s.

(70) **Sánchez Agesta**, L., «Lecciones de Derecho Político», 3.ª ed., Granada, 1947, p. 113 y ss.

(71) **Garrido Falla**, «Tratado», cit., p. 156. No obstante, a juicio de este autor, «lo que sí es perfectamente posible es ofrecer un criterio que nos sirva para saber, en cada momento y lugar, qué materias están reguladas por normas de Derecho Público y cuáles por normas jurídico-privadas». A su entender, «el Derecho Público aparece en la medida en que el Estado interviene en la relación jurídica de que se trate, haciendo de la norma jurídica a aplicar una norma obligatoria (*ius cogens*)». Esta posición es criticada por **García-Trevijano** («Contratos y actos ante el Tribunal Supremo», cit., p. 155, nota 7) al considerar que se confunden las normas obligatorias con las normas cogentes ya que una cosa es la formulación técnica de la norma y otra muy distinta la vinculación o no frente a otros sujetos... «En el Derecho Penal, por ej., la norma suele formularse teniendo en cuenta siempre la reacción del ordenamiento jurídico y por ello va acompañada de la sanción. En el campo civil, por el contrario, la norma regula más las conductas que la sanción; es más, ésta se menciona como cláusula general en la mayor parte de los casos».

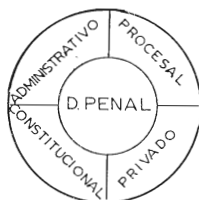
(72) **Silva Melero**, «Relaciones», cit., p. 250 y s.

Nos parece conveniente insistir en la relatividad histórica de esta distinción. La diferencia entre Derecho Público y Derecho Privado está en función del momento histórico (73).

A la vista de todo lo desarrollado se pueden deducir algunas conclusiones. En principio, cabe considerar a nuestra disciplina como protectora del Derecho en sus dos campos tradicionales: Público y Privado. El Derecho Penal puede en todo momento incorporar el injusto manifestado en cualquier sector del ordenamiento jurídico, con una sola condición: que se trate de injusto tipificado, que así se le acota y se le limita. Aparece entonces un subgrupo de lo injusto, que no hay inconveniente en denominar «injusto punible», pero sin olvidar que tiene un origen unitario (74). Por eso **Serrano** habla, con referencia al Derecho Penal, de un Derecho inmutable y superior en el que quieren hallar su fundamentación intereses protegidos por el principio de legalidad de delitos y penas (75).

El Derecho Penal, como ya señaló **Grispigni**, «es como un ordenamiento jurídico que se sobrepone al ya integrante formado por las otras ramas del Derecho: es como una circunferencia de menor radio sobrepuesta a otra de radio más amplio» (76).

-
- (73) Vid. sobre Historia y Derecho, en general, **Roscoe Pound**, «Las grandes tendencias del pensamiento jurídico», Barcelona, 1950, p. 5 y ss. Y sobre los modernos problemas de delimitación entre Derecho Público y Privado, vid. **Bullinger**, «Derecho Público y Derecho Privado», cit.
- (74) **Mazuch**, «Tratado», I, cit., p. 35: «Esta denominación será desafortunada si bajo su manto se pretende incluir algo originariamente distinto al injusto civil o administrativo». Vid. también **Jiménez de Asúa, L.**, «Tratado de Derecho Penal», vol. III, Buenos Aires, 1965, p. 970 y ss. **Rodríguez Devesa**, «Derecho Penal Español. Parte General», cit., p. 24.
- (75) **Serrano, M.**, «El fundamento del Derecho y el sentido de la ciencia española». Discurso inaugural. Santiago, 1944, p. 33.
- (76) **Grispigni**, «Derecho Penal», cit., ¹², p. 212, nota 222. Representa gráficamente la posición del Derecho Penal respecto a la totalidad del ordenamiento jurídico de la siguiente forma:



DERECHO PENAL Y ESTADO.

Sin entrar ahora nuevamente en la **vexata quaestio** de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, no podemos olvidar que el Derecho Penal, desde el momento en que se rebasa la venganza privada, es un Derecho estatal, un Derecho centralizado y monopolizado por el Estado. Por eso **Recasens Siches** recuerda que «el Derecho estatal, en sus comienzos, era principalmente Derecho Penal» (77). Las normas penales son precisamente declaradas por el Estado y están, al menos en los sistemas continentales, **codificadas**. Una de sus características más importantes es la adhesión a la técnica de la codificación que representa la ambición de agrupar las disposiciones jurídicas solucionando todos los problemas, incluso los que puedan presentarse en el futuro. Con la codificación se cierra un largo período de caos en el Derecho Penal y se asegura el conocimiento del Derecho por su sencillez y claridad. De esta manera el Derecho Penal celebra, en su campo, las exigencias del Estado de Derecho.

Al ser Derecho Público, **estatal**, interesa mucho indicar que, por lo menos las bases genéricas del Derecho Penal, parece que tienen alcance y significado **constitucional** en sentido material, y de hecho en algunas Constituciones, se recogen estos principios. Además, el poder judicial está contemplado y regulado por las Constituciones en cuanto que despliega una **función estatal**.

La constitucionalidad del Derecho Penal se necesita para evitar desviaciones que puedan conducir a extralimitaciones del legislador. Recordemos cómo se alzó frente al liberalismo la concepción del Derecho Penal autoritario, con el que se trataba de proteger a Estados creados bajo base totalitaria y con el solo fin de rodearlos de autoridad. La pena en manos del Estado autoritario puede perder su verdadera naturaleza y constituir un peligro para el individuo. Supone en sus manos un fin de defensa del régimen, que no se orienta a la prevención especial sino

(77) **Recasens Siches**, L., «Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX», México, 1963, p. 795. De interés sobre la relación entre pena y Estado, el trabajo de **J. Bustos Ramírez** y **H. Hormozabal Mallare**: «Pena y Estado», en «Papers, Revista de Sociología», n.º 13, 1980, p. 99 y ss.

a la prevención general. La pena pierde así su primordial misión y se convierte en un instrumento de afirmación de la personalidad estatal que sólo busca el fortalecimiento de su posición. Todo esto lleva aparejado un aumento de rigor en la determinación y ejecución de las sanciones, ya que si se suavizaran, pudiera interpretarse como debilidad del Estado (78).

