

PUNIBILIDAD Y PROCESO PENAL

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Huelva

RESUMEN: Comienza a superarse el aislamiento que ha caracterizado históricamente a la ciencia del Derecho Penal. Si en la década de 1970 se constató un importantísimo acercamiento a la Política Criminal de la mano de Claus Roxin, en los últimos años la aproximación tiende a concretarse entre Derecho Penal formal y material. Un punto de contacto esencial se encuentra en la punibilidad, a través de los presupuestos procesales.

PALABRAS CLAVE: Punibilidad. Presupuestos procesales. Justicia Criminal.

ABSTRACT: The isolation that has historically characterized the science of Criminal Law has begun to be overcome. Whereas in the 1970s there was a very important approach to the Criminal Policy provided by Claus Roxin, in recent years there has been a trend of approximation of formal and material Criminal Law. An essential point of contact is in the punishment, through the procedure premises.

KEY WORDS: Punishment. Procedure premises. Criminal Justice.

1. Sistema del delito y proceso penal

Wolfgang Frisch ha sostenido magistralmente que “Es poco razonable diseñar aisladamente categorías y soluciones sutiles en el ámbito del Derecho material, si éstas no pueden traducirse posteriormente en el proceso”¹. Se trata de una afirmación que puede padecer obvia, pero nos lleva a reflexionar por qué se ha construido un límite aparentemente infranqueable entre el Derecho penal sustantivo y adjetivo, de tal forma que la dogmática jurídico- penal parece desentenderse por completo de la praxis. La tendencia al aislamiento del Derecho Penal se ha hecho evidente desde los orígenes

¹ Cfr. Frisch, W. Delito y sistema del delito (trad. Robles Planas), en AAVV, El sistema integral del Derecho Penal, Madrid, 2004, p. 275.

de la propia dogmática. Fue Franz von Liszt quien defendió la existencia de antinomias entre Derecho Penal y Política Criminal, describiéndolos como “reinos opuestos”. Así, consideró en su famosísima frase al Derecho Penal como la *barrera infranqueable* de la Política Criminal². A partir de allí, el injusto culpable se convirtió en una auténtica fortaleza, en un alcázar. Tal vez la razón última de estos planteamientos se halle en la posibilidad de ver claudicar el modelo sistemático, ante los avances no sólo del positivismo criminológico, sino en general de otras ciencias empíricas dedicadas al estudio del hecho delictivo.

Fue la extraordinaria labor de Claus Roxin la que permitió comenzar a superar el aislamiento aproximando aquellos “reinos opuestos”, al facilitar que la dogmática jurídico- penal recibiera la influencia de la Política Criminal, a partir de su trascendental obra de 1970 *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*³. Pero en realidad, los “reinos opuestos” no se limitaban a los descritos en su día por von Liszt. En la relación entre ciencias penales sustantivas y adjetivas también ha existido tradicionalmente un gran alejamiento, estableciéndose otra “barrera infranqueable”, extremadamente rígida⁴. Sin embargo, en la actualidad surgen voces que consideran muy negativo este aislamiento que existe dentro del sistema del delito.

Una de las formulaciones más interesantes de los últimos tiempos es la que postula un *sistema integral* del Derecho Penal o *gesamtes Strafrechtssystem*. Si bien la necesaria aproximación de la dogmática al proceso penal ya fue reclamada explícitamente en 1979 en la obra de Wolfgang Naucke⁵, comienza a hablarse de un sistema integral a partir de las aportaciones de un grupo de penalistas relacionados con la Universidad de Mannheim, sobre la base de los trabajos aparecidos en el libro *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*⁶. En dicha obra se pretende reivindicar la importancia de la relación que existe entre el Derecho Penal sustantivo y procesal. Un

² Cfr. Roxin, C. Franz von Liszt y la concepción político- criminal del Proyecto Alternativo (trad. Luzón Peña) en Fundamentos político-criminales del Derecho Penal, Buenos Aires, 2008, p. 276 y sig.

³ Traducida al español por Francisco Muñoz Conde, bajo el título Política criminal y sistema de Derecho Penal, Barcelona, 1972. La originalidad del planteamiento de Roxin es aplaudida unánimemente por la doctrina. Cfr. Silva Sánchez, J. Política criminal en la dogmática, en Roxin, C. La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal. Valencia, 2000, p. 94.

⁴ Coinciden Frisch, Wolter y Freund en cuestionar la dirección que llevan la mayoría de las investigaciones sobre el sistema penal, pues los estudios se limitan al análisis del Derecho penal positivo, e ignoran la problemática del proceso penal. Cfr. ampliamente Frisch, W. Delito y sistema del delito, op. cit. p. 266. Se ha intentado ubicar históricamente el distanciamiento entre el Derecho Penal formal y material en los procesos codificadores del siglo XIX. Así Maier, Derecho Procesal Penal, 2ª ed. Buenos Aires, 1996, p. 145. Este fenómeno no se aprecia en los países sin proceso codificador, es decir, cuyos sistemas jurídicos se basan en la Common Law. Cfr. al respecto Ragués y Vallés, Derecho Penal sustantivo y Derecho Procesal Penal: hacia una visión integrada, Anuario de Derecho Penal, Lima, 2004, p. 130.

⁵ Cfr. Grundlinien einer rechtsstaatlich- praktischen allgemeinen Straftatlehre, Wiesbaden, 1979, p. 5 y sig.

⁶ Editado en Heidelberg en 1996. Se trata esencialmente de las aportaciones de Wolfgang Frisch, Jürgen Wolter, Georg Freund y Lothar Kühlen. El libro fue traducido bajo el título “El sistema integral del Derecho Penal”, Madrid, 2004, por el Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra bajo la dirección de Jesús Silva Sánchez.

sistema integral del Derecho Penal sería el orientado a la aplicación del Derecho Penal, y supone una interpretación conciliadora de tres elementos: el delito, la determinación de la pena y el proceso penal⁷. Considera acertadamente Silva Sánchez que estos planteamientos permiten al sistema del delito escapar de un criterio clasificatorio cerradamente binario, propio del paradigma de la ciencia del Siglo XIX⁸.

