

El Sistema Integral del Derecho Penal: variaciones en torno a una idea¹

Variationen zu dem gesamten Strafrechtssystem

RAMON RAGUÉS I VALLÈS
Universitat Pompeu Fabra
Barcelona

Resumo: El presente trabajo esboza una serie de reflexiones personales a propósito de la idea de sistema integral del Derecho penal. Las primeras páginas se dedicarán a determinar cuál es en dicho sistema el papel específico que corresponde al proceso penal y cómo este se relaciona con la pena (I); seguidamente intentará extraerse de dicha función algunas ideas más concretas sobre algunos aspectos de la actividad procesal, como las exigencias para abrir o mantener abierto un procedimiento (II), la teoría de la prueba (III) o las medidas cautelares (IV); y, finalmente, se efectuarán algunas consideraciones acerca de la relación entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal (V). A causa de las limitaciones de espacio no pretende ofrecerse una teoría acabada, sino sólo efectuar algunas consideraciones que muestren la destacable capacidad de rendimiento que tiene esta idea.

Palavras-chave: proceso penal, sistema integral del Derecho penal, prueba, punibilidad, perseguibilidad, medidas cautelares

Zusammenfassung: Die vorliegende Arbeit skizziert eine Reihe von Überlegungen zu der Idee des gesamten Strafrechtssystems. Auf den ersten Seiten wird festgelegt, welche spezifische Rolle dem Strafprozess in besagtem System zukommt und wie dieser mit der Strafe in Zusammenhang steht (I); danach sollen aus dieser Rolle einige konkretere Ideen zu bestimmten Aspekten der prozessualen Tätigkeit abgeleitet werden, wie die Anforderungen zur Eröffnung oder Aufrechterhaltung eines Verfahrens (II), die Beweistheorie (III) oder einige Zwangsmittel (IV); und schließlich werden einige Überlegungen zu der Beziehung zwischen dem materiellen Strafrecht und dem Strafprozessrecht angestellt (V). Wegen des mir zur Verfügung stehenden beschränkten Platzes versuche ich nicht, eine vollständige Theorie darzulegen, sondern nur einige Überlegungen anzustellen, die die bemerkenswerte Leistungsfähigkeit dieser Idee des gesamten Strafrechtssystems zeigen.

¹ Versión española de “Variationen zu dem gesamten Strafrechtssystem”, publicado en versión alemana en ZÖLLER / HILGER / KÜPER / ROXIN (eds.) *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlín, 2013, pp. 183-198.

1. Introducción

Una de las principales aportaciones de *Jürgen Wolter* a la discusión de su tiempo será, muy probablemente, su contribución al desarrollo de la idea del sistema penal integral, un sistema teórico común que abarca el Derecho penal sustantivo, la determinación de la pena y el Derecho procesal penal. En el año 2004 tuve la oportunidad, junto con otros colegas de la Universität Pompeu Fabra, de participar en la traducción al español de la obra *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, que fue objeto de discusión en intensas sesiones de seminario². Hablar de un “Derecho penal integral” en un país como España, donde existe una rígida separación entre penalistas y procesalistas que reserva para estos últimos la docencia e investigación sobre el proceso penal resultaba entonces poco menos que revolucionario. Sin embargo, gracias a contribuciones como la del homenajeado la idea de que los penalistas pueden y deben interesarse por el proceso se ha ido extendiendo en la discusión académica española. El presente trabajo ofrece algunas propuestas a partir de la idea del sistema integral del Derecho penal, aunque debido a las limitaciones de espacio no pretende ofrecerse una teoría acabada, sino sólo algunas consideraciones que muestren la destacable capacidad de rendimiento que tiene esta idea.

2. La función del proceso en el sistema integral

Mucho se ha discutido sobre la función que corresponde desempeñar al Derecho penal y, dentro de éste, a las normas penales y a sus consecuencias jurídicas. Muchas menos páginas se han dedicado, en cambio, a analizar la función específica que corresponde al proceso³. Seguramente ello se explica porque muchos autores han visto en el proceso un simple instrumento al servicio de la aplicación del Derecho sustantivo y, en particular, de la pena⁴. Desde esta perspectiva, la contribución de la sanción a los objetivos del Derecho penal legitimaría la previa actividad procesal. Semejante planteamiento, no obstante, plantea algunas dudas y, en particular, la siguiente: si aquello que legitima el proceso es la pena posteriormente impuesta, todos aquellos procedimientos que finalizan sin sanción alguna deben considerarse disfuncionales y probablemente ilegítimos, pues comportan una serie de restricciones de derechos fundamentales y costes económicos sin contribuir a ningún fin que los pueda legitimar. Las evidentes dificultades para aceptar esta última conclusión invitan a buscar para el proceso una función propia que justifique su existencia incluso en aquellos casos que no acaban en sanción.

A menudo suele asociarse el delito con la idea de perturbación social. Sin embargo, desde una perspectiva cronológica lo que resulta perturbador no es el delito -que en términos jurídicos no existe como tal hasta que una sentencia lo declara- sino la *notitia criminis*, es

² WOLTER/FREUND (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg: C. F. Müller, 1996. Publicado en español con el título *El sistema integral del Derecho penal – Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid, 2004.

³ Entre tales trabajos cabe citar STOCK, *Mezger-FS*, pp. 429-453; SCHMIDHÄUSER, *Schmidt-FS*, pp. 511-524; WEIGEND, *Deliktsoffer*, pp. 173-217; MURMANN, *GA*, 2004, pp. 65-86; RIEB, *JR*, 2006, pp. 269-277.