Esto no significa que el Derecho Penal se circunscriba, exclusivamente, al ámbito estatal interno, puesto que hay un Derecho Internacional Penal que es también Derecho Público que se desarrolla, cada vez con más claridad, con motivo de los acuerdos internacionales de la O.N.U. A pesar de su estado embrionario y posibles defectos, su necesidad se hace evidente. Sobre esta cuestión **Quintano**, al señalar uno de estos defectos, consistente en no poder sancionar la conducta antijurídica de los Estados poderosos, o de sus dirigentes mientras se mantengan en el poder, considera que es una realidad que hay que aceptar por ahora como una de tantas imperfecciones de la justicia humana. Recuerda a este respecto el conocido aforismo griego de **Anacarsis** a las leyes de **Solón**, comparándolas con las telas de araña que apresan las moscas y dejan escapar los gruesos moscones, pero esta lamentable verdad tanto en lo interno como en lo internacional, no es base suficiente para ignorar la necesidad de una justicia, aun cuando sea relativa (79).

(78) **Navarrete, J. M.**, «Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito», en «Anales de la Universidad de Valencia», Vol. XXXVI, cuaderno III, Curso 1962-63, p. 71 y s.

En general, sobre las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Constitucional, vid.: **Barbero Santos, M.**, «Política y Derecho Penal en España», Madrid, 1977; **Cobo del Rosal y Vives Antón**, «Derecho Penal. Parte General», I, cit., p. 47 y s.; **Sáinz Cantero**, «Lecciones», I, cit., p. 43 y ss.; **Vives Antón, T.**, «Reforma política y Derecho Penal», en «Cuadernos de Política Criminal», 1977, n.º 1, p. 73 y ss.

Por lo que respecta a las repercusiones de nuestra Constitución de 1978 en el Derecho Penal, vid. por todos: **Escrivá Gregori, J. M.**, «Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución», en «Papers, Revista de Sociología», n.º 13, 1980, p. 141 y ss.

(79) **Quintano Ripolles, A.**, «Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal», I, Madrid, 1955, p. 18. **Maurach** («Tratado», cit., I, p. 35 s.) considera que al partir de la «unidad del ordenamiento jurídico», vinculatorio también para el Derecho Penal, pueden surgir conflictos dentro de este orden concebido unitariamente, por ejemplo entre el Derecho Internacional y el nacional de un Estado. Define **Grispigni** el Derecho Internacional Penal como «aquellas normas que establecen para los Estados un deber jurídico relativo a la represión de los delitos», este deber jurídico puede consistir en la obligación de cumplir determinados actos hacia otros Estados (extradición) o bien dictar o no ciertas normas internas de Derecho Penal (**Grispigni**, «Derecho Penal», cit. I², p. 231). Vid. sobre los problemas que plantea la relación del Derecho Penal con el Derecho Internacional a **Anzilotti**, «Il Diritto Internazionale nei giudizi interni», Bologna, 1905 y **Nuvolone**, «La punizione dei crimini di guerra», Roma, 1945; **Jescheck**, «Tratado», I, cit., p. 159 y ss. En la doctrina española vid. por todos: **Cerezo Mir**, «Curso», I, cit., p. 253 y ss.; **Cobo del Rosal y Vives Antón**, «Derecho Penal. Parte General», I, cit., p. 198 y ss.; **Rodríguez Devesa**, «Derecho Penal Español. Parte General», cit., p. 20 y s.

Para él, la condición que suele añadirse a la pena de ser impuesta por el Estado, es sólo valedera para un Derecho Penal interno determinado, no en abstracto, ya que son posibles penas que lo son estrictamente, por su legalidad y judicialidad, en ordenamientos extraestatales, como son el canónico y actualmente el internacional (80). Todo ello supone una excepción: en la etapa actual el Estado monopoliza el **ius puniendi**, salvo el Derecho Penal Internacional.

Al utilizar la palabra «Estado» procuramos hacerlo en su exacta significación, porque el Derecho Penal actual nace con el Estado moderno y a él está estrechamente vinculado. La influencia de **Voltaire, Montesquieu y Beccaria**, es decisiva en el movimiento de reforma de la antigua legislación penal, y esta influencia se consuma con las aportaciones de **Bentham, Romagnosi y Feuerbach**. Esta vinculación del Derecho Penal al Estado moderno origina una influencia política mucho más fuerte que en las otras ramas jurídicas. Ya el citado **Montesquieu** observó que las penas se establecen de forma más o menos rigurosa en relación a las formas de Gobierno, porque en relación a éstas se valoran los derechos de los ciudadanos; y con fórmula elocuente afirmó que en los gobiernos democráticos los ciudadanos son todo, en los gobiernos despóticos no son nada (81). El vaivén de la política de un Estado repercute de manera directa en la legislación penal y su matiz fuertemente político se ve con claridad en muchas de sus materias. Todo cambio en la concepción política de un pueblo lleva aparejado un enfoque distinto del Derecho Penal. Así vemos desde **Feuerbach a Binding** la influencia del Estado liberal individualista, y con distinta orientación política a **Merkel y Von Liszt**. Con este último, comienza la era social del Derecho Penal (82). Lo mismo se observa en nuestra patria al comprobar el paralelismo existente entre

(80) **Quintano Ripolles, A.**, «Compendio de Derecho Penal», I, Madrid, 1958, p. 414 y s. En relación a este punto, vid. también **Jescheck**, «Tratado», I, cit., p. 161 y bibliografía allí citada.