En efecto, el Derecho Procesal puede ayudar a interpretar mejor muchas cuestiones que se plantean a la dogmática jurídico-penal⁹. Porque limitar el análisis del delito a la concurrencia de una serie de elementos, haciendo abstracción mental de su demostración práctica es plenamente posible – no es otra cosa lo que se ha venido practicando por la ciencia penal a lo largo de todo un siglo – aunque puede llevar a resultados no del todo satisfactorios.

2. Necesidad de alcanzar una aproximación

Existen diferentes argumentos que permiten fundamentar por qué el Derecho Penal debe aproximarse al Derecho Procesal. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el Derecho Penal sólo puede acercarse a la realidad por medio de un proceso¹⁰. Si se ignora el proceso, el análisis no puede resultar acertado. Un Derecho Penal así entendido limita su estudio a los supuestos en los que efectivamente se está ante un hecho punible comprobado, mientras que el Derecho Procesal posee un espacio de actuación más extenso, porque analiza también muchos casos en los que ha existido una mera posibilidad o sospecha de delito, ampliando así su perspectiva. Al alejarse un poco del punto de vista sustantivo estricto, se introducen nuevos elementos de valoración, que pueden llegar a hacer variar la decisión final¹¹.

⁷ Cfr. Freund, G. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (trad. Ragués), en AAVV, *El Sistema integral del Derecho Penal* Madrid, 2004, p. 95. Para analizar la influencia de esta teoría integran en orden a la determinación de la pena –que no abordaremos aquí– puede verse Wolter, J. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma (trad. Benlloch) en AAVV, *El sistema integral*, op. cit. p. 37 y sig.

⁸ Cfr. Silva Sánchez, J. Introducción: dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito, en AAVV, *El sistema integral*, op. cit. p. 16 y sig. con referencias que llegan a la teoría del pensamiento borroso (fuzzy thinking) de Bart Kosko y a la necesidad de incorporar matices o grados en la interpretación jurídico-penal.

⁹ En esta línea se ha manifestado reiteradamente Muñoz Conde. Cfr. La búsqueda de la verdad en el proceso penal, en *Revista de Derecho y Proceso Penal* nº 1, 1999, p. 63 y sig. Este autor vuelve a incidir en los aspectos procesales en su artículo “De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo” en *Revista Penal* 23, en prensa.

¹⁰ Cfr. Freund, G. Sobre la función legitimadora, op. cit. p. 93.

¹¹ Cfr. Freund, G. Sobre la función legitimadora, op. cit. p. 93. Lleva razón este autor, cuando reflexiona acerca de los enormes costes económicos que supone para el Estado investigar todas y cada una de las sospechas de delito. En términos del Derecho sustantivo todo delito debería ser investigado y en su caso sancionado. En cambio, desde el punto de vista de la práctica usual deberán seleccionarse los casos en función de sus características y perspectivas de éxito. Esta solución desde un punto de vista sustantivo estricto llevaría a plantear algún supuesto de prevaricación. Cfr. Sobre la función legitimadora, op. cit. p. 94.

En realidad, las barreras que históricamente se han trazado entre ambas disciplinas científicas son artificiales. Como acertadamente ha indicado Maier, el Derecho procesal penal forma parte del Derecho penal en un sentido amplio, porque se conforma como una unidad político-jurídica con fines comunes. Se trata de dos instancias que dependen entre sí para ejercitar una única política criminal del Estado¹². También es necesario recordar que la ciencia penal no puede analizarse exclusivamente como una mera exposición sistemática del Derecho vigente. Como desde hace muchos años vienen sosteniendo Hassemer en Alemania¹³ y Muñoz Conde en España¹⁴, el carácter científico del Derecho Penal está condicionado a su caracterización como ciencia práctica, lo que implica una necesaria orientación a las consecuencias externas al sistema. Para poder valorar si las consecuencias de la legislación, la jurisprudencia y la ejecución penal son deseadas o no deseadas deben tenerse también muy en cuenta los aspectos procedimentales.

La doctrina está cada vez más de acuerdo con la necesidad de una apertura hacia el Derecho Procesal, pero falta aclarar cómo debe llevarse a cabo ese acercamiento. La aproximación de ambas ciencias supone que deben ir más allá de la simple complementariedad, perfeccionándose mutuamente con la finalidad última de generar un sistema punitivo más eficaz y al mismo tiempo más respetuoso de los Derechos fundamentales. Pero ha advertido acertadamente Naucke que se corre cierto riesgo en este proceso de aproximación al proceso si prevalecen con exclusividad criterios de oportunidad, que irían en desmedro de otros presupuestos garantistas¹⁵.

El ámbito de aplicación práctica del Derecho Penal a través del proceso debería tener incidencia en diferentes elementos del delito, por lo que efectivamente puede ser considerado como una prolongación del sistema jurídico penal¹⁶. Advuértase que no se trata de la tan frecuente y en ocasiones poco reflexiva tendencia a ordenar y reordenar sin mayor sentido las categorías sistemáticas ya existentes. Se procura romper la urna de cristal en la que se ha encerrado buena parte de la ciencia penalista, reclamando la atención de la praxis sin perder la científicidad de la teoría. Pero al mismo tiempo no podemos ignorar que estamos ante un proceso embrionario de aproximación científica, que demandará muchos años en alcanzar materializaciones más concretas, en lograr un modelo que ante este cambio de perspectiva pueda considerarse sistemática y conceptualmente satisfactorio¹⁷.

¹² Cfr. Maier, J. *Derecho Procesal Penal*, op. cit. p. 145. Como sostiene Freund, aparecen instituciones cuya naturaleza exclusivamente procesal puede ponerse en duda, ya que son “desarrollos y concreciones del Derecho Penal sustantivo y de la determinación de la pena”. Cfr. Freund, G. *Sobre la función legitimadora* op. cit. p. 94.

¹³ Cfr. Hassemer, W. *Fundamentos del Derecho Penal* (trad. Arroyo- Muñoz Conde) Barcelona, 1985, p. 34 y sig.

¹⁴ Cfr. Muñoz Conde, F. *Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal*, en *Revista Penal* nº 5, 2000, p. 46 y sig.

