

GERARDO LANDROVE DIAZ
Profesor Agregado de Derecho Penal en
la Universidad de Santiago de Compostela

SOBRE LA DENOMINACION Y
NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

PRECISIONES TERMINOLOGICAS

Como ha destacado QUINTANO RIPOLLES (1), el problematismo de nuestra disciplina y de su objeto de estudio se inicia ya en su propia denominación. La fórmula terminológica que utilizamos, "Derecho penal", es de origen relativamente reciente. Según afirma MEZGER la denominación *Strafrecht* fué utilizada por vez primera en 1756 por REGNERUS ENGELHARD, en su obra *Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechts*; con anterioridad habían gozado de mejor fortuna las expresiones *Kriminalrecht* y *peinliche Recht* (2). A partir del siglo XIX el término "Derecho penal" ha sido utilizado con una frecuencia muy superior a la alcanzada por cualquier otra

(1) Cfr.: A. QUINTANO RIPOLLES, *Curso de Derecho penal*, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 10. Acerca de la *intitulación del Derecho penal*, vid.: M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *División y fuentes del Derecho positivo*, Valparaiso, 1968, pág. 47; J. M.^a RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte general, quinta edición, Madrid, 1976, pág. 12 y s.; S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1976, págs. 18 y s. s.

(2) Cfr.; E. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, segunda edición de la traducción, revisada y puesta al día por J. A. RODRIGUEZ MUÑOZ, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 3.

expresión, según ha puesto de relieve MAURACH (3). Si bien las excepciones son en algunos supuestos muy significadas, como en el caso KÖSTLIN que, a mediados de la pasada centuria, se aferra a la tradicional etiqueta de “Derecho criminal” (4).

Muy pronto se aludirá al exacto alcance que —en nuestra opinión— cabe atribuir a tales opciones terminológicas. En la materia, conviene tener muy presente la existencia de un doble planteamiento:

1) Para un sector doctrinal, una decisión en este sentido no debe venir motivada simplemente por un capricho terminológico; adoptar una u otra designación para una disciplina científica —se afirma— es empeño de largo alcance y de hondas consecuencias en su

(3) Alude R. MAURACH (*Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1971, pág. 3. Existe traducción y notas de Derecho español, por J. CORDOBA RODA, de la segunda edición alemana, en dos volúmenes, Ariel, Barcelona, 1962; en lo sucesivo citaremos por la traducción española) a que en inglés se designa el Derecho penal como *criminal law*; en francés se encuentran equiparados los términos *droit pénal* y *droit criminel*; en Italia se habla de *diritto penale*; en España de *derecho penal*; en Rusia de *ugolownoje pravo* (derecho criminal) y en Polonia de *prawo karne* (derecho penal). En este sentido, destaca F. PAVON VASCONCELOS (*Manual de Derecho penal mexicano*, Parte general, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1967, pág. 12) como, al margen de otras denominaciones (tales como Derecho represivo, Derecho de Defensa social, Derecho sancionador o Derecho restaurador), las más comunes han sido, y son en la actualidad, las de Derecho penal y Derecho criminal; seguramente “por ser las más antiguas y designar mejor el contenido de las normas que se ocupan del delito, del delincuente y de las penas y medidas de seguridad”.

(4) Cfr.: C. R. KOSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, Tübingen, 1845, reproducción fotomecánica de 1970, Scientia Verlag, Aalen.

sistemática (5). Destaca FONTAN BALESTRA que la denominación que se asigne a un conocimiento científico no siempre carece de significado; cuando se le han dado a una ciencia varios nombres, la elección de uno entre ellos ha de responder a una decisión meditada, pues siendo el título de una obra la síntesis máxima de su contenido, se trata de dar con él la idea del objeto, de la extensión y aún de la naturaleza de la labor que se realiza. En ocasiones, el título trata de resumir las manifestaciones más salientes u originales de la naturaleza o dirección que se quiere señalar a una disciplina; otras veces, el nombre contiene la característica que el autor considera peculiar de la ciencia que trata o la que cree apta para su deslinde de conocimientos más o menos afines; incluso el título elegido tiende a especificar los confines de la materia que es objeto de estudio (6). Con relación al Derecho penal, y a la ciencia que lo tiene por objeto, si bien es cierto que este término ha gozado y goza de mayoritaria aceptación a lo largo de su desenvolvimiento, justo es reconocer y recordar, al menos sucintamente, que ha recibido otras denominaciones.

