

**DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y DERECHO PROCESAL PENAL:  
HACIA UNA VISIÓN INTEGRADA<sup>1</sup>**

**RAMON RAGUÉS I VALLÈS**

**SUMARIO:** **I.** Introducción. **II.** Sobre la dudosa naturaleza, sustantiva o procesal, de determinadas instituciones. **III.** Sobre los difusos límites entre concepto y prueba. **IV.** Sobre la función preventiva de las instituciones procesales. **V.** Conclusión: sobre la necesidad de elaborar una auténtica ciencia global del derecho penal.

**I. INTRODUCCIÓN**

Durante muchos años, las relaciones entre la ciencia del derecho penal sustantivo y la ciencia procesal penal se han caracterizado en buena medida por la mutua ignorancia, como si estas dos disciplinas se ocuparan de sectores del ordenamiento jurídico sin ningún tipo de relación entre sí. Probablemente los orígenes de esta actitud se sitúan en la época de la codificación, cuando los legisladores optaron por reunir los preceptos que tipificaban los delitos y las penas en textos denominados *códigos penales* y reservaron las

---

<sup>1</sup> La realización de este trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto BJU2002-00386 financiado por el Ministerio español de Ciencia y Tecnología.

normas relativas al procedimiento para los llamados *códigos procesales* o *leyes de enjuiciamiento*.<sup>2</sup> De hecho, en aquellos países donde no hubo proceso codificador —básicamente los ordenamientos del *common law*— los límites entre lo sustantivo y lo procesal no presentan la rigidez que se aprecia donde tal proceso sí ha existido.<sup>3</sup>

Esta primera separación legislativa determinaría en muchos países la posterior escisión en el ámbito académico.<sup>4</sup> Así, en los planes de estudios de muchas Facultades de Derecho se empezó a diferenciar entre la asignatura de derecho penal y la de derecho procesal, ubicándose en esta última la docencia relativa al proceso penal. En algunos casos —como el español— la docencia de estas materias se asignó a profesores especializados en derecho procesal —tanto civil, como penal—, de tal modo que quienes actualmente se dedican a explicar derecho procesal no se ocupan del penal sustantivo y, a la inversa, aquellos profesores que se dedican a este último no consideran de su incumbencia las normas procesales penales.<sup>5</sup> En una obra clásica del derecho penal español —el manual de Antón Oneca— la exposición de cuestiones procesales en tratados de derecho penal es considerada incluso como una «deficiencia técnica de épocas ya superadas».<sup>6</sup>

Esta escisión es seguramente la causa de que durante muchos años los penalistas apenas hayan considerado las cuestiones procesales en sus trabajos y de que, por su parte, la doctrina procesalista haya dedicado sus esfuer-

---

2 Según MAIER (1996: 145, 167), el origen de esta distinción debe ubicarse en los procesos codificadores del siglo XIX. En idéntico sentido ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR 2000: 158. Clásicos como CARRARA o FEUERBACH trataban todavía en sus obras tanto el derecho penal como el proceso penal; cfr. al respecto HERCE QUEMADA 1969: 154.

3 Así, por ejemplo, en la categoría angloamericana de las *defences* no solo tienen cabida las figuras equivalentes a las causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad (las *eximentes* en general), sino también instituciones como la prescripción, la inmunidad diplomática, el delito provocado o el doble enjuiciamiento. Cfr. al respecto ROBINSON 1997: 71-72. También dentro del concepto de *defence* suelen incluirse alegaciones de clara naturaleza probatoria, como la coartada (*defence of alibi*).

4 Una buena muestra de la perspectiva tradicional española puede encontrarse, por ejemplo, en RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ 1995: 14-15.

5 En aquellos países donde la separación académica no es tan radical —como sucede en Alemania— el fenómeno de mutua ignorancia se presenta mucho más matizado. Solo así se entienden las palabras de ROXIN (2000: 7), cuando afirma que «el derecho penal material y el derecho procesal penal se corresponden estrechamente, como siempre ha sido el caso tanto en la teoría y en la investigación, como en la práctica jurídica».

6 ANTÓN ONECA 1986: 20.

zos a intentar construir una *teoría general del proceso* que proporcionara una cobertura teórica común al proceso civil y al penal y, al mismo tiempo, legitimara la autonomía científica de su disciplina.<sup>7</sup>

Según expone Roxin, las aportaciones de la teoría general del derecho procesal han sido escasas por dos grandes razones: en primer lugar, porque la pretensión penal del Estado no puede de ningún modo ser equiparada a la pretensión del demandante en el proceso civil;<sup>8</sup> y, en segundo lugar, porque, a diferencia de lo que sucede en los ámbitos civil y administrativo, en los que el proceso es la excepción, la pretensión penal solo puede realizarse a través de un proceso.<sup>9</sup> Mucho más contundente, Maier califica de «políticamente pernicioso» la separación académica entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal, con la aproximación de este al derecho procesal civil.<sup>10</sup> Para este autor, el intento de construir una teoría única del derecho procesal supone la búsqueda de una síntesis «[...] arquitectónicamente bella, pero inútil por inexistencia de similitudes políticas entre una y otra rama del derecho procesal».<sup>11</sup>

Solo en la última década, la ciencia penal parece haber empezado a reaccionar ante una escisión en muchos sentidos insatisfactoria.<sup>12</sup> Tal cambio

---

7 Cfr. MAIER 1996: 78. Este mismo autor (v. p. 148) constata cómo, con alguna honrosa excepción, los penalistas «han abandonado el derecho procesal penal a las manos de los expertos en derecho procesal, con resultados cuestionables».

8 ROXIN (2000: 6) no niega la posibilidad de crear conceptos comunes, como el de *objeto procesal o cosa juzgada*, «pero una definición plena de sentido solo puede ser brindada en el marco del derecho procesal correspondiente, mientras que un concepto superior común resulta demasiado abstracto y, por lo tanto, nada aportará a la tarea de administrar justicia».

9 ROXIN 2000: 6.

10 MAIER 1996: 77, 147.

11 MAIER 1996: 147. Las dificultades que se plantean a la doctrina procesalista para crear conceptos generalmente válidos de figuras tan básicas como el de *parte o acción*, igualmente aplicables a los procesos civil y penal, se advierten en MUERZA ESPARZA (en DE LA OLIVA SANTOS 1999: 133-135) y DE LA OLIVA SANTOS (1999: 183-186), respectivamente.

12 Probablemente uno de los efectos más negativos de esta escisión haya sido el menor desarrollo teórico experimentado por el derecho procesal penal. Significativas las cifras aportadas por RAMOS MÉNDEZ (2000: 59): de las 229 tesis doctorales defendidas en los últimos años en España sobre derecho procesal, aproximadamente unas 90 se dedican al Procesal Civil, mientras que las dedicadas al Procesal Penal superan escasamente el número de 50. Las tesis sobre Procesal Laboral o Contencioso apenas rebasan la cifra de 10 trabajos de doctorado, respectivamente. En lo que respecta a las monografías publica-

puede explicarse por diversas razones: en primer lugar, por una cierta sensación de agotamiento de una doctrina que durante muchos años se ha centrado de forma casi exclusiva en la teoría del delito, un cansancio que ha llevado a algunos autores a explorar nuevos territorios, entre los que cabe contar el proceso penal.<sup>13</sup> En segundo lugar, por la constatación de que cualquier análisis político-criminal con unas mínimas pretensiones científicas no puede ignorar el importantísimo papel que muchas instituciones procesales desempeñan en una lucha eficaz contra el delito.<sup>14</sup> La certeza de que no puede llevarse a cabo una política criminal con sentido, pensando únicamente en el Código Penal e ignorando las instituciones procesales, ha obligado a muchos penalistas a volver su mirada hacia el proceso.

Este redescubrimiento ha suscitado en algunos penalistas la inquietud de otorgar a las instituciones procesales una ubicación dentro del sistema jurídico-penal.<sup>15</sup> Tal ampliación del sistema, mas allá de la tradicional teoría del delito, se halla todavía en un estado embrionario, pero es posible que en unos años se alcancen resultados tangibles a medida que vaya alzándose un edificio conceptual que consiga integrar de forma armónica todos aquellos elementos normativos con los que cuenta el Estado para enfrentarse al fenómeno criminal. No cabe duda de que si esta tarea prospera se contará con una herramienta muy útil tanto para la toma de decisiones político-crimina-

---

das sobre cuestiones procesales (cfr. RAMOS MÉNDEZ 2000: 61-62), las dedicadas al proceso civil (unas 110) prácticamente duplican a las que se ocupan de cuestiones procesales penales (unas 58).

- 13 La posibilidad de que el extraordinario desarrollo de la teoría del delito haya ido en detrimento del avance de la ciencia procesal penal es apuntada por MUÑOZ CONDE 2000: 11.
- 14 El precursor de estas ideas en lengua española es MAIER (1978: 302). La voluntad de mejorar la eficacia del derecho penal como factor de aproximación a la ciencia del derecho penal sustantivo y procesal es puesta de manifiesto más recientemente por CUELLO CONTRERAS (2002: 8), quien concluye afirmando que derecho penal sustantivo y procesal «forman una unidad».
- 15 Entre ellos cabe destacar los esfuerzos de autores como FREUND (1996), quien aboga por construir un «sistema integral del derecho penal» que englobe como subsistemas al derecho penal sustantivo, al derecho de la determinación de la pena y al derecho procesal penal. En un sentido próximo WOLTER (1996: 1), se propone «explicar el entero sistema penal de la punibilidad, de la perseguibilidad y de la sancionabilidad». En la doctrina española es MUÑOZ CONDE (2000: 11), quien habla del derecho penal «en sentido amplio, comprendiendo no solo el derecho penal material en sentido estricto, sino también el derecho procesal penal, la Política Criminal y la Criminología».

les, como también para un completo análisis científico del derecho penal en todas sus manifestaciones.