¹⁵ Cfr. *Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1998, p. 271.

¹⁶ Cfr. Wolter, J. *Estudio sobre la dogmática*, op. cit. p. 37; Frisch, W. *Delito y sistema del delito*, op. cit. p. 26.

¹⁷ Cfr. Ragués, R. *Derecho Penal sustantivo*, op. cit. p. 132.

En este contexto, tampoco podemos asignar al Derecho Procesal la limitada función de ejecutar un programa completo, diseñado previamente por la ciencia penal de forma abstracta. Como sostiene Freund, el Derecho Procesal aporta por sí mismo una parte esencial de lo que es el Derecho Penal sustantivo aplicado¹⁸. Con estos antecedentes llegamos al ámbito más propicio para lograr la primera aproximación. Se trata de ciertos aspectos procesales que inciden directamente en la persecución del delito, y se ubican en ocasiones dentro y en otras fuera del Código Penal. En todos estos casos el fundamento de la exoneración de pena es incierto, justamente por ser incierta la ubicación sistemática de dichos elementos. Trataremos de explorar la posibilidad de considerar a los presupuestos procesales como parte del elemento punibilidad, compartiendo la ubicación sistemática con las condiciones objetivas de punibilidad y las causas de exclusión de la punibilidad. Pero una vez dicho esto, debemos también dejar claro como punto de partida que, lógicamente, la punibilidad no puede pretender absorber al proceso por completo¹⁹.

3. Punibilidad y presupuestos procesales

Siguiendo el orden trazado por la dogmática jurídico-penal, una vez constatado el injusto culpable, debería quedar despejado el camino para imponer una pena. Sin embargo, al analizar las normas jurídicas vigentes se comprueba que no siempre es así, pues pueden concurrir circunstancias que restringen el ámbito de aplicación de la sanción penal. Se advierte de esta forma que ese injusto culpable es un presupuesto *indispensable*, pero no *suficiente* de la pena. Estos nuevos requisitos conforman un peculiar eslabón sistemático que se denomina punibilidad o penalidad. Se trata de una categoría difícilmente comparable con el resto de elementos sistematizados del delito, porque éstos son imprescindibles para dar fundamento a la imposición de la pena, mientras que la punibilidad posee un carácter residual o excepcional²⁰. No es tarea fácil conceptualizar y dar contenido a la punibilidad. Incluso parte de la doctrina se resiste a aceptar la necesidad de contar con esta categoría sistemática²¹. En ella se incorporan contenidos muy dispares, por lo que se la ha llegado a considerar como un auténtico “revoltijo de elementos muy heterogéneos”, es decir, un *cajón de sastre* dentro del sistema penal²². Sin embargo, pese a estas dificultades resulta sumamente conveniente adoptar esta categoría, pues permite dar una ubicación sistemática adecuada a todos estos

¹⁸ Cfr. Freund, G. Sobre la función legitimadora op. cit. p. 107.

¹⁹ Aunque somos partidarios de una necesaria aproximación del Derecho penal y procesal penal, tampoco consideramos apropiada la tesis que lleva a una completa asimilación. Daniel Pastor – con la evidente finalidad de incrementar el marco garantista- considera dentro de la sistemática del delito la presencia del debido proceso. Para este autor el conjunto de reglas procesales funcionaría como una auténtica condición objetiva de punibilidad. Así, el proceso penal estaría también guiado por el marco garantista propio del Derecho sustantivo. Sin embargo, esta original tesis lleva a forzar los elementos sistemáticos del delito para que lo sustantivo termine contemplando (y tal vez finalmente absorbiendo) todos los aspectos procedimentales. Cfr. Pastor, D. Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales, en AAVV Nuevas formulaciones de las ciencias penales, Córdoba, Argentina, 2001, p. 807 y sig.

²⁰ Cfr. Roxin, C. Derecho Penal, Parte General (trad. Luzón, Díaz y De Vicente), Madrid, 1997, p. 970.

²¹ Cfr. Bemann, G. Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Göttingen, 1957 p. 27 y sig.

²² Cfr. Roxin, C. Derecho Penal, op. cit. p. 972.

elementos, aunque por pura lógica y dada su excepcionalidad, presenta características diferenciadoras respecto al resto de elementos sistematizados.

El fundamento de la punibilidad se encuentra en el cumplimiento de objetivos orientados por *razones políticas* (de política del Estado). Dentro de este concepto prevalecen los motivos de política jurídica (así, de política tributaria, política internacional, política económica, política constitucional etc.)²³, e incluso algunos aspectos de política criminal. Cuando la política criminal no jugaba papel alguno dentro de la teoría del delito (con el auge de los planteamientos causalistas y finalistas), la punibilidad era el único momento sistemático en el que se admitía la relevancia de este tipo de finalidades ajenas al propio hecho punible²⁴. Lógicamente esto ha cambiado con el éxito del funcionalismo normativista y su nueva caracterización de los elementos del delito. Con las propuestas más modernas, autores como Roxin sostienen que la política criminal incide directamente en el injusto culpable, mientras que la punibilidad se ocupa de perseguir finalidades de política jurídica más generales. Sin embargo, Roxin excluye a la política criminal de la punibilidad, pues considera que ésta ya ha sido tenida en cuenta al valorar los restantes elementos del delito²⁵. Por el contrario, desde nuestro punto de vista creemos que los objetivos político-criminales siguen jugando un papel importante en todos los elementos del delito sistematizados, e incluso dichos fines contribuyen a dar contenido a la punibilidad. Las específicas finalidades político- criminales salen a la luz para permitir exonerar de responsabilidad en algunos supuestos muy específicos como es el caso de exclusión de pena en el desistimiento de la tentativa del art 16.2 CP²⁶. Con claridad desde el finalismo dice Hans H. Hirsch que: "A diferencia de la exculpación, las causas de exclusión de la pena tan sólo se refieren a criterios que, con independencia de que se hayan constatado los tres elementos generales del delito, impulsan al legislador, con base en consideraciones específicas de política del Estado o criminal, a prever un ulterior obstáculo de excepción a la generación o a la existencia del *ius puniendi*"²⁷.