(5) En este sentido, Vid.: J. DEL ROSAL, *Nuevo sentido del Derecho penal (Problemas de concepto, método y fuentes)*, Librería Santarén, Valladolid, 1942, págs. 25 y s. s.; en donde se hace un pormenorizado exámen del problema de la intitulación a que aludimos.

(6) Cfr.: C. FONTAN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal, I, Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, pág. 27.

Se destaca, además, que la elección de una de las expresiones a que más arriba nos hemos referido encierra un fondo filosófico que es necesario no ignorar para otorgar a la problemática apuntada su exacta dimensión.

2) Por el contrario, otros sectores científicos minimizan la trascendencia de esta problemática. Estima QUINTANO RIPOLLES (7) que el tema de la denominación de nuestra disciplina es "asunto de genio lingüístico, y en parte de moda", ya que en lo conceptual la sinonimia es perfecta: el delito (crimen) y la sanción (pena) constituyen sus raíces sustantivas y son al parigual nociones inexcusables y complementarias de nuestro ordenamiento y de la ciencia sobre éste construída.

En el momento histórico en que se utilizaba la etiqueta de "Derecho criminal" esta rama jurídica —como todas— se encontraba en estrecha vinculación con la Teología, el delito se concebía como un pecado público, un ataque a la Divinidad y, en consecuencia, su autor ofendía, al mismo tiempo, a la sociedad y a Dios. Identificación entre Derecho y Religión que se manifiesta con toda intensidad en las más elementales estructuras sociales. Con toda lógica, y por esta íntima vinculación teológica, el hombre no se plantea siquiera la problemática del derecho de castigar, ya que el

(7) Cfr.: A. QUINTANO RIPOLLES, *En torno al concepto del Derecho penal*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, pág. 252.

delito es un pecado contra la Divinidad y tal inteligencia vedaba ulteriores indagaciones. Ello implicó que el jurista no reparase en el estudio de la *pena* y sin embargo prestase especialísima atención al *crimen*, que por su carácter de pecado público venía desorbitado de sus naturales cauces. De esta inteligencia brotó naturalmente la denominación “Derecho criminal”, indicadora de su exacto contenido.

Con posterioridad, y alrededor de la fecha indicada como de nacimiento de la nueva terminología, surgen las decisivas corrientes filosófico-políticas de las que habría de ser fruto maduro la Revolución Francesa. Como es sabido, en este momento cobra carta de naturaleza en Europa la idea de la escisión entre el Derecho y la Teología: el delito ya no va a tener otra consideración que la de ser una perturbación del orden social. En el saldo positivo de la Ilustración ha apuntado TOMAS Y VALIENTE la *humanización del Derecho penal*. Humanización en el doble sentido de suavización del trato procesal y penal dado al reo y, sobre todo, en el de secularización del Derecho penal, que se aleja así de consideraciones y propósitos pseudo-religiosos que no habían servido más que para endurecerlo (8).

La decisiva idea de la separación entre el Derecho y la Religión abrió horizontes inéditos a la

(8) Cfr.: F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, pág. 408.

especulación del jurista, planteándose ya la justificación de la pena y la problemática de su esencia y finalidad. El papel protagonista que en el sistema punitivo anterior se había atribuido al delito es, desde este momento, asumido por la pena, naciendo un amplio movimiento crítico de la inhumanidad y crueldad de la reacción penal arbitrada con anterioridad. Todo ello incidió en la propia denominación, arraigando así la más expresiva de la nueva situación "Derecho penal", que sustituyó a la ya superada de "Derecho criminal".