⁴ Cfr. las oportunas referencias en WEIGEND, *Deliktsoffer*, p. 191 (nota 62); MURMANN, *GA*, 2004, p. 65 (nota 4); y RIEB, *JR*, 2006, p. 270 (nota 6).

decir, la información acerca de la posible comisión de un delito⁵. A verificar dicha información es fundamentalmente a lo que se dedica el proceso, cuya actividad esclarecedora puede culminar de dos grandes maneras: por un lado, confirmando la realidad de la *notitia criminis* y la necesidad de responder al hecho con una pena; y, por otro, descartando la veracidad de dicha información y haciendo evidente que no es necesario castigo alguno. Este último caso pone claramente de manifiesto cómo con su actividad esclarecedora el proceso puede contribuir a que *el Derecho penal cumpla su función pacificadora sin necesidad de que se acabe imponiendo una pena*: si la policía descubre, por ejemplo, que lo que parecían asesinatos en serie son, en realidad, diversos suicidios sin conexión entre sí, claramente se generará un efecto de tranquilización social sin imponerse ningún castigo⁶.

Ciertamente, la actividad esclarecedora puede no siempre culminar de manera exitosa, en unos casos porque no logre descubrirse la realidad de lo sucedido (por ejemplo, se sabe que un individuo cayó de un décimo piso pero no logra aclararse si se lanzó o fue empujado) o en otros porque, constatándose la existencia efectiva de un hecho delictivo, no es posible determinar quién es el responsable (se sabe que la víctima fue empujada pero no quién lo hizo). En tales casos es menos evidente cómo la actividad efectivamente realizada –con sus costes y posibles restricciones de derechos- contribuye al fin pacificador del Derecho penal. Sin embargo, también en ellos existe una contribución: el mero hecho de que el Estado reaccione ante la noticia del posible delito tratando de esclarecer los hechos genera un efecto de tranquilización que no se daría si la respuesta a la *notitia criminis* fuera la absoluta pasividad.⁷

Por ello, la contribución del proceso al efecto pacificador del Derecho penal no debe medirse por un caso concreto, sino por la globalidad de todos aquellos casos en los que se tiene conocimiento de la posible comisión de una conducta delictiva. En un país donde por regla general las autoridades reaccionan adecuadamente ante la comisión de un delito y resuelven un porcentaje significativo de casos difícilmente algunos supuestos de error o ineficacia policial o judicial socavarán de manera irreversible la confianza de los ciudadanos en el Derecho abocándoles a adoptar medidas de autotutela. Para que la desconfianza sea grave deberá constatarse una incapacidad permanente del sistema penal para responder satisfactoriamente a las denuncias de los ciudadanos.

Gran parte de los elementos que integran el proceso contribuyen al cumplimiento de esta *función esclarecedora*, especialmente los relacionados con las diligencias de investigación y la práctica de la prueba en el juicio; o también otros como la prisión provisional, cuando ésta se adopta para eliminar el riesgo de destrucción de pruebas. Sin embargo, hay otros elementos del proceso que no parecen contribuir en absoluto a aclarar lo sucedido: tal es el caso, por ejemplo, de medidas como la prisión provisional para evitar el riesgo de fuga. Lo que se pretende con estas figuras es, más bien, garantizar que durante el tiempo necesario para que el proceso despliegue su actividad esclarecedora no se frustre la

⁵ En este sentido KRAUß, en *Strafrechtsdogmatik*, p. 167; WEIGEND, *Deliktsopfer*, p. 185; PASTOR, en *Nuevas formulaciones*, p. 793; VOLK, *Grundkurs*, p. 139; FREUND, en *El sistema integral*, p. 93: “en un principio no existe el hecho, sino sólo su (mera) sospecha”.

⁶ WEIGEND, *Deliktsopfer*, p. 213.

⁷ Cfr. al respecto LESCH, *Strafprozessrecht*, p. 2 o ID., *Volk-FS*, p. 314. Freund p. 93, 108.

posibilidad de imponer la pena -y ésta deje de producir sus efectos- para el caso en que, finalmente, se confirme la *notitia criminis*.

Esta distinta función obliga a matizar que, en realidad, el proceso contribuye de dos maneras distintas a los fines del Derecho penal: por un lado, como advierte una parte de la doctrina, existe una *contribución directa y propia* que deriva de la actividad esclarecedora⁸; pero, por otro lado, existe también una *contribución indirecta, subordinada a la pena y a sus fines*, que justifica ciertas medidas cuya existencia no logra explicarse desde una perspectiva centrada exclusivamente en la actividad esclarecedora. Ello permite afirmar que la misión del proceso penal es contribuir a la consecución del fin último del sistema penal en su conjunto – la preservación de la convivencia y de un determinado modelo de sociedad- por dos vías: *aclarando la notitia criminis y garantizando la imposición de la pena y sus efectos para el caso de que se confirme la existencia de delito y la consiguiente necesidad de sanción*.

3. La expectativa de condena

La afirmación de que un procedimiento penal puede contribuir legítimamente a la función del Derecho penal sin necesidad de que finalice con la efectiva imposición de una pena puede llevar a pensar que la actividad esclarecedora del proceso no guarda ninguna relación con la sanción penal y se desarrolla por completo al margen del Derecho sustantivo y de sus fines. Sin embargo, como se expondrá seguidamente, nada más lejos de la realidad: conviene no pasar por alto la necesidad de que la *notitia* que dé lugar a la apertura y mantenimiento del procedimiento en cuestión –en definitiva, el objeto de la actividad esclarecedora- merezca en todo momento la consideración de *criminis*. Ello es, precisamente, lo que permite atribuir a un concreto procedimiento la condición de *penal* y distinguirlo de otras actividades humanas que también tienen entre sus propósitos el de esclarecer determinados hechos.