La explicación más satisfactoria de la punibilidad como categoría sistemática la encontramos en la diferenciación que existe entre *merecimiento* y *necesidad* de pena. Se trata de dos conceptos cada vez más utilizados por parte de la doctrina, y cuyo origen se localiza justamente en el intento de brindar una interpretación y fundamentación convincente de la punibilidad como elemento sistemático²⁸. Sin embargo, autores tan

²³ Cfr. Wolter, J. Estudio sobre la dogmática, op. cit. p. 36.

²⁴ La aceptación de condiciones de punibilidad como circunstancias externas, que nada tienen que ver con los elementos del delito se aprecia expresamente en la obra de von Liszt, que propugna su tratamiento *separado*. Cfr. Tratado de Derecho Penal (trad Jiménez de Asúa), T. II, 1916 (reimpr. 1999). Madrid, p. 456 y sig.

²⁵ Cfr. Roxin, C. Derecho Penal, op. cit. p. 977.

²⁶ Cfr. Jescheck, H. y Weigend, T, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5ª ed (trad. Olmedo) Granada, 2002, p. 595.

²⁷ Cfr. Hirsch, H. La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana (trad. Cancio) en AAVV, Justificación y exculpación en Derecho Penal, Madrid, 1995, p. 51.

²⁸ Cfr. Bloy, R. Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Berlin, 1985, p. 30.

relevantes como Hans Ludwig Günther²⁹, Diego Luzón Peña³⁰ y Jesús Silva Sánchez³¹ consideran que merecimiento y necesidad de pena no deben circunscribirse a cumplir una función limitada a la punibilidad, extendiéndose en consecuencia a otros elementos del delito. Otros científicos, como Bernd Schünemann, proponen la creación de una nueva categoría sistemática construida sobre el merecimiento y la necesidad de pena³². Consideramos que en este caso lleva razón Claus Roxin cuando afirma que el merecimiento de pena es un concepto confuso, porque es utilizado doctrinalmente con numerosos significados³³. Efectivamente, hay innumerables teorías acerca del papel del merecimiento y la necesidad de pena en la teoría del delito.

Partiendo de una caracterización de la dogmática que tiende a una interpretación coherente, ordenada y uniforme de la ley penal, consideramos que el merecimiento de pena se relaciona exclusivamente con el injusto culpable (un delito con todos sus elementos, atribuible a un sujeto determinado), es decir, con la posibilidad de punición, mientras que la punibilidad se refiere en exclusiva a la necesidad preventiva de pena, en la que inciden conjuntamente elementos sustantivos y procesales. Estos elementos no se fundamentan en la afección culpable a un bien jurídico sino en razones políticas (de política jurídica y política criminal). Al constatar que una conducta reúne el conjunto de características exigidas (comportamiento humano típico, antijurídico y culpable), se afirma que es *merecedora de pena*, esto es, que sufre una desaprobación jurídica tan intensa que debería acarrear un castigo, o al menos permitir que dicho castigo sea posible. El delito ya ha alcanzado el grado de tentativa o consumación y por ello la pena es, desde una perspectiva valorativa, merecida. Sin embargo, ciertos supuestos muy concretos, fundamentados como hemos dicho en razones políticas permiten al legislador establecer otro tamiz, añadiendo nuevos requisitos para que determinadas conductas efectivamente merecedoras de pena sólo se sancionen cuando dicha consecuencia jurídica sea necesaria³⁴. De tal forma, cuando un precepto penal incorpora una condición objetiva, una causa de exclusión de la punibilidad o es de aplicación un presupuesto procesal, se nos está indicando que en estos casos, al apreciarse un elemento que excluye la punibilidad, una pena *merecida* no es *necesaria*³⁵.

Dentro de los planteamientos clásicos que admiten la punibilidad como categoría sistemática se incluyen distintos supuestos. Por un lado, se presentan ciertos requisitos

²⁹ Cfr. Günther, H.L. Die Genese eines Straftatbestandes. Juristische Schulung., 1978, p. 12 y sig.

³⁰ Cfr. La relación de merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito, en AAVV, Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal, Pamplona, p. 204 y sig.

³¹ Cfr. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, Barcelona, 1992, p. 407 y sig.

³² Cfr. Schünemann, B. Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1978, p. 146 y sig.

³³ Cfr. Roxin, C. Derecho Penal, Parte General, op. cit. p. 981 y sig.

³⁴ Cfr. Jescheck, H. y Weigend, T. Tratado de Derecho Penal, op. cit. p. 593.

³⁵ Cfr. Kuhlen, L. ¿Es posible limitar el Derecho Penal por medio de un concepto material de delito? (trad. Sánchez Ostiz) en AAVV, El sistema integral del Derecho Penal, op. cit. p. 149. En relación a las condiciones objetivas de punibilidad, Martínez Pérez sostiene expresamente que su fundamento se encuentra de manera exclusiva en la necesidad de pena. Cfr. Las condiciones objetivas de punibilidad, Madrid, 1989, p. 95.

conocidos como condiciones objetivas de punibilidad. Se trata de elementos positivos, que fundamentan la necesidad de pena, pues añaden una circunstancia adicional a las exigencias típicas, cuya concurrencia afectará a todos los intervinientes en el delito. Por otro lado se encuentran las causas de exclusión de la punibilidad que son elementos negativos que restringen la responsabilidad al requerir la ausencia de un elemento determinado. Se trata de circunstancias personales que están en relación con los sujetos y, en principio, afectan sólo a aquellos en quienes concurren. Las causas de exclusión de la punibilidad suponen la contrapartida o el reverso de las condiciones objetivas de punibilidad.

