

ALGUNAS VARIABLES POLÍTICO-CRIMINALES DEL PROCESO PENAL

Juan Sebastián Vera Sánchez*

Profesor de Derecho penal
Universitat de Barcelona

Resumen: Este trabajo trata sobre los efectos que ocasionan determinados elementos del proceso penal en la Política criminal de los Estados. Es decir, se asume que el proceso penal puede ser una herramienta de Política criminal. Ello, a partir de dos grandes líneas argumentativas: justificaciones derivadas de la relación entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal y, justificaciones derivadas de la configuración interna del proceso penal.

Palabras clave: estandard de prueba; relación derecho penal y proceso penal; epistemología de la valoración de las pruebas; proceso penal y política criminal.

Enviado: junio 2014. Aceptado: diciembre 2014

* Doctor en Derecho Universidad de Barcelona. Master en Derecho penal Universidad de Barcelona/Universidad Pompeu Fabra. Master en Criminología y Sociología jurídico penal Universidad de Barcelona. Investigador post doctoral Departamento de Derecho penal, profesor asociado de Derecho penal, Universidad de Barcelona. e-mail: jsvera@ub.edu Quisiera expresar mi gratitud a los profesores Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo y Dr. Jordi Nieva Fenoll por sus importantes comentarios para este trabajo. También, a Consuelo Murillo Ávalos, por sus valiosos aportes en la traducción de términos del inglés al castellano, y a la Dra. Tania Reneaum Panszi por facilitarme el acceso a la literatura procesal en relación con la temática de la violencia de género.

Abstract: This essay relates to the possibility that many elements of Criminal procedure law may produce crime policy effects. Some are consequences of the relationship between Criminal law and Criminal procedure law. Others, of the internal structure of Criminal Trial.

Keywords: standard of proof; epistemological assessing evidence; relationship Criminal law and Criminal procedural law; criminal process law and crime policies.

Sumario: 1. Introducción. 2. Variables político-criminales derivada de la relación del Derecho procesal penal con el Derecho penal (exógenas al proceso penal). 2.1. Retroalimentación de normas penales y procesales. 2.1.1. Tres aspectos que fundamentan la retroalimentación entre normas penales y procesales. 2.1.2. Importancia político-criminal de la retroalimentación entre normas penales y procesales. 2.2. Funciones derivadas de la aplicabilidad del Derecho penal. 2.2.1. Control de aplicabilidad de la norma penal. 2.2.2. Función del conocimiento del alcance concreto de la prohibición penal. 2.3. Remedio frente a los efectos no queridos de la aplicación de la norma penal. 2.4. Función de mejoramiento de las deficiencias técnicas legislativas de la norma penal. 3. Variables político-criminales derivadas de la configuración interna del proceso penal (endógenas del proceso penal). 3.1. Método probatorio de averiguación empírica ex post facto. 3.2. La existencia de un estándar de prueba elevado en materia penal. 3.2.1. Distribución del error (efecto negativo). 3.2.2. Seguridad epistémica de la decisión de condena (efecto positivo). 4. Palabras finales

1. Introducción

Creo que es bastante tradicional —y mayoritariamente asumida— la opinión que estima que el proceso penal solo tiene un carácter instrumental respecto del Derecho penal. En efecto, aunque no se esté de acuerdo con que éste sea el aspecto esencial, lo cierto es que el proceso penal cumple una función de realización de la norma secundaria penal. Y, desde esta perspectiva, el proceso penal es un medio que utiliza la norma penal para llegar y “aterrizar” en la realidad del caso concreto. Por ejemplo, quien cometa un delito y decida cumplir la pena precisará de una sentencia judicial que así lo declare tanto para

que operen los efectos de la cosa juzgada como para entrar en prisión. Aun cuando alguien decidiera cumplir voluntariamente una pena privativa de libertad, igualmente precisaría de una decisión de condena de un tribunal competente, dictada en un proceso penal, que habilitara su entrada en el centro penitenciario. Así, es un equívoco pensar que el proceso penal sólo tiene un carácter “coercitivo-ejecutivo” para el cumplimiento de la pena. Se olvida que un enjuiciamiento penal, al emitir un mensaje institucionalizado sobre la *notitia criminis*, genera efectos *ad intra* y *ad extra* del sistema de justicia penal a los que haré mención en apartados posteriores.

El Derecho penal depende y necesita del proceso penal. La razón de ello es que el Derecho penal puede realizarse únicamente por medio del proceso penal¹. Sin proceso penal no hay pena. El Derecho penal carece de una realidad concreta fuera de su proceso correspondiente²; sería una mera figura decorativa³, porque solo por el proceso nace—en concreto— el derecho del Estado de castigar en el ámbito penal⁴. De ahí que se afirme que “la relación del Derecho procesal penal con el Derecho penal material es mucho más estrecha que con los demás derechos procesales”⁵. Ahora, esta observación en nada desconoce los efectos de la mera dictación de la norma penal, sobre los cuales no puedo entrar por rebasar los límites de este trabajo. Muchas veces ciertas normas penales son dictadas con el afán de emitir un mensaje inequívoco a la ciudadanía que una determinada conducta (que podría ya estar incluso sancionada penalmente) está penada especialmente, de forma expresa y directa. Y, en este sentido, la importancia del proceso penal sobre ciertas normas

1 BAUMANN, J., *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, 1986, p. 4.

2 ARMENTA DEU, Teresa, “Pena y proceso: fines comunes y fines específicos”, en *ADPCP*, II, 1995, p. 446.

3 MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*. 8ª edición. Valencia, 2010, p. 32.

4 GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, I. Barcelona, 1947, p. 28.

5 ROXIN, C., *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, 2000, p. 3.

penas simbólicas es claramente menor, por no decir nulo. Sin embargo, la presencia de este último tipo de normas sigue siendo excepcional respecto a las normas penales “tradicionales” con vocación de ser aplicadas. Por ello la importancia del proceso penal en esta tarea.

También se vincula Derecho penal y Derecho procesal penal estimándolos como parte de un sistema de control social, cuyo núcleo esencial es el delito como conducta desviada. En efecto, se ha llegado a sostener que norma, sanción y proceso son los conceptos fundamentales de todas las formas de control social⁶.

No obstante todo lo anterior, los lineamientos modernos del Derecho procesal penal le atribuyen, además, otras funciones. Hoy es posible estimar que se encuentra superada la mera conceptualización del Derecho procesal penal, en su aspecto esencial, como derecho penal adjetivo o instrumental. Actualmente se pone énfasis en que el proceso penal también cumple una función de garantía de los derechos fundamentales de los intervinientes, entre otros intereses⁷. Además, se acepta que contribuye a la reinserción del imputado, al resarcimiento—no solo civil— y tutela de la víctima del delito⁸, a la protección general de la libertad⁹, etc. Esta perspectiva multifuncional del enjuicia-

6 MUÑOZ CONDE /GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, ob.cit., p. 31.

7 FENIZIA, G., *Diritto e procedura penale criminologia e legislazione minorile*. Padova, 1977, p. 6; RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento criminal: novena lectura constitucional*. Barcelona, 2010, p. 44; DALIA, A./FERRAIOLI, M., *Lineamenti di diritto processuale penale*. Milano, 2003, p. 9; LOZZI, G., *Lezioni di Procedura penale*. 6ª edizione. Torino, 2004, p.3; ROXIN, *Derecho procesal...*,ob.cit p. 1; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal penal*. 5ª edición. Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires, 2010, pp. 28 ss.

8 Sobre las vicisitudes de la naturaleza de la responsabilidad penal *ex delicto*, vid., HORTAL IBARRA, J.C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo”, en *Indret*, (4) 2014.

9 GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal*. Barcelona, 2008, p. 39.

miento penal es una característica común en diversos sistemas jurídicos. No solo reconocible en los ordenamientos románico-continentales, sino también en aquellos derivados de otras tradiciones. Por ejemplo, en el sistema del *common law* se expresa a través de lo que se ha denominado concepción pluralista del proceso penal¹⁰.

Por todo lo anterior se afirma que la ausencia de esta función de protección de diversos tipos de derechos del proceso tornaría el Derecho penal en un “derecho de policía”¹¹.

El Derecho penal tiene por objeto la conducta extraprocésal de los particulares y su sanción. Las normas procesales regulan la actividad pública del proceso (del juez y de los demás participantes), indispensable para la averiguación de los hechos, para su calificación y represión¹².

Esta nueva forma de ver el proceso penal cuestiona si su importancia sigue siendo la misma,— como elemento del sistema de justicia penal—, que cuando se asumía de forma mayoritaria la mera funcionalidad instrumental respecto de la norma penal.

Por otro lado, estos “nuevos aires” del proceso penal llevan a cuestionarse si dichas funciones modernas afectan o no a la decisión de castigar una determinada conducta tipificada.

10 En este sentido, DRIPPS, D.A., “The substance-Procedure relationship in Criminal Law”, en DUFF/GREEN, *Philosophical foundations of Criminal Law*. Oxford, 2011, pp. 411ss: “Pluralism as I have defined it is not a theory as such, but a family of theories united by their opposition to rationalism. Some writers include some procedural requirements among the necessary conditions of justified punishment. Some defend truthdefeating procedural rights as checks against government oppression. Others insist on rights-as-trumps on the system’s search for truth. Yet another strand of scholarship argues that procedure’s mission is not truth-finding but dispute settlement, with the perceived legitimacy of outcomes holding ultimate priority over the historical facts”.

11 En este sentido, TONINI, P., *Manuale di procedura penale*. 5ª edizione. Milano, 2003, p. 4.

12 GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, ob.cit.,p. 26.

Es decir, si estas características contemporáneas del proceso penal— y con ello también las clásicas— afectan o no el ejercicio del *ius puniendi* y, por tanto, pueden tener una importancia en la Política criminal de los Estados. En efecto, a mi modo de ver, las tendencias modernas del proceso penal le confieren una mayor importancia político-criminal, ya sea resaltando sus variables políticas internas, ya sea otorgándole mayor importancia política a través de su contacto estrecho con el Derecho penal.

Sobre lo que se entiende por Política criminal parecen haber distintas visiones. Quizás, en general, puede identificarse con un cierto consecuencialismo, como orientación del sistema de Derecho penal a ciertos resultados empíricos de su aplicación¹³. Aunque el tema es mucho más complejo que lo que anotaré aquí, con Política criminal me refiero a la decisión que toman los órganos legitimados constitucionalmente respecto a la sanción o no (merecimiento de pena)¹⁴ de ciertas conductas por medio de la creación de delitos, como medio de configuración social¹⁵. Ello, teniendo en cuenta valoraciones sociales, económicas y culturales concretas que orientan la lucha contra la criminalidad¹⁶. En definitiva, con Política criminal me refiero a

13 En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J., “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límite”, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho penal*. Barcelona, 1997, p. 19.

14 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, ob.cit, p. 195: “Son varios, sin embargo, los factores que ayudan al legislador a tomar una decisión sobre el merecimiento de pena de una conducta. Unos son factores normativo o de Justicia; y otros factores empíricos o de utilidad. Juntos constituyen la Política Criminal...”.

15 Cfr. ROXIN, C., *Política Criminal y sistema de derecho penal*. Bs. Aires, 2000, pp. 49 ss.

16 MONTEIRO, Manuel, “La Política Criminal y la criminología en nuestros días”, en RODRIGUEZ RAMOS, L./ BUENO ARÚS, F. (dirs), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal*. Madrid, 2008, p. 1309 ss; en la versión clásica de LISZT como el “contenido sistemático de principios —garantizados por la investigación científica de las causas del delito y la eficacia de la pena—, según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito, por medio de la pena y de sus formas de ejecución”.

la utilización de la legislación penal —y eventualmente procesal penal— por parte del Estado como medio en la lucha contra el crimen¹⁷. Estas formas de control social se materializarán en la utilización de las leyes como forma de obtención (elaboración) y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal¹⁸.

Los aspectos político-criminales que presenta el proceso penal pueden ser amplios y variados, constituyendo un objeto sobre el cual cada vez se habla más.

Por ejemplo, es posible identificar ciertos elementos del proceso penal en la definición de ZIPF sobre Política criminal:“(…) es un sector objetivamente delimitado de la Política jurídica general: es la Política jurídica en el ámbito de la justicia criminal. En consecuencia, la Política criminal se refiere al siguiente ámbito: determinación del contenido y función de la justicia criminal, consecución de un determinado modelo de regulación de este campo y decisión sobre el mismo (decisión fundamental político-criminal), su configuración y realización práctica en virtud de la función, y su constante revisión en orden a la posibilidad

Cfr. LISZT, F.v. *Tratado de Derecho penal*. T. II. Madrid, 1917, p. 62. Por ejemplo, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA considera que hay una relación estrecha entre la Criminología, el Derecho penal y la Política Criminal, facilitando esta última la vinculación entre las dos primeras en cuanto al tarea de la Política Criminal sería la de “transformar la experiencia criminológica en opciones y estrategias concretas asumibles por el legislador y los poderes públicos”. Sobre esto último, cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, Valencia, 1992, p. 89.