De la anterior afirmación se extrae la exigencia de que sólo se inicien y se mantengan abiertas investigaciones penales en aquellos casos en los que se advierta la posibilidad de que finalmente pueda llegar a imponerse una pena, es decir, cuando exista una *expectativa de condena*. Así, en la medida en que tal expectativa es la razón de ser de toda actuación procesal, su decaimiento impone la finalización del proceso, una terminación que puede ser temporal o definitiva en función de si cabe o no esperar, mediante la posible aparición de nuevos indicios, que la expectativa decaída pueda recuperar vigencia en el futuro.

Esta afirmación no se opone a lo sostenido en el apartado anterior en el sentido de que incluso aquellos procedimientos que no finalizan con condena pueden ser considerados útiles y legítimos. En tal sentido, aunque *ex post* no siempre se acabe constatando una necesidad de sanción (por ejemplo, en aquellos casos en los que la actividad esclarecedora determina la irrelevancia penal del hecho) ello no excluye que *ex ante* fuera necesaria la reacción y es precisamente esta necesidad lo que, en principio, legitima las afectaciones que para el sujeto

⁸ La idea de que el fin del proceso es la restauración de la paz jurídica mediante el esclarecimiento del hecho es compartida, con matices, por diversos autores, tales como SCHMIDHÄUSER, *Schmidt-FS*, p. 522 o WEIGEND, *Deliktsoffer*, p. 215, quien argumenta que el fin específico del proceso es “la reinstauración de la paz jurídica a través del esclarecimiento de las sospechas que suscita un hecho”.

acarrea el proceso. En cambio, tal posibilidad de legitimación desaparece cuando ya *ex ante* puede darse por segura la imposibilidad de acabar imponiendo la pena.

Esta expectativa de condena debe sustentarse tanto en bases jurídicas como indiciarias o probatorias:

a) Desde el primer punto de vista, ello significa que el hecho que es objeto de esclarecimiento debe *tener en todo momento relevancia penal, entendida ésta como la posibilidad de incardinación en uno o varios tipos penales*. Durante la fase de investigación no suele trabajarse con una única hipótesis fáctica, sino con varias al mismo tiempo; para que se cumpla el requisito de la expectativa de condena, basta de momento con que alguna de ellas tenga relevancia penal. La posibilidad de sustentar la expectativa de condena en varias hipótesis se mantiene hasta el momento de acusar, siendo perfectamente posible que, dentro de las peticiones de la acusación, se incluyan simultáneamente varios cargos a modo de conclusiones alternativas. En tal sentido, conviene subrayar que el juicio de tipicidad que se sostiene durante la investigación difiere del que lleva a cabo el juez o tribunal en la sentencia: así, mientras en el primer caso basta con entender que los hechos posiblemente cometidos pueden incardinarse en *algún* tipo penal, al juez le es exigible que concrete los hechos y se pronuncie acerca de *qué concreto* tipo penal es el efectivamente realizado. De esta primera exigencia deriva la absoluta ilegitimidad de la llamada *inquisitio generalis*, es decir, la apertura de un procedimiento, no para investigar hechos concretos de los que se ha tenido conocimiento, sino para averiguar en general qué posibles delitos puede haber cometido un ciudadano.

b) La expectativa de condena debe asentarse también en una *base indiciaria o probatoria*: es necesario que, a la vista del resultado de las diligencias de investigación, pueda confiarse razonablemente en la capacidad de demostrar el hecho investigado cuando llegue el día del juicio. Esta exigencia debe ir modulándose a medida que avanza el procedimiento: así, para iniciar una investigación basta con que la *notitia criminis*, tal como se describe en la correspondiente denuncia, tenga una mínima verosimilitud; en cambio, para tomar la decisión de poner fin a la fase investigadora inicial dando paso al juicio es necesario que se haya conseguido un acervo probatorio que, por su calidad y cantidad, haga pensar que cuando llegue el juicio será posible desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

De esta doble vertiente – jurídica y probatoria - de la expectativa de condena cabe extraer importantes consecuencias prácticas para situaciones dudosas:

a) Precisamente porque no cabe abrir ni mantener abierto un procedimiento cuando los hechos investigados carecen de toda relevancia penal, el proceso *no puede contar entre sus funciones con la de investigar un hecho para demostrar la inocencia de una persona*⁹. En todo caso, el imputado cuenta ya con otros medios jurídicos – distintos del concreto procedimiento en el que haya sido erróneamente processado - para buscar la reparación de los daños que puedan haberse causado en su honor a resultas de un procesamiento injustificado.

b) Dicha afirmación vale también para aquellos procesos penales que se abren simplemente para el “descubrimiento de la verdad”, pero sin una expectativa seria de condena¹⁰. Sin negar que el reconocimiento por parte del Estado de la realidad de ciertos hechos puede facilitar el éxito de procesos de transición política, esta reconstrucción fáctica sin expectativa de condena debería llevarse a cabo recurriendo a vías distintas del proceso penal.

⁹ En tal sentido MURMANN, GA, 2004, pp. 77.