A partir de aquí debemos preguntarnos si es posible integrar en la punibilidad a los ya mencionados presupuestos procesales (*Prozeßvoraussetzungen*). Estos últimos se estructuran en torno a una serie de circunstancias que condicionan la perseguibilidad del delito (la puesta en marcha o la continuidad del procedimiento). Aunque evidentemente poseen naturaleza procesal, conforman un espacio muy próximo al que ocupan las distintas causas de exclusión de la punibilidad, por lo que es bastante difícil su delimitación conceptual³⁶. Son cada vez más numerosos los autores que destacan la imposibilidad de apreciar con nitidez las diferencias entre Derecho Penal sustantivo y adjetivo, sobre todo cuando se trata del estudio de los presupuestos procesales³⁷. Así, dice con claridad Roxin que "Es objetable que los presupuestos procesales y las condiciones objetivas de punibilidad, o las causas personales de exclusión de la pena, estén tan cerca unas de otras, hasta tal punto que a veces sean intercambiables y que la atribución de una circunstancia al Derecho material o al procesal dependa con frecuencia, de casualidades históricas"³⁸.

Son innumerables las teorías que se han desarrollado en la búsqueda del mejor criterio que permita dotar de una fundamentación y ubicación apropiada a todos estos elementos, a medio camino entre el Derecho Penal formal y material.

a) *Criterio diferenciador*. Es la opinión más frecuente, sostenida ininterrumpidamente desde la época de Karl Binding³⁹. Desde esta perspectiva se considera que son elementos de la punibilidad aquellos que poseen naturaleza sustantiva o material, mientras que los presupuestos procesales presentan un carácter formal o procedimental⁴⁰. Para

³⁶ Las dificultades para diferenciar ya eran evidentes en la época de von Liszt. Cfr. Tratado de Derecho Penal, op. cit. p. 458 y sig.

³⁷ Cfr. Jakobs, G. Derecho Penal, Parte General (trad. Cuello- Serrano), Madrid, 1997, p. 411 y sig., García Pérez, O. La punibilidad en Derecho Penal, Pamplona, 1997, p. 66 y sig.

³⁸ Cfr. Roxin, C. Derecho Procesal Penal (trad. Córdoba- Pastor), Buenos Aires, 2000, p. 172. Se trata de una materia presidida por las dudas. Así, el propio Muñoz Conde trata a estos presupuestos procesales en el mismo capítulo en el que analiza las condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias, ya que los presupuestos procesales son elementos "de difícil encuadre sistemático en la Teoría General del Delito" pero coinciden en su carácter excluyente de la imposición o ejecución de la pena. Cfr. Muñoz Conde, F y García Arán, M. Derecho Penal, Parte General, 7ª ed. Valencia, 2007, p. 400.

³⁹ Cfr. Binding, K. Die Normen und ihre Übertretung, 3ª ed. T. 1, Leipzig, 1916, p. 234 y sig.

⁴⁰ Es la doctrina mayoritaria. Cfr. Roxin, Derecho Penal, op. cit. p. 984 y sig. En España, Martínez Pérez, C. Las condiciones, op.cit. p. 94 y sig., Mapelli Caffarena, B. Estudio jurídico- dogmático sobre las llama-

fundamentar su naturaleza sustantiva, se procura identificar a los elementos de la punibilidad con aquellos que más se les asemejan dentro de la estructura del delito y de la culpabilidad. El resultado que se obtiene a través de estos procedimientos supone de alguna manera asimilar (trazando un peculiar paralelismo que permitiría una aproximación material pero no formal) las condiciones objetivas de punibilidad a los elementos del tipo y las causas de exclusión de la punibilidad a las causas de exclusión de la culpabilidad. Esta solución permite excluir de la punibilidad a los presupuestos procesales, pues no presentan similitudes ni puntos de conexión directos con los mencionados elementos del injusto y de la culpabilidad.

b) *Renuncia al elemento "punibilidad"*. Si las diferencias entre los elementos que poseen naturaleza sustantiva son puramente formales, no se explicaría la necesidad de mantener la punibilidad como elemento sistemático. La solución consecuente sería integrar de manera efectiva estos elementos en la sistemática del delito. Así se comprende la famosa frase de Günther Bemmman cuando en su original monografía exclusivamente dedicada a las condiciones objetivas de punibilidad (*Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*) concluye diciendo que *¡¡no existen las condiciones objetivas de punibilidad!!*⁴¹. Con esta tesis, los presupuestos procesales, una vez desligados de cualquier carga sustantiva, se mantendrían en la órbita del Derecho procesal⁴².

c) *Criterio integrador*. Consideramos que los planteamientos de los seguidores del sistema integral del Derecho penal en esta materia deben ser atendidos. La doctrina mayoritaria se conforma con considerar a los presupuestos procesales como causas de exclusión de pena, sin profundizar en su fundamentación material. Pero no puede desconocerse que algunas instituciones procesales también se encuentran guiadas por criterios de necesidad de pena, y pueden ubicarse perfectamente dentro de la punibilidad. Por una parte, es necesario contar con el elemento punibilidad como colofón de una exposición sistematizada del delito. Por otra, es difícil encontrar criterios distintivos que sean concluyentes entre las tradicionales causas de exclusión de la punibilidad y los presupuestos procesales. Todos tienen en común que son elementos ajenos al delito y que imposibilitan la imposición de la pena. Es decir, como en su día enfatizó Franz von Liszt, deben ser oportunamente analizados pero *separadamente* del delito⁴³. Debemos también recordar que desde una perspectiva histórica, la asignación de los presupuestos procesales al ámbito penal o procesal ha estado condicionada por circunstancias coyunturales, es decir, por las necesidades y urgencias políticas de cada época. El legislador ha hecho uso de estas categorías de forma *intercambiable* (como ya hemos

das condiciones objetivas de punibilidad, Madrid, 1990, p. 66 y sig. García Pérez, O. La punibilidad en el Derecho Penal, Pamplona, 1997, p. 64 y sig. y Mendes de Carvalho, E. Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática, REPC 07-10 (2005) p. 10:5 y sig.

⁴¹ Cfr. Bemmman, G. Zur Frage op. cit. p.52 y sig. Este autor reconduce las pretendidas condiciones objetivas de punibilidad a elementos del tipo o a presupuestos procesales.

⁴² La posición de Bemmman está directamente relacionada con su caracterización -'puramente retributiva- de la pena y el alejamiento de toda referencia preventiva. Cfr. al respecto Roxin, C. Derecho Penal, op. cit. p. 986 y sig., García Pérez, O. La punibilidad, op. cit. p. 61.