Como afirma Freund, la consecución de este objetivo no exige necesariamente acabar con la distinción entre lo procesal y lo sustantivo. Sin embargo —advierte este autor— si tal división se concibe en términos muy rígidos «[...] se corre el peligro de perder de vista importantes vínculos *materiales* y, por ejemplo, de excluir del sistema de consecuencias jurídicas del derecho sustantivo ciertas *estrategias alternativas* para la persecución de determinados fines que poseen una intensidad intromisiva inferior».<sup>16</sup>

Después de que una parte de la doctrina haya realizado los primeros esfuerzos para encontrar el lugar que le corresponde en el sistema a las instituciones tradicionalmente calificadas de procesales, parecen haberse alcanzado ya algunas conclusiones. Así, se ha advertido que la usual distinción entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal resulta en muchos casos arbitraria y en otros carece de todo efecto práctico. Además, se ha puesto en evidencia que esta escisión es en gran medida la responsable de que aspectos muy importantes del sistema penal apenas hayan sido objeto de desarrollo teórico y de que ciertos avances efectuados desde el ámbito sustantivo hayan carecido de toda incidencia práctica, por no haber encontrado un adecuado tratamiento en su vertiente procesal. En resumen: estos primeros pasos han servido para demostrar que la distinción entre lo sustantivo y lo procesal no solo no es teóricamente obligatoria, sino que, además, concebida en términos muy rígidos puede resultar enormemente disfuncional tanto en términos político-criminales (persecución eficaz del delito), como dogmáticos (tratamiento uniforme de los casos).

Para mostrar la arbitrariedad de esta distinción, así como para poner en evidencia los problemas que conlleva, en las siguientes páginas se procede al análisis de tres ámbitos en los que estos fenómenos se manifiestan con una especial intensidad: en primer lugar, se expondrán los problemas que surgen cuando se intenta determinar la naturaleza —adjetiva o sustantiva— de determinadas figuras legales; en segundo término, se mostrarán las dificultades para establecer los límites entre los conceptos jurídico-penales y sus reglas de prueba; y, por último, se analizará el importante papel preventivo que desempeñan determinadas instituciones cuyo carácter procesal se

---

16 FREUND 1996: 45 (cursiva en el original).

considera fuera de toda duda, lo que pone en tela de juicio la validez de los criterios que tradicionalmente se han empleado para distinguir estas figuras de otras de naturaleza sustantiva.

## II. SOBRE LA DUDOSA NATURALEZA —SUSTANTIVA O PROCESAL— DE DETERMINADAS INSTITUCIONES

Buena parte de los autores que se han enfrentado a la cuestión de los límites entre el derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal han llegado hasta ella en la búsqueda de una ubicación idónea dentro de la teoría del delito para determinadas figuras previstas en los códigos penales o en las leyes procesales. Esta búsqueda se explica porque la clásica tripartición entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad deja sin un lugar claro, dentro de dicha teoría, a determinadas instituciones que, sin embargo, tienen plena vigencia en el ordenamiento jurídico-penal positivo.

Para dar cabida a estas figuras en la teoría del delito, una parte de la doctrina propone añadir a la tradicional partición una cuarta categoría: la denominada *punibilidad*.<sup>17</sup> En ella suelen situarse figuras como las llamadas condiciones objetivas de punibilidad o las excusas legales absolutorias, que, sin hallarse vinculadas con el comportamiento antijurídico o con el sujeto culpable, influyen *de lege lata* en el castigo final de un determinado hecho. Sin embargo, aun añadiendo este cuarto escalón en la definición del delito, siguen existiendo instituciones cuya ubicación no es clara, del mismo modo que tampoco lo es la decisión sobre si su naturaleza es propiamente sustantiva o más bien procesal.<sup>18</sup> Tal es el caso, por citar algunos ejemplos, de figuras como la prescripción del delito o de la pena, la exigencia de querrela o denuncia para perseguir ciertas infracciones, el perdón del ofendido en aquellos delitos que le atribuyen virtualidad eximente, el indulto, las normas de competencia o ciertas inmunidades.<sup>19</sup>

17 Cfr. al respecto ROXIN 1997: § 23, n.º marg. 1-5. En lengua española el principal trabajo sobre esta materia es GARCÍA PÉREZ 1997.

18 Véanse ROXIN 1997: § 23, n.º marg. 41 ss. y PASTOR 2001: 797. En el caso de optarse por la naturaleza procesal, la denominación que suele emplearse para hacer referencia a estas figuras es la de *presupuestos de procedibilidad* o *impedimentos procesales* (ROXIN 1997: § 23, n.º marg. 41-42).

19 Cfr. al respecto PASTOR 2001: 797.

La necesidad de decidir acerca de la naturaleza de estas figuras no responde únicamente a un interés académico por clasificar el objeto de estudio, sino que, según suele afirmarse, a tal decisión cabe atribuirle importantes efectos prácticos. Así, la doctrina mayoritaria entiende que, en función de donde se ubique a estas instituciones, será distinto el tratamiento que les corresponda en materia, por ejemplo, de retroactividad o analogía o, en estados con pluralidad de legisladores penales o procesales, en la determinación de la competencia legislativa.

Un ejemplo muy ilustrativo de la cuestión es la figura de la *prescripción penal*, cuya naturaleza sustantiva o procesal se discute en la doctrina. Según los planteamientos más extendidos, en función de la naturaleza que se atribuya a esta figura será posible una aplicación retroactiva de una eventual reforma que prolongue o elimine los plazos de prescripción. Esta cuestión ha sido intensamente debatida en Alemania, donde el legislador prolongó primero y eliminó después los plazos de prescripción del delito de asesinato para evitar, mediante su aplicación retroactiva, la impunidad de los más graves crímenes cometidos en tiempos del nacionalsocialismo. Uno de los principales argumentos para sostener la constitucionalidad de esta reforma fue el carácter meramente procesal de la prescripción y la idea de que la prohibición de irretroactividad de disposiciones desfavorables no rige en el proceso, donde la norma es el denominado *tempus regit actum*.<sup>20</sup> La naturaleza de esta misma figura también se discute con el objeto de determinar qué instancia legislativa es la competente para regular o reformar esta materia, un debate que se plantea, como es natural, en aquellos estados que cuentan con varias instancias legitimadas para legislar en materia penal o procesal, como es el caso de Argentina o Estados Unidos.<sup>21</sup>

Sin embargo, los esfuerzos doctrinales para aislar teóricamente criterios que permitan resolver estas cuestiones particulares a partir de una previa distinción con validez general entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal no han llevado a soluciones satisfactorias y en la doctrina de

---

20 La decisión legislativa contó con el beneplácito del Tribunal Constitucional alemán (cfr. BVerfGE, vol. 25, p. 269 y ss.).

21 En relación con el reparto competencial en Argentina, véanse MAIER 1996: 76, PASTOR 2001: 798, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR 2000: 158-159. Para los Estados Unidos, FLETCHER 1997: 42-48. Sobre los efectos que la distinción tiene en Alemania, ROXIN 1997: § 23, n.º marg. 43.

los últimos años se percibe un cierto pesimismo sobre la posibilidad de alcanzar algún día semejante objetivo.<sup>22</sup>

La clave de la cuestión reside en determinar cuándo la concurrencia de una determinada circunstancia impide afirmar que un hecho es delito (naturaleza sustantiva) y cuándo lleva a sostener que concurre un hecho delictivo, pero este no puede ser perseguido (naturaleza procesal). Así, por ejemplo, cabe discutir si un delito prescrito deja de ser un delito o si, más bien, se trata de un auténtico delito que ya no es susceptible de persecución: según la respuesta que se dé a este dilema, deberá atribuirse a la prescripción, respectivamente, una naturaleza sustantiva o bien procesal.

Atendiendo al fundamento de las instituciones afectadas, no es posible conseguir una distinción clara, pues a todas ellas subyacen determinadas valoraciones sobre la necesidad de castigo o la colisión de los fines del derecho penal con otras finalidades del Estado.<sup>23</sup> En este sentido, no duda en afirmar Roxin que, en realidad, las condiciones objetivas de punibilidad y los presupuestos procesales son simplemente equivalentes funcionales.<sup>24</sup> Seguramente por este motivo, las propuestas más recientes sobre la cuestión renuncian a aislar un único criterio teórico de separación y consideran que, para resolver los problemas aplicativos que estas figuras suscitan, debe acudir a criterios distintos de su mero etiquetamiento clasificatorio.<sup>25</sup>

Una perspectiva especialmente interesante a tal efecto ha sido elaborada recientemente en Argentina por Daniel Pastor, quien, tras constatar el fracaso de las propuestas doctrinales formuladas hasta la fecha para intentar re-

---

22 Una perspectiva de las distintas propuestas teóricas en ROXIN 1997: § 23, n.º marg. 45-52.

23 Cfr. ROXIN 1997: § 23, n.º marg. 39. En ROXIN 1997: § 23 n.º marg. 56, este autor sostiene que también en los denominados impedimentos procesales «se manifiesta una ausencia de necesidad preventiva», un elemento que suele considerarse como fundamento de la categoría de la punibilidad. Por su parte, GARCÍA PÉREZ (1997: 66-67) afirma que «[...] existen bastantes razones que inducen a pensar que no es posible separar nítidamente el derecho penal del derecho procesal en la medida en que hay instituciones en ambos sectores del ordenamiento que responden a los mismos criterios».

24 ROXIN 2000: 6.

25 En este sentido, GILI PASCUAL (2001: 19-20) afirma que la importancia de la polémica sobre la ubicación de la presente figura debe ser «seriamente relativizada», concediendo la razón «[...] a quienes actualmente tienden a negar que de ella quepa extraer consecuencias decisivas o incluso a valorarla como una mera cuestión académica».

solver este dilema, aboga por una original solución:<sup>26</sup> considerar que «[...] no solo los llamados presupuestos procesales, sino que todas las reglas procesales son componentes de una condición objetiva de punibilidad: el debido proceso».<sup>27</sup> Según este autor, «[...] al igual que las reglas sobre tentativa o participación de la parte general extienden la tipicidad (y con ello la punibilidad) a situaciones no previstas por las figuras de la parte especial, la realización de un debido proceso es impuesta por el derecho constitucional como una condición general más para la procedencia de una pena legítima».<sup>28</sup> La finalidad de esta propuesta teórica es clara: conseguir que todas las reglas del procedimiento queden abarcadas por el ámbito de vigencia del principio de legalidad material.<sup>29</sup> Así, por ejemplo, Pastor defiende explícitamente que la regla del *tempus regit actum* no tenga validez alguna en el proceso penal, en el que a su juicio debe regir plenamente la prohibición de retroactividad.