(81) **Cavallo**, «Diritto Penale», I, cit., p. 56 y nota 51. En torno al tema de la vinculación entre Política y Derecho Penal, vid.: **Sáinz Cantero**, «La influencia de las ideas políticas en las ideas penales», Granada, 1958; **Vives Antón**, «Reforma política y Derecho Penal», cit., p. 73 y ss.

(82) **Schmidt, E.**, «Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege», Göttingen, 1951, p. 271 y ss. y 346 y ss. Vid. también **Cavallo**, «Diritto Penale», I, cit., p. 85: «Del exámen histórico realizado hemos podido observar que según los regímenes políticos que se han sucedido en el tiempo, los problemas del Derecho Penal han sido concebidos diversamente»; **Callies**, «Theorie der Strafe», cit., p. 199; **Mir Puig**, «Introducción», cit., p. 216.

los movimientos de reforma constitucional y reforma de legislación penal. Las variaciones político jurídicas se proyectan siempre en la legislación penal determinando nuevas orientaciones (83).

El Estado obliga al ciudadano a la aceptación de la sanción, poniendo así de manifiesto la existencia de una relación de soberanía por parte del Estado y de sometimiento por el ciudadano. No regula las relaciones de los individuos entre sí, sino el poder punitivo del Estado, de una actividad del Estado referida a la lucha contra la delincuencia entendida en un sentido amplio, en la que lleva a cabo una función no sólo represiva sino también de prevención. En una palabra, es el sujeto activo de una política criminal.

Precisamente por este poder atribuido al Estado se necesita en nuestra materia una función de garantía que evite abusos y extralimitaciones en el ejercicio de este poder. Esta garantía la encontramos en el principio de legalidad, hoy asegurado en las legislaciones y aceptado por la doctrina, con la función, entre otras, de regular la relación directa existente entre el poder del Estado y el individuo.

(83) **Silva Melero**, «Relaciones», cit., p. 250. Un análisis detenido de esta proyección en la historia de la codificación penal española, puede verse en: **Barbero Santos**, «Política y Derecho Penal en España», cit., *passim*. **Fernández Albor, A.**, «Cambio social y Derecho Penal», en «Estudios Penales», I, Universidad de Santiago de Compostela, 1977, p. 139 y ss. y «Modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, en relación con los proyectos anteriores», en «Cuadernos de Política Criminal», n.º 22, Madrid, 1984, p. 5 y ss.

NORMATIVIDAD Y DERECHO PENAL.

Hemos dicho en nuestra definición que el Derecho Penal regula **normativamente** conductas (84). No obstante, se ha señalado (85) que el Derecho Penal es de todas las ramas jurídicas la que ofrece mayor resistencia a modelar sus instituciones en conceptos puramente jurídicos, a pesar del esfuerzo de la orientación técnico jurídica germano-italiana, y aun dentro de esta teoría, se dice, los conceptos penales presentan grandes obstáculos para ser encuadrados dentro de la teoría general del Derecho.

En la teoría general del Derecho se observan nuevos derroteros y son dirigidos ataques al normativismo por la Escuela de Kiel, orden concreto e institución.

La oposición al formalismo encarna en la dirección que por los años treinta defendió la Escuela de Kiel en Alemania y que tuvo cierta repercusión, aunque en inferior medida y con criterios más moderados, en Italia. Una vez desaparecidos los regímenes políticos que la alentaban desapareció también su huella (86). En líneas generales, se pueden señalar como

(84) «El Derecho Penal es ciencia normativa, tiene por objeto la ley penal en sentido lato, esto es, el complejo de normas jurídicas...». **Hungria, N.**, «Derecho Penal y Criminología», cit., p. 609. No obstante, hace **Hungria** en la p. 610 y ss. una crítica de la ciencia penal que «so pretexto de impecable construcción dogmática del derecho positivo» pasa a un excesivo tecnicismo. «El tecnicismo jurídico, que reserva el Derecho Penal para los juristas, no quiere decir que estos deban colocar entre ellos y el mar picado de la vida, como pared ciega, la enteriza y gélida literalidad de la ley...». «Ciencia penal no es esa leche desnatada, ese bagazo remolido, ese esqueleto de clase de anatomía que nos endilgan los ortodoxos de la jurisprudencia pura, del abstraccionismo lógico, de la puntillosa construcción dogmática». «No es ciencia penal la que solamente se ocupa del sistema óseo del derecho represivo...». «La ciencia que estudia, interpreta y sistematiza el Derecho Penal no puede hacerse ciega a la realidad, so pena de degradarse en una sucesión de fórmulas vacías, en una plenitud obsesionante de mapa mural de geometría».

En la reciente literatura jurídico-penal se puede observar una mayor aproximación a la realidad. Este proceder metodológico ha ido ganando adeptos también en nuestro país, merced fundamentalmente a la influencia del pensamiento de **Roxin** en Alemania. Vid. **Roxin, C.**, «Política criminal y sistema del Derecho Penal», (trad. de F. Muñoz Conde), Barcelona, 1972.

Sobre los diferentes sentidos de las palabras norma y normativismo, vid. **Goldschmidt, W.**, «Normativismo y normologismo en el Derecho Penal y en Derecho Internacional Privado», en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1951, p. 509-517 y en «Revista de Estudios Penitenciarios», 1959, n.º 143, p. 276-283.

(85) **Silva Melero**, «Relaciones», cit., p. 246.