- 17 MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edición. Montevideo/Bs. Aires, 2001, p. 199. Una exposición completa acerca de las diversas posiciones de la Política Criminal puede verse en, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política Criminal*. Madrid, 2001, pp. 21 ss; DÍEZ RIPOLLÉS, J., *La Política Criminal en la encrucijada*. Montevideo/Bs. Aires, 2007, pp. 61 ss; DELMAS-MARTY, M., *Modelos Actuales de Política Criminal*, Madrid, 1986, pp. 17 ss.
- 18 ZIPF, H. *Introducción a la Política Criminal*, 1979, p. 4. El paréntesis es mío. En el mismo sentido, EL MISMO, *Kriminalpolitik*. Heidelberg/Karlsruhe, 1980, p. 7: “*Kriminalpolitik läßt sich damit kurz definieren als Gewinnung und Realisierung der Ordnungsvorstellungen im Bereich der Strafrechtspflege*”.

de mejora (realización de la concepción Política criminal en particular).”¹⁹

Desde esta perspectiva, entonces, el proceso penal presenta ciertas variables que tienen efectos político-criminales. Con ello me refiero a determinadas circunstancias o reglas procesales penales que moderan la decisión legislativa de estimar como merecedoras de pena ciertas conductas, y su castigo. Pero ello, no en virtud de razones técnico-procesales, sino, meramente, por razones asumidas y determinadas por quienes se hallan legitimados de forma democrática para tomar decisiones en nombre de la colectividad²⁰.

Por ejemplo, que un determinado delito se tenga que acreditar “más allá de toda duda razonable” no tiene una fundamentación basada en elementos del derecho probatorio procesal. Aunque ya me referiré a ello, solo obedece a la consideración tradicional (valoración política) de que es preferible para la sociedad tolerar falsos inocentes que falsos condenados. Así, la norma que fija el estándar de prueba condiciona la operatividad de la prohibición penal solamente por meras razones políticas. Ello puede verse con mayor claridad si el estándar de prueba penal se compara con el estándar de prueba en materia civil (“prevalencia de la evidencia”). La motivación que da origen a la decisión probatoria política anotada se traduce, finalmente, en un deber del Estado de administrar la pena con un mayor “sigilo probatorio” que cuando se trata de la justicia civil. Ello, por la mayor afectación de los derechos fundamentales ínsita en la aplicación de una consecuencia jurídico-penal en relación con cualquiera otra civil. Por ello resulta razonable que el estándar probatorio penal sea más exigente.

Desde esta perspectiva, entonces, es posible identificar elementos de naturaleza exógena y endógena al enjuiciamiento criminal que confieren al proceso penal ciertas atribuciones político-criminales.

19 ZIPF, *Introducción...*, ob.cit., pp. 3 y 4.

20 Si no se considerara la perspectiva política al interior del proceso penal no tendría sentido el análisis de este trabajo, pues todo el proceso penal, en definitiva, es un impedimento para la sanción de las conductas tipificadas.

En la primera parte de este trabajo me referiré a los elementos de naturaleza exógena que permiten que el proceso penal tenga repercusiones en la política-criminal. Especialmente, trataré aquellos efectos que se generan a partir de la relación entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal.

En la segunda parte de este trabajo desarrollaré los elementos internos o endógenos del proceso que le confieren atribuciones en la política del control social formalizado.

2. Variables de Política criminal derivada de la relación del Derecho procesal penal con el Derecho penal (exógenas al proceso penal)

En esta parte del trabajo intentaré mostrar cómo algunos aspectos del proceso penal derivados de su relación con la norma penal pueden producir algunos efectos político-criminales. Me referiré a algunas situaciones que he ido identificando (solo cuatro), pero que bajo ningún punto pueden ser estimadas como las únicas manifestaciones de este fenómeno.

2.1. Retroalimentación de normas penales y procesales

Producto del influjo metodológico que ha tenido la separación entre Derecho penal y Derecho procesal penal, se suele pensar que cualquier caso que llega a la justicia penal tiene un aspecto penal y otro procesal completamente diferenciado y claramente distinguible. Por el contrario, son dos perspectivas que se articulan indistintamente. A tal punto que se habla de determinación retroreflexiva de la decisión sobre la *notitia criminis* entre las partes y el juez²¹.

21 Cfr. CHRISTENSEN, R. /KUDLICH, H., “Zum Relevanzhorizont strafrechtlicher Entscheidungsbegründung”, en *GA*, 2002, pp. 350 ss. También, LOS MISMOS, *Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis*. Berlin, 2008, p. 212 ss.

El proceso penal, desde el punto de vista conceptual, sería un espacio de apertura cognitiva y cierre operacional de sistema. Por la diversidad de aspectos que tienen importancia en el juicio penal, el Derecho procesal penal no puede considerarse un sistema jurídico interno cerrado²². De esta forma, el sistema de justicia penal sería un subsistema de organización social que interacciona con otros²³. Y, a su vez, el Derecho procesal penal sería un elemento de este subsistema con reglas propias, pero que produce efectos por y en el elemento “Derecho penal”. De la misma forma, el Derecho procesal penal contribuiría a generar efectos sociales fuera de las finalidades atribuidas a la justicia penal.

Así, la aplicabilidad de los tipos penales no solo dependerá de las exigencias de la teoría del delito, sino también de las condicionantes presentes en el proceso penal²⁴. De la misma forma, el efecto de prevención de la norma penal se complementa con las exigencias del proceso penal, pues, si estas últimas no se cumplen, se pone en riesgo la amenaza de la imposición del castigo²⁵.

22 HASSEMER, W. *Critica al derecho penal de hoy*. Bogotá, 1998, p. 69.

23 Sobre la visión del Derecho como subsistema, cfr. FRIEDMAN, L., *The legal system*. New York, 1977, p. 10 ss.

24 En este sentido, ROXIN, *Derecho procesal...*, ob. cit p. 3, afirma que no se puede obtener una sentencia a cualquier precio. “Una tarea esencial del Derecho procesal penal consiste en ponderar, en las resoluciones incorrectas desde el punto de vista formal o del contenido, los tres criterios descriptos y en establecer pautas jurídica para determinar, en el caso individual, a cuál de ellos le corresponde la prioridad”.

25 En este sentido, LEONE, M. *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*. Napoli, 1974, p. 299, sostiene que “non è tanto la previsione della pena per taluni fatti che mira a dissuadere dal delitto quanto l’effettiva messa in moto del meccanismo processuale nel caso di sopposta violazione della norma penale; la pronuncia della condanna si pone quindi come la più efficace attuazione della funzione di prevenzione generale.”

2.1.1. Tres aspectos que fundamentan la retroalimentación entre normas penales y procesales

En primer término, creo que es posible estrechar los vínculos entre normas penales y procesales constatando que entre Derecho penal y Derecho procesal penal pueden existir finalidades compartidas, por un lado, y funciones colaborativas, por otro.

Respecto a lo primero, no por nada las teorías eclécticas de las funciones de la pena otorgan al proceso penal un lugar determinado, como escenario donde tiene una particular cabida la prevención especial. Es más, el artículo 25.2 de la CE no solo debe ser entendido como un mandato para el Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, sino para todo el sistema de justicia penal, del cual también es parte el proceso penal. A mayor abundamiento, me atrevería a afirmar que una parte importante de la “orientación de la pena hacia la reeducación y reinserción social” ocurre en el proceso penal, con posterioridad a la comisión del delito. Ello, en cuanto el proceso penal traslada el mensaje coercitivo de la norma secundaria a un determinado sujeto. ¿Cómo sería posible orientar la pena a la reeducación o reinserción social si no se sabe quién es la persona condenada por infringir la norma primaria? Sirva de ejemplo este punto para graficar las finalidades compartidas.

Respecto a la funciones colaborativas, por ejemplo, el proceso penal no solo hace visible a la persona del imputado cumpliendo su propio límite constitucional del artículo 25.2 de la CE, sino también colabora con el Derecho penal para que el mismo cumpla con el citado mandato constitucional de reinserción y reeducación del condenado. Por otro lado, aunque ya me referiré *in extenso* a esto, tanto las funciones de prevención general positiva como negativa de la pena se ven reforzadas —y dependen en parte— del funcionamiento eficaz del proceso penal y de la confianza que los ciudadanos depositen en éste como medio de aplicación de la sanción penal ante el incumplimiento de la prohibición.

En la forma de estructuración del proceso penal confluyen aspectos de Derecho penal material, del Derecho procesal clásico²⁶ y del Derecho constitucional, en cuanto marco del ejercicio del *ius puniendi*²⁷, etc. No creo posible (ni tampoco útil) delimitar con precisión el ámbito de actuación de cada una de las áreas. En abstracto es posible que exista una cierta prevalencia del Derecho penal respecto del Derecho procesal penal, en cuanto no es indiferente para el proceso si la norma material que se ventila pertenece al Derecho civil o al Derecho penal²⁸. Sin embargo, en el desarrollo mismo del proceso, en concreto, esa prevalencia puede perderse, incluso revertirse, como en el caso de la prueba ilícita, por ejemplo. La relación entre Derecho penal y Derecho procesal penal es ondulante, inestable, dinámica²⁹, influida por el pasado, el presente y el futuro. Solo es posible, en este sentido, trazar algunas tendencias³⁰, pero en ningún caso criterios descriptivos generales irrestrictos.

Por otro lado, estos subsistemas no son cerrados. Ellos reciben continuamente una influencia recíproca, con la particu-

26 En este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, ob.cit., T. I, Introducción, p. XVII., considera que entre proceso penal y proceso civil hay una vasta zona común. ARMENTA DEU, “Pena y proceso...”, ob.cit., p 450, considera “en cuanto el fenómeno procesal constituye un suceso histórico y dinámico (una situación jurídica) que corresponde no sólo a las relaciones entre partes, sino las de estas con el Estado, y en donde entran en juego principios constitucionales y procesales que directamente nada tienen que ver con el derecho penal material”.

27 HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la Criminología*. Valencia, 2001, p. 124, considera que la forma de estructuración del proceso penal solo tiene importancia el derecho constitucional, no así el Derecho penal.

28 En este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, ob. cit., T.I, introducción, p. XVIII.

29 LEONE, *Manuale...*, ob.cit., p. 31., considera que el carácter instrumental del Derecho procesal penal lleva insito un aspecto dinámico indicativo de una “instrumentalidad en acto”.

30 En contra, DÍAZ CANTÓN, F. “Vicisitudes de la cuestión de la autonomía o dependencia entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal”, en *RGD-PR* N° 7, 2005, p. 27, quien habiendo previamente examinado las vicisitudes del sistema integral de derecho penal se decanta por la preponderancia de la realización del orden jurídico penal.

laridad de presentar un ámbito tendencialmente propio, que no debería ser excluyente de los efectos producidos por uno en el otro. Esto ha sido impedido por las circunstancias históricas propias de la evolución de la doctrina procesal. Ello, en cuanto el nacimiento de la “ciencia” procesal está estrechamente vinculado a la diferenciación del derecho adjetivo respecto del derecho material³¹. Sin embargo, afirmar que los tiempos están cambiando y que cada vez más hay un acercamiento del Derecho a otras áreas del conocimiento. De igual forma esta tendencia puede verificarse entre las diversas áreas del ordenamiento jurídico.

Me parece innecesario insistir en la retroalimentación que, en la práctica, evidencian Derecho penal y Derecho procesal penal. Creo que para nadie es un novedad constatar que muchas veces son las variables jurídico-procesales las determinantes en la condena o absolución de ciertos imputado, al margen del delito que hayan cometido. Sobre todo en aquellos casos de connotación pública o cuyos acusados posean un cargo político o funcionario relevante.

Por ello se dice que Derecho penal y Derecho procesal penal deben exhibir la misma actitud fundamental³² o sintonía paralela³³.

La doctrina italiana, por ejemplo, trata tres situaciones que evidencian una relación estrecha entre Derecho penal y procesal penal. Por un lado, se señala que la ausencia de un proceso penal garantista torna al Código Penal en un “derecho de policía”³⁴, como ya anotaba. Por otro, se indica que el carácter público del Derecho procesal penal viene determinado, entre otras cosas, por el reflejo del carácter público del Derecho penal sustancial³⁵. Por último, se estima que el fin “represivo” del

31 ALCALÁ-ZAMORA, N. “Evolución de la doctrina procesal”, en *Estudios de teoría general e historia del proceso*. México, 1974, p. 309.