No faltaron, por otro lado, nombres de mayor o menor originalidad y acierto, con los que diversos autores respondieron al propósito de señalar la naturaleza o contenido de nuestra materia y del conjunto de normas que constituye su objeto de estudio. Así, THOMSEN la designa con el nombre *Verbrechensbekämpfungsrecht* (Derecho de lucha contra el crimen) (9), PUGLIA con el de *Diritto repressivo* (10) y el español DORADO MONTERO, en los últimos tiempos de su elaboración científica, hacía referencia al *Derecho protector de los criminales* (11).

(9) Vid.: THOMSEN, *Grundriss des deutschen Verbrechensbekämpfungsrechtes. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1905; *Besonderer Teil*, Berlin, 1906.

(10) Vid. fundamentalmente: F. PUGLIA, *Manuale di Diritto penale secondo il nuovo Codice penale italiano*, I, Parte generale, Ernesto Anfossi Editore, Napoli, 1890, pág. 5 y s.s.

(11) Vid.: P. DORADO MONTERO, *El Derecho protector de los criminales*, 2 tomos, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1916.

Todo ello tiene actualmente reconocida trascendencia, porque se ha vuelto a hablar recientemente de un posible cambio en la etiqueta de nuestra disciplina. Estima MAURACH en este sentido que la denominación *Strafrecht*, nacida a mediados del siglo XVIII, se impone con carácter general en los comienzos del XIX, y resulta adecuada hasta que el movimiento de reforma del siglo XX introduce las medidas preventivas, no penales, en lugar y junto a la pena (12). Evidentemente, es ésta la argumentación de mayor entidad que puede esgrimirse para fundamentar la pretensión de un cambio terminológico: el crecimiento del Derecho de los delitos y de las penas, que ha incorporado —como medio de reacción— las medidas de seguridad. Se estima en diversos sectores doctrinales que la denominación Derecho penal resulta así rebasada y que con la restauración de la fórmula “Derecho criminal” se podrían considerar incluidas en el mismo también las medidas de seguridad (13). En el actual momento histórico —se afirma— tiende progresivamente a prevalecer como criterio distintivo del Derecho penal, más que la pena como medio de reacción, el fin mismo de aquel conjunto de normas jurídicas, es decir, la lucha contra la criminalidad.

(12) Cfr.: MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, cit., I, pág. 4.

(13) Al respecto, vid.: MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, cit., I, pág. 6; W. SAUER, *Derecho penal (Parte general)*, traducción de J. DEL ROSAL y J. CERZO, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1956, pág. 7; F. ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal*, Parte general, traducción por J. DEL ROSAL y A. TORIO, UTEHA Argentina, Buenos Aires, 1960, pág. 8; E. CORREIA, *Direito criminal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1968, I, pág. 1 y s.

Así, y en opinión de CHIOSSONE (14), la muy poco expresiva y unilateral etiqueta de Derecho penal, debe ser sustituida por la de *Derecho transgresional*, que comprende todas las consecuencias de la realización del tipo, o sea, la transgresión. Si se adopta esta denominación —afirma— como conjunto de normas sancionadoras, las medidas de seguridad estarían bien ubicadas y se eliminaría el equívoco respecto a la expresión “penal”. En consecuencia, estima que el texto legal que acoge las normas mencionadas debe ser denominado Código de lo Transgresional Punible, cuyo contenido serían los principios generales de lo transgresional punible y las descripciones típicas que se denominan delitos y faltas. Afirmaciones todas con las que nos interesa, exclusivamente, poner de relieve la vigencia y actualidad de la problemática terminológica suscitada.

La doctrina francesa ha sido tradicionalmente minimizadora de esta cuestión. Las expresiones “Derecho penal” y “Derecho criminal” son utilizadas de forma indiscriminada. Si bien, partiendo de la apuntada sinonimia, puntualiza BOUZAT (15) que el conjunto de normas que sustentan nuestra ciencia se denomina *droit criminel* porque las infracciones penales más graves en el sistema francés ostentan, precisamente, la calificación de *crimes*; surge la

(14) Vid.: T. CHIOSSONE, *Manual de Derecho penal venezolano*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1972, pág. 13 y s.