Con todo, este planteamiento —que cabe calificar de hipergarantista— suscita el problema de que puede llegar a suponer un lastre para ciertas reformas legales, sin que ello parezca siempre necesario a la luz de la preocupación por las garantías que mueve a este autor.<sup>30</sup> Así, por ejemplo, una norma que modificara el horario de los juicios o que acortara determinados plazos para dotar de mayor celeridad a los procedimientos, no parece que debiera hallarse limitada por una prohibición que pretende proteger unos derechos del ciudadano que no se verían afectados por tales reformas. A tal efecto conviene recordar que, según las concepciones más extendidas, la prohibición de retroactividad no rige para toda norma penal, sino solo para aquellas que tienen *carácter desfavorable* para un eventual acusado o reo. Este mismo criterio deberá regir también para el ámbito tra-

---

26 En su interesante trabajo, este autor ofrece una completa visión panorámica de cuáles han sido las soluciones propuestas por diversos autores, especialmente en lo que respecta a la ciencia penal alemana, aun admitiendo que ninguno de ellos ha alcanzado «un éxito definitivo». PASTOR 2001: 799 ss.

27 PASTOR 2001: 807.

28 PASTOR 2001: 807-808.

29 En términos similares se expresa RIGHI (1996: 199): «[...] dado que el principio de no retroactividad está destinado a proteger a los ciudadanos, evitando que las previsiones legales relativas a su comportamiento puedan ser modificadas *ex post* en su perjuicio, la garantía que contiene debe ser extendida también a las normas procesales».

30 En este sentido, el propio PASTOR (2001: 808) admite que su consideración del proceso penal como condición objetiva de punibilidad tal vez se «pueda considerar exagerada».

dicionalmente calificado de procesal, quedando fuera de la vigencia de la prohibición aquellas normas de las que no puede predicarse dicho carácter desfavorable.

Probablemente la pista correcta para encontrar la solución adecuada se halle en una idea solo esbozada por Jakobs cuando hace referencia al problema de la aplicación retroactiva de los plazos de prescripción.<sup>31</sup> Según este autor, más allá de cuestiones meramente clasificatorias, lo decisivo para determinar el ámbito de vigencia de la prohibición de retroactividad es valorar si, como consecuencia de un concreto cambio legislativo, *el Estado está ampliando o no su competencia para castigar*. Partiendo de esta premisa cabe añadir —tratando de desarrollar la idea de Jakobs— que tal ampliación se producirá cuando la modificación legislativa tenga como consecuencia la posibilidad de castigar más conductas, de hacerlo con penas más severas, durante un tiempo más prolongado o en un territorio o círculo de personas más amplio. En aquellos supuestos en que se constate tal ampliación deberá considerarse vigente la prohibición de retroactividad. Desde luego, con este argumento se advierte que, en realidad, la solución a este problema no depende en modo alguno de la naturaleza —procesal o sustantiva— de cada institución, sino de cuáles sean los efectos materiales de su aplicación.

Ello se explica porque algunas instituciones tradicionalmente calificadas de procesales contribuyen a determinar los límites de la competencia estatal para castigar, como sucede con la necesidad de querrela o denuncia para la persecución de ciertos delitos, con la prescripción o con el perdón del ofendido. Lo mismo cabe afirmar de las reglas que determinan el ámbito territorial de competencia del Estado para la persecución de delitos.

Con todo, no puede pasarse por alto el acierto de Pastor cuando pone en evidencia que el proceso y las normas procesales son —al igual que requisitos clásicos del delito, como la tipicidad o la antijuricidad— *conditio sine qua non* de la efectiva imposición de una pena, sin que exista una frontera rígida que las separe de lo que tradicionalmente ha sido concebido como el núcleo del derecho penal sustantivo. Es más, cabe afirmar incluso que, en realidad, el orden o ubicación de estas condiciones no dejan de ser en gran medida arbitrarios y que serían imaginables clasificaciones distintas sin que por ello cambiaran las consecuencias finales.

---

31 JAKOBS 1995: 83.

Un buen ejemplo al respecto pueden ser las reglas que establecen la competencia de la jurisdicción de un Estado para el conocimiento de determinados delitos. Sería perfectamente imaginable un sistema donde estas reglas —estudiadas tradicionalmente como parte del proceso penal— se vincularan científicamente a la categoría sustantiva de la tipicidad, entendiéndose, por ejemplo, que allí donde los códigos establecen que «aquél que matare a otro será castigado con la pena P» debe en realidad leerse «aquél que matare a otro *en territorio del país X* será castigado con la pena P». No cabe duda de que por razones de claridad expositiva es preferible estudiar separadamente ambas cuestiones. Sin embargo, debe quedar claro que tal decisión es meramente opcional y que son imaginables otras formas de ver las cosas cuya solidez teórica no es en principio cuestionable.

La constatación de que la clasificación de los requisitos para la efectiva imposición de una pena tiene mucho de arbitrario no tiene por qué suponer la absoluta desaparición de la distinción tradicional entre derecho penal sustantivo y procesal. Sin embargo, el mantenimiento de estas dos categorías debería ser visto como una mera opción clasificatoria para conseguir una exposición ordenada del objeto de estudio que no viene impuesta por la naturaleza intrínseca de dicho objeto, siendo imaginables otras formas de ordenar el material que serían igualmente válidas. Cuando se toma conciencia de este hecho se advierte que no tiene demasiado sentido presentar la ciencia penal y la ciencia procesal penal como dos disciplinas distintas con objetos totalmente diversos.

### **III. SOBRE LOS DIFUSOS LÍMITES ENTRE CONCEPTO Y PRUEBA**

Las dificultades que se han constatado para atribuir naturaleza procesal o sustantiva a determinadas instituciones se advierten también en una de las distinciones fundamentales con que operan tanto la ciencia penal, como la procesal: *la separación entre los conceptos jurídicos* —a los que se atribuye naturaleza sustantiva— y *las reglas para su prueba*, a las que se asigna carácter procesal. Mientras tradicionalmente los conceptos que se manejan en el derecho penal sustantivo han sido objeto de un importante desarrollo teórico —en especial los que conforman la denominada *teoría del delito*—, la valoración judicial de la prueba ha permanecido hasta hace unos años como un terreno inaccesible para toda clase de elaboración sistemática, un

ámbito en el que ha reinado, con el beneplácito de la doctrina y la jurisprudencia, la «íntima convicción judicial».<sup>32</sup>

Afortunadamente, en los últimos tiempos ha conseguido llegarse a un cierto consenso académico y jurisprudencial en el sentido de que la valoración de la prueba no puede ser un acto subjetivo y arbitrario por parte del juez, sino que, para ser válida, debe respetar ciertos parámetros externos de racionalidad.<sup>33</sup> Sin embargo, esta exigencia de racionalidad en la apreciación del material probatorio a menudo parece interpretarse por la jurisprudencia en el sentido de que las conclusiones a las que llegue el juez no sean absurdas, irracionales o imprevisibles, pero admitiendo que dentro de las posibilidades que no caen en lo absurdo pueden existir varias soluciones admisibles y que la última palabra para elegir la solución correcta debe seguir correspondiendo al acto subjetivo de convicción judicial.<sup>34</sup>

Un ejemplo: en el curso de una pelea un individuo golpea a otro en la cabeza con un bate de béisbol ocasionándole una hemorragia interna que acaba provocando su muerte. En este caso cabe plantearse como aplicables tanto la hipótesis del homicidio doloso, como la del imprudente, sin que ninguna de estas dos soluciones pueda calificarse de *absurda* o *irracional*. Según el punto de vista expuesto, al no ser irracional ninguna de las dos posibles soluciones, la última palabra corresponde a la convicción personal del juez sobre lo que representó el acusado en el momento de actuar, debiendo considerarse acertada su conclusión cualquiera que esta sea.<sup>35</sup>

32 IGARTUA SALAVERRÍA (1999: 33, 152) constata esta falta de desarrollo teórico en la valoración de la prueba. Sobre la convicción como punto culminante de la actividad probatoria cfr., por todos, GOLLWITZER, en LÖWE y ROSENBERG 1987: § 261, n.º marg. 1 y CAFFERATA NORES 1994: 6.

33 Sobre este proceso en la jurisprudencia española véase IGARTUA SALAVERRÍA 1998: 54 y ss., 62 y ss., 110. Para la jurisprudencia, véase especialmente la STS del 15 de abril de 1989 (ponente Bacigalupo Zapater). En Alemania, véase ROXIN 1999: 103-105, con abundante cita de jurisprudencia.

34 Este punto de vista es avalado en la doctrina por MIRANDA ESTRAMPES (1997: 158), quien admite que «[...] el sistema de valoración de las pruebas según las reglas de la sana crítica no supone la anulación o eliminación de la libertad del juzgador. Esta libertad se manifestará en el momento de la decisión final, es decir, en la obtención o no de la convicción».

35 De hecho, en casos como el del ejemplo expuesto *supra* el Tribunal Supremo español ha dado por buena —con pocos meses de diferencia— tanto la solución del homicidio doloso como la del imprudente. Para las concretas referencias véase RAGUÉS I VALLÉS 1999: 475 y nota 1241.

Este punto de vista no resulta en modo alguno convincente, pues con él «[...] se admite de forma implícita que dos casos absolutamente idénticos pueden tener al mismo tiempo dos soluciones distintas y que ambas deben ser consideradas correctas».<sup>36</sup> Desde luego, el que en la práctica forense se produzcan tratamientos dispares de supuestos estructuralmente idénticos será siempre algo inevitable. Sin embargo, el que esto suceda no puede dejar de ser visto como una anomalía por parte de la ciencia jurídica, siempre y cuando esta no pretenda renunciar a uno de sus objetivos básicos: *garantizar que los casos iguales se traten de igual manera*. Como sostiene Alexy, aceptar que en ciertas decisiones jurídicas la última palabra la tienen determinadas valoraciones no comprobables intersubjetivamente es una conclusión indeseable «[...] en cuanto a la legitimación de la creación judicial del Derecho, y en cuanto al carácter científico de la ciencia jurídica».<sup>37</sup>

Curiosamente, mientras en los dos últimos siglos la ciencia penal ha realizado notables esfuerzos para eliminar toda irracionalidad en la interpretación y aplicación de los conceptos jurídicos, esta misma ciencia ha tolerado que los hechos que permiten la aplicación de tales conceptos se determinen en el proceso en función de meras convicciones subjetivas del juez. De este modo, gran parte del trabajo de precisión conceptual y sistematización que se realiza en la teoría del delito y en la interpretación de los tipos de la parte especial es echado a perder en el momento de trasladar al proceso los conceptos sustantivos.