32 BAUMANN, *Derecho procesal...*, ob. cit., p. 25.

33 PETERS, K., *Strafprozeß*. 4. Auflage. Heidelberg 1985, p. 11.

34 En este sentido, TONINI, P., *Manuale di procedura penale*. 5ª edizione. Milano, 2003, p. 4.

35 LEONE, *Manuale...*, ob.cit., p. 31.

Derecho penal y el “garantista” del proceso penal son aspectos de mutua incumbencia³⁶, pues se encuentran relacionados estrechamente a través del principio de legalidad³⁷. Por todo lo anterior se afirma que la finalidad de garantizar una libertad real del individuo es un tema que compete al proceso penal como al Derecho penal³⁸.

De esta manera se muestra inútil o superficial³⁹ cualquier distinción irrestricta para estos efectos⁴⁰. Se confirma así la famosa frase de Karl PETERS sobre los efectos recíprocos entre el Derecho sustantivo y el Derecho procesal penal⁴¹, y la impor-

36 PULITANÒ, D., “Sui rapporti fra Diritto penale sostanziale e processo”, en *RIDPP* (43), 2005, p. 956; ARMENTA DEU, “Pena y proceso...”, ob.cit., pp. 460 ss., considera que no hay un vinculación estricta entre fin de la pena y modelo procesal adoptado, sino entre fin de la pena, a través del principio de oportunidad, y su efectos en determinadas garantías procesales.

37 PULITANÒ, “Sui rapporti...”, ob.cit., p. 956.

38 BOTTKE, W., “La actual discusión sobre las finalidades de la pena”, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho penal*. Barcelona, 1997, p. 50.

39 HASSEMER, W. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona, 1984, p. 145. En este sentido, MONTERO AROCA, J. *Principios del proceso penal*. Valencia, 1997, p.111, entiende que la falta de claridad respecto del objeto del derecho procesal penal se manifiesta en posiciones doctrinales contradictorias. En este último sentido, HELLMANN, U. *Strafprozessrecht*. 2 Auflage. Berlin/Heidelberg, 2006, p. 1, afirma que el objeto del derecho procesal penal no es claro; ROXIN, *Derecho procesal...*, ob.cit., p. 4, plantea que el fin del proceso penal tiene una naturaleza compleja. Por su parte, SIRACUSANO, D./DALIA, A./GALATI, A./TRANCHINA, G./ZAPPALÀ, E. *Manuale di diritto Processuale Penale*. Volumen I. Milano 1990, pp. 17 ss., considera que para comprender la autonomía de la actividad procedimental jurisdiccional penal es necesario olvidar la distinción entre norma de organización (estática) y de conducta (dinámica), para considerar que la convergencia de de las denominadas normas de organización con otras normas procesales pueden producir un efecto jurídico preciso.

40 En este sentido, *vid.*, GARAFOLI, V., *Istituzioni di diritto processuale penale*. 2ª edizione. Milano, 2006, p. 2, integra ambos aspectos cuando se refiere al proceso penal: “Cualquiera sea la visión, el proceso penal es un procedimiento formal y materialmente jurisdiccional, predispuerto con el fin de probar los ilícitos y de aplicar la sanción en la ley penal”.

41 FRISCH, W. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Barcelona, 2004, p. 531; PULITANÒ, “Sui rapporti...”, ob.cit., pp. 970 s; PETERS, K.

tancia que muestra el primero respecto a la fuerza del Derecho procesal penal⁴², determinando la naturaleza del delito como acto humano productor de efectos jurídicos⁴³. En último término, todas las normas procesales o penales aplicables a un determinado caso son una *conditio sine qua non* de la imposición de la pena⁴⁴. Por su parte, si bien el castigo está determinado por la norma penal, la sanción también es un efecto del proceso⁴⁵. Todo lo anterior, de alguna forma, permite visualizar con mayor

Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses. Tübingen, 1963, p. 11; EL MISMO, *Strafprozess...*, ob.cit., p. 10.

42 En este sentido, PETERS, *Die strafrechtsgestaltende...*, ob.cit., p. 10, considera que “*das materielle Strafrecht hat als solches keine unmittelbare Wirkkraft. Es kommt erst in der Rechtspflege zur Geltung*”. También, (*ibid*, p. 11), señala que “*das Strafrecht wird im Strafprozeß in doppelter Weise in die Wirklichkeit umgesetzt. Einmal gilt der Satz: «Ohne Prozeß keine Anwendung des Strafrechts», sodann: «Im Strafprozeß findet das Strafrechts erst seine nähere rechtliche Ausgestaltung»*”. Igualmente, EL MISMO, *Strafprozess...*, ob.cit., p. 11, considera que el Derecho procesal penal tiene una fuerza configurada por el Derecho penal material. En el original: “*Das Strafprozeßrecht hat eine das materielle Strafrecht gestaltende Kraft*”.

43 GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, ob.cit., T. I, pp. 28 y 34.

44 RAGUÉS I VALLÈS, R., “Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: Hacia una visión integradora en la reforma del proceso penal peruano”, en *Anuario de Derecho penal*, 2004, p. 138; CARNELUTTI, F. *Teoría general del delito*. Madrid, 2007, p. 59, sostiene que lo mismo que el delito, la pena y la punición son, por tanto, los tres momentos lógicos de la actividad jurídica penal; así, la teoría del delito, la de la pena y la del proceso son las tres partes fundamentales del estudio del Derecho penal; CARNELUTTI, F., *Lezioni di Diritto penale*. Milano, 1943, p. 12, sostiene: “*non il reato è un presupposto del processo ma il processo è una condizione del reato... insomma tutto il diritto penale è diritto processuale*”; BAUMANN, *Derecho proesal...*, ob.cit., p. 49, considera que, en cuanto al resultado, surte efecto de eximente de pena los presupuestos procesales que no pertenecen al derecho penal; HASSEMER, *Fundamentos...*, ob.cit., p. 150, considera que “el Derecho material, y su formulación de criterios de selección, y el Derecho formal, con la formulación del escenario, dependen uno del otro, y sólo las prestaciones respectivas de ambos hacen posible el proceso penal y la producción del caso”; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, ob.cit., T. I, p. 34; DÍAZ CANTÓN, *Vicisitudes...*, ob.cit., p. 2.

45 GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, ob.cit., T.I, p. 27.

claridad tanto los fines compartidos como las funciones colaborativas entre Derecho penal y Derecho procesal penal, a las que hacía mención.

Finalmente, a mi modo de ver habría dos elementos más que permitirían reconocer la importancia de la norma procesal y los efectos político-criminales de la norma penal: la permeabilidad de la distinción entre hecho y derecho, y la constatación de que el razonamiento judicial posee un carácter bidireccional.

Sobre lo primero, creo que es una tendencia que se va confirmando la aceptación de la ausencia de una división tajante entre aspectos de hecho y de derecho⁴⁶. HART —y todos quienes siguieron una corriente más analítica— pudieron constatar que el lenguaje jurídico es inestable y, muchas veces, difuso⁴⁷. Ello contribuye más aún a la imposibilidad de aplicar esta distinción entre aspectos fácticos y jurídicos. Tanto es así que hay quienes consideran que todas las problemáticas derivadas de la aplicación del derecho son cuestiones de “derecho”; incluso, las probatorias⁴⁸. Dando por cierta esta ausencia de limitación estricta entre estas perspectivas, las fundamentaciones que la apoyan pueden ser aplicadas, —*mutatis mutandi*— a la distinción procesal entre aspectos de forma y aspectos de fondo, como clásicamente se ha entendido la distinción entre norma sustancial (en este caso penal) y norma procesal (proceso penal). De la misma

46 HART, HERBERT L.A., *El concepto de Derecho*, ABELEDO-PERROT, Bs. Aires 1961, p. 15 ss. afirma: “...Todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas”.

47 *Vid.*, NIEVA FENOLL, J., *El hecho y el derecho en la casación penal*. Barcelona, 2000, p. 141. En el mismo sentido, GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho*. 2ª edición. Barcelona, 2004, p. 37.

48 En este sentido, SANCHEZ-VERA, GÓMEZ-TRELLES, J., *Variaciones sobre la presunción de inocencia*. Madrid, 2012, p. 216, sobre el principio *in dubio pro reo*: “han de recaer dudas, por tanto, sobre la concreción de la llamada por los antiguos prácticos «*imputatio facti*» frente a la «*imputatio iuris*», aún cuando toda esta distinción terminológica no sea desde luego muy exacta, pues el proceso de valoración probatoria es un verdadero proceso normativo jurisdiccional del primer y esencial orden, igual que lo es el proceso de su función conforme a la teoría jurídica del delito.”

forma, en el contexto de la denominada “crisis de la ley” como fuente del Derecho, en materia penal es posible encontrar opiniones que consideren permeable la distinción entre creación y aplicación de la ley. Ello se traduciría en un deber del juez penal de complementar las razones propias de la aplicación de la ley con las de la creación de la ley, cuando la decisión judicial se encuentre en “zonas grises” entre ambas perspectivas⁴⁹.

Por otro lado, las teorías eclécticas de la pena —que parte de la doctrina estima como adecuadas⁵⁰— no podrían mostrar su potencial descriptivo si se obviara lo que sucede al respecto en el proceso penal. En efecto, la “teoría dialéctica de la unión” de ROXIN perdería parte de su esencia, pues en el proceso penal sucede mucho que atañe a los fines de la pena⁵¹.

Respecto al razonamiento judicial, desde hace mucho tiempo que hay juristas relevantes que sostienen que los jueces primero deciden y después argumentan, como FRANK⁵². En efecto, suena un poco iluso pensar que los jueces no tienen en cuenta las normas de insuficiencia probatoria, por ejemplo, sino hasta que se produce la fase de deliberación post prueba. Algunos estudios más actuales sugieren que los jueces no emplearían un razonamiento silogístico unidireccional, únicamente, sino un “razonamiento coherencial”. Su autor, Dan SIMON, plantea que el proceso de toma de decisión de los jueces es, al menos,

49 Cfr. DIÉZ RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid, 2003, p. 78.

50 MIR, S., *Derecho penal. Parte general*. 9ª. Ed. Barcelona, 2011., pp. 93 ss.

51 Cfr. ROXIN, C., “Sentido y límite de la pena estatal”, en EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho penal*. Madrid, 1976, pp. 20 ss.

52 FRANK, J., *Law and the modern mind*. New York, 1963, p. 108: “*The process of judging, so the psychologist tell us, seldom begins with a premise from which a conclusion is subsequently worked out. Judging begins rather the other way around —with a conclusion more or less vaguely formed; a man ordinarily starts with such a conclusion and afterwards tries to find premises which will substantiate it. If he cannot, to his satisfaction, find proper arguments to link up his conclusion with premises which he finds acceptable, he will, unless he is arbitrary or mad, reject the conclusion and seek another*” Cfr. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, ob.cit., p. 39.

bidireccional. A partir del razonamiento lógico se nos presenta que una conclusión tiene que ser apoyada en premisas que las sustenten. Es decir, a partir de los antecedentes que se tengan se debe extraer una conclusión o resolución. Este modelo unidireccional es el que subyace también en la estructura probatoria del proceso penal. Ello, en cuanto la decisión de condena debe ser fundamentada en las probanzas del juicio que se llevan a cabo temporalmente de forma anterior a la fase de deliberación. SIMON considera que la decisión judicial es un proceso mental bidireccional en el sentido anterior (desde las premisas a la conclusión) del razonamiento, y también en el inverso (desde la conclusión hacia las premisas)⁵³, a fin de producir un “ajuste” entre antecedentes y conclusión como forma de generar una decisión correcta. Si asumimos que en la determinación de los antecedentes de la decisión judicial tienen mayor importancia las normas procesales, a diferencia de la decisión de “fondo” donde serían más relevantes las normas penales, entonces, necesariamente un razonamiento coherencial de carácter bidireccional —como el anotado— vincularía estrechamente Derecho penal y Derecho procesal. Así, esta estructura del razonamiento judicial mostraría de forma empírica cómo en la decisión del juez se articulan indistintamente diversos aspectos, que se influyen mutuamente. Y ello también sería aplicable a la relación existente entre normas penales y procesales. Así, Derecho penal y Derecho procesal penal son solo dos elementos de muchos otros que el juez emplea y hace interaccionar para arribar a la decisión penal.

Por último, la labor exegética de la interpretación de las palabras de la ley también puede ser cuestionada a partir de los avances de la teoría del lenguaje. Ello, en cuanto se señala que la significación de las palabras puede llegar a ser variable. De forma tal que, por ejemplo, en el proceso penal, la decisión de-

53 SIMON, D., “A third view of the black box: Cognitive Coherence in legal decision making”, en *U.Chic.L.Rev*, N° 71, 2004, p. 522. En este sentido, también, FRANK, *Law...*, ob.cit., pp. 108 ss.

pendará no sólo de lo que el juez pueda desprender de la ley, sino también de lo que las partes aleguen⁵⁴. Con razón se afirma, entonces, que un diccionario sólo capta acepciones de un vocablo en un momento y espacio dado, pero no por ello dichas significaciones se vuelven inmutables o invariables⁵⁵. Desde esta perspectiva, de todas las acepciones posibles el juez elegirá aquellas que puedan ostentar una mayor validez, a través del trabajo argumentativo de las partes que tiene una naturaleza retroreflexiva⁵⁶. Es decir, se genera una retroalimentación entre motivos y requisitos de la decisión jurídica, de ida y vuelta, de forma bastante similar al razonamiento coherencial del SIMON, antes expuesto.