(15) Cfr.: P. BOUZAT—J. PINATEL, *Traité de Droit pénal et de Criminologie*, Dalloz, Paris, 1971, pág. 1.

denominación *droit pénal* —afirma— porque el principal medio arbitrado para reprimir y prevenir las infracciones mencionadas es el castigo denominado *peine*.

En España, sin embargo, no se ha planteado más que incidentalmente el problema aludido; como innovación más significada debe aún hacerse alusión a la arbitrada por DORADO MONTERO. Modernamente, el rótulo “Derecho penal” es el único prácticamente utilizado.

De todo lo mencionado en este sentido, cabe deducir que si bien en la actualidad la denominación más utilizada no resulta demasiado expresiva de todas las vertientes que hoy abarca nuestro Derecho, a la antigua fórmula “Derecho criminal” cabe hacerle, de idéntico modo, serias objeciones de análoga naturaleza. Por ello, cabe defender el mantenimiento de la actual denominación “Derecho penal”, en tanto en cuanto no se ha encontrado otra más expresiva de su contenido. Ello al margen de que, como se ha puesto de relieve MAURACH, la imposición de la pena es la función “aún hoy predominante” en el Derecho penal (16).

En la doctrina italiana, ha esgrimido PETROCELLI una serie de razones en favor de la conservación de la fórmula “Derecho penal” que,

(16) Cfr.: MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, cit., I, pág. 4.

creemos, son valederas con relación a la terminología española (17):

A) El contenido y fin fundamental del sistema de normas que es objeto de nuestro estudio es la represión del delito mediante la pena.

B) La larga tradición en el lenguaje jurídico y en el lenguaje común ostentado por este término. Por lo que un cambio terminológico, que no ofrezca inobjetable ventajas de puridad y concreción, solamente puede contribuir a oscurecer la problemática suscitada.

C) Nuestro Derecho positivo denomina "penal" y no criminal al código que recoge, en vía principal y fundamental, la materia de los delitos y de las penas y, en vía complementaria, de las medidas de seguridad. En España, las medidas de seguridad se ubican parte en el Código penal y, sobre todo, en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, de 4 de agosto de 1970.

Denominación de nuestro código que ya preocupó a los redactores del Texto de 1822; hasta tal punto que fué una de las cuestiones objeto de seria discusión en la Cámara legislativa. Nuestro primer código ya se denominó "penal" a pesar de que en aquel momento histórico aún no se había impuesto, como ya hemos dicho, esta denominación, luego dominante. Por el contrario, los prácticos del antiguo régimen habían

(17) Vid.: B. PETROCELLI, *Principi di Diritto penale*, I, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1955, pág. 6.

preferido en España la expresión “criminal” (18). Etiqueta esta última que se trató de desenterrar, sin éxito, por algún proyecto del siglo pasado (19).

D) Con el término “criminal”, que resalta la palabra “crimen”, de angosto y vago significado, no se alcanzaría el fin de una mayor comprensividad ni de una más neta delimitación.

Argumentos todos que encuentra RODRIGUEZ DEVESA (20) de absoluta validez respecto del Derecho español. Pero añade algo más el Catedrático de Madrid en defensa de la nomenclatura hoy dominante: lo que realmente denota que una conducta es delictiva es la *pena* que la sigue; las medidas de seguridad, de idéntica forma que otras consecuencias jurídicas del delito, siguen, estando en el Derecho actual en un segundo plano. Efectivamente, ya en otro lugar hemos puesto de relieve que la pena “es la primera y principal consecuencia jurídica del delito, es decir, de una acción, típica, antijurídica, culpable y punible. Las medidas de seguridad, la responsabilidad civil o el pago de las costas procesales son también

(18) En la materia, vid.: J. ANTON ONECA, *Historia del Código penal de 1822*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1965, pág. 272.