¹⁰ PASTOR, *Volk-FS*, pp. 556-558.

c) Tampoco tiene sentido la apertura o la pervivencia de un proceso cuando, debido al tiempo transcurrido desde la comisión del presunto delito, *el Derecho penal ya no está en condiciones de cumplir su función*. Para evitar que esto suceda los sistemas penales prevén la figura de la prescripción, que obliga a archivar el procedimiento cuando ha transcurrido un determinado período temporal desde la comisión de la infracción penal y el hecho ha perdido su carácter perturbador hasta el punto de convertir en improcedente cualquier reacción punitiva.¹¹

d) Finalmente, no cabe abrir, ni mantener abierto tampoco, un procedimiento penal cuando *el imputado pierde su idoneidad para ser sujeto de una futura pena*, por ejemplo, en aquellos casos en los que durante la tramitación de la causa se observa en su persona algún tipo de enajenación mental o el padecimiento de alguna enfermedad que, con toda seguridad, le impedirá acabar sufriendo el castigo¹². Con mayor motivo, lo anterior rige también cuando es notorio que el único posible responsable ha fallecido¹³.

El decaimiento de la expectativa jurídica de condena ha de tener como consecuencia *en todo caso* la finalización del proceso con independencia de las razones por las que se haya producido o del momento procesal en el que acontezca. En tal sentido, no cabe compartir la afirmación –a menudo sostenida por los tribunales españoles, aunque contradicha en incontables ocasiones por su propia praxis- de que la confirmación de la ausencia de determinados elementos de la teoría del delito (el tipo subjetivo, ciertos aspectos de la culpabilidad como el conocimiento de la antijuricidad etc.) requiere necesariamente de la celebración de un juicio y de una sentencia judicial. Si ya en una fase inicial del procedimiento no existe expectativa alguna de que tal elemento pueda llegar a concurrir en el futuro, el procedimiento deberá finalizar de manera inmediata¹⁴.

4. Función esclarecedora y valoración de la prueba

La necesidad de que el proceso realice adecuadamente su actividad esclarecedora para prestar su contribución a los fines del Derecho penal permite extraer ideas interesantes para algunos ámbitos del Derecho procesal, en especial los relacionados con la prueba. De entrada es evidente que para que se cumpla correctamente dicha función los hechos no pueden reconstruirse de cualquier manera, sino sólo recurriendo a medios probatorios cuya aplicación lleve a resultados que se perciban por los ciudadanos como una reconstrucción correcta de lo sucedido. Sin embargo, que los medios de prueba empleados por el juez se consideren fiables por la generalidad no necesariamente significa que aporten una fiabilidad absoluta en

¹¹ Al respecto RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción*, p. 41 ss, con referencias adicionales.

¹² Añade el propio MURMANN, *GA*, 2004, p. 77, para justificar su argumento que “aclarar la sospecha contribuye a la restauración del Derecho pero no constituye en sí misma un fin del proceso”. En el mismo sentido ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 21, n.º marg. 14. Otra opinión en HERZOG, *PC*, 5 (2008), p. 3 ss.

¹³ La cuestión ha sido especialmente discutida en España a propósito del procedimiento que el magistrado Baltasar Garzón inició para investigar ciertos crímenes del franquismo cuando era notorio que los responsables habían fallecido (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012 de 27 de febrero, que concluyó afirmando que “el derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal”).

¹⁴ O continuar, si ello es posible, a los meros efectos de imponer una medida de seguridad.

términos científicos o filosóficos¹⁵. Ello comporta que en el proceso penal no cabe garantizar de manera absoluta que la reconstrucción de los hechos se corresponda siempre con lo realmente acaecido, sino sólo que dicha reconstrucción sea la *única hipótesis razonable* acerca de lo sucedido.

La posibilidad de legitimar el margen de error que inevitablemente se asume en una determinación procesal de los hechos basada en la idea de razonabilidad ha propiciado en los últimos años un interesante debate en la ciencia penal. En todo caso, resulta difícilmente cuestionable que renunciar al Derecho penal para no asumir absolutamente ningún riesgo de condena errónea, siquiera el más insignificante, traería muchos más inconvenientes que ventajas en términos de convivencia pacífica¹⁶. Si ésta quiere de todos modos preservarse, deberá aceptarse la forzosa asunción de un inevitable margen de error que, aunque en un caso concreto no pueda determinarse, sí debe tratar de reducirse por todos los medios posibles. De ello cabe extraer las siguientes exigencias más concretas:

a) Cuando *disciplinas científicas que gocen de una gran confianza social en cuanto a la validez de sus resultados* se hayan pronunciado de manera unívoca sobre determinadas cuestiones con trascendencia probatoria el juez estará obligado a seguir los dictados de dichas ciencias¹⁷. Ello se explica porque la aceptación de la validez de tales criterios forma parte de la razonabilidad social en el momento presente. En caso de no existir pronunciamiento científico, el juez deberá recurrir a reglas de la experiencia cotidiana pero sólo cuando éstas cuenten con un inequívoco respaldo social.