La pretensión de garantizar un tratamiento uniforme de los casos solo tiene sentido si se admite que también en el ámbito de la valoración de la prueba *únicamente puede haber una solución jurídicamente correcta para cada supuesto de hecho*. Por ello, si se quiere avanzar en la búsqueda de un mayor grado de uniformidad es imprescindible elaborar y proponer pautas para tal valoración, sin que pueda servir como justificación para postergar esta tarea la afirmación de que en este ámbito la infinita variedad de los casos imaginables impide toda elaboración teórica con pretensiones de validez general.<sup>38</sup> Aunque es cierto que las situaciones imaginables en la realidad son infinitas, determinadas estructuras fácticas se repiten en la práctica

---

36 RAGUÉS I VALLÈS 1999: 270.

37 ALEXY 1989: 34.

38 Sobre la posibilidad de crear una dogmática de la prueba muy similar a la tradicional dogmática penal véase PÉREZ DEL VALLE 1999: 2.

con frecuencia suficiente como para merecer propuestas teóricas que garanticen respuestas uniformes.

Existen muchos ejemplos de insuficiente desarrollo teórico en cuestiones relativas a la valoración de la prueba y, cuando menos en el caso español, muchos de los avances que se han ido realizando han sido mérito de la jurisprudencia y no, tristemente, de la doctrina. Este hecho probablemente pueda explicarse porque, mientras la ciencia penal se ha ocupado de los conceptos del derecho sustantivo y sus definiciones, los procesalistas se han encargado de estudiar los medios de prueba en general, pero nadie se ha preocupado de estudiar *en qué casos y con qué requisitos deben considerarse probados los elementos fácticos que permiten aplicar los conceptos sustantivos*.

A los tribunales se debe, por ejemplo, el desarrollo de criterios para resolver cuestiones tan importantes en la práctica como la prueba de la influencia del alcohol en los delitos contra la seguridad en el tráfico, los medios probatorios válidos para acreditar las características de un vertido en los delitos medioambientales o el valor incriminatorio de la declaración de la víctima en los delitos contra la libertad sexual. Solo en los últimos años se aprecian en la doctrina ciertas propuestas teóricas relativas a la prueba de elementos como la causalidad o el dolo.<sup>39</sup> Significativamente, en el caso español estos trabajos han sido obra de *penalistas* y no de *procesalistas*.

Todo parece indicar que a medida que este importante vacío vaya llenándose se advertirá —como ha puesto de manifiesto recientemente Klaus Volk— que la separación entre concepto y reglas de prueba no puede concebirse como una cesura radical, sino que se trata más bien de una transición muy matizada en la que resulta difícil determinar en qué momento se abandona el ámbito sustantivo para pasar al probatorio, de tal modo que cuando deciden ponerse etiquetas clasificatorias tampoco aquí puede evitarse una cierta sensación de arbitrariedad.<sup>40</sup> De hecho, en la práctica no es in-

---

39 Sobre la prueba de la causalidad, entre otros, PÉREZ DEL VALLE 1996: 979-1004, PAREDES CASTAÑÓN 1995: 61 y ss., HASSEMER y MUÑOZ CONDE 1995: 87 y ss., 124 y ss. y VOLK 1996: 106 y ss. En lo que respecta a la prueba del dolo, HRUSCHKA 1985: 191 y ss., FRISCH 1990: 533 y ss., VOLK 2002: 411-427, RAGUÉS I VALLÉS 1999 y PAREDES CASTAÑÓN 2001: 67-93.

40 VOLK 2002: 419 y ss. A juicio de este autor, la imposibilidad de diferenciar nítidamente se explica porque la aplicación de los conceptos a un caso concreto depende de las de-

frecuente que lo que unas teorías consideran elemento conceptual, otras lo conciben como razonamiento probatorio, lo que tiene como efecto el que teorías aparentemente distintas en el plano sustantivo acaben llevando en la práctica a las mismas soluciones.

Un ejemplo muy evidente de este fenómeno son las denominadas *teorías del dolo eventual*.<sup>41</sup> Actualmente conviven en la dogmática penal dos grandes planteamientos sobre este elemento de la teoría del delito: de un lado, la teoría de la representación, que afirma la concurrencia de dolo eventual cuando un sujeto actúa con conocimiento concreto del riesgo de producción del resultado típico que supone su comportamiento; de otro lado, la teoría de la aceptación, que entiende que el dolo eventual no solo exige el citado conocimiento del riesgo (o la posibilidad) de producción del resultado, sino también la aceptación de este. Por lo general, los partidarios de esta última teoría consideran que tal aceptación debe tenerse por probada siempre que el sujeto actúa siendo consciente del riesgo concreto que supone su conducta, de tal modo que, pese a sostener un concepto aparentemente distinto de dolo eventual, en la práctica acaban llegando a las mismas conclusiones que el primer grupo de autores.<sup>42</sup>

Asimismo, no puede perderse de vista que en la praxis judicial el hecho de que las valoraciones probatorias se hallen mucho más libres de ataduras teóricas que los argumentos sustantivos, propicia que jueces y tribunales tiendan a trasladar los problemas al ámbito procesal, pues en él han gozado tradicionalmente de una mayor libertad de movimientos.<sup>43</sup> La única forma de conseguir que esta *huida* a la valoración de la prueba no suponga una vía de ocultación de los razonamientos que resultan decisivos para la resolución de los casos —con la consiguiente merma de garantías para los ciudadanos—, pasa por llenar con contenido teórico dicho acto de valoración.

---

nominadas «reglas de asignación», que no pueden calificarse de sustantivas ni tampoco de procesales.

41 Este ejemplo también es empleado por VOLK (2002: 419-420).

42 Véase al respecto RAGUÉS I VALLÈS 1999: 156-165, con numerosas referencias jurisprudenciales y doctrinales.

43 Esta tendencia a trasladar los problemas al ámbito procesal es puesta de manifiesto en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán por VOLK (2002: 421-423). Según este autor, ello permite a los tribunales modificar los conceptos sustantivos sin tener que reconocerlo de forma expresa.

Por otra parte, debe señalarse también que con la rígida separación entre conceptos y reglas de prueba se pasa por alto el importante papel que estas últimas desempeñan en la determinación del ámbito de lo punible. Conceptos sustantivos definidos en términos muy amplios pueden aplicarse en muy escasas ocasiones si se es muy restrictivo en el momento de considerar probados los elementos fácticos que llevan a su aplicación; y, a la inversa, conceptos definidos en términos muy restrictivos pueden dar lugar a una mayor punibilidad si existe en la práctica una gran predisposición de los órganos enjuiciadores a considerar probada la concurrencia de sus elementos.<sup>44</sup> *Que el Estado castigue más o menos no solo depende de los conceptos sustantivos, sino también de las reglas de prueba que se manejen.* Solo si estas reglas salen a la luz y son objeto de estudio y fiscalización podrá ejercerse un pleno control del uso que el Estado hace del instrumento penal.

Sin duda, en esta necesaria elaboración de criterios de racionalidad para la valoración judicial de la prueba deberán desempeñar un importante papel las *consideraciones de política criminal* y, en concreto, las relativas a una consecución eficaz de los fines del derecho penal. Gracias a la obra de Roxin la gran mayoría de quienes actualmente se dedican a la dogmática penal asume como algo natural la introducción de valoraciones político-criminales en la construcción de los conceptos que se manejan en la teoría del delito.<sup>45</sup> En este sentido, puede afirmarse que han quedado prácticamente superados los planteamientos que entendían que dichos conceptos venían ontológicamente dados y que en su definición el intérprete no estaba legitimado para introducir valoración alguna.

Esta introducción de consideraciones político-criminales es un fenómeno al que, hasta la fecha, ha permanecido aparentemente inmune la valoración de la prueba. Esta inmunidad se explica por el tratamiento que la doctrina procesalista dispensa a las cuestiones probatorias, entendiendo mayoritariamente que la finalidad de la práctica de la prueba es la averiguación de los hechos realmente acaecidos («la verdad real» en palabras del Tribunal Supremo español),<sup>46</sup> aun cuando para condenar baste con la convicción del

---

44 Esta idea se desarrolla más a fondo en RAGUÉS I VALLÈS 1999: 202-203.

45 A tal efecto la obra de referencia sigue siendo *Política criminal y sistema del derecho penal*.

46 STS del 13 de enero de 1993 (ponente Ruiz Vadillo).

juez acerca de tales hechos.<sup>47</sup> El *pseudoontologicismo* del que la ciencia penal ha conseguido liberarse en las últimas décadas, sigue plenamente arraigado tanto en la ciencia, como en la praxis procesales.

La ponderación de consideraciones de eficacia en la valoración de la prueba no suele reconocerse explícitamente por los tribunales y casi siempre permanece oculta tras las citadas apelaciones al descubrimiento de la verdad o a la convicción personal del juez sobre lo realmente acaecido. Sin embargo, de forma esporádica aparecen en algunas sentencias argumentos que indican el importante papel que tales consideraciones desempeñan en la práctica para seleccionar las reglas de prueba.

Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional español 174/1985 del 17 de diciembre, se sostiene que «[...] sin duda la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria. Pero es un hecho que en los juicios criminales no siempre es posible esa prueba directa por muchos esfuerzos que se hagan para obtenerla. *Prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos y, especialmente, de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social*».<sup>48</sup>

De manera similar, en la Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de octubre de 1997 se afirma que «[...] no está de más, sin embargo, referir la jurisprudencia de esta Sala en la que, de manera reiterada y con consolidada identidad, otorga validez como prueba de cargo al testimonio único de la víctima en los Delitos Sexuales dado el marco de clandestinidad en que normalmente aquellos se producen y *a fin de no generar graves y constantes estados de impunidad*».<sup>49</sup>

Con un grado de franqueza poco habitual en la jurisprudencia española, en estas dos resoluciones se reconoce que se está acudiendo a un medio probatorio en cuyo empleo se asume un cierto margen de error, justificándose tal asunción con el argumento de que la solución opuesta —esto es, la

---

47 Como afirma LARENZ (1994: 302), probar no es otra cosa que «[...] crear en el Tribunal la convicción de un hecho». En España, sostiene GIMENO SENDRA (1997: 372) que «[...] la finalidad de la prueba consiste en formar la ‘íntima convicción’ del tribunal acerca de la existencia o no del hecho punible».