Con todo esto quiero mostrar que normas penales y procesales se articulan de forma indiferente en el proceso de toma de decisión. Y cuando esto último sucede, las normas procedimentales también pueden ser impregnadas con ciertas motivaciones políticas de las normas penales, contribuyendo a la concretización de sus fines. Desde esta perspectiva, el proceso penal sería un elemento a considerar si se estudia cómo una decisión político-criminal contenida en una norma penal produce sus efectos en un caso en concreto.

2.1.2. Importancia político-criminal de la retroalimentación entre normas penales y procesales

Todo lo anotado precedentemente es de importancia para este trabajo. En efecto, si hay una retroalimentación entre normas penales y procesales, entonces, estas últimas también podrán producir efectos político-criminales, por un lado, y hacerse partícipe de la finalidad política que dio origen a la norma penal, por otro.

54 Cfr. CHRISTENSEN /KUDLICH, *Zum Relevanzhorizont...* ob.cit., pp. 350 ss. También, LOS MISMOS, *Gesetzesbindung...*, ob.cit., p. 212 ss.

55 CHRISTENSEN /KUDLICH, *Zum Relevanzhorizont...*, ob.cit., p. 344.

56 *Ibid*, p. 350.

A este respecto RAGUES I VALLES señala que: “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*”⁵⁷.

Por otro lado, para determinados fines es irrelevante la distinción entre norma penal y procesal. Por ejemplo, en materia de garantías, interesa la vigencia de todas y cada una de ellas. La ineficacia de una norma de protección pondrá en tela de juicio la legitimidad del sistema de enjuiciamiento penal en su conjunto (o mostrará su debilidad), siendo irrelevante su pertenencia al Derecho procesal o penal⁵⁸. De ahí que se afirmara que la aplicación de la más justa ley penal se vuelve injusta cuando el proceso no es respetuoso con las garantías y derechos del ciudadano⁵⁹.

Un ejemplo de motivación político-criminal de la norma penal con efecto en el proceso penal es la vigencia del principio de legalidad procesal penal en el ordenamiento jurídico español. En efecto, muchas veces se presentan situaciones donde existe una “necesidad de justicia material” —que, a su vez, refleja una motivación punitiva en variados casos—, donde no existe norma procesal alguna que regule los supuestos.

57 RAGUÉS I VALLÈS, “Derecho penal sustantivo...”, *ob.cit.*, p. 152.

58 En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de derecho penal: parte general*. 2º edición. Madrid, 2006, p. 77.

59 QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho penal*. 4ª edición. Navarra, 2010, p. 42., afirman que “no es casual que, en los episodios de terror y ofensa a esos derechos que ha conocido la Historia, el ataque no ha sido tanto a los principios conceptuales del Derecho penal como a las garantías procedimentales y la ecuanimidad de los procesos”.

A este respecto, entonces: ¿cómo podríamos dejar sin sanción a los imputados de delitos bagatelarios para evitarles los efectos perjudiciales de verse “sometido a proceso”? Actualmente, en España, no existe norma procesal que permita excluir del procedimiento aquellos hechos típicos, que por su mínima afectación al bien jurídico protegido no resultan de un mayor interés social, ni su afectación manifiesta un interés público prevalente en la persecución penal. De hecho, ante la ausencia de este tipo de normas procesales la dogmática penal ha intentado conseguir el mismo efecto a través de restricciones teleológicas de los tipos, u otro tipo de teorías como las “restricciones ético sociales de la legítima defensa”⁶⁰, por ejemplo.

Por otro lado, ¿cómo hacemos para castigar a un individuo que, según la experiencia del juez es culpable, pero que no puede ser condenado porque la única prueba de cargo es el testimonio de la víctima insuficiente o una diligencia de investigación en la instrucción? O, en otro caso sobre el cual anotaré aspectos más adelante: ¿cómo podemos hacer para obligar a la víctima de violencia de género a declarar, no obstante el tenor literal del artículo 416 LECrim que la dispensa de hacerlo si no lo desea?

La actual situación de la vigencia del principio de legalidad procesal penal en España puede ser demostrativo de la relación entre proceso penal y Política criminal. En efecto, hay que anotar que la LECrim data de fines del siglo XIX y que se han ido supliendo sus falencias, ya sea legalmente, ya sea por la jurisprudencia, a medida que se ha necesitado. Así, valga como ejemplo el caso de la libre valoración de la prueba ligada a la presunción de inocencia y la teoría de la mínima actividad probatoria de cargo. Es decir, se ha regulado —por los tribunales— cómo debe entenderse el estándar de prueba penal, cuando ello debería corresponderse con una decisión política. También, en el mismo sentido, el desarrollo del testimonio de la víctima como única prueba de cargo. De igual forma la aplicación de las normas de la instrucción que regulan ciertas diligencias, y que son aplicadas de forma analógica a la rendición de prueba en el juicio ordinario por ausencia de normativa

60 ROXIN, C., “Las «restricciones ético sociales» al derecho de legítima defensa”, en *CPC*, 17, 1982, pp. 297 ss.

al respecto. Y se podría seguir con los ejemplos. Sin embargo, no son conocidas de mi parte las voces que han puesto de manifiesto esta infracción flagrante a la legalidad. Y la razón es sencilla: si reconociéramos el principio de legalidad procesal o garantía jurisdiccional procesal⁶¹ de forma estricta (artículo 3.1 CP; artículo 1 LECrim) prácticamente nos quedaríamos sin la posibilidad de administrar justicia en materia penal en muchas situaciones. Ello refleja una necesidad criminógena vinculada a la sanción de ciertos casos. Es decir, razones que consideran los efectos Político-criminales de la aplicación del principio de legalidad nos hacen mostrarnos permeables a tolerar la situación actual que se presenta en el proceso penal. Ello, con la finalidad de juzgar ciertos casos que, de lo contrario, deberían quedar en la más completa impunidad o anomia.

En fin, aunque puedan ser cuestionables los ejemplos, me he servido de ellos para graficar cómo ciertas variables político-criminales pueden tener importancia en la aplicación de normas procesales, producto de su contacto con el Derecho penal.

Una mirada unilateral del proceso penal no basta si se le quiere considerar un instrumento de justicia en el Estado de Derecho⁶². La complejidad del proceso penal por la incesante búsqueda del equilibrio entre los intereses que en él interactúan⁶³ constituye el atractivo y dificultad de esta rama jurídica⁶⁴. Esta relación ha sido graficada señalando que el proceso penal no es un mero servidor del Derecho penal, sino un “sirviente-caballero” que también sirve al derecho de defensa o al derecho de libertad⁶⁵. A mi juicio, siguiendo con esta analogía del medioevo, el Derecho procesal penal, en muy determinados casos, también

61 MONTERO AROCA, J. *Derecho jurisdiccional*, T. III, 20ª edición. Valencia 2012, p. 13.

62 HELLMANN, *Strafprozessrecht...*, ob.cit., p. 7.

63 Cfr. BAUMANN, *Derecho procesal...*, ob. cit. , p. 16, quién considera que “en cada grado del procedimiento los derechos y deberes de los sujetos procesales deben hallarse dentro de una relación equilibrada”.

64 ROXIN, *Derecho procesal...*, ob.cit., , p. 4.

65 PULITANÒ, “Sui rapporti...”, ob.cit., p. 968. En el original: “È, il processo penale, un servo gentiluomo di più padroni: non solo del diritto penale, ma anche dei diritti di difesa che costituiscono un quid proprium della dimensione

puede llegar a ser “señor” del Derecho penal, en cuanto es su principal conexión con la realidad social.

La tarea para la doctrina pasa por superar las rígidas fronteras entre ambas disciplinas⁶⁶, mostrando una actitud de apertura, que no necesariamente significa el desconocimiento del Derecho procesal penal como disciplina científica autónoma⁶⁷ o la renuncia a su diferenciación del derecho material. Esto último debería llevar a evaluar si es acertado el método de enseñanza utilizado en las universidades. Por su parte, también a ponderar si es conveniente que la doctrina procesal penal siga manteniendo, de manera casi indubitada, el punto de referencia del proceso civil, a fin de dar más importancia en sus estudios a la norma penal que se intenta aplicar⁶⁸.

2.2. Funciones derivadas de la aplicabilidad del Derecho penal

No es algo novedoso afirmar que normas penales y procesales tienen una vinculación estrecha, como veíamos. Ya ROXIN afirma que es insensato que el Derecho penal preste atención a la prevención del autor y a la prevención especial si el derecho procesal no las tiene en cuenta⁶⁹. Ahora, por otro lado, también

processuale, e di diritti di libertà radicati a livello costituzionale, che all'ottica penalistica pongono limiti invalicabili”.

66 En este sentido, RAGUÉS I VALLÈS, “Derecho penal sustantivo...”, ob.cit., p. 162, considera que, para superar la deficiencia, un solo camino parece el correcto: “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”. En el mismo sentido, PULITANÒ, “Sui rapporti...”, ob.cit., pp. 952 ss., considera que “*Diritto penale sostanziale e processo penale fanno parte di un'istituzione unitaria, nella quale il volto garantista e il volto repressivo sono comprensenti, entrambi agganciati al principio di legalità, e vanno alla ricerca di ragionevoli equilibri*”.

67 En este sentido, PULITANÒ, “Sui rapporti...”, ob.cit., pp. 960 ss.

68 RAGUÉS I VALLÈS, “Derecho penal sustantivo...”, ob.cit., p. 163.

69 ROXIN, *Derecho procesal...*, ob.cit., p. 3 ss; BAUMANN, *Derecho procesal...*, ob.cit., p. 25.

puede cuestionarse si una norma penal que no puede ser aplicada por medio del proceso penal debido a defectos técnicos es una “buena” norma penal.

Desde esta perspectiva, entonces, bajo el prisma de la Política criminal, las regulaciones de ambos derechos están en una relación necesariamente complementaria⁷⁰.

Cuando señalo que el Derecho procesal penal tiene una función de control de aplicabilidad de la norma penal y la característica de ser un vehículo epistémico que grafica el alcance concreto de la prohibición quiero significar dos cuestiones: primero, si la norma penal es inaplicable, —o alguna teoría dogmática que la desarrolle—, entonces, producirá problemas importantes en el ámbito de la justificación de la decisión, sobre todo en materia probatoria. Segundo, la aplicabilidad de la norma penal por medio del proceso penal permite conocer el real alcance —concreto— de la prohibición penal. Por graficarlo de algún modo, permite conocer el límite inferior de la prohibición penal.

2.2.1. Control de aplicabilidad de la norma penal

El Derecho penal sólo puede ser un instrumento efectivo si cuando se define su contenido se considera cómo éste va a poder ser llevado a la práctica en el proceso penal: “de lo contrario todo queda en una elaboración de conceptos tal vez bella, pero estéril”⁷¹. Por otro lado, una insuficiencia de la aplicabilidad de los conceptos de la tipología penal produce un déficit en la materia de prohibición, porque cuanto mayor sea la dificultad para definir un componente del tipo, mayor será la imprecisión en los contornos de lo típico, que constituyen, — en última instancia—, los límites de lo punible⁷².

Es posible afirmar que la inaplicabilidad, en general, no solo produce efectos en el proceso penal, sino que también fo-

70 ROXIN, *Derecho procesal...*, ob.cit., p. 3.

71 RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona, 1999, p.198.

72 SÁNCHEZ LÁZARO, *Política Criminal...*, ob. cit., p. 21.

menta el uso del lenguaje prescriptivo por parte de la misma dogmática penal. Ello, al menos, pone en duda si el trabajo de la doctrina —y su posterior aplicación por los tribunales— transgrede su finalidad de análisis del “dogma”, por un lado, e indirectamente se atribuye funciones legislativas⁷³, por otro. En otro sentido, la inaplicabilidad puede fomentar la irracionalidad de la ley, en cuanto frente a este tipo de conceptos indeterminados se le entrega gran protagonismo al juez, de forma que la decisión queda condicionada al casuismo judicial⁷⁴.

Desde esta perspectiva, hay casos en los que la norma penal no podrá aplicarse porque posee defectos en conceptos esenciales de la prohibición, en cuyo caso la inaplicabilidad, para estos efectos será total o absoluta. Por otro lado, muchas veces los tipos penales tendrán defectos de inaplicabilidad que no afecten a la esencia de la prohibición, sino más bien a la determinación de alguno de los elementos accidentales, que moderen los alcances de la prohibición⁷⁵. En este último caso estaremos frente a supuestos de inaplicabilidad parcial.