⁴³ Cfr. Von Liszt, F. Tratado de Derecho Penal, op. cit. p. 457.

recordado, algunos presupuestos procesales se encuentran previstos en el texto del propio Código Penal). La asignación al Derecho penal o al Derecho procesal sigue estando hoy en manos del libre criterio legislativo o de valoraciones interpretativas. Considerando que un análisis que busque con seriedad sus fundamentos materiales debe conducir a integrar estos elementos en la punibilidad.

El argumento más utilizado por la doctrina mayoritaria que diferencia punibilidad y presupuestos procesales se basa en la distinción entre el ámbito jurídico sustantivo y adjetivo. Estaríamos dentro de la punibilidad si falta un elemento del delito (lo que llevaría a la *absolución*) y en el espacio procedimental si sólo resulta afectada la posibilidad de persecución procesal (lo que conduce al *sobreseimiento* o al *archivo*)⁴⁴. Se suele añadir que en estos últimos supuestos el delito puede ser nuevamente perseguido, una vez solventado el impedimento⁴⁵. Sin embargo, esta diferenciación puramente formal no nos convence en absoluto.

El error radica en pretender que una solución de Derecho Penal material sólo pueda alcanzarse mediante una sentencia que condene o absuelva. Así, para llegar a valorar una hipotética ausencia de punibilidad debería constatarse previamente la existencia de todos los elementos del delito (merecimiento de pena). Sin embargo, creemos que es evidente que se puede llegar a esta conclusión indistintamente, al finalizar el procedimiento (absolución) o en un momento previo (sobreseimiento o archivo).

Un importante punto de apoyo proviene de reflexiones basadas en la praxis. Siguiendo un orden lógico, deberíamos llegar a valorar la punibilidad una vez constatados todos los elementos del injusto y de la culpabilidad, analizándolos como un nuevo eslabón sistemático previo a la pena. Pero saliendo del alcázar es fácilmente apreciable que por razones de economía procesal, resulta completamente absurdo: a) poner en marcha un costoso procedimiento; b) declarar el merecimiento de pena respecto a una conducta penalmente ilícita y culpable, y c) llegar finalmente a una sentencia absolutoria, al advertir que la pena no es necesaria. Si los supuestos que excluyen la punibilidad o impiden la continuación del proceso se hacen evidentes *ab initio*, deben ser analizados antes de llegar a una declaración formal de culpabilidad. Por ello en todos los casos de ausencia de punibilidad también cabe el sobreseimiento o el archivo. Por otra parte, la aplicación práctica del Derecho Penal nos indica que un sobreseimiento puede ser provisional o definitivo. El provisional funciona en muchas ocasiones como antesala del definitivo, al que se llega tras el paso del tiempo. Por eso, la renuncia a la pena debe tener un sólido fundamento material dentro de la sistemática del delito, no sólo cuando se convierte en *definitiva*, sino también cuando es *temporal o provisional*.

⁴⁴ Cfr. Roxin, C. Derecho Penal, op. cit. p. 985. En el mismo sentido Jescheck H. y Weigend, T, Tratado de Derecho Penal, op. cit. p. 600. Cfr. también Mir Puig, S. Derecho Penal, Parte General, 8ª ed. Barcelona, 2008, p. 173.

⁴⁵ Cfr. Martínez Buján- Pérez, C. Condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procedibilidad, en Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Libro Homenaje Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, p. 574.

Con todo ello llegamos a una *caracterización tripartita* de la punibilidad, que incorpora a las condiciones de procedibilidad como el tercer grupo de supuestos que conforman este eslabón sistemático. Esta solución permite explicar satisfactoriamente *por qué una pena merecida no llega a imponerse*. De esta forma no se compromete la unidad del sistema, ya que sigue existiendo coherencia interna, pero se cambia provechosamente de perspectiva al recibir la influencia de la praxis. Sin embargo, es oportuno tener en cuenta que *integrar* no supone *asimilar*. Todas estas categorías se ubican en un peculiar momento sistemático, que es descrito como un cajón de sastre para componentes heterogéneos. Todas tienen en común sus diferencias con los elementos esenciales del delito, y todas conducen a una renuncia a la pena estatal. Incluso es frecuente que muchas de ellas aparezcan con posterioridad a la consumación del hecho. Aunque es realmente difícil llegar a plantear diferencias claras y definitivas, estos presupuestos procesales que se fundamentan en la ausencia de necesidad de pena deberían mantener su especificidad propia.

4. Condiciones objetivas de punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad (*objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*) son requisitos que el legislador ha añadido en los correspondientes preceptos penales, pero que no pertenecen al tipo del injusto ni a la culpabilidad. Son elementos imprescindibles para poder imponer la pena, y aunque aparecen formalmente entre los elementos que describen la conducta prohibida no forman parte del tipo penal⁴⁶. Estas condiciones se caracterizan por su formulación positiva, condicionan directamente la pena o la entidad de dicha sanción, sin que deban ser abarcados por el dolo del autor (de ahí su carácter *objetivo*). En consecuencia, el error referido a estas condiciones carece de relevancia jurídica. El autor puede desconocer su presencia, y el hecho seguirá siendo punible⁴⁷. Las condiciones objetivas de punibilidad pueden o no concurrir en el caso concreto, y eso es lo único que debe ser motivo de comprobación. Si la condición no concurre, el hecho resultará impune para todos los intervinientes.

⁴⁶ Las condiciones objetivas de punibilidad se encuentran tan próximas a los elementos típicos que se encuentran normalmente integradas en los correspondientes preceptos del Libro II del Código Penal. Por ello, su estudio completo corresponde a las investigaciones que se desarrollen sobre la Parte Especial. Debemos recordar, eso sí, su carácter excepcional y las dificultades hermenéuticas que se presentan para su correcta identificación. En ocasiones la tarea interpretativa no será muy dificultosa, pero en otras deberá recurrirse a criterios lógico-sistemáticos y teleológico-valorativos para su concreción. Cfr. Martínez Pérez, Las condiciones objetivas, op. cit. p. 67 y sig. Sin embargo, nos parece oportuno señalar que no posee naturaleza de condición objetiva de punibilidad el resultado (en los delitos de resultado). Un sector doctrinal minoritario, representado en Alemania por Diethart Zielinski excluye del injusto toda referencia al desvalor del resultado, fundamentándolo de forma exclusiva en el desvalor de acción. Sin embargo, este resultado excluido del injusto debe tener alguna posición sistemática, porque *no puede desaparecer*. Para quienes mantienen este posicionamiento la naturaleza jurídica del resultado se encuentra necesariamente fuera del injusto, tratándose como una condición objetiva de punibilidad. Cfr. Zielinski, D. Handlungs- und Erfolgsunwert um Unrechtsbegriff, Berlín, 1973, p. 127 y ss. En relación a la situación en Italia, cfr. Fiandaca G. y Musco, E., Derecho Penal, Parte General (trad. Niño) Bogotá, 2006, p. 790 y sig.