(86) Vid. **Del Rosal, J.**, «Una nueva concepción del delito», Granada, 1943. Del mismo autor, «Política criminal», Barcelona, 1944, y «La personalidad del delincuente en la técnica penal», Valladolid, 1949. En términos más breves, en «Principios de Derecho Penal», Valladolid, 1945, p. 158 ss. y bibliografía que cita. Vid. sobre esto, en la doctrina española, **Cuello Calón**, «El Derecho Penal en las dictaduras: Rusia, Italia, Alemania», Barcelona, 1943; **Jiménez de Asúa**, «El Derecho Penal totalitario en Alemania» y «El Derecho voluntarista», en «El Criminalista», Buenos Aires, 1947, Vol. VII, p. 63 y ss.; **Ruiz Funes**, «Actualidad de la venganza», Buenos Aires, 1944. **Mir Puig**, «Introducción», cit., p. 260.

características de esta dirección las siguientes: a) Negación de la racionalidad del Derecho; b) Tendencia a construir un sistema jurídico de fondo emotivo, elaborado sobre la base del sentimiento, mediante una visión intuitiva e instintiva; c) Consideración integral del dato jurídico, con repercusiones de tipo unitario en la teoría jurídica del delito (87).

Después de la segunda guerra, con la crisis del positivismo que se produce en Alemania, se intenta deducir el deber ser del Derecho de la materia regulada por él (de la naturaleza de las cosas). De tal manera que el legislador ha de apreciar y valorar la realidad social y acomodar a ella la legislación (88).

La teoría de la institución se debe, principalmente, como es sabido, a **Hauriou y Santi Romano**. La posición de **Kelsen** al considerar que el Derecho es sólo normatividad, que se agota en la norma, trata de ser superada por otros autores al considerar que no es preciso equiparar, de forma rígida y exclusiva, Derecho y normatividad (89). **Santi Romano** considera que el ordenamiento jurídico no se agota en las normas. Para él, el Derecho es la Norma más la institución. No niega que el Derecho sea Norma, lo que si niega es que la normatividad jurídica agote el Derecho (90). Entonces, según su posición, podríamos preguntarnos, ¿la norma es Derecho? A lo que se contesta: sí, pero no agota el Derecho. Y, ¿la institución es Derecho? Sí, también es Derecho, pero tampoco agota el Derecho. Su posi-

(87) **Oligati**, «Il concetto di giuridicità e la moderna scienza del Diritto», Milano, 1950, p. 449. Vid. en mi trabajo «Normativismo e institucionalismo en el Derecho Penal», («Boletín de la Universidad Compostelana», n.º 73, p. 231 y ss.) la posición doctrinal ante esta dirección. Vid. asimismo, **Bettioli, G.**, «Sui recenti orientamenti metodologici dello studio del Diritto Penale», en «Scritti Giuridici», I, Padova, 1966, p. 479.

El máximo representante de la dirección de la Escuela de Kiel fue **G. Dahm**. Para conocer el pensamiento de este autor es básico su trabajo: «Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft», en el libro «Methode und System des neuen Strafrechts», Berlín, 1937, firmado por él mismo y **F. Schaffstein**.

(88) Vid. con más detalle mi trabajo «Normativismo», cit., y bibliografía que cito. Vid. asimismo, de interés: **Cerezo Mir, J.**, «La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica», en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», XLIII, 1961, p. 72 y ss. **Radbruch, G.**, «Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes», en «Derecho injusto y Derecho nulo», Madrid, 1974, (trad. de J. R. Rodríguez Paniagua).

(89) Vid. **Mezger, E.**, «Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik», Berlín-München, 1950, p. 8. Distingue: a) Naturaleza esencial de los valores; b) Naturaleza normativa de las valoraciones; y c) Naturaleza existencial de la realidad (y también de la realidad social).

(90) **Romano, S.**, «El ordenamiento jurídico», Madrid, 1963, trad. de Sebastián y Lorenzo Martín-Retortillo.

ción se puede resumir en la siguiente fórmula jurídica: **Derecho = Norma + Institución** (91).

Apoyándonos en estas ideas hace años subrayábamos que para la comprensión y comprobación del sistema jurídico hemos de tener en cuenta tres factores: la norma, que requiere su estudio técnico-jurídico realizando una labor de interpretación, cotejo y comentario; el hecho social, que pide la comprobación del substractum económico, sociológico, cultural e incluso geopolítico; y por último la idea, que supone una estimación jurídica de valoración y justificación con influencia iusnaturalista. En el primero, se comprueba la posición de la norma jurídica, sus relaciones intrasistemáticas y extrasistemáticas. En el segundo, se verifica su eficacia social organizadora, si es aceptada y cumplida, es decir, si suscita **consensus social**. En el tercero, se fundamenta, es decir, se busca una de las bases metafísicas del Derecho (92). Como se recalca, esta apreciación del **consensus social** está latente en la teoría de la acción socialmente adecuada de **Welzel** al apreciar que las acciones que se mueven dentro del orden social no están comprendidas dentro de los tipos delictivos, «ni aun cuando se las pudiera subsumir en un tipo interpretado a la letra; son las llamadas acciones socialmente adecuadas. Socialmente adecuadas son todas las actividades que se mueven dentro del marco de las órdenes ético-sociales de la vida social, establecidas a través de la historia» (93). Se recuerda también que ante estos tres factores se han

(91) Vid. **Fernández Albor, A.**, «Normativismo», cit., p. 237 y nota 12, donde se recuerda el ejemplo que da **Santi Romano** del juego de ajedrez: Las piezas son sólo normas, la institución el tablero. Vid. también en la misma nota la bibliografía que se cita con especial mención de la crítica que hace **Del Vecchio** a **Santi Romano** en su libro «Derecho y Vida» (Nuevos ensayos de Filosofía jurídica), trad. y escrito preliminar por Eustaquio Galán. Prólogo de Luis Legaz, Barcelona, 1942, p. 57 y ss. Vid. **Michelangelo Peláez**, «La concepción del ordenamiento jurídico de Santi Romano y la esencia del concepto de delito», en «Introducción al estudio de la Criminología», Buenos Aires, 1966, p. 51 y ss. Vid. también «Memoria de la Fiscalía del T. S. de 1967», p. 123 y ss. donde se expone la posición de **Santi Romano**.