En la medida en que la razonabilidad de una determinada valoración de la prueba, aun siendo en ocasiones difícil precisar, es un criterio intersubjetivo, susceptible de ser expuesto y revisado, no existe absolutamente ningún impedimento para que la ciencia penal –como de hecho ya sucede en ocasiones en la actividad de la jurisprudencia¹⁸– discuta y concrete *estándares de razonabilidad en la prueba* que valoren de manera general si el margen de duda asumido con un determinado medio de prueba puede considerarse aceptable o no.

b) Para que una condena resulte legítima es asimismo necesario que, como resultado de la aplicación de los medios fiables de reconstrucción de los hechos, sólo subsista una hipótesis razonable de lo sucedido y que ésta –debido a la necesaria expectativa de condena– tenga relevancia penal. En tal sentido, el método de eliminación de hipótesis alternativas –propuesto por autores como Freund– resulta muy adecuado: *la hipótesis fáctica que lleva a la condena sólo será determinante si previamente el juez ha descartado por irrazonables todas aquellas otras hipótesis fácticas que conducen a negar la relevancia penal el hecho*¹⁹. En este proceso de exclusión de hipótesis alternativas, resulta necesario *que se otorgue al acusado* –como de hecho ya se hace la gran mayoría de sistemas procesales– *la oportunidad de aportar las pruebas que considere pertinentes en su descargo* y de cuestionar en segunda instancia la

¹⁵ ERB, *Riess-FS*, p. 77; FREUND, *Normative Probleme*, p. 1; VOLK, *Grundkurs* p. 6 y 288; FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 43: “certeza en materia criminal no es más que la probabilidad, puesto que siempre queda un margen de error”.

¹⁶ En tal sentido cfr. los trabajos de HOYER, *ZStW*, 105 (1993), pp. 523-556 y STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 233-264.

¹⁷ Así ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 45, Rn 14 y VOLK, *Grundkurs*, p. 290, citando la BGHSt vol. 10, p. 209 (p. 211): “allá donde existe un hecho según conocimientos científicos no resta espacio alguno para la convicción judicial”. En sentido próximo MUÑOZ CONDE, *La búsqueda*, p. 112.

¹⁸ Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 253.

¹⁹ FREUND, *Normative Probleme*, pp. 22-23. Cfr. asimismo VOLK, *Salger-FS*, p. 415.

razonabilidad de los argumentos empleados para condenarle, lo que presupone la obligación del juez de primera instancia de motivar su valoración de los hechos.

c) Finalmente, el sistema procesal debe contar con mecanismos de revisión para aquellos casos en los que *a posteriori* se detecte la efectiva existencia de un error en la fijación de los hechos para evitar –o cuando menos reducir en la medida de lo posible- los efectos negativos que tales errores tienen tanto para los derechos del individuo afectado como para la percepción común acerca del correcto funcionamiento del proceso.

Trasladadas estas premisas al debate sobre qué clase de “verdad” puede reconstruirse con el procedimiento penal –si es que este debate tiene sentido, como se cuestionan autores como Taruffo²⁰- cabe señalar que la reconstrucción fáctica ha de poder ser percibida por la ciudadanía como “verdad material” en la medida en que se hayan descartado todas las explicaciones alternativas razonables, ello aun cuando desde el punto de vista de la especulación teórica, tal vez quepa hablar de que sólo se ha alcanzado una “verdad procesal”, al poder sostenerse que siempre se asume un (indeterminado) riesgo de error de condena desde un punto de vista científico o filosófico²¹.

En todo caso, las teorías que de ninguna manera parecen aceptables son los planteamientos meramente subjetivistas de la convicción, que ya en el plano teórico hacen depender la solución final de los casos de factores meramente emocionales: que tales factores concurren inevitablemente en la práctica –aunque no suele reconocerse en la motivación de las decisiones- no significa que la ciencia penal no deba tratar de reducirlos al máximo exigiendo al juez que motive su decisión con arreglo a argumentos asumibles intersubjetivamente²². El que a veces resulte complicado llegar a un cierto consenso sobre cuál es la respuesta más adecuada para una determinada cuestión jurídica no es algo exclusivo de la teoría de la prueba, sino un problema general de la ciencia del Derecho. Ante esta inevitable realidad en otros ámbitos del Derecho penal a nadie se le ocurre conformarse con meras impresiones subjetivas sobre cuál es la solución más adecuada para un caso.

5. La función cautelar

Como ya se ha expuesto, además de contribuir a la realización del fin del Derecho penal mediante el desempeño de su función esclarecedora, el proceso cumple una segunda función de importancia no menor: la llamada función cautelar. Respecto de ella sí que cabe hablar de una auténtica subordinación de la finalidad del proceso a la finalidad de la pena, en el sentido de que el principal objetivo de los elementos del proceso que la desempeñan es garantizar los

²⁰ TARUFFO, prólogo a FERRER BELTRÁN, *Prueba*, p. 11. Un resumen de los argumentos más frecuentes para rechazar la distinción entre diferentes clases de verdad en FERRER BELTRÁN, *ibidem*, p. 71.

²¹ Como afirma VOLK, *Wahrheit*, p. 11, para estabilizar la confianza de los ciudadanos no basta con afirmar que es probable que alguien haya realizado un determinado hecho sino que son necesarios “pronunciamientos autoritarios” que deben basarse en aquello que se declara como verdadero.

²² Como afirma atinadamente FERRER BELTRÁN, *Prueba*, p. 75, entender que la prueba de un hecho equivale a la convicción del juez sobre su acaecimiento lleva “a una concepción irracional de la prueba”. En términos similares MUÑOZ CONDE, *La búsqueda*, p. 116. Con todo, en los últimos años se han publicado trabajos que realzan la necesidad de la convicción judicial con argumentos como la imposibilidad de una valoración absolutamente objetiva o su dimensión garantista: cfr. respectivamente FRISTER, *Grünwald-FS*, pp. 169-196 o ERB, *Riess-FS*, pp. 77-92.

efectos de una posible sanción futura. El adecuado esclarecimiento de la *notitia criminis* requiere que transcurra un período de tiempo más o menos prolongado en función de la dificultad de la investigación y de los recursos de la Administración de Justicia. Durante este intervalo se corre el peligro de que se vean frustrados los efectos preventivos que debe cumplir la futura pena, de ahí que el proceso cuente con mecanismos para intentar evitar dicho efecto. En español se alude a estas figuras con la denominación de “medidas cautelares”, probablemente más expresiva que el término *Zwangmittel* alemán, que incluye también ciertas medidas con naturaleza esclarecedora²³.