(19) Por ejemplo, el *Proyecto Sáinz de Andino de Código criminal de 1831*, elaborado por el redactor de nuestro primer Código de comercio y del que solamente se conservan tres ejemplares manuscritos: uno en la Universidad de Sevilla, otro en el Ministerio de Justicia y un tercero que se custodia en el Decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela.

(20) Cfr.: RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte general, cit., pág. 13.

consecuencias jurídicas del delito, pero desempeñan en el ámbito jurídico-punitivo un papel más modesto” (21).

Consecuentemente, estimamos que mejor que retocar los términos y supervalorar las formas externas es mantener la denominación tradicional pero reformar su contenido, en el sentido de actualización a que nos hemos venido refiriendo (22); es decir, que bajo aquella fórmula se contemple el sector del ordenamiento jurídico que, en garantía de la pacífica convivencia entre los hombres, atribuye efectos jurídicos propios y exclusivos —penas y medidas de seguridad— a determinadas conductas humanas socialmente intolerables.

Finalmente, una última precisión terminológica. Como ha expresado SAINZ CANTERO (23), se viene utilizando tradicionalmente la etiqueta “Derecho penal” en una doble significación: como expresión del conjunto de normas que constituyen el ordenamiento punitivo, y como alusiva a la disciplina científica que tiene por objeto de estudio el ordenado conocimiento de ese conjunto de normas jurídico-penales. En evitación

(21) Cfr.: G. LANDROVE DIAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1976, pág. 11.

(22) En este sentido, vid.: L. JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho penal*, I, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1950, pág. 25.

(23) Cfr.: J. A. SAINZ CANTERO, *La ciencia del Derecho penal y su evolución*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1970, pág. 13. Reimpresión de 1975.

de posibles confusionismos, considera preferible reservar la denominación "Derecho penal" para *el conjunto de normas jurídicas* que determinan las conductas proscritas y señalan las consecuencias jurídico-penales de las mismas, y denominar "ciencia del Derecho penal" a *la disciplina científica* que tiene esas normas por objeto de estudio.

LA NATURALEZA DEL DERECHO PENAL:

Como ha puesto de relieve G. BETTIOL (24), es lugar común de los estudiosos de esta problemática la afirmación de que en aquellos momentos históricos en que todavía la autoridad del Estado no se había constituido, o no estaba suficientemente afirmada, el Derecho penal ostentaba carácter privado. Es decir, que solamente de forma gradual se produjo el tránsito del *delictum privatum* a los *delicta publica*. Sin embargo —afirma el maestro de Padova—, cuando el Estado aún no existía o la organización del mismo era todavía rudimentaria, el *pater familias* no actuaba como depositario de un poder privado, sino como expresión de una autoridad política y, en consecuencia, pública; siendo la familia la más elemental forma de organización política.

Es evidente que sólo puede atribuirse un origen privado al Derecho penal, y con ciertas matizaciones,

(24) Vid.: G. BETTIOL, *Diritto penale*, Parte generale, ottava edizione, Cedam, Padova, 1973, pág. 82 y s.

cuando lo retrotraemos a sus más lejanos y oscuros orígenes: a la venganza individual. Pero en tanto en cuanto se reconozca que la reacción que conduce a la pena es sustancialmente distinta de aquella que conduce a la venganza privada, porque está animada por la idea de retribución en nombre de una superior exigencia de justicia, cabe reconocer que el origen del Derecho penal presenta otra fisonomía. Así concebido el Derecho penal, se encuentra siempre al margen de las reacciones individuales.

La concepción de la pena como garantía de un orden colectivo cuyo mantenimiento corresponde al Estado no se consolida, por razones obvias, hasta el siglo XVIII. Bien entendido —como matiza RODRIGUEZ DEVESA (25)— que el monopolio de la pena por el Estado significa algo más que la erradicación conceptual de toda idea de odio o venganza contra el delincuente: es un intento de *desapasionamiento* y de juzgar el delito con puntos de vista colectivos y no personalizados, manteniéndose las acciones civiles para el juego de los intereses privados que pueda lesionar la infracción.