⁴⁷ Cfr. von Liszt, F. Tratado de Derecho Penal, op. cit. p. 456, Jescheck, H y Weigend, T. Tratado de Derecho Penal, op. cit. p. 602 Moreno- Torres Herrera, M. El error sobre la punibilidad, Valencia, 2004, p. 73 y sig.

La doctrina suele distinguir dos clases de condiciones objetivas de punibilidad: las propias y las impropias. Se consideran condiciones objetivas de punibilidad *proprias* (o genuinas) aquellas que restringen la punibilidad, basándose en razones políticas. Estas condiciones se utilizan como un correctivo legal, pues el legislador entiende que si no se aprecia la condición desaparece la necesidad preventiva de pena. Para generar una condición objetiva de punibilidad propia se recurre a añadir a la descripción típica ciertos elementos ajenos, que deben constatare antes de imponer la pena correspondiente. Sin esos elementos añadidos la pena será merecida, pero sólo se sancionará efectivamente cuando la condición concorra, declarando que la pena es necesaria. Las concretas razones políticas en virtud de las cuales se incorporan estos correctivos pueden ser muy variadas. Lo realmente importante es que estas condiciones, en cuanto restringen la intervención del Derecho Penal, no pueden ser objetadas desde la perspectiva de los principios fundamentales y garantistas que rigen en materia punitiva.

Las condiciones objetivas de punibilidad *impropias* (o anómalas) son una mera argucia con ingredientes legales e interpretativos, que va en contra del principio de culpabilidad. No se trata de añadir nuevos requisitos a los tipos penales, para restringir de esta forma la intervención del Derecho Penal, sino que constituyen auténticos elementos del tipo del injusto, que se pretenden caracterizar como condiciones objetivas para evitar que el dolo se refiera a ellos. En estas hipótesis no se añade nada nuevo a la esencia del tipo penal, sino que se valoran objetivamente ciertos elementos típicos, creando presunciones de injusto, con la finalidad de aplicar una pena sin necesidad de probar la presencia de los elementos subjetivos. Estas condiciones objetivas de punibilidad impropias pertenecen en realidad al injusto, y al no darse los requisitos subjetivos la pena no será ni siquiera merecida. En definitiva, los elementos típicos caracterizados como condiciones objetivas de punibilidad impropias suponen una violación del principio de culpabilidad y, por lo tanto, deben ser rechazados⁴⁸.

5. Causas de exclusión de la punibilidad

Las causas de exclusión de la punibilidad (*Strafausschliessungsgründe*) también conocidas como excusas absolutorias (*persönliche Straffreiheitsgründen*)⁴⁹ son circunstancias o requisitos relacionados directamente con la persona del autor⁵⁰. El legislador es consciente de que la conducta es delictiva, y por ello lo suficientemente grave como para merecer una pena. Sin embargo, la propia valoración del legislador indica que este hecho, del que ya se ha afirmado su carácter antijurídico y culpable, debe ser excepcionalmente tolerado. Por ello excluye la sanción penal, basándose en

⁴⁸ Cfr. Jescheck, H. y Weigend, T. Tratado de Derecho Penal, op. cit. p. 601; Mendes de Carvalho, E. Las condiciones objetivas de punibilidad impropias: vestigios de responsabilidad objetiva en el Código Penal español, Rev. Derecho Penal y Criminología (UNED) 17, 2006, p. 221 y sig.

⁴⁹ Cfr. Higuera Guimerá, J. Las excusas absolutorias, Madrid, 1993, p. 11 y sig.

⁵⁰ Al relacionarse con la persona del autor, podría llegar a sostenerse que son auténticos supuestos de exclusión de la culpabilidad. Pero debemos recordar que las causas de exclusión de la culpabilidad se asientan en la no exigibilidad de otra conducta y por lo tanto en la falta de merecimiento de pena, mientras que el fundamento de las causas de exclusión de la punibilidad se encuentra en la ausencia de necesidad de pena, es decir, poseen una justificación diferente.

apreciaciones previas de carácter político. La formulación de estas causas de exclusión de la punibilidad es normalmente negativa, excluyendo la pena que correspondería a los intervinientes en quienes concurran. Esta es una característica diferencial respecto a las condiciones objetivas de punibilidad, pues en aquellos supuestos, si la condición no se cumple, la impunidad favorece a todos. Aunque se aprecie en algún interviniente una causa de exclusión de la punibilidad, el resto de participantes recibirá la sanción penal que corresponda⁵¹.

Desde una perspectiva doctrinal se distinguen dos clases de causas de exclusión de la punibilidad, sobre la base de un criterio temporal o cronológico. Por una parte, se encuentran las causas personales de *exclusión* de la pena en sentido estricto (*persönliche Strafausschlussgründe*), que son aquellas que se constatan en el momento de comisión del delito⁵². El otro grupo queda conformado por las causas personales de *anulación o levantamiento* de la pena (*persönliche Strafaufhebungsgründe*), que son sobrevinientes, ya que aparecen con posterioridad a la ejecución del hecho, una vez intentado o consumado el delito⁵³.