Con respecto a estas medidas conviene señalar que su finalidad no puede ser, como en ocasiones se afirma, asegurar solamente el buen fin del proceso, sino garantizar dicho fin *como medio para facilitar que, en caso de condena, la pena despliegue sus efectos preventivos*²⁴. La pretensión de mantener las medidas cautelares “incontaminadas” de las impurezas que supuestamente proceden de la pena y la prevención es, posiblemente, un error de planteamiento. Sin embargo, conviene no confundir la utilización de las medidas para preservar los efectos de la futura pena con la ilegítima atribución a dichas medidas de fines propios de la sanción: la prisión provisional no se acuerda para intimidar o confirmar la confianza de los ciudadanos en el Derecho, sino para evitar que la futura pena pierda su capacidad de hacerlo. Precisamente por tales razones puede imperar en este ámbito la exigencia de que el juez siempre escoja la medida menos gravosa para los derechos del sujeto al que se impone.

Con todo, el que el legislador –y tampoco el juez- no pueda atribuir legítimamente al proceso una función preventiva –anticipando, por ejemplo, los efectos disuasorios de la pena- no obsta a reconocer el inevitable carácter materialmente aflictivo de estas medidas y la necesidad de que tal aflicción deba ser tenida en cuenta cuando vaya más allá de las restricciones inherentes a la actividad procesal. Ello debe llevarse a cabo, por ejemplo, descontando de la pena final el tiempo pasado en prisión provisional pero también considerando en la determinación de la pena otros aspectos aflictivos del proceso no necesariamente vinculados con medidas cautelares, como el tiempo injustificado de incertidumbre sufrido por el procesado en caso de dilaciones procesales indebidas o las afectaciones negativas a su reputación imputables a la Administración de Justicia en casos, por ejemplo, de filtraciones de información a medios de comunicación.

De todos los casos en los que existe riesgo de frustración del fin de la pena, aquel en el que de manera más evidente la función cautelar puede llevar legítimamente a una restricción de derechos fundamentales concurre en aquellos supuestos en los que *existe riesgo de fuga del imputado* y, por tanto, de que los efectos preventivos de la pena se vean frustrados por completo, al no ser posible su efectiva imposición una vez confirmada la *notitia criminis*. En este caso es evidente que lo que legitima las posibles restricciones de derechos sólo puede ser la necesidad de imponer la pena, pues resulta complicado defender, como en ocasiones se

²³ En España la distinción no es tampoco plenamente nítida, pues se suele considerar medida cautelar la prisión provisional para evitar la destrucción de pruebas que, sin embargo, se asocia claramente con el propósito esclarecedor.

²⁴ Ésta es, por ejemplo, la opinión del Tribunal Constitucional español, STC 29/2001, de 29 de enero (ponente García Manzano), en la que se afirma que “la prisión provisional es una medida cautelar justificada por la necesidad de asegurar la presencia del inculcado en el juicio oral, y ese fundamento justificativo que traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad condiona, a su vez, su régimen jurídico”.

afirma, que para preservar el derecho de defensa del acusado éste debe ser privado nada menos que de su libertad²⁵.

Estos casos de riesgo de fuga –en los que existe riesgo de absoluta frustración del fin de la pena a imponer- deben distinguirse de aquellos otros en los que existen razones para pensar que entre el tiempo transcurrido entre la comisión del hecho y la imposición de la pena ésta puede perder sólo una parte de su capacidad preventiva pese a poder ser efectivamente impuesta. Dado que en tales casos no existe riesgo de frustración absoluta, para considerar legítima la adopción de medidas es necesario que exista necesidad de preservar otros intereses personales o colectivos de gran importancia, no bastando con apelar de modo genérico a la necesidad de asegurar el efecto de prevención general –positiva o negativa- atribuido a la pena, pues dicho efecto no depende de un único caso.

Así sucede cuando existe un riesgo sensible de que, entre el momento de comisión del delito y de ejecución de la pena, el sujeto vuelva a cometer un delito grave contra los intereses personales más importantes (vida, integridad física, libertad sexual o libertad deambulatoria) de la misma u otra víctima. En contra de lo que a veces se dice, en este caso la medida cautelar no sólo cumple funciones (para algunos ilegítimas) de prevención de nuevos delitos²⁶, sino que lo que con ella también se pretende es evitar que la pena finalmente impuesta pierda parte de su capacidad de confirmar a los ciudadanos su confianza en la protección que les brinda el Derecho. En términos de prevención general es evidente que de poco sirve la pena finalmente impuesta cuando, por ejemplo, se llega a un juicio por violencia de género con la víctima muerta a manos del imputado mientras este permanecía en libertad durante la investigación pese a ser notoria su peligrosidad. Sin embargo, esta justificación sólo se cumple en aquellos casos en los que están en peligro los intereses más básicos de potenciales víctimas y no siempre que se aprecia riesgo de reincidencia respecto de cualquier delito.