Muchas veces la inaplicabilidad parcial puede llegar a ser más peligrosa que la inaplicabilidad total o absoluta. Ello, en cuanto no se puede determinar con certeza en qué casos se va a aplicar, y en cuales no. Esto último puede favorecer la utilización del Derecho penal como una herramienta de poder en una sociedad en donde domine el más fuerte⁷⁶. Si hay una inaplicabilidad parcial, desde el punto de vista del persecutor, se dejará al completo arbitrio de éste cuándo ejercer la persecución penal y cuándo

73 *Ibid*, p. 20: “En todos estos casos (déficit de aplicabilidad de los tipos), como demuestra la experiencia, la labor doctrinal tiende a transformarse en radical —cuando no absolutamente— creativa, y a elaborar y aplicar mediante ficciones conceptos bien distintos de los enunciados en la definición legal”. El paréntesis es mío.

74 En este sentido, DIÉZ RIPOLLÉS, *La racionalidad...*, ob.cit., p. 69

75 Aunque no es posible entrar aquí con profundidad en este tema, es posible, indiciariamente, establecer una correlación entre déficit de aplicabilidad total y elementos esenciales del tipo penal e inaplicabilidad parcial y elementos accidentales del tipo.

76 BAUMANN, *Derecho procesal...*, ob.cit., p. 15.

no. Desde el punto de vista del imputado, aquellos que puedan pagar mejores abogados tendrán mayores posibilidades de convencer al tribunal de que la norma penal no es aplicable. Con estos ejemplos quiero mostrar por qué puede ser importante que el proceso penal cumpla esta función de control.

Ahora, si el juez considera que debe aplicar una norma penal cuya inaplicabilidad es total o parcial se enfrentará con dificultades en el nivel de justificación de la decisión. Aunque no puedo entrar con mayor profundidad en este asunto, cuando se produce una subsunción el juez debe indicar cuáles son los elementos del caso específico que permitan vincularlo con lo regulado por la norma penal. Si el tipo penal es inaplicable, pues, entonces, será mucho más difícil vincular el caso en particular con el mandato de determinación, ya que no existirán elementos fácticos que permitan relacionarlos. O, dicho de otra forma, —al margen de lo cuestionable que puede ser condenar con un déficit probatorio—, el juez deberá efectuar un proceso de subsunción “ideal” o “teórica”, con prescindencia de lo que suceda en la práctica, pues se adolece de elementos probatorios que vinculen la hipótesis de los hechos con el tipo penal. Y ello está muy cerca de los límites que convierten la decisión en algo completamente discrecional e, incluso, arbitrario. Por ejemplo, ¿cómo podría ser posible realizar un proceso de subsunción de una conducta en el caso del tipo de manipulación genética del artículo 159.1 CP, si se considera que el concepto “manipulación” carece de una significación biológica?⁷⁷ De igual forma, si a ello agregamos que también es posible castigar la manipulación de genes imprudente. (art.159.2 CP), ¿cómo podría determinarse la creación de un riesgo y la infracción de un deber de cuidado en este caso?

Con todo, es posible observar cómo las normas procesales de alguna forma regulan la necesidad de justificación y motivación de las decisiones judiciales. Es decir, moderan la real aplicación de los tipos que carecen de rigor técnico-legislativo.

77 Cfr. CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código penal*. Valencia, 2011, p. 376.

Y, en este sentido, el procesamiento de la norma penal al interior del “engranaje” del proceso penal permite hacer más gráfico los déficits técnicos de las tipologías penales. La generación de esta visibilidad, sin duda, es un mecanismo de control de la aplicabilidad de las normas penales que no acaecería sino se pusiera en marcha un proceso penal.

2.2.2. Función del conocimiento del alcance concreto de la prohibición penal

En segundo lugar, una imagen real de la operatividad de la norma penal como mandato definitivo, desde el punto de vista sociológico— solo puede verificarse si ella está acorde con los distintos elementos estructurales del proceso penal. Así, no se puede dejar de contemplar lo que pasa en el proceso penal si se quiere realizar un estudio de los efectos de la aplicación de la norma penal. Es decir, el proceso penal cubre la brecha que se encuentra entre la norma penal y el ciudadano y, desde esta perspectiva, también forma parte de la prohibición. Por decirlo de otra forma, fija el límite inferior de la prohibición, en cuanto es el principal nexo del Derecho penal con los ciudadanos destinatarios de la norma. Por eso se dice que el Derecho penal sin el proceso penal sería una norma sin eficacia alguna⁷⁸.

Así, no solo la norma penal, eventualmente, podría ser completada con otras normas que regulan causales de justificación, por ejemplo, sino también con las prescripciones del proceso penal. O sea, el tipo de homicidio—por ejemplo— no solo debe analizarse dentro de los límites de dicha tipología penal, sino también integrándolo con otras normas regulativas, como las estructurales del proceso penal. El enunciado típico “el que mate será castigado con...” no es suficiente para entender la real extensión de la prohibición en sentido amplio, porque aun-que se “mate”, pero sin prueba que lo acredite, no podrá ser

78 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho...ob.cit.*, p. 32.

castigado⁷⁹. Es decir, quizás sería más explícito entender el tipo como “el que mate a otro, y ello sea acreditado empíricamente más allá de toda duda razonable, será castigado con.....” Quizás esta misma observación está detrás de aquellos que sostienen que existe una condición objetiva de punibilidad general en todos los delitos llamada debido proceso⁸⁰. Pero mi observación no va hacia ese camino, sino a preguntarse si pueden estimarse verdaderas “prohibiciones”, en sentido penal, aquellos tipos cuya conducta sea completamente imposible de acreditar, por ejemplo. Así, de acuerdo a la teoría del derecho, si los principios regulan conjuntos abiertos de supuestos, las reglas se refieren a conjuntos cerrados de posibilidades⁸¹, las normas penales inapli-

79 Aunque este es un tema muy complejo, pues ya la dogmática penal lo ha circunscrito a la discusión sobre la procedencia o no de los elementos negativos del tipo, lo cierto es que incluso se puede sembrar una legítima duda si es posible afirmar que existe una prohibición jurídica respecto de realizar ciertas conductas que, de suyo, se sabe que no podrán ser acreditadas. Esbozo el comentario y reservo mi opinión para un futuro estudio.

80 PASTOR, D., “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en *Nueva formulaciones en las ciencias penales: homenaje a Claus Roxin*. Córdoba, 2001, p. 807. En el mismo sentido, CORCOY BIDASOLO, M. “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M., *Constitución y sistema penal*. Madrid, 2012, p. 172.

81 ATIENZA, M./ RUIZ MANERO, J., “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, Nº10, 1991, p. 109. Igualmente, LOS MISMOS, *Las piezas del Derecho*. 2ª edición. Barcelona, 2007, pp. 30 y 31: “En nuestra opinión, los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no existe ninguna diferencia con las reglas (y en particular con las reglas de acción). La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no pueden formularse la lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de variedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas”.

cables no determinarían ni conjuntos cerrados ni abiertos, sino nulos. Ahora, este fenómeno es mayormente observable en materia penal por dos cortapizas del sistema: la prohibición de presumir la responsabilidad penal, y la elevada calidad epistémica de la comprobación del supuesto de hecho de la norma (estándar de la duda razonable).

La exigencia de aplicabilidad de la norma penal pone en entredicho si se puede considerar una prohibición penal, en sentido estricto con todo lo que ello conlleva, aquellas normas que, aun siendo dictadas de acuerdo a los procedimientos constitucionales, carecen de “practicidad” al momento de pasar por el juzgamiento penal. Es decir, si es posible considerar una prohibición penal en sentido estricto una norma con efecto simbólico o programático.

Además, la admisión de soluciones alternativas al conflicto penal (como las colaborativas o resarcitorias), rompen con el principio de necesidad y taxatividad o certeza penal, por cuanto el ciudadano deja de captar las consecuencias penales para su conducta, pues éstas pueden depender de distintos factores no previsibles⁸². Por otro lado, las soluciones colaborativas hacen desaparecer la máxima de que el Derecho penal solo puede ser realizado en el proceso penal, principal característica diferenciadora entre el Derecho penal y civil en relación con sus derechos adjetivos o procesales⁸³.

Con todo, el proceso penal cumple una función de conocimiento de la real extensión de la prohibición penal. En efecto, si se quiere saber qué tan factible es que una determinada norma penal se aplique, —o sea, que opere en concreto la prohibición penal—, ha de tenerse en cuenta los procedimientos que para dicho efecto disponen las leyes procesales. Si es efectivo lo que

82 ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*. Barcelona, 1991, p. 197.

83 ARMENTA DEU, T., “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, en *Poder judicial*, N°41-42, 1996, pp. 56 ss.

afirma Naucke acerca de que la finalidad del Derecho penal condiciona sus medios⁸⁴, entonces, el proceso penal es uno de ellos, por lo que lleva impregnado esa huella punitiva del Derecho penal. De la misma forma, la racionalidad jurisdiccional de la aplicación de la ley penal que acaece en el proceso penal tiene como presupuesto y hace apreciable la racionalidad legislativa en el proceso de generación de la ley penal⁸⁵.

En este sentido, la función epistémica del proceso penal que acabo de reseñar vincula la aplicabilidad de la norma penal con la prohibición penal como forma de manifestación de la Política criminal de los Estados. Es decir, los elementos procesales penales condicionan la aplicación de las normas penales y, por tanto, su realización efectiva. Esto es lo mismo que afirmar que el proceso penal condiciona el mandato político de sancionar ciertas conductas, por razones distintas a las que originaron dicha prescripción. Es decir, el proceso penal como condición de aplicabilidad de la norma penal modera el alcance y consecución de las finalidades político- criminales de la norma penal.

2.3. Remedio frente a los efectos no queridos de la aplicación de la norma penal

En muchos casos puede ocurrir que la aplicación de una norma penal constituya una injusticia para el penado. Principalmente, cuando se tiene noticia de ciertos aspectos que solo se pueden conocer una vez iniciado el proceso penal.

Por ejemplo, puede suceder que un matrimonio de edad avanzada se traslade en automóvil hacia otra ciudad. Si sufren un accidente automovilístico por negligencia del conductor provocándose la muerte del otro cónyuge, en sentido estricto, deberíamos instar a la persecución penal para determinar si se

84 NAUCKE, Wolfgang, "Prevención general y derechos fundamentales de la persona", en NAUCKE/HASSEMER/LÜDERSEN, *Principales problemas de la prevención general*. Montevideo/Bs. Aires, 2004, p. 21.

85 DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad...*, ob.cit., p. 80.

le puede imputar al conductor la muerte imprudente de su acompañante. Sin embargo, puede que otras circunstancias, como la avanzada edad, el hecho de que no tuvieran hijos, la ausencia de antecedentes penales, etc., hiciera infructífero seguir adelante con la persecución penal, por cuanto el interés público en la persecución pudiera debilitarse o difuminarse. Para estas situaciones el proceso penal puede ser una buena alternativa, en cuanto no presenta la coraza dogmática y estructural que tiene el Derecho penal como para introducir en una de sus categorías una situación excepcional que dé cabida a esta solución sin transgredir los principios que se entienden fundantes de dicha rama⁸⁶. Supongamos que, en este mismo caso, quien lleve adelante la persecución penal tenga a su disposición una atribución otorgada legalmente para archivar casos de determinados delitos (como los imprudentes) en donde, por diversas circunstancias, se entendiera que el interés público de la persecución ya no es prevalente. Podría aplicarse esta salida al caso en comento y aminorar los efectos perjudiciales que tendría someter al cónyuge sobreviviente a un proceso penal, con todo lo que ello conlleva, y con la probable condena. Esta salida ya está contemplada en otras legislaciones, a partir de lo que se conoce como “principio de oportunidad”. Dicho principio se entiende una excepción al mandato de legalidad de la persecución penal, bajo ciertas causas, proporcionando así una salida para que los destinatarios de las normas penales no sufran un perjuicio más allá del querido como decisión de política-criminal.

Desde esta perspectiva, entonces, el principio de oportunidad es una herramienta procesal que podría corregir los defectos de la aplicación irrestricta de la ley penal cuando se infringen los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad y, muy especialmente, el de subsidiariedad⁸⁷.

86 Por ejemplo, TIEDEMANN, K., “Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder—OLG Köln, NJW 1968, 2348,, en *JuS*, 1970, p. 112.