6. Presupuestos procesales

Como ya hemos puesto de manifiesto, una vez que el legislador ha comprobado todos los elementos del delito que indican que una pena es merecida (el comportamiento humano típico, antijurídico y culpable) puede incorporar vías de exoneración por razones esencialmente políticas, ante la ausencia de necesidad de punición. Tiene libertad para optar por la vía penal o procesal para alcanzar estos objetivos. Incluso puede llegar a cambiar de criterio sin demasiados inconvenientes, con el único requerimiento de

⁵¹ Recientemente se ha comenzado a plantear la existencia de supuestos excepcionales, conocidos como “causas objetivas de exclusión de la punibilidad”, que favorecerían a todos los intervinientes. Cfr. sobre ello Moreno- Torres Herrera, M. El error sobre la punibilidad, Valencia, 2004, p. 44 y sig.

⁵² Jescheck, H. y Weigend, T. Tratado de Derecho Penal, op. cit. p. 594.

⁵³ Pueden consagrarse causas de exclusión de la punibilidad tanto en el Libro Iº como en el Libro IIº del Código Penal, correspondiendo el estudio particularizado de estas últimas a la Parte Especial del Derecho Penal. En la Parte General aparecen fundamentalmente causas personales de anulación o levantamiento de pena, entre las que podemos destacar el perdón del ofendido en los casos legalmente previstos (art. 130. 5 CP) y algunos supuestos del Derecho de gracia basados en la ausencia de necesidad de pena. En el Estado de Derecho moderno esta potestad comienza a ser cuestionada, ya que favorece una aplicación desigual de la ley. Así, por ej. el indulto, que es una causa de extinción de la pena sobrevenida (art. 130.4 CP) aplicable a un sujeto a quien se ha impuesto una sanción penal por sentencia condenatoria firme. Es considerado como una causa de exclusión de la punibilidad personal, aunque no faltan quienes lo tratan como un supuesto puramente procesal. También la prescripción de la pena (art. 130. 7 CP) supone una causa personal de anulación o levantamiento de pena. El motivo de la exoneración se encuentra en que ante el paso del tiempo, la pena deja de ser necesaria, pues no se cumplen las finalidades preventivo- generales que llevaron a su imposición. Especial consideración merece el *desistimiento* en la tentativa, que posee una compleja ubicación sistemática. A través de este instrumento legal se permite una completa exoneración cuando el sujeto ya ha materializado una conducta merecedora de pena (un comportamiento humano típico, antijurídico y culpable, en grado de tentativa). En este caso, el riesgo penalmente relevante para el bien jurídico aún no se ha convertido en auténtica lesión. Por este motivo se incorpora esta causa personal de anulación o levantamiento de pena, en los términos previstos en el art. 16.2 CP.

que las pautas penales y procesales vayan orientadas en la misma dirección. En otras palabras, todos ellos están guiados por principios materiales comunes, lo que nos lleva a incorporar a los presupuestos procesales dentro de la categoría sistemática de la punibilidad.

De los presupuestos procesales derivan una serie de obstáculos o impedimentos, que condicionan el inicio o el mantenimiento del proceso penal. Pueden estar relacionados con la perseguibilidad del hecho⁵⁴ o del sujeto⁵⁵. La concurrencia de estos presupuestos conducirá al sobreseimiento provisional o definitivo, según los casos.

(Autor Convidado).

⁵⁴ Entre estos presupuestos procesales relacionados con la perseguibilidad debemos destacar la prescripción del delito (art. 130. 6 y 666.3 LECr). Su naturaleza jurídica es bastante discutida, pues por una parte responde a los parámetros que guían las causas de exclusión de la punibilidad, pero también se identifica con los presupuestos procesales (por ello se sostiene que posee naturaleza *mixta*, penal y procesal). En ocasiones, la prescripción se alcanza cuando existen paralizaciones procesales imputables a la propia Administración de Justicia. En este caso el proceso finaliza pues se ha afectado el Derecho a un juicio justo y sin dilaciones. Existen otros supuestos, como el desconocimiento por parte de las autoridades de la perpetración del delito, la falta de identificación de su autor, o del paradero de un sospechoso o imputado. En los dos primeros casos, dado que el procedimiento no se ha iniciado contra una persona determinada en un tiempo prudencial, quienes aparezcan con posterioridad no tendrán ocasión de ejercitar adecuadamente su Derecho de defensa. Pero incluso hay argumentos suficientes para que prescriba la acción penal de un sujeto que ha estado en paradero desconocido durante años. El interés de la sociedad en el castigo ha disminuido notablemente, el sujeto ha tenido oportunidades para enmendar su comportamiento y lo que es incluso más importante respecto a los aspectos procesales, debemos recordar que el paso del tiempo hace poco operativas muchas pruebas —fundamentalmente las testimoniales— y puede llevar a sentencias con un elevado margen de error. Todo ello hace preferible el olvido y la exoneración de las responsabilidades penales. Por otra parte, encontramos impedimentos en la perseguibilidad *del hecho concreto*. Aquí se encuentran los *presupuestos procesales de perseguibilidad*, como la denuncia previa (o querella), o la necesidad de contar con autorización judicial o administrativa para proceder. Cfr. Bricola, F. Voz Punibilità, Nov. Digesto Italiano, L. XIV, Turin, 1967, p. 602. También Martínez Pérez, C. Las condiciones, op. cit. p. 94 y sig. . El principio *ne bis in idem* requiere la paralización del procedimiento si los mismos hechos se imputan al mismo acusado y el caso se encuentra pendiente de juzgamiento ante otro tribunal.

⁵⁵ La perseguibilidad *del acusado* tiene relevancia distintos supuestos, como su propia *muerte*, que extingue la acción penal finalizando el procedimiento (art. 130.1 CP y 115 LECr). En cuanto a la *capacidad procesal* de actuar en juicio, vemos que no se trata de la capacidad exigida en los pleitos de naturaleza civil, sino que requiere algo más, que el sujeto pueda representar sus intereses conduciendo su defensa de manera adecuada. Aparecen también las *excusas personales*, como las *inmunidades* (parlamentarias, judiciales, diplomáticas, etc.), que funcionan como presupuestos procesales. Se trata de evitar que el impulso de un proceso penal contra alguna de estas personas (miembros del gobierno, legisladores, diplomáticos) permita que se altere el normal funcionamiento de las instituciones democráticas o afecte las relaciones internacionales.