Otro caso, ciertamente más dudoso que el anterior, puede darse cuando la ausencia de reacción ante un único delito genere un riesgo constatable de producir disturbios sociales graves que pongan en peligro la paz social o, incluso, la propia integridad del presunto responsable. Si se acepta que en tales supuestos es legítimo adoptar medidas cautelares para evitar que en el tiempo que transcurre entre el hecho y su sanción se frustren los efectos de esta última debería exigirse de manera especialmente estricta la constatación de un riesgo real y muy grave, no bastando una mera indignación social o alarma mediática ante determinados delitos o sujetos que cometen de manera habitual hechos que no ponen en riesgo los intereses más básicos de otras personas.²⁷

²⁵ En este sentido advierte PASTOR, *Tensiones*, p. 152, cómo “la prohibición actual que hace obligatorio el encarcelamiento preventivo para asegurar el derecho de defensa significa interpretar esa garantía en contra del imputado”.

²⁶ Es una opinión extendida en la doctrina que en estos casos la función de la prisión provisional tiene naturaleza preventivo-policia; cfr., por ejemplo, MEYER-GÖBNER, *StPO*, § 112a, n.º marg. 1 o, en Italia, FERRAJOLI, *Diritto*, p. 567.

²⁷ La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite que ciertos motivos de orden público pueden legitimar la prisión provisional, como sucede en el Derecho francés. Así, por ejemplo, en la sentencia del asunto *Letellier* (de 26 de junio de 1991) se afirma literalmente que “el Tribunal acepta que ciertos delitos, a causa de su especial gravedad y de la reacción pública que generan, pueden propiciar un desorden social capaz de justificar una privación de libertad previa al juicio, al menos durante un cierto tiempo” (§ 51). En esta misma resolución (§ 52) el Tribunal exige que para acordar la prisión por esta causa existan datos capaces de acreditar la existencia de tal riesgo. Esta jurisprudencia ha sido reiterada en la sentencia de los casos *Tomasi* (de 27 de agosto de 1992) y *Bouchet* (de 20 de marzo de 2001).

En resumen: la función de las medidas cautelares es tratar de evitar la frustración de los efectos preventivos de la futura pena, lo que no debe confundirse con una anticipación de la sanción. Es perfectamente posible, por tanto, vincular las medidas cautelares con los efectos de la pena sin vulnerar la presunción de inocencia del sujeto imputado.

6. Los límites entre la punibilidad y la perseguibilidad

En los apartados anteriores se ha analizado cómo el proceso se relaciona materialmente con otros elementos del sistema penal. Procede esbozar ahora algunas ideas sobre de qué manera las normas procesales se integran en el entramado normativo que configura dicho sistema. Tradicionalmente la cuestión se ha analizado a propósito de la distinción entre las categorías de la punibilidad (sustantiva) y la perseguibilidad (procesal), cuya delimitación ha resultado ser una de las cuestiones más intrincadas para la ciencia penal. Como han puesto de manifiesto algunos autores, en la llamada norma de sanción cristalizan valoraciones relacionadas fundamentalmente con la necesidad de castigar una determinada infracción de la norma de conducta. Sin embargo, estas valoraciones concurren de manera evidente no sólo en la categoría de la punibilidad, sino también en algunos elementos tradicionalmente ubicados en el ámbito de la perseguibilidad, como, por ejemplo, la necesaria interposición de denuncia para la persecución de algunos delitos o figuras de naturaleza dudosa como la prescripción²⁸. Ello explica, sin duda, las dificultades de una delimitación clara.

Para superar este dilema podría tal vez pensarse que, en realidad, la punibilidad y la perseguibilidad no son, por así decirlo, territorios limítrofes entre el Derecho sustantivo y el procesal, sino que la perseguibilidad –y las normas procesales en su conjunto, cuyo cumplimiento es necesario para el efectivo castigo de un delito- debe considerarse un presupuesto de la punibilidad²⁹. Así, en el momento de decidir si un comportamiento es punible el juez no sólo debe atender a las previsiones sustantivas, sino también, de acuerdo con la garantía jurisdiccional, a las procesales y sólo si puede concluir constatando positivamente que se han respetado ambos grupos de previsiones estará en condiciones de afirmar que el concreto hecho es efectivamente punible. Como afirma *Wolfgang Frisch*, “aquello que convierte algo en un delito no puede concretarse sin considerar las instituciones procesales”³⁰.

Esto no supone defender una absoluta subordinación del subsistema procesal al sustantivo, sino que se trataría de dos subsistemas normativos diferenciados que precisamente tendrían la punibilidad como punto de conexión³¹. En tal sentido, la punibilidad no sería

²⁸Cfr. al respecto ROXIN, *AT*, § 23, n.º marg. 1-5 y 53-59. FREUND, en *El sistema integral*, p. 105 califica la distinción entre punibilidad y perseguibilidad como “simple palabrería”. Más matizadamente FRISCH, en *El sistema integral*, p. 216, habla de límites difusos.

²⁹ En tal sentido, PASTOR, en *Nuevas formulaciones*, p. 807: “no sólo los llamados presupuestos procesales, sino que todas las reglas procesales son componentes de una condición objetiva de punibilidad: el debido proceso”.

³⁰ FRISCH, en *El sistema integral*, p. 215. Freund p. 93.

³¹ Afirma FREUND, *El sistema integral*, p. 107 que la idea de sistema integral no debe llevar a “igualar las diferencias materiales existentes entre los concretos subsistemas, sino que, por el contrario, consigue que a cada subsistema concreto se le atribuya la importancia –limitada- que le corresponde en el sistema integral”.

propriadamente ni sustantiva ni procesal, sino la categoría del sistema penal donde lo sustantivo y lo procesal confluyen y donde la teoría del delito –como construcción ideal- toma contacto con la realidad del hecho concretamente perseguido y con las circunstancias de su persecución. Una vez constatado que un determinado hecho es –sustantiva y procesalmente- punible, entrarán en escena otros dos importantes elementos del sistema jurídico-penal: las reglas de la determinación de la pena y las que regulan la ejecución.