(92) «Aportación al estudio comparado de los sistemas penales europeos», en «Anuario de Derecho Penal», Madrid, 1966, p. 43 y «Normativismo», cit., p. 239.

(93) **Welzel, H.**, «Derecho Penal. Parte General», trad. Fontán Balestra, Buenos Aires, 1956, p. 63 y ss. Vid. también la edición de 1965 (Das Deutsche Strafrecht, Berlín), y «El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista», trad. y notas de J. Cerezo Mir, Barcelona, 1964, p. 53. Vid. especialmente la nota 11 que añade **Cerezo Mir, J.**, «La investigación científica del hecho penal. Discurso pronunciado en la solemne apertura del Curso Académico 1965-1966», Salamanca, 1965, p. 60 y ss. Sobre la teoría de la adecuación social en la moderna doctrina alemana, vid. por todos **Jeschek, K.**, «Tratado», I, cit., p. 341 y ss. y bibliografía que se cita. En España, el sector doctrinal mayoritario ha rechazado esta teoría; vid. en este sentido, por ejemplo: **Cobo del Rosal y Vives Antón**, «Derecho Penal», II, cit., p. 173 y ss.; **Rodríguez Devesa**, «Derecho Penal Español. Parte General», cit., p. 429 y s.

tomado distintas posiciones. Una primera orientación entiende que la primera técnica es la única típica, la segunda es pura sociología y la tercera es metafísica. Otra posición considera que el Derecho ha de tener en cuenta los factores sociales ya que en otro caso sería puro formalismo (94). Por último, considera otro grupo que han de ser apreciados los tres factores conjuntamente. La primera predominó en la primera parte del siglo XIX, la segunda se abrió camino más tarde y es la más extendida en los países socialistas.

La Ciencia del Derecho Penal —de acuerdo con la opinión que manifestamos hace años y que, convenientemente contrastada, creo mantiene interesante actualidad (95)— ha de valorar todos los elementos: norma, estructura social e idea; pero su configuración imprescindible técnico jurídica obliga a una prevalencia de la vertiente normativa. El tratamiento normativo del Derecho Penal ha de ser extenso y minucioso, porque la doctrina lleva numerosos decenios cultivándolo apoyándose en una sólida base legislativa generalmente codificada.

(94) Es evidente, se dice, la influencia mútua que existe entre ley y medio social pues si bien la primera influye en un determinado medio social y llega a dominarlo, a su vez el medio social influye también en la Ley. Prueba de ello es que las leyes antiguas que continúan vigentes en nuestros días han sido adaptadas a las necesidades actuales. Vid. **Mezger, E.**, «Die Zurechnungsfähigkeit», en el **Frank- Festgabe**, 1930, p. 517.

Vid. **Pasini, D.**, «Norma giuridica e realtà sociale» en «La norma giuridica. Diritto pubblico e Diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale di Filosofia del Diritto», (Pavia, 1959), Milano, 1960, p. 216 y ss. Vid., también **Nuvolone, P.**, «Natura e storia nelle scienza del Diritto Penale. Prolesione al corso ufficiale di Diritto Penale, tenuta nella Università di Pavia il 18 gennaio, 1951», en «Studi in memoria di Arturo Rocco», Vol. II, Milano, 1952, p. 255 y 263 y ss. En la moderna doctrina jurídico-penal hay que destacar una progresiva tendencia de aproximación a la realidad, lo cual se ha reflejado en el especial énfasis que se pone en la Política Criminal y en el creciente interés que despiertan otras Ciencias metajurídicas. Vid. sobre ello: **Roxin**, «Política criminal y sistema del Derecho Penal», cit., **Hassemer, W.**, «Strafrechtsdogmatik und Kriminal politik», Reinbeck bei Hamburg, 1974.

(95) «Normativismo», cit., p. 248 y s.

II

C O N T E S T A C I O N

DEL ILTMO. SEÑOR

DON JOSE ANTONIO GARCIA CARIDAD



Excelentísimos Señores
Señores Académicos
Señoras y señores

Cumplo con verdadera complacencia y, además, sintiéndome muy honrado por ello, el deber estatutario que nuestro Presidente tuvo a bien encomendarme, de contestar al discurso de ingreso del nuevo miembro de número de nuestra Academia, Dr. Agustín Fernández Albor.

Agrado y complacencia para mí, por tratarse de un antiguo y entrañable amigo y honor por la categoría intelectual del nuevo académico, ampliamente demostrada, no sólo a través de sus muchas publicaciones sobre temas penales, sino también, en su diaria labor de cátedra, de cuya altura y bondad puede ser testigo, como asistente, ya hace años, a un curso del Doctorado en la Universidad compostelana, en el que el Dr. Fernández Albor, ante un grupo de doctorandos integrado por ya añejos profesionales del Derecho, en cuerpos de alta especialización, hizo gala de su gran saber al aceptar la sugerencia de ese grupo de que, sobre la marcha, hiciese una visión panorámica de cuál era el estado de la ciencia del Derecho penal en ese momento. Fue un verdadero deleite seguir en esa ocasión sus magistrales lecciones.

Sólo la costumbre, reglamentaria en estos actos, de hacer una semblanza del nuevo académico, justifica el que yo intente bosquejar un breve «curriculum vitae» de él, pues a todos nos consta que el Dr. Agustín Fernández Albor llega a este acto nimbado por el público reconocimiento. Eso sólo lo suelen alcanzar los hombres de ciencia que saben conectar con la sociedad para la que trabajan.