La existencia actual en diversos ordenamientos de poderes correccionales del padre sobre los hijos y del marido sobre la mujer no justifica la alusión a un Derecho penal *privado*, subsistente al lado del Derecho penal *público*. Se admite, solamente, que en interés del

(25) Cfr.: RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte general, cit.; pág. 743.

buen funcionamiento de la familia el *pater familias* puede, en ocasiones, recurrir a medios coactivos en su relación con las personas que de él dependen, siempre que no sobrepase ciertos límites impuestos por el Derecho y la costumbre. Se trata, en cierta medida, de un poder disciplinario que encuentra hoy su justificación formal en el Derecho positivo y, por ello, en la voluntad del Estado que reconoce a un sujeto una posición de privilegio con relación a otras personas y en base de la peculiar naturaleza de las relaciones que los vinculan familiarmente. Si bien históricamente la explicación se encuentra en los poderes soberanos que el padre de familia tenía atribuidos.

La naturaleza pública de nuestro ordenamiento aparece hoy como indiscutible (26), tanto si para defender la misma se alude a la naturaleza de los *intereses que tutela*, como si se presta especial atención a la naturaleza de las *relaciones que regula*.

Parece adecuado, sin embargo, hacer una siquiera somera alusión a la personalísima postura de GUASP en este terreno, precisamente, por la originalidad de términos en que se encuentra concebida (27): afirma

(26) Ello sentado, conviene recordar, sin embargo, como hace JIMENEZ DE ASUA (*Tratado de Derecho penal*, cit., I, pág. 34), las controversias doctrinales habidas en Alemania a finales del siglo XVIII y principios del XIX, en las que jugaron un papel preponderante STÜBEL, MEISTER, FEUERBACH, TITTMANN, KLEINSCHROD y GROLMANN. En el sentido del texto: H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin, 1972, pág. 11.

(27) Vid.: J. GUASP, *El individuo y la persona*, en *Revista de Derecho privado*, 1959, fundamentalmente págs. 16 y s. s. En donde el autor propone lo que él mismo califica de "sensancional reivindicación" al

que los penalistas al proclamar con unanimidad que el Derecho penal es Derecho público se fijan, en realidad, en dos *momentos* que son distintos de aquéllos cuyo régimen interesa al Derecho penal auténtico. Estos momentos son, de un lado, el acto por el cual se asocia a una cierta conducta abstracta una sanción punitiva (acto *político* o *legislativo*) y, de otro, el de la imposición de la pena (acto *procesal*). La verdadera materia penal —afirma— ha de recogerse del “camino intermedio” que va desde la ley penal a la sentencia penal, sino el Derecho penal desaparecerá y se confundirá con el Derecho político o con el procesal. Camino intermedio que es la conducta situada *sub poena* y que él califica de materia jurídico—privada, en base de que la relación jurídico—penal se establece entre el titular del poder, que puede exigir el cumplimiento del deber protegido con la amenaza de una pena, y el sujeto del deber, al que se le intimida con dicha pena, precisamente para reforzar su cumplimiento. En su opinión, el sujeto del poder es un *particular*, ya que si es innegable que se trata del Estado, éste, en la relación jurídico—penal, “no está investido de Poder público o soberanía”, sino que está sometido al mismo régimen de equiparación a los particulares con que en muchas ocasiones aparece, no obstante ser el Estado, dentro del tráfico jurídico; y ello determinado por las limitaciones que impone el principio de legalidad, característico del Derecho punitivo.

pretender que el Derecho penal “ha sido siempre puro y riguroso derecho privado”. Solución a la que se han realizado muy serias revisiones (Vid.: RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte general, cit., pág. 10).