48 Ponente Latorre Segura (cursiva añadida).

49 Ponente García-Calvo y Montiel (cursiva añadida).

imposibilidad de condena derivada de la renuncia al medio probatorio—tendría como insatisfactoria consecuencia la práctica impunidad de determinadas conductas. De acuerdo con esta perspectiva, *el eficaz cumplimiento de la función del derecho penal exige operar con determinadas reglas de prueba aun cuando estas no garanticen plenamente la reconstrucción de los hechos realmente acaecidos.*

Tener en cuenta las finalidades del derecho penal como criterio para decidir si en un caso concreto puede recurrirse o no a un determinado medio de prueba es una posibilidad que, de entrada, puede juzgarse peligrosa, ya que con ella parece abrirse la puerta a la instrumentalización de los acusados con el fin de conseguir que el derecho penal cumpla con eficacia su función. Así, desde la perspectiva más tradicional, estos argumentos han de reputarse inaceptables, pues en ellos el juez reconoce de forma más o menos abierta que existe prueba de cargo suficiente para condenar pese a constatar un determinado riesgo de error. Las mayoritarias concepciones subjetivistas del principio *in dubio pro reo* —que se corresponden con el concepto subjetivo de convicción judicial— en modo alguno pueden tolerar, por lo menos sobre el papel, una condena en tales circunstancias.

Sin embargo, y volviendo a los ejemplos expuestos, no parece que por lo general se esté dispuesto a aceptar una renuncia general a la prueba de indicios para eliminar todo riesgo de error y lo mismo cabe afirmar de la declaración de la víctima en los delitos contra la libertad sexual, un medio de prueba que, de no considerarse suficiente en ningún caso para enervar por sí solo la presunción de inocencia, llevaría a la absolución de numerosas agresiones sexuales. Aunque nadie está dispuesto a admitir que tanto en el empleo de un medio, como del otro, está garantizado el descubrimiento de la verdad material, en la ciencia penal o procesal de los últimos años nadie ha alzado su voz reputando ilegítimo su empleo por parte del juez.

La doctrina más extendida en materia de valoración de la prueba sitúa al juez ante un terrible dilema: en caso de duda se le pide que no condene (principio *in dubio pro reo*), pero, al mismo tiempo, se le exige que determinados supuestos no queden en la impunidad aun cuando para ello sea necesario recurrir a medios probatorios que a todas luces no garantizan un acierto absoluto.<sup>50</sup> La concepción tradicional obliga a los órganos judiciales

---

50 Como afirma FREUND (1987: 50), «[...] el juez debe estar convencido de la verdad, pero no puede afirmar haberla hallado. Sin embargo, si el juez no puede afirmar haber halla-

a obrar con una cierta hipocresía: *están obligados a condenar en casos en que existe un riesgo de error, pero en la redacción de la sentencia deben aparentar que tal riesgo no existe.*

En toda apreciación judicial de la prueba existe un riesgo de equivocación que no desaparece por mucho que se prohíba al juez reconocerlo en su sentencia y, ante esta realidad, solo existen dos respuestas admisibles desde un punto de vista científico. La primera pasa por afirmar que la asunción del más mínimo margen de error en la determinación de los hechos probados que sirven como base a una condena resulta ilegítima y, por lo tanto, la respuesta debe ser siempre la absolución por falta de pruebas. Quienes acogen este punto de vista tienen que estar dispuestos a aceptar también su consecuencia inmediata, esto es, la práctica imposibilidad de dictar una sola condena penal, dado que la existencia de dicho riesgo prácticamente nunca podrá descartarse.<sup>51</sup> Pretender un sistema penal que nunca yerre lleva a un abolicionismo práctico.<sup>52</sup>

La segunda opción teórica pasa por admitir la ineludible existencia de un riesgo de error y, en todo caso, por intentar buscar criterios para determinar hasta qué nivel dicho riesgo puede asumirse legítimamente. En dicha búsqueda, así como en el consiguiente proceso de legitimación, cabe tener en cuenta varios factores.

En primer lugar, debe partirse de que una absoluta supresión del derecho penal para evitar de este modo toda posible equivocación traería más inconvenientes que ventajas a la sociedad donde se produjera. De forma general, cabe admitir que los beneficios que la existencia del sistema penal aporta, justifican la asunción de un cierto riesgo de error que puede perjudicar a sujetos concretos cuya identidad no es posible determinar *ex ante* ni tampo-

---

do la verdad material, entonces tampoco puede estar convencido de ella. Su convicción, por lo tanto, solo puede referirse a un dato no relacionado con dicha verdad». Por su parte, sostiene STEIN (1995: 256) que «[...]el salto que va de la representación racionalmente fundamentada de que es probable que el acusado sea culpable del hecho a la certeza personal sobre dicha culpabilidad es un acto irracional en el que se elimina psíquicamente la conciencia de que existe un riesgo de error en la condena».

51 Aunque solo sea, como afirma FREUND (1987: 56-57), por la misma duda filosófica —aquella según la cual en sentido estricto no es posible conocer nada— y por la posibilidad de que en el futuro se descarte lo que hoy día se consideran conocimientos seguros.

52 En los mismos términos FREUND 1987: 6.

co *ex post*. Recurriendo a una conocida expresión, puede afirmarse que la aceptación de tal riesgo no es más que otra manifestación de la *amarga necesidad* que el derecho penal resulta ser para cualquier sociedad.

En los últimos años se han formulado diversas propuestas teóricas para legitimar teóricamente la asunción del riesgo de error expuesto. En algunos casos, estas se basan en argumentos contractualistas: si los ciudadanos pretenden la protección que el derecho penal les puede dispensar, deben asumir los riesgos que su uso siempre comporta, entre ellos el riesgo de error en la determinación de los hechos probados.<sup>53</sup> Por su parte, otros planteamientos recurren a la idea —tomada de la teoría de la imputación objetiva— del riesgo de error judicial como *riesgo permitido*, cuya asunción es necesaria para la preservación social.<sup>54</sup>

Este modo de ver las cosas es tachado de *reaccionario* por algunos autores, que lo consideran inaceptable por basarse en la deleznable idea de que *en toda guerra mueren inocentes*.<sup>55</sup> A tales críticas se puede replicar, no obstante, afirmando que no es precisamente más progresista (ni mucho menos más científica), la actitud de quienes dan por buena la situación actual, en que la existencia de un indiscutible riesgo de error simplemente se resuelve prohibiendo al juez hablar de ella en su sentencia.

Una vez asumido que la existencia y aplicación del derecho penal siempre conllevará un cierto riesgo de error en la determinación de los hechos, tal riesgo debe intentar reducirse hasta donde sea imprescindible para evitar que el sistema penal deje de desempeñar adecuadamente su tarea de preservar la paz social, pues solo si se reduce en tal medida, será posible legitimar su asunción.

En esta ponderación debe partirse de la imposibilidad de trabajar con magnitudes numéricas. Así, aunque llegue a determinarse en términos porcentuales cuál es el riesgo de error que pueden asumir legítimamente los tribunales de justicia, en prácticamente ningún caso será posible fijar el grado de margen de error que se está asumiendo.<sup>56</sup> Por estas razones, en la

---

53 HOYER 1993: 537-538 y RAGUÉS I VALLÈS 1999: 352-353.

54 STEIN 1995: 234.

55 ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR 2000: 502-503 y nota 78 (cursiva en el original).

56 El único autor que ha cuantificado el riesgo de error que, a su juicio, puede asumirse legítimamente es HOYER (1993: 541), quien —basándose en una serie de complejos cálculos sobre cómo valora el Estado las injerencias en el estatus positivo y negativo de los

ponderación de medios probatorios deberá operarse con magnitudes bastante imprecisas, lo que no significa que no sean susceptibles de comparación de acuerdo con la experiencia social. Así, por ejemplo, puede afirmarse que, por lo general, la prueba de un hecho basada en una confesión autoinculpatoria del acusado es más fiable que la basada en un testigo con quien el acusado se halla enemistado desde hace años, aunque no pueda cuantificarse el distinto riesgo de error que determina tales diferencias de fiabilidad.

En este proceso de reducción del riesgo deberán ponderarse diversos factores. El primero es la *confianza social* en determinados medios de prueba. Cuando socialmente no se confíe en las conclusiones que pueden derivar del recurso a un determinado medio, este no podrá ser empleado por el Juez Penal. Ello se explica por la sencilla razón de que en tales casos el riesgo asumido será visto socialmente como excesivo y, por lo tanto, no cabe su legitimación.

El criterio de la confianza social es también importante porque difícilmente el derecho penal cumplirá su función (social) si el método empleado para la reconstrucción de los hechos no es compartido por una parte muy importante de la sociedad. Imagínese, por ejemplo, el revuelo que podría suscitar en la opinión pública la decisión de un juez, de considerar probada la participación de un sujeto en un determinado delito mediante la consulta a un astrólogo. Qué duda cabe de que con el empleo de semejantes medios probatorios la función pacificadora (y tranquilizadora) del derecho penal podría verse seriamente menoscabada.

Este criterio obliga, asimismo, a negar la validez del empleo de determinados medios probatorios en supuestos no tan extremos como el citado. Así sucede, por ejemplo, con la intervención de psicólogos y psiquiatras en la denominada *prueba del dolo* o de los elementos subjetivos del tipo. Mientras la sociedad no confíe en que quienes practican estas disciplinas están en condiciones de reconstruir de manera fiable aquellos procesos psíquicos en que se asienta la prueba de tales elementos subjetivos, el juez no debería

---

ciudadanos— considera que tal riesgo no puede superar el 5%. Una crítica a la utilidad práctica de estos razonamientos en STEIN 1995: 255.

recurrir a ellos.<sup>57</sup> Lo mismo puede afirmarse de otros medios de prueba, como, por ejemplo, la *máquina* o la *droga* de la verdad.<sup>58</sup>

Cuando exista desconfianza social con respecto a los resultados que pueden aportar determinados medios de prueba, el juez no está legitimado para recurrir a ellos. Esta afirmación tiene importantes repercusiones para el tradicional principio de libre valoración. Así, debe afirmarse que *el órgano judicial no está legitimado para emplear cualquier medio probatorio que le resulte personalmente fiable, sino que está obligado a acudir a aquellos medios cuya fiabilidad cuenta con respaldo social.*

Una vez descartados los medios de prueba que no gozan de confianza social, deberán analizarse los medios restantes. A estos últimos se les reconoce, por lo general, la capacidad de suministrar resultados fiables, si bien se asume que contienen un cierto margen de error que, como se ha expuesto, no es cuantificable en cada caso concreto.