Agustín Fernández Albor, nace en Santiago de Compostela el 27 de octubre de 1929. Se licencia en Derecho en la Universidad compostelana en junio de 1952. A partir del año 1957, en que es nombrado Profesor Ayudante de la Cátedra de Derecho Penal, su carrera es fulgurante. En 1960 obtiene el título de Doctor con la calificación de Premio Extraordinario, e inmediatamente, 1961, gana por decisión unánime del Tribunal, la plaza de Profesor Adjunto de Derecho Penal; en 1969, por igual decisión unánime del Tribunal Calificador, gana la plaza de Profesor Agregado de Derecho Penal y en 1971, también por decisión unánime, es nombrado Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Santiago de Compostela, en la que desempeñará los más diversos cargos, desde Secretario de la Facultad de Derecho a Vicerrector, durante seis años, cargos que compatibilizó con los de Director Adjunto de Ciencias de la Educación, Director del Instituto Universitario de Criminología, y Secretario de Publicaciones, Intercambio científico, y Extensión universitaria, en el que, por cierto consiguió que muchos juristas ajenos a la Universidad, colaboraran en sus publicaciones sobre importantes leyes, cual la del Automóvil que en ese momento entraban en vigor.

En la actualidad el Dr. Fernández Albor es Catedrático y Director del Departamento de Derecho Penal, Criminología y Ciencias Penitenciarias de la Universidad de Santiago.

Pero no se agotó, sólo en esa labor, el quehacer científico del Dr. Fernández Albor, pues, aparte de numerosísimos trabajos de investigación publicados en Revistas españolas y extranjeras y multitud de conferencias en diversas universidades, en su producción científica destacan cuatro libros: «Homicidio y asesinato», «El agio arrendaticio. En torno a la prima por arrendamiento de vivienda», «Estudios sobre criminalidad económica» y «Delincuencia y economía», títulos que, por sí solos, hablan de la amplitud de temas por él estudiados. Tan intensa

vida dedicada al trabajo de la ciencia del Derecho Penal, fue recompensado con diversas distinciones entre las que destaco: la Medalla de las Ciencias Penales Criminológicas del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid y la Insignia de Oro de la Universidad de Santiago, e hizo que la Delegación Nacional de Portugal lo haya propuesto como Candidato para el «Consejo Científico Criminológico» del «Comité Europeo para los problemas criminales» del Consejo de Europa.

Y tengo que recurrir nuevamente a la costumbre de que el discurso de ingreso sea glosado por el académico que lo contesta, para justificar el que me atreva a hacerlo, si bien os garantizo será de forma breve y esquemática, no sólo por no hacer excesivamente largo este acto, sino principalmente, por lo poco que yo puedo añadir, después de un discurso de la altura y brillantez del que acabamos de oír.

Fernández Albor realiza en la primera parte de su exposición una acotación al concepto de la ciencia del Derecho Penal, al llevar a cabo una delimitación de la misma, con expresa referencia al objeto de que se ocupa el Derecho Penal, pero sin que eso le haga olvidar una clara alusión crítica a aquélla. En efecto, si la ciencia es el conocimiento racional y ordenado de algo y en este caso, ese algo es el Derecho Penal, no podemos olvidar ante qué tipo de ciencia nos hallamos. Hoy ya es frecuente hablar de la división entre ciencias de la Naturaleza y lo que Dilthey denomina «Ciencias del Espíritu». Dentro de éstas se encuentra, indudablemente la ciencia del Derecho, una de cuyas ramas es la ciencia del Derecho Penal. La pretensión de unicidad de las ciencias se ha tratado de realizar siempre aplicando a estas últimas los modos de trabajar de las Ciencias de la Naturaleza, de ahí que todos aquellos autores que están influidos por el positivismo naturalista insistan continuamente en que el conocimiento científico debe ser avalarativo, que la ciencia debe referirse a hechos y no a ideologías. Si ya hoy en el campo de las Ciencias de la Naturaleza esto no se sostiene siquiera en toda su integridad, pues no hay un conocimiento «neutro», por las implicaciones y consecuencias políticas, que todo conocimiento o con más precisión toda forma de conocimiento comporta, menos cierto es aún en las ciencias normativas y, en concreto, en la ciencia del Derecho Penal, donde todos los intervinientes y más aún, los jueces, que trasladan los conocimientos científicos al campo concreto de la vida ordinaria, es-

tán juzgando, manipulando, elementos tan importantes como la libertad, la hacienda y el honor de las personas, que es, en definitiva, lo que resulta del Derecho Penal.

Y ello es así, porque toda ciencia normativa, y eso es la ciencia del Derecho Penal, como ciencia de reglas de conducta, entraña siempre el tratar de las valoraciones concretas que en tales normas se manifiestan, de suerte que, como pone de manifiesto Fernández Albor, la ciencia del Derecho Penal consiste en una dogmática jurídica, pero, al mismo tiempo y gracias a las conclusiones que extrae del análisis de un Derecho Penal, lleva necesariamente a un análisis crítico del mismo y establece los peldaños de la reforma del Derecho Penal positivo.

Una vez sentado ésto, interesa a Fernández Albor, definir el Derecho Penal y delimitar su contenido con referencia, por un lado, a su situación en el ordenamiento jurídico, y por otro, a su naturaleza, estudiando especialmente el problema de la «subsidiariedad del Derecho Penal» y su incardinación dentro del Derecho Público o Privado, para concluir en que el Derecho Penal es, precisamente, un protector del Derecho en esos dos campos fundamentales.

Fernández Albor parte en su docta exposición de un concepto del Derecho Penal, que, siguiendo y superando a Von Listz, confirma como sector del ordenamiento que delimita conductas criminales, señalándoles penas y medidas de seguridad. Pero no olvida tampoco, los ámbitos funcional y finalista de tal Derecho.