87 CORCOY BIDASOLO, “Crisis de las garantías...”, ob.cit., p. 171 quien considera que: “ante la indiscutible expansión del Derecho penal, una pro-

Con esto quiero decir que las instituciones procesales penales pueden otorgar una alternativa para evitar ciertas injusticias de la aplicación irrestricta de la norma penal. Y ello también se corresponde con una decisión política. No por nada se ha dicho que la mayor influencia de la Política criminal se presenta en la configuración de las excepciones al principio de legalidad de la persecución penal, como en el caso del principio de oportunidad, por ejemplo⁸⁷. La sobrecarga en la administración de justicia⁸⁸, su coste elevado y complejidad (particularmente notoria en delitos de bagatela), llevó inicialmente a recurrir al criterio de la oportunidad⁸⁹. A ello se agregó que, ante otros problemas que empezaron a aparecer, se instauró su aplicación como mal necesario utilizable cuando no había otra solución al problema⁹⁰. Su fundamentación histórica ha sido completada con la alegación de diversas ventajas que presenta como la consideración de interés social o utilidad pública, de la justicia material por encima de la formal, y de constituir el único instrumento que

puesta de restricción podría plantearse desde el *Derecho procesal penal* a partir de dos ideas: el principio de oportunidad y el «derecho al debido proceso». El principio oportunidad procesal se podría aplicar cuando la aplicación de las normas penales infringe los principios de *última ratio*, fragmentariedad y, muy especialmente, el de subsidiariedad. Esta infracción se produce cuando no hay un interés público en la persecución de esos hechos y/o que político-criminalmente sea innecesario imponer una pena. Respecto el «derecho al debido proceso» se propone que actúe, como condición objetiva de punibilidad, de forma que cuando no se respetan las garantías del imputado no pueda imponerse una pena”.

87 En este sentido, pero refiriéndose a las finalidades de la pena, ARMENTA DEU, T., “Pena y proceso...” , ob.cit., p. 460.

88 ARMENTA DEU, T. *Criminalidad de bagatela...*, ob.cit., p. 52.

89 Cfr. ZIPF, *Kriminalpolitik...*, ob. cit, p. 120.

90 ARMENTA DEU, T., “El proceso penal...” , ob. cit., p. 63. Los autores no han dejado de constatar riesgos en la atribución de facultades en virtud del “principio de oportunidad” al Ministerio público, como el uso indebido de las facultades discrecionales a favor de los intereses del ejecutivo o de las directrices administrativas internas del órgano persecutor; y la quiebra de la imparcialidad, al aunar las funciones acusadoras y enjuiciadoras, esta vez en manos del fiscal. Cfr. ARMENTA DEU, T., “Pena y proceso...” , ob. cit., p. 460.

permite un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquellos otros en que la pena carece de significación⁹¹. De ahí que, extralimitando sus consecuencias, se haya sostenido que la acción privada y, más aún, los supuestos de ejercicio de acción popular, son considerados ejemplos del principio de oportunidad⁹².

Esto también es aplicable a la paralización de la investigación o del ejercicio de la acción penal, por criterios de mérito que no se relacionen con aspectos de prueba, de presupuestos procesales, ni de extinción o exención de la responsabilidad penal. Porque si el principio de legalidad significa que “el órgano de la acusación está obligado a ejercitar la acción por todo hecho que revista caracteres de delito conforme a la ley, el de oportunidad debe referirse a cualquier excepción a esta obligación”⁹³.

De esta forma, la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal puede ser un instrumento de Política criminal que atenúe o modifique ciertos efectos no queridos de la aplicación de normas penales⁹⁴. De hecho, aunque puede ser temeraria mi afirmación, de los mismos fundamentos que han

91 ARMENTA DEU, T., “Pena y proceso...”, ob.cit., p. 457. Cfr. ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, ob.cit., p. 194 y sgtes.

92 FAIRÉN- GUILLÉN, V., “Tendencias actuales de derecho procesal penal”, en *Justicia: revista de derecho procesal*, N°2, 1991, p. 267. ARMENTA DEU, T., “Pena y proceso...”, ob.cit., p. 459, considera que: “Las tendencias de política criminal y de derecho penal imperante constituirán el punto de referencia obligado que señale los aspectos específicos en que la legalidad puede ceder ante la oportunidad, configurando toda una serie de circunstancias evaluables a la hora de decidir el ejercicio o no de la acción penal (así, las que concurren en el hecho, en el autor, en la víctima, los intereses del Estado...)”

93 BERZOSA FRANCO, M., “Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal”, en PICÓ I JUNOY (coord.), *Problemas actuales de la justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multa*. Barcelona, 2001, p. 15.

94 En este sentido, cfr. ZIPF, *Kriminalpolitik...*, ob.cit., p. 119; ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, ob.cit., p. 29.

dado origen al principio de oportunidad pueden haber surgido ciertas restricciones teleológicas de los tipos penales como el principio de insignificancia o bagatela como criterio material⁹⁵ o las restricciones ético-sociales a la legítima defensa⁹⁶, etc. En efecto, si el principio de insignificancia ya tenía un alcance general en el ordenamiento jurídico alemán (administrativo y menores)⁹⁷ llegando incluso hasta el proceso penal, no existía ningún impedimento para que el mismo fuera aplicado o introducido dentro de los elementos de la dogmática penal.

Por ejemplo, TIEDEMANN, cuando se refiere al tratamiento de ciertos casos de malversación de fondos, lo primero que aclara es que estos se pueden reconducir por medio del §153 StPO, que regula el principio de oportunidad en Alemania⁹⁸. En segundo lugar, cuando se refiere a la perspectiva material de la aplicación de este principio, y concreta sus efectos, tal parece que ellos se corresponden mejor con los que produce la aplicación del principio de oportunidad. Ello, en cuanto considera que “*Bagatellprinzip*” es aplicable a casos específicos, individuales, sobre acciones concretas que no presenten la misma dañosidad de las acciones típicas. Así, se excluye de considerar al principio de insignificancia como una causal de exclusión de la responsabilidad penal⁹⁹. Lo anterior es muy similar a sostener que

95 ROXIN, *Política Criminal...*, ob.cit., p. 53; TIEDEMANN, “Die mutmaßliche Einwilligung...”, ob.cit., p. 112.

96 Respectos a las restricciones ético-sociales, *vid.*, ROXIN, C., “Las restricciones...”, ob.cit., pp. 297 ss., MARXEN, K., *Die «sozialethischen» Grenzen der Notwehr*. Frankfurt am Main, 1979.

97 Cfr. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, ob.cit., pp. 44 ss.

98 Sobre la regulación del mismo cfr. MEYER-GOBNER, L. *Strafprozessordnung*. München, 2005, p. 605 ss; PETERS, *Strafprozess...*, ob.cit., pp. 171 ss,

99 TIEDEMANN, „Die mutmaßliche Einwilligung...“, ob. cit, p. 112. En el original: „*Diese Eigenschaft des Bagatellprinzips: nur im konkreten Fall anwendbar zu sein und nur für den Einzelfall Aussagen über die Schädlichkeit nicht einer tatbestandlichen Handlungsklasse, sondern allein der konkreten Handlung zu erlauben, schließt es zwingend aus, das Prinzip als Fall des Tatbestandsausschlusses anzusehen, denn der Tatbestand besagt bereits auf Grund seiner rechtssatzmäßigen Fassung nur etwas darüber, welche Handlungen generell und typischerweise Unrecht sind*“.

en estos casos es posible aplicar el principio de oportunidad en cuanto, —sin que ello signifique una afectación a la prohibición general de la conducta—, se ha atenuado el interés público en la persecución y castigo del caso.

Finalmente, con el ejemplo del principio de oportunidad he querido mostrar cómo herramientas procesales pueden ser instrumentos de aspectos político-criminales que busquen eliminar ciertos efectos de la aplicación irrestricta de normas penales.

2.4. Función de mejoramiento de las deficiencias técnicas legislativas de la norma penal

Esta función se vincula con lo que he tratado en el apartado anterior. Es decir, que la normatividad procesal penal puede entrar a compensar los déficits legislativos que presenten normas penales. Por ejemplo, en las situaciones en que no todos los supuestos captados por un tipo penal lleven ínsito la trasgresión a un interés general o público, como en el caso del principio de oportunidad. En otro sentido, por medio del proceso penal se pueden introducir salidas a la continuación del proceso que fomenten la protección de los intereses de la víctima, muchas veces olvidada por el Derecho penal. Con ello me refiero, por ejemplo, al ofrecimiento de acciones, — o en los países en que la influencia anglosajona ha sido más notoria—, a los denominados “acuerdos reparatorios”. Por otro lado, muchas veces el Derecho penal contiene elementos que, a su vez, tienen su parangón en el proceso penal, siendo muy similares sus efectos. Ejemplo de ello son las “condiciones objetivas de punibilidad” y los “presupuestos procesales”; la “restricción teleológica del tipo” y el ejercicio del “principio de oportunidad”¹⁰⁰, etc. Respecto a este último, BAUMMAN ha sostenido que “el ejercicio del principio de oportunidad también sería una facultad que se relaciona con aspectos sustantivos en la medida en que hay delitos en que el tipo se realiza, pero todavía no está alcanzado un límite mínimo

100 En este sentido, ROXIN, *Derecho procesal...*, ob.cit., p. 3.

de injusto criminal”¹⁰¹. Por otro lado, la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento, principio de oportunidad, acuerdo reparatorio, etc., conllevan, también, a la extinción de la responsabilidad penal. Ahora, es posible que la aplicación de ciertas instituciones procesales penales que tengan un efecto homólogo en ciertas instituciones penales pueda obedecer a diversas motivaciones. A mi juicio, una de ellas es que la aplicación de la norma procesal penal conlleva una menor carga ideológica y sistemática para justificar su procedencia. Dicho de otro modo, proporcionar una misma solución pero, ahora, dentro del Derecho penal, implicaría tener que utilizar una serie de principios de primer y de segundo orden que se entienden subyacentes a la interpretación de las normas penales por parte de la moderna teoría del delito. Ello, por su parte, hace más difícil la ductibilidad del sistema de justicia criminal —y, en sentido amplio, del Derecho— para dar cobertura a ciertos casos no completamente previstos por el sistema normativo.

Por otro lado, también es posible que el proceso penal proporcione herramientas para superar los déficits técnico-legislativo de algunos tipos penales. Por ejemplo, en los casos de inaplicabilidad parcial del tipo penal a que he hecho referencia en los apartados anteriores, el recurso a una teoría de la motivación judicial y, por tanto, la aplicación de una teoría de argumentación procesal penal podría facilitar la tarea al juez de realizar complejas justificaciones de procesos de subsunción de normas. Así, en el mismo caso de la manipulación genética a que hacía referencia, un trabajo de la doctrina procesal referente a la elaboración de criterios para poder acreditar el concepto de “manipulación genética” podría hacer mucho más fácil para el juez realizar el proceso de subsunción. De la misma forma, ante la infracción flagrante al principio de legalidad procesal, el recurso a una metodología del derecho procesal penal que permita guiar al juez en cómo ponderar la concurrencia o conflicto de valores en ciertos casos podría permitir una mejor aplicabilidad de los ti-

101 BAUMANN, *Derecho procesal...*, ob.cit., , p. 8.

pos penales. Y ello ha de poder extraerse y elaborarse a partir de los principios de primera clase que sugieren las regulaciones con rango constitucional que afectan al proceso penal, y de aquellas que se encuentran dispersas en las distintas leyes procesales.

Por otro lado, pueden existir problemas de aplicabilidad parcial de las normas penales, pero que pueden encontrar una solución en las normas procesales. Por ejemplo, las normas procesales penales pueden regular cómo ha de entenderse y resolverse los casos de duda respecto a la concurrencia de ciertas circunstancias, como ocurre en el ordenamiento jurídico italiano. En efecto, ello es posible advertirlo en el artículo 530.3 del Codice di Procedura Penale donde se regula la absolución ante la duda de la concurrencia de una causal de justificación o una causa personal de no punibilidad¹⁰². El tenor de los principios del Derecho penal hace que podamos encontrar sin problema una solución a los casos en que es dudosa la aplicación del tipo, por medio del derecho de presunción de inocencia como regla de juicio. Ahora, no ocurre lo mismo cuando se trata de causas de justificación o exculpación. El interés público prevalente en el conflicto penal hace cuestionable la aplicación de la teoría de la carga de la prueba en el proceso penal y, por tanto, atribuir responsabilidad frente a la insuficiencia probatoria al que alega una causal de justificación, por ejemplo¹⁰³. No debe olvidarse que el interés público de la norma penal tiene su reverso en la aplicación del principio de objetividad en la persecución penal, que pone bajo duda que sea concebible la existencia de intereses particulares atribuibles a los intervinientes atendido que, por ejemplo, la aplicación de ciertas causales de justificación también contribuyen a potenciar los efectos de prevención general de las normas penales. Desde esta perspectiva, entonces, no resulta sorprendente que el ordenamiento jurídico italiano se

102 *Vid.*, LOZZI, G., *Lezioni di Procedura penale*. 6ª edizione. Giappichelli Torino, 2004, pp. 601 ss; CORDERO, F., *Procedura penale*. Ottava edizione. Milano, 2006, p. 1001.