Por ejemplo, aunque las personas no suelen inventar que han sido víctimas de un delito, no puede descartarse de forma absoluta que en un caso concreto la presunta víctima esté mintiendo. Otro tanto puede afirmarse de la confesión autoinculpatoria del acusado: nunca puede excluirse radicalmente que, por razones diversas, una persona se esté autoinculcando falsamente de haber delinquido.<sup>59</sup> Lo que diferencia a estos medios de los citados en primer lugar (aquellos respecto de los cuales no existe confianza so-

---

57 Véase al respecto RAGUÉS I VALLÈS 1999: 220-231. Claramente contradictorio lo sostenido en la STS del 30 de marzo de 1999 (ponente Martínez Arrieta), referida a un caso de prueba del ánimo lúbrico en un abuso sexual. Aunque en un párrafo se afirma tajantemente que los elementos subjetivos «se sustraen a las pruebas testificales y periciales en sentido estricto», en el párrafo siguiente se afirma la existencia de ánimo lúbrico apoyándose explícitamente en «criterios suministrados por los peritos». Con todo, esta sentencia es una excepción en la jurisprudencia española sobre elementos subjetivos, pues en la inmensa mayoría de resoluciones no se plantea siquiera la posibilidad de acudir a la prueba pericial, casi siempre porque las partes tampoco han solicitado su práctica en el juicio.

58 La mayor parte de argumentos para negar valor probatorio a estos métodos se ha centrado en cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales. Sin embargo, estos argumentos deberían llevar a admitir su procedencia cuando quien propone su práctica es el propio acusado. Por el contrario, la perspectiva expuesta *supra* permite negar su validez genérica con independencia de quién proponga su empleo. Para una panorámica general sobre esta cuestión, véase VÁZQUEZ SOTELO 1984: 153 y ss.

59 Una relación de motivos que pueden llevar a un sujeto a autoinculparse falsamente en ROXIN 2000: 106.

cial) es que socialmente merecen la consideración de *fiabiles por lo general*, algo que no cabe afirmar con los primeros, cuya fiabilidad se descarta en todo caso.

Para determinar qué medios pueden ser legítimamente empleados es necesario acudir a argumentos vinculados con la función del derecho penal. En concreto, debe preguntarse *de qué modo se vería afectada la eficacia general del derecho penal en el caso de rechazar un determinado medio probatorio*. Cuando se advierta el peligro de que tal eficacia se vea seriamente menoscabada, no podrá prescindirse del medio probatorio en cuestión y el riesgo de error se estará asumiendo legítimamente.

Así, por ejemplo, en el caso de la prueba del dolo, no cabe duda de que tanto el recurso a la confesión, como la prueba de indicios conllevan la asunción de un determinado riesgo de error. Sin embargo, si se prescindiera de estos medios probatorios sería prácticamente imposible dictar una condena por delito doloso, lo que en la práctica obliga a aceptar su empleo aun a sabiendas de que no es posible garantizar con un cien por cien de fiabilidad la corrección de sus resultados. Otro tanto cabe afirmar de medios de prueba como las declaraciones testificales en general y, en especial, la declaración de la víctima, el reconocimiento en rueda o fotográfico o las pruebas periciales.

Los dos criterios expuestos —la confianza social y la afectación a la función del derecho penal— deben servir como pautas para determinar qué medios probatorios concretos pueden emplearse legítimamente en el proceso penal. De este modo se supera una de las principales lagunas de la teoría de la prueba, como es la ausencia de criterios genéricos para la selección de los medios probatorios, una tarea que hasta la fecha se ha dejado en manos de la consabida convicción judicial, proponiéndose a lo sumo soluciones *ad hoc* para medios especialmente controvertidos.

La gran ventaja de la presente propuesta no es solo la aportación de criterios de selección, sino también el hecho de que tales criterios se definen teniendo en cuenta la función del derecho penal. De este modo, consigue ponerse de manifiesto una realidad que las ciencias penales y procesales parecen haber ignorado durante muchos años: *la selección de los medios de prueba como decisión político-criminal*. Partiendo de esta premisa se consigue dotar a la teoría de la prueba de un marco teórico en el cual analizar y escoger los concretos medios probatorios y, por esta vía, se le libera de pre-

tendidos ontologicismos que históricamente solo han sido una pantalla teórica del decisionismo más puro.

En este análisis y selección no puede descartarse que algunos de los medios de prueba habitualmente empleados por la praxis judicial no superen el *test* de legitimidad, no siendo aceptable su uso por parte de los jueces. De este modo se pone de manifiesto que el reconocimiento del carácter político-criminal de la selección de medios de prueba no solo responde a un mayor rigor científico, sino que además puede tener una importante capacidad para reducir el uso del derecho penal a aquellos supuestos en que este sea estrictamente necesario. En todo caso, la tarea de revisar uno a uno los diversos medios excede a las posibilidades del presente trabajo y deberá ser aplazada para futuras investigaciones.

#### IV. SOBRE LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LAS INSTITUCIONES PROCESALES

En el anterior apartado se ha puesto en evidencia que figuras a las que tradicionalmente se ha asignado una naturaleza procesal, como las reglas de prueba, desempeñan en la práctica un importante papel en la delimitación del ámbito de lo punible y, en consecuencia, una indiscutible función político-criminal. Esta conclusión permite aventurar otra hipótesis —que seguidamente se desarrolla—, según la cual la misión de prevenir futuros delitos no es una tarea que competa en exclusiva a las instituciones del derecho penal Sustantivo —singularmente a la pena—, sino que existen numerosas figuras calificadas habitualmente de procesales cuya contribución preventiva es también muy importante. Semejante conclusión en modo alguno debe resultar sorprendente: *si se afirma, por un lado, que la finalidad del derecho penal (y de la pena) es prevenir delitos y se sostiene, por otro, que la función del proceso penal es la efectiva realización del derecho penal (y de la pena), no debe extrañar que algunas de las instituciones que conforman el proceso contribuyan a la función de prevención.*

Probablemente el mejor ejemplo para acreditar la validez de la hipótesis expuesta sea la *prisión provisional* (la *detención provisional* peruana). La doctrina procesalista suele atribuir a esta figura —a la que califica de medida cautelar o provisional— la misión de impedir que se vean frustrados los objetivos del proceso penal, garantizando el efectivo enjuiciamiento y condena del presunto responsable de un delito y, cuando sea el caso, la ejecución de la sentencia condenatoria. Según opinión prácticamente unánime,

esta contribución a la eficacia del proceso legitima la imposición de una medida tan gravosa para el imputado.<sup>60</sup>

La doctrina actualmente mayoritaria coincide en afirmar que concurre una posible frustración de los fines del derecho penal que legitima el encarcelamiento provisional del imputado, cuando existe un riesgo de que este se sustraiga a la acción de la justicia o destruya el material probatorio que puede permitir probar su culpabilidad.<sup>61</sup> De no conjurarse tales riesgos, se corre el peligro de que la pena no pueda cumplir su función, ya sea porque sin el acusado no puede llevarse a cabo el juicio ni ejecutarse tampoco la condena o porque desaparezcan las pruebas de cargo con las que puede acreditarse su responsabilidad. Es evidente que en cualquiera de estos dos supuestos, el fin de la pena se ve frustrado por la sencilla razón de que no llega a ejecutarse sanción alguna. Para evitar que esto suceda, se recurre a la prisión provisional cuando se añaden requisitos como una cierta gravedad de la imputación que pesa sobre el sujeto y la existencia de indicios racionales de criminalidad.<sup>62</sup>

Junto a esta primera clase de riesgos para la consecución de los fines de la pena, cabe imaginar otro grupo de peligros atribuibles a que, por regla general, el enjuiciamiento de los presuntos delitos no se produce de forma inmediata, sino que requiere un cierto tiempo. Así, cuando se asigna a la pena una misión inocuizadora del foco de peligrosidad delictiva que se aprecia en un determinado sujeto (*prevención especial negativa*), no cabe duda de que este fin puede verse afectado si el Estado no interviene de forma rápida sobre dicho sujeto y este sigue delinquirando tras su primera detención. Del mismo modo, una reacción tardía del Estado puede comprometer la consecución de otras finalidades que usualmente se atribuyen a la sanción penal, ya sea porque la pena impuesta de forma tardía pierde capacidad intimidatoria (*prevención general negativa*) o bien porque la ausencia

---

60 Así, afirma ROXIN (2000: 257) que la prisión preventiva se impone «[...] con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena». En España sostiene por su parte BARONA VILAR (1988: 20) que «la función “por excelencia” de la prisión provisional ha sido y es la de servir de medida “cautelar personal del proceso penal”», añadiendo que «esta debería ser la única finalidad a cumplir».

61 En este sentido, entre muchos otros, ROXIN 2000: 257 y, en España, BARONA VILAR 1988: 21-22.

62 Estos son los requisitos que permiten acordar una detención provisional de acuerdo con el art. 135 del Código Procesal Penal peruano de 1991.

de una reacción estatal puede debilitar la confianza de los ciudadanos en la efectiva vigencia de los valores (o normas) sociales básicos (*prevención general positiva*).

Aunque mayoritariamente se admite que una de las finalidades que legitima la prisión provisional es evitar el riesgo de fuga del imputado, es muy dudoso que este fundamento supere un juicio de proporcionalidad si se le desvincula de la función de la pena. Así, no parece proporcionado que, para evitar los perjuicios que para el procesado pueden derivar de una eventual celebración del juicio en su ausencia (*mal menor incierto*), aquel se vea inmediatamente privado de su libertad (*mal mayor cierto*).<sup>63</sup> Estos déficits de legitimación solo parecen poder compensarse si a los males propios del juicio en ausencia, se añade un perjuicio adicional mucho más importante: *la imposibilidad de ejecutar la pena y, por lo tanto, de que esta cumpla su función*. Sin embargo, si se admite que este último razonamiento permite superar los problemas de legitimidad, nada debería obstar entonces a que el fin de preservar la función de la pena pueda ser considerado *en todas sus dimensiones* como fundamento de la prisión preventiva.