Precisamente, en mi discurso de ingreso en esta Academia traté de acotar, para los fines allí perseguidos, cuál era la función del Derecho, diciendo que la misma consiste en asegurar la reproducción de un sistema social y su transformación por cauces pacíficos, manteniendo, para ello, la oportuna cohesión social —con la última ratio de la fuerza, que se impone en toda colectividad organizada— a través de la compatibilización de las relaciones sociales, es decir, reduciendo al máximo el margen de lucha, de conflicto, presente siempre en toda sociedad y tratando de solucionar pacíficamente el conflicto allí donde se presente. Traigo a colación esta cita, no porque la misma sea lo suficientemente ajustada o correcta, sino porque engarza con la idea de Fernández Albor de que el ordenamiento jurídico es «un conjunto de reglas de conducta que hacen posible la convi-

vencia social, limitando la actividad individual» y ello nos lleva a la idea, que aunque repetida sigue siendo cierta, de que al Derecho interesan los comportamientos humanos sólo en la medida en que estos exceden la interioridad, afecten al orden social y, al mismo tiempo, sirve para poner de manifiesto lo que se ha denominado «carácter fragmentario» del Derecho Penal o «principio de intervención mínima» en referencia explícita al poder punitivo del Estado. En palabras de Fernández Albor, «todas las veces que la tutela de un bien jurídico pueda asegurarse con soluciones de menor gravedad, no deben utilizarse las graves, que se reservan para los casos más intolerables, para los bienes jurídicos que necesitan una mayor protección».

Y esta idea nos lleva de la mano a otra. Si una conducta es delictiva cuando la ley asocia a la misma una consecuencia sancionatoria, para superar el mero formalismo que ha posibilitado históricamente esto y respetando en éste aspecto aquella idea, para poder convertir una pluralidad de conductas en delictivas, es preciso tratar de indagar un concepto material de delito, lo que asocia inmediatamente, el Derecho Penal a unos bienes jurídicos merecedores de la protección más importante. El problema es, por tanto, indagar dónde se pueden encontrar esos valores fundamentales.

El tema adquiere una mayor importancia cuando autores como Feuerbach afirman que del denominado principio de legalidad se deriva la consecuencia de que la pena es una coacción psicológica, que motiva a los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos, por lo que se viene a establecer que el principio de legalidad es esencial para la interiorización de pautas y prohibiciones sociales y, con ello, para la «formación» de la personalidad humana y, al mismo tiempo sirve para determinar la culpabilidad del delincuente, en cuanto resistencia voluntaria a comportarse de acuerdo con los cánones sociales, y por ello, sujeto al que se le puede atribuir una pena, es decir, que según estos, el principio de legalidad cumple una función de **publicidad** y de **motivación** (interiorización) y **fundamento de la responsabilidad**.

Es un tópico ya hablar de la conexión que existe entre la Constitución material de un país y su Derecho Penal y ello porque precisamente en la Constitución es donde un pueblo, una nación, concreta los valores que considera fundamentales.

El hecho de que nuestra Constitución parta de la idea de pluralismo ideológico nos pone de manifiesto algo que anteriormente señalábamos: la necesidad de que el Derecho Penal se refiera directamente a conductas, pero además, que le interesan las conductas no desde el punto de vista de la moralidad o inmoralidad de las mismas, dato siempre variable en función de la persona que juzga, del tiempo en que se piensa y del espacio, social o geográfico, desde el que las considera, sino que interesan las conductas en la medida en que afectan al orden social exterior, lesionan bienes jurídicos, porque, para decirlo en palabras mejores que las mías (**Vives Antón**) si el Derecho se concibe como un orden de la convivencia exterior, como garantía del disfrute pacífico de los bienes y no como manipulación de las intenciones, entonces el injusto habrá de definirse también básicamente a partir de la exterioridad, representada por el daño o el peligro producido a los bienes de otro y no a partir de la voluntad subjetiva.

Y aquí está, precisamente, uno de los puntos fundamentales de la problemática del Derecho Penal: la delimitación del ilícito penal. Y no nos vale ahora, tampoco, una consideración formal del problema, como supondría decir que un ilícito es penal cuando lleva aparejada una sanción que viene incluida en el catálogo de penas. Porque aquí nos estamos refiriendo de nuevo a un problema valorativo: cuándo debe establecerse sanción penal a una conducta ilícita y, desde su perspectiva práctica, la que a mí más me interesa, cuándo el juez puede establecer que una conducta es constitutiva de ilícito penal. Y aquí quiero referirme a un problema que todos ustedes han tocado alguna vez en su ejercicio profesional. Es el problema de los ilícitos culpados, civiles y penales, es decir, del conflicto entre los arts. 565 y 586-3 del Código Penal y el art. 1.902 del Código Civil. Porque en todos ellos se habla de culpa y si se trae a colación el tema es para señalar una evolución peligrosa, en la práctica, en esta materia. Si en un primer momento se consideró que la diferencia se hallaba en la clase de culpa, porque la responsabilidad del art. 1.902 del Código Civil se basaba en la misma, junto a la evolución jurisprudencial tendencialmente adjetivadora que se da de ese precepto, se ha ido produciendo una ampliación del campo penal, conduciéndose, poco a poco, conductas que antes sólo tenían sanción civil —la reparación del daño o la indemnización del perjuicio— al campo penal por la

vía de las faltas de imprudencia, y a ello no es nada ajena, y hay que decirlo con claridad, la achacosidad de nuestra organización judicial y el retraso de la Administración de la Justicia. Diciéndolo con claridad, los retardos en el cobro de indemnizaciones por vía civil han terminado produciendo, en muchos casos, y particularmente en sede automovilística, una más laxa consideración del grado de culpa exigible, para considerar el ilícito culposo como penalmente reprochable. Y a este problema, ni la judicatura ni la abogacía son ajenos.