103 CUERDA RIEZU, A., “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de acusación?”, en *Indret*, (2) 2014.

halla visto en la necesidad de regular expresamente una solución en estos casos, atendida la diferencia que puede presentar las estructuras de las pretensiones penales con sus análogas en el proceso civil.

Como se ve, aunque sea más difícil apreciarlo, las normas procesales penales, en muchos casos, pueden cumplir una función de mejoramiento de ciertos aspectos o déficits de las normas penales.

3. Variables político-criminales derivadas de la configuración interna del proceso penal

La discusión acerca del contenido político de las normas procesales penales no es una cuestión nueva.

Por ejemplo, MONTERO AROCA, refiriéndose al tema, sostiene que: “Hay que reconocer que el proceso refleja la ideología socio-política dominante de un país determinado, aunque al mismo tiempo supone siempre la investigación de un caso litigioso, la aplicación del derecho al mismo y la obtención de una sentencia adecuada al ordenamiento jurídico, por lo que es lógico que las soluciones coincidan y de que, con frecuencia, sean consideraciones racionales, de técnica, las que conduzcan a soluciones análogas, cuando no idénticas”¹⁰⁴.

El aspecto político, que siempre ha estado tan unido al derecho, proyecta sus efectos en la expresión de ciertas frases como: “el derecho procesal penal es un derecho constitucional aplicado”, “el derecho penal es una constitución política en negativo”, o “el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado” (“*Seismograph der Staatsverfassung*”)¹⁰⁵, etc. Esto demuestra que el proceso penal presenta una

104 MONTERO AROCA, J., “Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución”, en *Trabajos de derecho procesal*. Barcelona, 1988, p. 230.

105 Cfr. La versión alemana, ROXIN, C., *Strafverfahrenrechts*. 24 Auflage. München, 1995, p. 9.

naturaleza compleja y contenido diverso¹⁰⁶, no exclusivamente jurídico y con variadas perspectivas políticas.

Con todo ello, a continuación trataré ciertos elementos de configuración interna del proceso penal que se encuentran estrechamente vinculadas con la Política criminal.

3.1. Método probatorio de averiguación empírica *ex post facto*

El convencionalismo jurídico en una determinada área del Derecho y el mantenimiento en el tiempo de ciertas instituciones nos hacen olvidar que muchas de ellas fueron, alguna vez, una decisión política sobre una determinada necesidad. El paso del tiempo contribuye a que ellas se vayan ratificando y revalidando, contribuyendo aún más al desconocimiento de la mirada política de las mismas.

3.1.1. Prueba empírica

No suele percibirse con mucha facilidad las variables políticas de los aspectos probatorios. Sin embargo, ello no significa que éstos adolezcan de un vínculo con la Política criminal. No es habitual preguntarse si ciertos elementos del proceso penal constituyen una decisión política o, simplemente, son el único modo que se conoce de hacer las cosas. Creo que nadie discute que es necesario para condenar a un sujeto que se acredite el supuesto de hecho de la norma penal. Quizás lleve razón CARNELUTTI cuando afirma que una oscura intuición lleva a las personas a proporcionar un remedio para el pasado, por medio del proceso¹⁰⁷. Pero claro, para ello hay que saber cuál es el

106 ROXIN, *Derecho procesal...*, ob.cit., p. 4: “el fin del proceso penal tiene,.. (una) naturaleza compleja: la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión”. El paréntesis es mío.

107 CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*. Bs. Aires, 1959, p. 91.

pasado que se intenta remediar, y por eso se precisa de prueba. Incluso, como sugiere KANT, el delincuente tiene que haber sido hallado culpable (juzgado digno de castigo) antes de que se piense en un beneficio de la pena para él o sus conciudadanos¹⁰⁸.

Sin embargo, ¿ha sido esto siempre así? ¿Es posible concebir otro tipo de opción probatoria? Al respecto expondré solo unas ideas que, por supuesto, ameritan de un estudio más allá de los límites de este trabajo. No obstante ello, considero que su exposición puede ser importante para el tema tratado en este trabajo. En primer término, aquello que aparece como obvio acerca de que los hechos imputados se prueban, no lo es tal. En efecto, aquí vemos una opción legislativa de conocimiento de los hechos. El juez para saber si los hechos ocurrieron precisa de prueba empírica. No le basta con su mera opinión, ni tampoco es posible condenar sobre la base de meras presunciones en sentido estricto. Aquí vemos una primera muestra de una decisión política: aunque el hecho se haya producido, sino se prueba, no se pueden atribuir al sujeto señalado como autor consecuencias penales por su acaecimiento. Así visto, la prueba empírica es una limitación Político criminal, pues la sanción penal amerita prueba de los hechos. Y no se trata de cualquier tipo de prueba, sino una que sea intersubjetivamente controlable. Por ello la prueba ha de ser empírica. Podrían existir otros métodos epistémicos para conocer los hechos. Ejemplo de ello es el cálculo de probabilidades estadísticas de la ocurrencia de los hechos sobre la base de datos externos, como de alguna forma sugiere la aplicación de la probabilidad matemática a la valoración de la prueba penal¹⁰⁹. Sin embargo, se sigue manteniendo una

108 KANT, I., *La metafísica de las costumbre*. 4ª edición. Madrid, 2005., p. 166.

109 Puede verse un análisis de distintos aspectos del teorema de Bayes aplicado al campo probatorio penal en, COHEN, J., “The role of evidential weight in criminal proof”, en *B.U.L.Rev*, Nº 635, 1986, pp. 636-638. También, en TAWSHUNSKY, A., “Admissibility of Mathematical Evidence in Criminal Trials”, en *Am. Crim.L.Rev*, Vol.21, 1983-1984, p. 68., nota Nº 122;

opción probatoria empírica. Y ello acaece por una decisión que se basa en aspectos políticos,— mas no técnico-procesales—, que también limita al poder legislativo, pues el tipo penal debe tener componentes que permitan una comprobación empírica, que ayuden a determinar la forma de manifestación externa del instituto jurídico penal que se tipifica¹¹⁰.

La opción política sobre la prueba empírica de los hechos como método de conocimiento del supuesto de hecho de la norma está derivando en una valoración cualitativa de los medios de prueba. Es decir, se estima que lo importante en materia probatoria no es cuántos elementos de prueba existen para probar los hechos, sino la calidad de los mismos. Ello se vincula más estrechamente con la aplicación de la probabilidad lógica en su vertiente cualitativa, cuya formulación más tradicional se traduce en el aforismo que dice que los testigos se pesan, no se cuentan, sin perjuicio del latinazgo *testes unus testes nullus*. Por lo demás, este es el enfoque actualmente dominante sobre la valoración de la prueba en el ámbito continental.

En efecto, aunque pueda ser temeraria mi afirmación, creo que STEIN en su obra “*Das private Wissen des Richter*” se acerca bastante a la configuración de un sistema probatorio, controlable intersubjetivamente, como puede ser el basado en ciertos aspectos de la probabilidad lógica¹¹¹. Ahora, mi apreciación se refiere a la obra original de STEIN y no a los desalmados usos que se han hecho de ella, consiguiendo que actualmente se tienda a rechazar o, al menos cuestionar, la noción de máximas de la experiencia (“*erfahrungsgesetze*”).

FINKELSTEIN, M./FAIRLEY, W., “A bayesian approach to identification evidence”, en *Harv.L.Rev.*, Nº3, Vol.83, January 1970, pp. 498 ss. De igual forma, en obras más generales que tratan del tema de la valoración de la prueba como: NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*. Barcelona, 2010, p. 129; GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, ob. cit., p. 163; TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*. Madrid, 2002, p. 193.

110 Cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando, *Política Criminal y técnica legislativa*. Granada, 2007, p.10.

111 Cfr. STEIN, F., *Das private Wissen des Richters*. Leipzig, 1893. Hay traducción castellana de Oliva Santos: *el concomio privado del juez*. Madrid, 1990.

Volviendo al tema de la determinación empírica del supuesto de hecho de la norma como elección político-criminal, si estoy en lo correcto, entonces, no corresponde hacer cargar a los intervinientes con los costos de esta elección. Y ello puede suceder.

Por ejemplo, en el caso de la violencia de género se discute si se puede aplicar al cónyuge que denuncia la dispensa del artículo 416 de la LECrim. Uno de los argumentos que se cita es que si no se obliga a la mujer a declarar, las denuncias quedarían sin pruebas. De esta forma, siendo imposible seguir adelante con el enjuiciamiento, la disposición del proceso queda en manos de las víctimas. Y ello, muchas veces, trae aparejada la impunidad de la conducta¹¹². Al margen de las equivocadas asunciones y críticas que lleva insita la situación que acabo de reproducir, si consideramos que la opción de acreditación empírica de los hechos es una decisión política, entonces, no se puede hacer cargar con los perjuicios y riesgos de esa opción a la víctima. Sobre

112 *Vid., por ejemplo*, el informe del Grupo de Expertos y Expertas en violencia doméstica y de género del CGPJ, “*acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los aborda*”, de enero 2011, p.23, que señala: “*la ya consolidada interpretación jurisprudencial de esta dispensa, en relación con las víctimas de la violencia de género, que no establece ninguna limitación en su aplicación a ellas en cualquier momento de la causa, y que impide tener en consideración cualquiera de sus declaraciones anteriores, si en el momento del juicio decide acogerse a ella, ha otorgado, de hecho, a la víctima la disposición del propio proceso: aún no otorgándole la posibilidad de poner fin al mismo mediante el perdón de al agresor; se trata de un testigo de especial trascendencia ya que, a menudo, los hechos se desarrollan en la intimidad y sin otros testigos directos que puedan relatar lo acontecido que no sean los propios implicados (presunto agresor y víctima). Por ello, en no pocas ocasiones, no disponer del testimonio de la víctima, única prueba directa de cargo del delito que se persigue, llevará aparejada la impunidad del mismo*”. En el mismo sentido, MAGRO SERVET, V., “*La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (Artículo 416 LECrim): ¿Es necesaria una reforma legal?*”, en *Diario La Ley*, N° 6333, 2005, *passim*.

todo en un tema tan complejo como el de la violencia de género. Ni menos atribuirle a la víctima el ejercicio de un fraude de ley por acogerse al sentido literal del artículo 416 LECrim, como algunos han afirmado¹¹³. Ahora, lo anterior no solo es sostenible desde el punto de vista estructural o referido a la decisión política de la acreditación de los hechos, sino también de acuerdo a la propia lógica de dicha decisión: el artículo 416 LECrim no se refiere a la víctima no solo por razones históricas, sino también porque la víctima como testigo es un “mal testigo”, pues no es un sujeto sin interés en el proceso. Desde esta perspectiva, se quiere obligar a declarar a la víctima, cuando ésta puede generar un medio de prueba de, al menos, discutida calidad epistémica, debido a su interés en el conflicto que se está decidiendo. Quizás se debería reservar para ella un apartado especial donde se regulara su declaración y se conservara intacta la posibilidad de concurrir o no con su declaración al juicio, como sucede con todos aquellos que tienen un interés especial en los efectos jurídicos del proceso penal. Por lo demás, tampoco puede olvidarse que una de las funciones modernas del proceso penal es la protección de la víctima de delito; especialmente, si se trata de una víctima cuya situación es tan compleja, como en los casos de violencia de género. En este último sentido, los “nuevos aires” del proceso penal moderno han provocado que éste genere una gran cantidad de nuevos efectos, como la protección de la víctima, en consonancia con la naturaleza multifuncional del enjuiciamiento criminal, a la cual hacía mención en la parte introductoria de este trabajo.

113 En este sentido, MAGRO SERVET, “La imposibilidad...”, *ob.cit., passim*: “En consecuencia, no puede pretenderse que bien la defensa del acusado en el ejercicio de su derecho de defensa o bien la propia víctima se amparen en el art. 416 LECrim., y el corolario 707 LECrim., para no declarar en el juicio oral contraviniendo su obligación de declarar fijada en los arts. 702 con la consecuencia del art. 716 LECrim., ya que ello supondría un auténtico fraude de ley por ampararse en un precepto, el art. 416 LECrim., que no está pensado ni configurado para las víctimas-testigos, sino para las personas que se encuentran en la relación de parentesco que cita el precepto con el acusado y no se trate de sus víctimas”.