Apuntada a título meramente informativo tan sugestiva solución, estimamos que en la misma no se encuentran argumentaciones con fuerza suficiente para desterrar la tradicional e inmensamente mayoritaria postura que integra al Derecho penal en el ámbito del Derecho público. En efecto, creemos que ésta es defendible en base de las argumentaciones siguientes:

A) El Derecho penal tutela intereses de naturaleza comunitaria. La vida o el honor, por ejemplo, son intereses con proyección pública; en su tutela está directamente interesada toda la comunidad. Nos encontramos ante bienes trascendentes para "la existencia, la organización y los fines de la comunidad" (28); por lo que la violación de las normas jurídicas que los tutelan resulta extremadamente grave y da lugar a un tipo especial de sanciones, precisamente, las más severas de que disponga el respectivo ordenamiento. En definitiva, se otorga relevancia jurídico-penal a un sector específico del injusto general, que se considera *más intolerable*. El Derecho penal solamente contiene la protección de los bienes jurídicos contra determinada clase de agresiones.

Como ha puesto de relieve NAWIASKY (29), esta función de reaccionar contra las conductas

(28) Cfr.: RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *División y fuentes del Derecho positivo*, cit., pág. 47.

(29) Cfr.: H. NAWIASKY, *Teoría general del Derecho*, traducción de la segunda edición alemana por J. ZAFRA VALVERDE, Ediciones Rialp, S. A. Madrid, 1962, pág. 153 y s.

especialmente reprobadas de los ciudadanos imprime claramente su sello sobre la figura del Derecho penal, al que atribuye como característica la de realizar valoraciones de signo ético. Es evidente que al señalar la norma penal una regla de conducta sirve de guía al comportamiento de los destinatarios de la misma. Ello implica su operatividad como “parámetro de valoración” (30), en términos de punición, de un repertorio de acciones determinadas. Se exige, pues, para la reacción jurídico-punitiva la existencia de una especial repulsa, cristalizada en el acceso de específicas conductas a la ley penal, esto es, de la vigencia de una amenaza específica (*nulla poena sine lege poenali*).

B) Si aceptamos la tesis de BETTIOL (31) de que la característica de la relación de Derecho público es la *indisponibilidad* del objeto de la relación misma, el Derecho penal es, en la actualidad, el Derecho público por excelencia, porque los bienes jurídicamente tutelados por éste interesan a toda la colectividad. Un Derecho penal “privado”, esto es, anclado en la voluntad de la persona ofendida por el delito no puede ser siquiera imaginado, porque con ello se demolería el poder público habiéndose imposible, en definitiva, la pacífica convivencia social.

C) Las relaciones que las normas penales regulan imponen la necesidad de integrar este Derecho en el

(30) Cfr. F. RAMACCI, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Giuffrè, Milano, 1970, pág. 9.

(31) Vid.: BETTIOL, *Diritto penale*, Parte generale, cit., pág. 81 y s.

campo del Derecho público. Estas relaciones no son de individuo a individuo, sino del Estado con el individuo. Expresivamente se ha destacado que no existe relación de soberanía y sumisión más característica que 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 del propio Estado (*ius puniendi*); no existe ninguna otra rama jurídica tan fuertemente condicionada por la necesidad de salvaguardar el orden público (32).

D) El Estado es siempre el titular único y exclusivo de la potestad represiva. Sólo el Estado tiene la facultad de acuñar delitos e imponer sanciones, en ningún caso los particulares.

Merece destacarse, sin embargo, que —en opinión de QUINTANO RIPOLLES (33)— la constante referencia al Estado como fuente única de que dimana el Derecho “es una vieja secuela del absolutismo positivista, iniciado por el proceso de laicización del Iluminismo pero que ya parece estar en vías de revisión. Idea progresiva en su tiempo, cuando el Estado racabó el monopolio jurídico detentado por otros poderes inferiores feudales o municipales, es actualmente una rémora al supeditarse a otros de significado superior en lo ideal y aún en lo legal, tales como las comunidades regionales y la propia comunidad internacional”.

(32) Vid.: MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, cit., I, pág. 27.

(33) Vid.: QUINTANO RIPOLLES, *En torno al concepto del Derecho penal*, cit., pág. 258 y s.