Una parte muy importante de las legislaciones procesales, así como un sector de la jurisprudencia y doctrina, admiten que la prisión provisional no solo está legitimada por la pretensión de evitar la absoluta frustración de la función de la pena (en supuestos de fuga del acusado o de destrucción de pruebas), sino también por el riesgo de afectación negativa a dicha función que puede presentarse en los casos de imposición de una pena tardía. Sin embargo, por motivos no demasiado claros, dentro de esta segunda categoría la citada doctrina solo considera suficiente para legitimar el encarcelamiento preventivo, el peligro de que se vea menoscabada la finalidad inocuidadora de la pena, considerándose ilegítima tal medida cuando con

---

63 En este sentido, se pregunta FERRAJOLI (1997: 558): «[...] ¿por qué el peligro de fuga de un imputado ya interrogado tendría que bastar para justificar una violación, tan grave y perturbadora de todas las garantías penales y procesales, como es la pena anticipada sin juicio?». Al respecto, este autor señala que «[...] el peligro de fuga, de hecho, está provocado predominantemente más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva». Las acertadas críticas de este autor lo llevan a negar toda legitimación a la prisión provisional y a reclamar su abolición. Desde el punto de vista que aquí se defiende, no obstante, los déficits de legitimación pueden superarse si en la ponderación de males se introduce la eventual frustración de los fines de la pena.

ella pretende evitarse que se vea negativamente afectada la función preventivo-general.<sup>64</sup>

Así, por ejemplo, según el Tribunal Constitucional español en su sentencia 47/2000 del 17 de febrero, la finalidad de la prisión preventiva consiste en «[...] la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado: “su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la *reiteración delictiva*”». <sup>65</sup> Por el contrario, el propio Tribunal señala que la contención de la alarma social que provoca el delito «[...] constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena —la prevención general— y (“so pena” de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa». <sup>66</sup> Por este motivo, se entiende ilegítimo acordar la prisión provisional atendiendo en exclusiva a la gravedad del delito supuestamente cometido y a la alarma social que este puede provocar.

¿Por qué la prisión provisional resulta legítima para evitar que se vea frustrada la finalidad preventivo-especial de la pena y, en cambio, no cabe

---

64 En este sentido, en la doctrina española MÁLAGA DIÉGUEZ (2002: 135-138) justifica esta finalidad (p. 137) apelando a «[...] la importante necesidad de proteger a las víctimas del presunto delito, sus allegados o las personas que podrían verse afectadas por la hipotética reincidencia producida *lite pendente*». En la jurisprudencia este planteamiento cuenta con el apoyo del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Véanse al respecto las referencias aportadas por el propio autor (p. 138 y notas), quien, además, constata cómo este fundamento es aceptado en ordenamientos como el alemán, el italiano y el francés. Sobre el sistema alemán, véase ROXIN 2000: 261-263.

65 Ponente Vives Antón (cursiva añadida). Coinciden con estos argumentos MÁLAGA DIÉGUEZ (2002:143) y GIMENO SENDRA (2001:1326), aunque este autor parece aceptar que la prisión sea legítima en los casos en que el motivo de su imposición es la prevención del orden público.

66 Citando la previa STC 98/1997 del 20 de mayo (ponente Cruz Villalón). En sentido crítico, MÁLAGA DIÉGUEZ (2002:144) sostiene que el argumento del juicio previo al que se alude en la sentencia no puede suscribirse «[...] habida cuenta que dicho juicio concurre igualmente, en mayor o menor medida, en las demás finalidades que justifican la adopción de medidas provisionales y cautelares».

tal legitimación cuando pretende impedirse con ella la frustración de las finalidades preventivo-generales? A esto, por regla general, no suele darse respuesta.<sup>67</sup> Probablemente pueda atribuirse este silencio a la división entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal y a un reparto del objeto de conocimiento, según el cual el estudio de las finalidades de la pena es competencia de los penalistas, mientras que la prisión provisional corresponde a los procesalistas. Solo así se explica que, aunque la gran mayoría de doctrinas penales contemporáneas ponen el acento en la prevención general como finalidad legitimadora de la pena por excelencia y niegan tal carácter al efecto inocuidador de la sanción penal, los procesalistas solo toman en cuenta este último efecto como fundamento legitimador de la prisión preventiva.<sup>68</sup>

Seguramente quepa explicar también estas divergencias por el hecho de que en la práctica a menudo se ha abusado de las cláusulas legales que permiten decretar la prisión provisional en casos de *alarma social* o de *frecuente comisión de hechos delictivos análogos*, lo que —no sin motivos— ha llevado a recelar de esta clase de fundamentos.<sup>69</sup> Sin embargo, el que se haya hecho un mal uso de una figura legal no debería ser una razón para reclamar su absoluta supresión, sino, en todo caso, para poner freno a tales abusos. Esta mala prensa podría mitigarse teniendo en cuenta, por ejemplo, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se opone a que ciertos motivos de orden público puedan legitimar la prisión preventiva, como sucede en el derecho francés. Así, en la sentencia del asunto *Letellier* (del 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

---

67 El argumento de MÁLAGA DIÉGUEZ (2002: 143), en el sentido de que la finalidad de la prisión acordada por razones de prevención general es «ejemplarizante o de escarmiento» y, por lo tanto, «no es de recibo en un sistema procesal avanzado», limita la idea de prevención general a la intimidación sin tener en cuenta los posibles efectos de prevención general positiva.

68 En este sentido, y aunque no se compartan sus planteamientos, parece más coherente aquella posición (por ejemplo, HASSEMER 1995: 118) según la cual la prisión provisional nunca puede cumplir finalidades propias de la pena, ya sean estas de naturaleza preventivo-general o especial.

69 Sobre el origen histórico de estas cláusulas en el derecho español, véase ASENSIO MELLADO 1987: 125. En Alemania, ROXIN 2000: 259-260. Una crítica a su uso habitual en BARONA VILAR 1988: 26.

de justificar una privación de libertad previa al juicio, al menos durante un cierto tiempo».<sup>70</sup>

Del mismo modo que la finalidad preventivo-especial de la pena puede verse afectada negativamente en algunos casos, si el presunto responsable permanece en libertad tras la comisión de un presunto hecho delictivo, lo mismo puede sostenerse en relación con las finalidades preventivo-generales. En determinados supuestos, el hecho de que el Estado no intervenga de forma inmediata tras la comisión de un supuesto comportamiento delictivo, no solo puede llevar a que los ciudadanos cuestionen la propia eficacia del sistema, sino que en ocasiones puede suponer incluso un peligro de desórdenes sociales, viéndose así comprometido el objetivo último del derecho penal, que es el mantenimiento de la paz social. En tales casos, *ciertamente extremos*, no parecen existir motivos para negar legitimidad a una eventual prisión preventiva, siempre que concurren los presupuestos restantes.

Aunque la jurisprudencia dominante excluye de forma explícita la posibilidad de ponderar estos últimos factores en el momento de acordar la prisión provisional, existen razones diversas que dan especial solidez a la hipótesis de que tales factores nunca han dejado (ni dejarán) de ser tomados en cuenta por jueces y tribunales, aunque estos no lo reconozcan de manera explícita.<sup>71</sup> En este sentido, puede afirmarse que hoy en día resultaría sencillamente inviable un sistema penal que permitiera, por ejemplo, que un imputado por asesinato o violación regresara al barrio de la víctima pocos días después de la presunta comisión del delito, aunque se constate la inexistencia de riesgo de fuga y las pruebas en su contra sean tan abundantes que no haya peligro alguno de que se obstaculice la investigación.

Una teoría de la prisión provisional que no se limite a la dimensión procesal de esta figura, sino que tenga en cuenta la necesidad de legitimar su imposición atendiendo a las finalidades del derecho penal, aconseja no ignorar la importancia de esta medida para asegurar que no se frustren las finalidades preventivo-generales que mayoritariamente se atribuyen a la

---

70 § 51. En esta misma resolución (§ 52) el Tribunal exige, como es obvio, que para acordar la prisión por este motivo existan datos capaces de acreditar la existencia de tal riesgo. Esta jurisprudencia ha sido reiterada en la sentencia del más reciente caso *Bouchet* (5 de septiembre de 2001).

71 Sobre la existencia de *fundamentos apócrifos* de la prisión provisional, véase HASSEMER 1995: 111-113.

pena. Desde luego, cabe discutir en qué casos concretos y con qué límites cabe acordar la prisión por esta clase de motivos, pero tal opción no debería excluirse radicalmente del abanico de posibilidades con que cuenta el juez, salvo que, como sucede en la valoración de la prueba, también aquí quiera situarse a menudo al órgano judicial en la tesitura de no poder hacer constar en sus resoluciones los argumentos que verdaderamente lo llevan a tomar una determinada decisión.

La legitimidad de esta propuesta no puede ser cuestionada con la previsible crítica de que con ella se admite la posibilidad de un castigo anticipado contrario a la presunción de inocencia:

a) El carácter aflictivo de la prisión provisional está fuera de toda duda y no cambia o desaparece por el hecho de que a esta figura se la designe con la expresión *medida cautelar* o se recurra a cualquier otro eufemismo.<sup>72</sup> La principal muestra de que esta medida actúa dentro del sistema penal como un equivalente funcional a la pena de prisión son las previsiones legales que obligan a computar a efectos de pena el tiempo pasado por el imputado privado preventivamente de su libertad (art. 58 CP). Si la prisión provisional no fuera un castigo, estas previsiones carecerían de razón de ser.<sup>73</sup> Por lo demás, una prisión acordada para conjurar el riesgo de fuga es exactamente tan gravosa como la que se impone por razones de prevención general.<sup>74</sup>

b) En lo que a la presunción de inocencia respecta, tampoco cabe remediar el problema recurriendo a la mera ficción teórica de que no existen situaciones intermedias entre la plena inocencia y la plena culpabilidad. En la

---

72 En este sentido se coincide con FERRAJOLI (1997: 556), cuando este autor afirma que «[...] es un mísero paralogismo decir que la cárcel preventiva no contradice en principio *nulla poena sine iudicio* [...] porque no es una pena sino otra cosa: medida cautelar, procesal o en todo caso no penal». Este mismo autor se refiere a estas denominaciones como «fraudes de etiquetas».

73 El carácter de la prisión provisional (y otras privaciones cautelares de derechos) como equivalentes funcionales de las sanciones penales es reconocido por el propio Tribunal Supremo en su sentencia del 8 de junio de 1999 (ponente Bacigalupo Zapater).