Como consecuencia de lo anterior, la prohibición de retroactividad desfavorable debería regir para todas aquellas previsiones legales que configuran tanto la punibilidad como la llamada perseguibilidad y, en general, para todas aquellas disposiciones de las que cabe predicar un carácter *desfavorable* en la medida en que amplían las posibilidades de castigo de un determinado hecho o hacen más fácil al Estado su sanción³². La clave, por tanto, para discutir si procede aplicar o no tal prohibición no radica en si una figura es procesal o sustantiva, sino en si cabe predicar de su aplicación efectos desfavorables.

Como ya se ha anticipado, no resulta aquí posible desarrollar una teoría completa del sistema integral del Derecho penal. Sin embargo, las anteriores páginas deben haber mostrado la importante capacidad de rendimiento que puede tener esta idea para resolver dilemas clásicos de la ciencia penal. Aunque en su concreto desarrollo no siempre existirá coincidencia, el mero hecho de contar con ella permite disponer de una potente herramienta de análisis. Sólo por este motivo hay que expresar gratitud a quienes la han propuesto y, entre ellos, hoy singularmente al *Prof. Jürgen Wolter*.

Referências Bibliográficas

- CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre proceso el penal* (trad. española de S. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1950.
- ERB, Volker, “Zur ‘Legitimation’ von Fehlverurteilungsrisiken”, en HANACK, E.W. *et al.*, *Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002* [cit. *Riess-FS*], Berlín-Nueva York, 2002, pp. 77-92.
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione*, 8.ª ed., Roma-Bari, 2004.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid-Barcelona, 2002.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, N., *Lógica de las pruebas en material criminal*, 3.ª ed. italiana (Turín, 1912), trad. española a cargo de S. Carrejo y J. Guerrero, 4.ª ed, Santa Fe de Bogotá, 1995.
- FREUND, Georg, *Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”*, Heidelberg, 1987.
- FRISTER, Helmut, “Die persönliche Gewißheit als Verurteilungsvoraussetzung im Strafprozeß”, en SAMSON *et al.*, *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 1999, pp. 169-196.
- HERZOG, Felix, “¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal?”, trad. española a cargo de C. Cárdenas, *PC 5* (2008), <http://www.politicacriminal.cl/n_05/d_1_5.pdf>.

³² JAKOBS, *PG*, p. 83: lo decisivo es si el Estado está ampliando o no su competencia para castigar. En su día la conclusión fue defendida también, entre otros, por CARNELUTTI, *Cuestiones*, p. 359.

- HOYER, Andreas, “Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip ‘in dubio pro reo’”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 105 (1993), pp. 523-556.
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín, Nueva York, 1993.
- KRAUB, Detlef, “Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren”, en MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1971, pp. 153-177.
- LESCH, Heiko Hartmut, *Strafprozessrecht*, 2.ª ed, Neuwied, 2001.
- LESCH, Heiko, “Funktionale Rekonstruktion der Lehre von den Beweisverboten”, en HASSEMER *et al.* (eds.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag* [cit. *Volk-FS*], Múnich, 2009, pp. 311-321.
- MEYER-GÖBNER, LUTZ, *Strafprozessordnung*, 48.ª ed., Múnich, 2005.
- MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3.ª ed., 2007.
- MURMANN, Uwe, “Über den Zweck des Strafprozesses”, *GA*, 2004, pp. 65-86.
- PASTOR, Daniel R., “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en AAVV, *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Córdoba (Argentina), 2001, pp. 793-822.
- PASTOR, Daniel R., *Tensiones. ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Buenos Aires, 2004.
- PASTOR, Daniel R., “‘Recht auf Wahrheit’ durch den Strafprozess?”, en HASSEMER *et al.* (eds.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag* [cit. *Volk-FS*], Múnich, 2009, pp. 541-558.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Barcelona, 2004.
- RIEB, Peter, “Über die Aufgaben des Straverfahrens”, *JR*, 7/2006, pp. 269-277.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Vol. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* [cit. *AT I*], 4.ª ed., Múnich, 2006.
- ROXIN, Claus / Schünemann, Bernd, *Strafverfahrensrecht*, 27.ª ed., Múnich, 2012.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, “Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses”, en BOCKELMANN *et al.*, *Festschrift für Eberhard Schmidt [E.-Schmidt-FS]*, Göttingen, 1961, pp. 511-524.
- STEIN, Ulrich, “‘Gewißheit’ und ‘Wahrscheinlichkeit’ im Strafverfahren”, en WOLTER (ed.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*, Neuwied, Kriftel, Berlín, 1995, pp. 233-264.
- STOCK, Ulrich, “Das Ziel des Strafverfahrens”, en BOCKELMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag am 15.10.1953* [cit. *Mezger-FS*], Múnich, 1954, pp. 429-453.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos* (trad. española a cargo de J. Ferrer Beltrán), Madrid, 2002.
- VOLK, Klaus, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess*, Constanza, 1980.
- VOLK, Klaus, “Diverse Wahrheiten”, en ESER *et al.*, *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin. Festschrift für Hannskar Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes* [cit. *Salger-FS*], Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1995, pp. 411-419.
- VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, 4.ª ed., Múnich, 2005.
- WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlín, 1986.