En el vigente orden jurídico mundial —afirma el desaparecido Catedrático de Madrid— el *ius puniendi* de los Estados encuentra importantes valladares que no le es lícito traspasar; no ya en un sentido de deber iusnaturalista, sino en otro concretamente jurídico—positivo, encarnado en normas internacionales obligatorias, como son las de la Convención sobre Genocidio (34) y la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 2 de diciembre de 1948. Consecuentemente, a ningún Estado será ya lícito imponer normas vulnerando los principios de dichas convenciones. Si un Estado, en virtud de sus teóricamente ilimitados poderes, dispusiese abiertamente persecuciones raciales, legalizarse la esclavitud o la tortura, se vería inmediatamente expuesto a la exclusión del ámbito de la sociedad internacional, con las eventuales sanciones que ello implicaría. Por otra parte, el nuevo Derecho Internacional Penal (nacido con los Estatutos de los Tribunales militares de Nuremberg y Tokyo en 1945) extendió la función penal más allá de los límites tradicionales de las soberanías estatales, acabando así, al menos en teoría, con el milenarismo mito de su monopolio jurídico—penal.

(34) En España, y por Ley 15 de noviembre de 1971, sobre reforma del Código penal, se ha introducido en el mismo el delito de genocidio (Capítulo III del Título I, Libro II) concebido en términos concordantes con aquella norma internacional. Entre la más reciente bibliografía nacional sobre el tema, vid.: J. VARELA FEIJOO, *El delito de genocidio*, en *Temas penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1973, págs. 107 y s. s.; J. SAENZ DE PIPAON, *Delincuencia política internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Publicaciones del Instituto de Criminología, Universidad Complutense, Madrid, 1973.

Sobre tales argumentaciones, estima QUINTANO RIPOLLES que deben ser corregidas las definiciones tradicionales del Derecho penal en el sentido de atribuir mayor amplitud sobre los linderos fronterizos de la soberanía estatal. Al recabar el ejercicio del *ius puniendi* la Comunidad internacional —afirma— atribuyóse a ésta el poder de crear infracciones y penas, en un precedente que podrá ser censurado o alabado, pero cuya realidad y trascendencia nadie ha de negar.

La pureza técnica de tales afirmaciones resulta incuestionable. Tan sólo podrían quebrar en cierta medida su exactitud las obvias dificultades de todo orden con que choca el nuevo Derecho Internacional Penal en su consolidación y desarrollo; dificultades nacidas, precisamente, de aquéllas que tradicionalmente acompañan a la existencia de una Comunidad internacional. Sin embargo, desde un plano teórico, y con parciales reflejos en la realidad vital, tales matizaciones no pueden ser ignoradas al aludirse al *ius puniendi*, tradicionalmente atribuido en forma exclusiva al Estado. Quizá el que nos encontremos en un momento histórico de transición y de superación de viejas estructuras imponga la necesidad de las reservas que hemos apuntado en tan fundamental problema.

E) La acción dirigida a la represión de los delitos es, indefectiblemente, pública y corresponde al Estado, aún cuando en determinados supuestos su ejercicio dependa de una manifestación de voluntad del

particular. En estos casos nos encontramos ante condiciones especiales de procedimiento o de perseguibilidad, a la vista de las cuales la ley subordina por razones especiales la aplicación de la sanción a las manifestaciones de voluntad afirmativas del particular; pero en el caso de que éste ejercite tal derecho no puede, en ningún caso, sustituir al Estado en la imposición de la pena. El particular sólo cumple el requisito de la iniciación, y ya se plantea así la relación jerárquica Estado—individuo.

Por todo ello, creemos que queda suficientemente evidenciada la naturaleza pública del Derecho penal. Sin que contra tal afirmación quepa argumentar la sugestiva solución de GUASP, quien recientemente en su obra *Derecho* ha reiterado la calificación que él mismo no duda en reconocer “heterodoxa” (35).

(35) Vid.: J. GUASP, *Derecho*, Madrid, 1971, fundamentalmente págs. 552 y s. s.