Volviendo al discurso, he de manifestar que el fondo de esta materia lo trató brillantemente Fernández Albor, al estudiar la diferenciación entre pena y sanción administrativa y señalar, cuando habla de las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Civil, que «el legislador ha de trazar una línea divisoria por razón política, incriminando por la ley punitiva los ilícitos más graves según las ideas imperantes», puesto que «los presupuestos penales guardan una estrecha relación con los otros sectores del ordenamiento jurídico en su totalidad y el injusto tiene un origen unitario», lo que, desde el punto de vista teórico, nos remite a las valoraciones fundamentales que la Constitución establece y, desde el punto de vista práctico, nos conduce, en el tema de la relativa dependencia del Derecho Penal de otros sectores del ordenamiento jurídico, al complejo mundo de las cuestiones prejudiciales de los arts. 3 a 9 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y al tratamiento que en sede penal debe darse a aquellos conceptos que han sido tomados de otras ramas del ordenamiento jurídico, cuestión en la que obviamente y por razones de tiempo, no podemos ni debemos tocar aquí.

Es decir, y resumiendo un poco, no basta el respeto formal al denominado «Principio de legalidad». Este tiene un contenido material, que la Constitución precisamente delimita.

Pero estamos hablando de un concepto material del delito, de un principio de legalidad y todavía no sabemos si este principio se contiene en nuestra Constitución. Y ello llama poderosamente la atención, porque tal principio se encuentra definido claramente en nuestro Código Penal en todas sus vertientes y garantías, criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución.

Este principio, como es sabido, es una de las características del espíritu liberal que, nacido de la Ilustración, crea el Estado Liberal de Derecho y una de cuyas mejores formulaciones se

contiene en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, al decir que «nadie podrá ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada». ¿Estará presente este principio en una Constitución que define España como un Estado Social y democrático de Derecho? Y la cuestión no es baladí, porque si un límite material del Derecho Penal es que la reacción penal se establezca frente a conductas que atenten contra bienes jurídicos fundamentales ¿quién y cómo define esas conductas? ¿Quién y cómo puede establecer que a esas conductas le deba seguir la más grave respuesta social, que supone la pena? Y relacionado con ello y no, precisamente, al margen, ¿quién y cómo, puede señalar quiénes y en qué forma van a definir la consecuencia penal de la conducta y controlar la ejecución de la pena?

Y lamentablemente hay que concluir, que este principio, vigente indudablemente en España, no ha recibido su adecuada promulgación constitucional, aunque el mismo pueda inducirse de sus preceptos. Y digo que no ha recibido su adecuada promulgación porque el art. 25-1 de la Constitución, que pretende establecerlo, da lugar a las más variadas interpretaciones. ¿Qué significa meter en el mismo saco delitos, faltas e infracciones administrativas, exigiendo que la acción u omisión sea tal según la legislación vigente en el momento en que se realizó? ¿A qué legislación se refiere? Sin embargo y afortunadamente, la interpretación sistemática permite enlazar este art. 25 con la idea de seguridad jurídica, contenida en el art. 9-3 y con el art. 81-1, que mantiene una reserva de Ley Orgánica, para concluir que la definición de una conducta como delictiva y para imponerle una pena, debe realizarse a través de Ley Orgánica. Y aún más, permite establecer con claridad que también las normas procesales, delimitadoras de competencia penal, están cobijadas bajo esa garantía, pues si el derecho al juez, predeterminado por la ley, es un derecho fundamental de la persona, el establecimiento del mismo debe hacerse por Ley Orgánica, sin que quepan, tampoco, en relación a esta materia y de conformidad con los arts. 82-1 y 86-1 de la Constitución, ni delegación legislativa, ni la técnica del Decreto-Ley.

Y relacionado con esto, bien se ha ocupado la doctrina de señalar un límite más al poder sancionador del Estado y ahora

se trata de una limitación a la norma misma, cual es la imposibilidad de remitirse, en la definición de conductas, a normas de rango inferior, es decir, la inconstitucionalidad de las normas penales en blanco en sentido estricto, planteándose en materia de penas el problema de la determinabilidad de la sanción, en base a criterios diferentes a la calificación de la acción u omisión verificada, pues, al remitir, aunque sea conjuntamente, a la personalidad del autor, sus expectativas criminales o la alarma social, se pone de manifiesto la tensión que se produce siempre entre seguridad jurídica, arbitrio judicial y punición por el hecho y no por el sujeto.

Con estas ideas he querido comentar uno de los temas fundamentales de Fernández Albor a lo largo de su magistral trabajo. Como él dice «el Derecho Penal puede en todo momento incorporar el injusto manifestado en cualquier sector del ordenamiento jurídico, con una sola condición: que se trate de lo injusto tipificado, que así se le acota y se le limita» y la referencia explícita del mismo es que las bases genéricas del Derecho Penal tienen alcance y significado constitucional en sentido material, siendo la constitucionalidad del Derecho Penal una exigencia imprescindible si se quieren evitar desviaciones que pueden conducir a extralimitaciones del propio legislador, lo que nos lleva necesariamente a señalar que, en tanto no se produzca el nuevo Código Penal, la interpretación existente, que respondía a concepciones políticas diferentes y que contiene, todavía, preceptos remisorios a normas de rango inferior a la ley, normas en las que el supuesto de hecho se define o bien con una exacerbada generalidad o bien con conceptos jurídicos indeterminados y la punición de cierto tipo de actos preparatorios, que no suponen, todavía, la puesta efectiva en peligro de bienes jurídicos, por señalar algunos ejemplos, ha de llevarse a cabo, necesariamente, a la luz de las exigencias materiales que se derivan de la Constitución, si queremos que los Tribunales sirvan también de salvaguardia de la libertad que la misma proclama.

Y pongo punto final a esta reglamentaria intervención mía dando, en nombre de la Academia, la bienvenida al Excmo. Sr. Dr. Agustín Fernández Albor, en la seguridad de que es la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación la que se honra acogéndole en su seno.

INDICE

	<u>Páginas</u>
DISCURSO	5
CONTESTACION	41