74 Curiosamente, en la doctrina procesal (por ejemplo, ASENSIO MELLADO 1987: 124 o BARONA VILAR 1988: 28) se critica la prisión provisional acordada por razones de alarma social con el argumento de que con ella pretende imponerse una sanción anticipada, como si en aquellos casos en que se encarcela a un sujeto por la existencia de peligro de fuga o riesgo de obstaculizar la investigación desapareciera el carácter aflictivo que tiene toda privación de libertad.

medida en que la existencia de *indicios racionales de criminalidad* permite al Estado restringir de forma sensible los derechos de los ciudadanos, estos son tratados *de facto* como *provisionalmente culpables*.<sup>75</sup> En especial, esta situación intermedia es implícitamente admitida por quienes aceptan que la prisión provisional sirve, entre otras misiones, para conjurar el peligro de reiteración delictiva. Dificilmente puede sostenerse que existe riesgo de *reiteración* de una conducta si no es presumiendo que el hecho que se imputa al sujeto realmente se ha cometido, pues aquello que todavía no ha existido no es susceptible de ser reiterado.<sup>76</sup>

La aceptación de que la prisión provisional puede cumplir una función preventivo-general no tiene por qué comportar un uso indiscriminado de esta figura. Es más, aun asumiendo tal función puede conseguirse una importante restricción de su empleo exigiendo que para su aplicación no baste con la mera constatación de la concurrencia de meras sospechas o indicios de criminalidad, sino la necesidad de que consten en lo instruido elementos indiciarios que, por su número e importancia, *permitan afirmar con un escaso margen de error que, en el caso de hacerse valer en el acto del juicio por la acusación, permitirán considerar probada la culpabilidad del imputado*.<sup>77</sup>

Curiosamente, los planteamientos más críticos con la prisión provisional y, en especial, la jurisprudencia, no han prestado especial atención al grado de indicios necesarios para imponer esta medida, concentrando sus esfuerzos restrictivos —como se ha expuesto— en el fundamento de esta figura. Ello ha tenido como consecuencia el que en la práctica sea posible acordar

---

75 Aunque HASSEMER (1995: 117) no admite que se pueda considerar a un sujeto solo como «un poco culpable», sí admite que el sospechoso de haber cometido un delito «se halla, desde el punto de vista del derecho penal, en una posición totalmente diferente que un tercero no sospechado».

76 En este sentido reconoce MÁLAGA DIÉGUEZ (2002: 137) que «la evitación de la reiteración delictiva constituye una finalidad completamente legítima y justificada, que no choca con la presunción de inocencia en mayor medida que cualquier otro objetivo de la tutela provisional».

77 Una propuesta que parece apuntar en este sentido es la formulada por ASENCIO MELLADO (1987: 118), quien exige para la prisión provisional «una mayor certeza sobre el juicio de reproche» que el que aportan los meros indicios de criminalidad. Sobre estos planteamientos, véanse también las referencias que aporta BARONA VILAR (1988: 64). En Alemania, ROXIN (2000: 259) entiende que es necesario «un alto grado de probabilidad» de comisión del hecho punible.

la prisión de sujetos de cuya culpabilidad existen muy pocos indicios por el sencillo motivo, por ejemplo, de ser ciudadanos extranjeros sin arraigo a los que se presume riesgo de fuga.<sup>78</sup> El hecho de que existan escasos indicios hace que una condena final sea poco probable y, por lo tanto, los obstáculos para legitimar la prisión preventiva son mucho más serios que en aquellos casos en que, en el momento de acordar tal medida, existe ya abundante material incriminatorio.<sup>79</sup>

Con todo, el que la prisión provisional sea susceptible de legitimación en ciertos casos, no debe eximir a los poderes públicos de realizar los máximos esfuerzos a su alcance para conseguir que, a medio plazo, los presuntos delitos se enjuicien con una celeridad tal que el encarcelamiento preventivo no sea apenas necesario. La persecución de este objetivo no solo se justifica desde la loable voluntad de preservar los derechos individuales, sino también por razones de eficacia de la propia pena: la celebración en un tiempo breve del juicio y una veloz imposición de la sanción siempre serán más útiles desde un punto de vista preventivo —especial o general— que la prisión preventiva; y los costes —individuales y colectivos— serán también menores.

Todos estos argumentos muestran cómo una institución tradicionalmente ubicada en el ámbito del derecho procesal desempeña un importante papel para el cumplimiento de las funciones que competen al sistema penal y cómo una visión integral de dicho sistema permite precisar mejor los presupuestos que legitiman su adopción. En este tercer ámbito se advierte también que solo con una visión integradora se logra un tratamiento adecuado de los problemas: *no cabe encontrar un fundamento plausible para la prisión preventiva sin tener en cuenta su contribución al cumplimiento de la función del derecho penal.*

---

78 Sobre los planteamientos mayoritarios, que a los efectos de acordar la prisión equiparan *fumus boni iuris* e imputación, véase MÁLAGA DIÉGUEZ 2002: 167, con abundantes referencias.

79 Según afirma FREUND 1996: 72-73, cuando existen abundantes indicios «[...] una reacción inmediata como ésta puede coincidir incluso con los intereses legítimos de la persona que formalmente todavía no ha sido declarada culpable. Cuando la condena final parezca fuera de toda duda, la prisión provisional puede resultar beneficiosa en la medida en que se computa para la pena posterior, el justo castigo no se demora innecesariamente y se alcanza antes el momento final de cumplimiento de la pena de prisión».

Además de la prisión provisional, existen otros ilustrativos ejemplos de cómo determinados fenómenos procesales desempeñan un importante papel preventivo, actuando como auténticos equivalentes funcionales de la sanción penal. Un caso especialmente interesante de esta equivalencia son las denominadas *dilaciones procesales indebidas*, a las que la jurisprudencia española más moderna reconoce la virtualidad de atenuar la pena del sujeto responsable.<sup>80</sup> Tal atenuación solo tiene sentido si se atribuye a ciertos procesos penales —injustificadamente prolongados— el carácter de *castigo anticipado* que reduce la necesidad de pena.

El propio Tribunal Supremo admite este fundamento, en su sentencia del 8 de junio de 1999, con las siguientes palabras: «[...] teniendo en cuenta que la pena constituye, exteriormente considerada, una pérdida de derechos fundamentales, se ha considerado por la doctrina más moderna, que las lesiones de derechos fundamentales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso deben ser abonadas en la pena, pues tienen también un efecto compensador de la parte de culpabilidad por el hecho extinguida por dicha pérdida de derechos».<sup>81</sup>

Llegar a estas conclusiones solo es posible si se vincula un concepto tradicionalmente calificado de procesal (las *dilaciones indebidas*) con uno de los pilares de la teoría del delito como es la *culpabilidad* y este último es analizado a la luz de los *finés de la pena*. No cabe duda de que la observación de semejantes vínculos entre elementos tan diversos del sistema penal solo resulta factible si se parte de una visión integrada de dicho sistema y de las instituciones que lo conforman. Seguramente por esta razón, el reconocimiento del carácter atenuante de las dilaciones indebidas —cuando menos en España— es un avance que cabe atribuir esencialmente a la jurisprudencia y no a la doctrina penal o procesal.<sup>82</sup>

---

80 La atenuante analógica por dilaciones indebidas es aceptada por el Tribunal Supremo desde el pleno no jurisdiccional del 21 de mayo de 1999 (citado, entre otras, en la STS del 7 de febrero de 2003 [ponente Martín Canivell]).

81 Ponente Bacigalupo Zapater. En esta resolución se invocan como precedentes de este punto de vista la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso *Eckle* (15 de julio de 1982) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGHSt, vol. 24, p. 239).

82 Recientemente, no obstante, la cuestión ha sido sistematizada y analizada en profundidad en PASTOR 2002.

## V. CONCLUSIÓN: SOBRE LA NECESIDAD DE ELABORAR UNA AUTÉNTICA CIENCIA GLOBAL DEL DERECHO PENAL

Las anteriores páginas deben haber mostrado cómo la distinción entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal es en muchos sentidos arbitraria y cómo su traslación al mundo académico y científico ha tenido como consecuencia el que importantes aspectos de la práctica penal se hallen en un estado de grave atraso teórico. Asimismo, con esta escisión se ha pasado por alto el importantísimo papel que para la política criminal desempeñan no solo las instituciones tradicionalmente calificadas de sustantivas, sino también aquellas habitualmente encuadradas en el ámbito procesal. Para superar estas deficiencias un solo camino parece acertado: *suprimir las rígidas fronteras que separan la ciencia del derecho penal sustantivo de la ciencia procesal penal y elaborar una nueva disciplina científica, cuyo objeto de estudio sea el fenómeno penal en todas sus dimensiones*. Como afirma Maier, solo si se admite que «[...] el derecho procesal penal es parte del derecho penal» será posible elaborar una política criminal con auténticas pretensiones.<sup>83</sup>

La idea de una *ciencia global del derecho penal* que integre, entre otras materias, la dogmática penal, la determinación y la ejecución de la pena, la criminología, la política criminal y, también, el derecho procesal penal, fue preconizada hace aproximadamente un siglo por Liszt.<sup>84</sup> Sin embargo, en los planteamientos de este autor, esta ciencia era solo el resultado de la mera acumulación de diversas disciplinas totalmente independientes entre sí. La *ciencia global* de Liszt era más una *enciclopedia* que un auténtico sistema. Hace unos 30 años, con Roxin cayó la barrera que separaba la política criminal de la dogmática penal y se sentaron las bases para la creación de un sistema penal regido por finalidades político-criminales. El siguiente paso en este proceso ha de ser una plena irrupción de la política criminal en el derecho procesal. Cuando esto suceda, las rígidas fronteras entre lo sustantivo y lo procesal quedarán definitivamente difuminadas.

No por casualidad esta tarea de integración se ha iniciado en aquellos países y universidades donde la separación académica entre derecho proce-

83 MAIER 1996 : 145.

84 LISZT 1970: 293 y ss.

sal y derecho sustantivo no llega hasta el extremo de *vetar* a los penalistas el estudio de las normas e instituciones procesales.<sup>85</sup> Lamentablemente, mucho más difícil será avanzar en aquellos países que, como España, separan radicalmente ambas materias tanto en sus planes de estudios, como sobre todo en la formación y adscripción del profesorado universitario. Dado que la modificación de los planes docentes y de las áreas de conocimiento universitarias en busca de un mejor rendimiento científico no suele ser una de las cuestiones más urgentes en la agenda de los poderes públicos, en aquellos países en que la división está muy arraigada será necesario que los penalistas hagan un esfuerzo por no ignorar en sus trabajos la dimensión procesal de las cuestiones sustantivas, especialmente en los estudios con implicaciones político-criminales. Por su parte, los procesalistas dedicados al proceso penal deberán reorientar su punto de referencia, trasladando su mirada del proceso civil a las normas penales sustantivas. Solo si esto sucede y si, además, estos dos grupos de juristas empiezan a colaborar estrechamente, será posible avanzar tanto en la búsqueda de una política criminal más eficiente, como de una dogmática que garantice un tratamiento uniforme de los casos.

---

85 Entre estos cabe destacar la ciencia alemana y, en el ámbito hispano, algunas universidades argentinas, en especial, la Universidad de Buenos Aires.