3.1.2. Prueba *ex post facto*

Por último, esta acreditación empírica de los hechos posee una serie de limitaciones que también son opciones políticas que condicionan el castigo. En efecto, desde el punto de vista temporal se le ha situado, dentro del proceso penal, como una acreditación empírica *ex post facto*. Así, no es posible condenar por medio de métodos probatorios anticipatorios o estadísticos como parte de la ciencia ficción ya comienza a desarrollar en temáticas cinematográficas¹¹⁴. Es decir, no es posible condenar por medio de estimaciones probabilísticas de ocurrencia del hecho antes de que éste suceda. La llave que abre la puerta al enjuiciamiento penal es el acaecimiento de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, según afirma la dogmática penal¹¹⁵. Y ello se encuentra estrechamente vinculado con la concepción del Derecho penal como derecho penal de hecho y no de autor y con la responsabilidad por el hecho¹¹⁶. Además, porque esta acreditación empírica *ex post facto* también lleva insita la asunción de que las personas actúan de forma libre, y no estarían determinadas en su actuar. Si fuera predecible con un alto grado de probabilidad la comisión de delitos, finalmente, lo que quedaría en entredicho sería la capacidad del ser humano de romper esa tendencia sobre la base de su libertad, lo cual nos acerca bastante a los caminos del determinismo en materia penal. Un rumbo bastante peligroso, por decir lo menos.

Finalmente, otra serie de limitaciones a esta opción de acreditación empírica *ex post facto* es aquella derivada de la que se conoce como función de garantía del proceso penal. En efec-

114 Por ejemplo, La película dirigida por Steven Spielberg, del 2002, “Minority Report”, cuyo protagonista es el jefe de la policía “Precrimen” del año 2054 y cuyo argumento está basado en la posibilidad de evitar la comisión de los crímenes por medio de un método de conocimiento cuestionado, pero efectivo.

115 En efecto, Muñoz Conde considera que como delito la „conducta (acción u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible“. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*. 4ª edición. Valencia, 2007, p. 21.

116 MIR PUIG, *Derecho penal...*, ob.cit., p. 122 ss.

to, en este sentido dicha limitación afecta a los aspectos esenciales del empirismo como método epistémico, en cuanto no se permite saber la “verdad” de los hechos a “cualquier precio”, por un lado, y por medio de una investigación “perpetua” de parte de la autoridad, por otro. Así, sobre lo primero suele destacarse la prueba ilícita como limitación sobre la base de la función de garantía. Sin embargo, también hay en ello bastante razones epistémicas para considerar que una prueba obtenida con infracción de los derechos fundamentales pueda adolecer de “fiabilidad”.

Desde esta perspectiva, muchas de las limitaciones que no tienen un carácter necesariamente epistémico se pueden convertir en medidas contraepistémicas¹¹⁷, lo cual afecta la decisión de reconstrucción empírica de los hechos. Por eso se ha dicho que el proceso penal no es un buen método epistémico de averiguación de los hechos o de búsqueda de la verdad¹¹⁸.

En otro sentido, también puede ser vista como una limitación epistémica la estructuración del proceso penal. En efecto, si la acreditación empírica de los hechos solo tuviera por objeto la reconstrucción histórica de los mismos, pues, entonces, no sería una problemática importante la duración de los procesos. Ello no es así porque dichas decisiones políticas dan al proceso penal su carácter de institucionalizado. Es decir, el enjuiciamiento penal no solo sirve para saber lo ocurrido, sino también para imponer una sanción penal (máxima atribución restrictiva de derechos del Estado) que va a ser válida y con efectos *erga omnes*. En otras palabras, una vez condenado un sujeto nadie puede desconocer la existencia de una decisión de un órgano legitimado,

117 Por ejemplo, FERRER BELTRÁN, J. *La valoración racional de la prueba*. Barcelona, 2007, p. 37., considera que la limitación temporal de la investigación dentro del proceso conlleva una finalidad de celeridad de la adopción de la decisión jurídica.

118 En relación con lo contraepistémico en que se puede tornar el proceso adversarial y sus reglas, como las “exclusionary rules”, *vid.*, HAACK, S., “Epistemology legalized: or, Truth, Justice, and the american way”, en *The American Journal of Jurisprudence*, (43), año 2004, p. 52 ss; LA MISMA, “Truth, truth, «Truth», and «Truths» in the Law, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol.26 (17), año 2003, p.19.

bajo un procedimiento reglado, que sostiene que un individuo ha cometido un delito e impone una sanción. Y ello tiene relevancia no solo para la ejecutoriedad de la decisión, sino también como manifestación del reproche social del hecho.

En fin, volviendo al tema procedimental, para la comunidad no solo es importante la decisión política respecto de qué conductas constituyen delito, sino también cómo vamos a acreditar que ello ha ocurrido¹¹⁹.

En efecto, aunque sea más difícil notarlo, las funciones de la norma penal se resienten si se hace de ella una aplicación deficiente, con métodos de cuestionada validez. Al margen de la protección del inocente, la sociedad también exige que el culpable por un delito efectivamente lo sea. Y que ello pueda reconocerse socialmente. El sistema funciona bien no solo protegiendo a los inocentes para que no vayan a la cárcel, sino también en cuanto sea capaz de atribuir culpabilidad de forma fundada y empíricamente demostrable (intersubjetivamente controlable) a los condenados de los delitos. Esta retroalimentación (Derecho penal y Derecho procesal penal) conlleva la exigencia de que el proceso penal pueda ser una herramienta eficaz de comprobación del delito y de alguna imposición de consecuencias delictivas¹²⁰, aun cuando cuente con una serie de limitaciones contraepistémicas que tienen por finalidad la protección de otros intereses.

3.2. La existencia de un estándar de prueba elevado en materia penal

LAUDAN, —uno de los grandes epistemólogos de este último tiempo—, considera respecto a los estándares de prueba que: “...a *standard of proof is best conceived as a mechanism*

119 Aunque no me refiero específicamente a ello, esto es lo que intenta resaltar también la corriente del “*procedural justice*”.

120 PULITANÒ, “Sui rapporti...”, ob.cit.,p. 958.

*for distributing errors*¹²¹. Es decir, que el estándar de prueba es uno de los mejores mecanismos creados para distribuir los errores en un proceso de toma de decisión. Ahora bien, una decisión penal conforme a un estándar de prueba normativizado no puede ser considerada una resolución ilegal o injusta. Indirectamente, seguir criterios normativos también agrega racionalidad a la decisión judicial¹²². Por otro lado, el límite que marca esta distribución del error en materia penal no tiene ningún otro fundamento más que el ser el resultado directo de una decisión de Política criminal. Desde otra perspectiva, a la sociedad le interesa que la condena penal se base en probanzas que establezcan una averiguación de los hechos casi “cierta”, porque desea evitar algunos efectos que han sido valorados por la comunidad política como perjudiciales. De la misma forma, porque una condena que se base en una acreditación acuciosa de la verdad genera ciertos efectos valorados políticamente como positivos. Ambos influyen en la sanción o no de conductas prohibidas por el Derecho penal.

En lo que sigue intentaré profundizar en dos aspectos a los que ya he hecho mención en apartados anteriores: la vertiente positiva y la vertiente negativa del estándar de prueba penal.

3.2.1. Distribución del error (efecto negativo)

Un estándar de prueba es el nivel de suficiencia que se le exige a un medio de generación de conocimiento para acreditar

121 LAUDAN, L. *Truth, Error, and Criminal Law*. New York, 2006, p. 68., realiza una serie de consideraciones posteriores que cuestionan que el estándar de la duda razonable sea, efectivamente, un buen mecanismo para repartir el riesgo de error en la proporción que se considere aceptable. A mi modo de ver, estas consideraciones no son cien por ciento extrapolables a los sistemas de enjuiciamiento penales continentales en cuanto no existen rules of evidence tan “casuitas” que puedan perjudicar la calidad epistémica del medio de prueba. También, en cuanto la disposición que tienen las partes del juicio es relativa, y no tan absoluta como en el *adversary trial* norteamericano.

122 En este sentido, HO, H.L., *A philosophy of law: justice in the search of truth*. Oxford, 2008, p.179.

un supuesto. En específico, el estándar de prueba penal es el nivel de suficiencia y eficacia exigido al método de comprobación empírica *ex post facto* a fin de determinar si fueron concurrentes los hechos que dan sustento a la *notitia criminis*, y que condicionan la aplicación de una determinada norma penal. Ahora, el concepto de estándar de prueba no es solo propio y exclusivo del proceso judicial. También se aplica a otros ámbitos donde sea necesario regular y distribuir el margen de error de determinados procesos.

LAUDAN se pregunta: ¿Por qué, en general, se modifica el estándar de prueba del 50 más uno (“*preponderance of the evidence*”) hacia uno más exigente? Por ejemplo, ¿por qué ocurre esto en los controles de calidad de los medicamentos u otros productos que pueden afectar a la población? Como señala el mismo autor, ello ocurre, básicamente, porque consideramos que un error es más costoso que otro, y por tanto, debe evitarse¹²³. Esta misma valoración de la colectividad es aplicable a la determinación del estándar de condena penal.

Conforme a lo anterior en sede criminal se establece un estándar probatorio más alto que el exigido en sede civil, que la doctrina y la jurisprudencia equipara a la prueba más allá de toda duda razonable. Con ello, entre otras razones, se quiere mostrar que es preferible que existan inocentes culpables, que condenados inocentes¹²⁴. Es decir, con esta exigencia se quiere reducir al

123 LAUDAN, *Truth...*, ob.cit.,p. 65.

124 Sus antecedentes más remotos pueden situarse en el derecho romano. En el Digesto se afirmaba que “*nocentem absolvere satius est quam innocentem damnari*” (Decio). Es decir, que es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente. También que “*satius est, impunitum relinqui facinus nocentes, quam innocentem damnari*” (Ulpiano). O sea, que se debe optar por dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente. La doctrina ha entendido que en las Partidas (Partida Tercera, Título XIV, Ley I) también se hace referencia a ello en el siguiente sentido: “*E aún decimos que lo juzgadores todavía deben estar más inclinados e aparejados para quitar los hombre (sic) de pena que para condenarlos en los pleitos que claramente no pueden ser probados o que fueren dudosos*”. Cfr. ROMERO ARIAS, E., *La presunción de inocencia: estudio de algunas de las*

mínimo el margen de error, sobre todo en relación con sentencias condenatorias. Solo se admitiría, entonces, la presencia de “dudas irracionales”¹²⁵. En este sentido, el ordenamiento jurídico construye o aporta elementos para la configuración de lo que la doctrina ha denominado como “reglas de juicio”, e intenta asegurar la calidad epistémica del grado de confirmación de la hipótesis escogida o seleccionada como concurrente, de entre todas aquellas analizadas. Entre otras razones, porque es inherente a un proceso que tiene, entre otras finalidades, la búsqueda de la verdad, convivir con el inminente riesgo de error¹²⁶. Con todo ello, indirectamente, también se reparte el riesgo de decisiones erróneas en esta materia¹²⁷. Se asume socialmente preferible aceptar menos condenas falsas y más absoluciones erróneas¹²⁸. De esta forma, el beneficio de la duda se entrega al imputado, quién dispone de un elemento a su favor¹²⁹. Esta elección de la distribución del error en la aplicación de un proceso penal es una valoración política, que no tiene casi nada de razones técnico-procesales. Tampoco se nos pueden dar algunas luces

consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental. Pamplona, 1985, p. 18.

- 125 TARUFFO, M. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos.* Madrid/Barcelona, 2010, p. 249.
- 126 IACOBELLO, F., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione.* Milano, 1997, p. 26., considera que: “*Il processo ha una meta di verità, che persegue seguendo un sentiero impervio, costantemente fiancheggiato da un precipizio: l'errore.*”
- 127 STEIN, A., *Foundations of Evidence Law.* New York, 2005, p. 133, considera que: “*Allocation of the risk of error in fact-finding ought to be the principal objective of evidence law. As much as it matters how adjudicators decide cases, it matters how they allocate this risk.*” En el mismo sentido, TARUFFO, M., “Consideraciones sobre la prueba y motivación”, en ANDRÉS IBAÑEZ/CAUDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial.* Madrid, 2009, p. 35.
- 128 *Vid.*, FERRER BELTRÁN, J. *La valoración...*, ob.cit., p. 81.
- 129 En este sentido, LAUDAN, *Truth...*, ob.cit., p. 65 considera que: “*In the criminal context, when we set the bar of proof in a criminal trial higher than the preponderance of the evidence, we are saying that we intend to give the defendant the benefit of the doubt, because we think that falsely convicting the innocent is worse than falsely acquitting the guilty.*”

al respecto si recurrimos a las ciencias que tienen por objeto el estudio del conocimiento, como es el caso de la Epistemología. Resulta interesante anotar que esta última nada nos dice sobre qué tipo de grado debe tener la probabilidad de una hipótesis para considerarse verdadera o concurrente¹³⁰. Es decir, no nos señala cuál ha de ser el grado de veracidad que han de tener los enunciados probatorios para considerarlos cierto, y de esa forma sostener una condena penal. Probablemente, ello sea así porque el esquema epistemológico de valoración de la prueba es un sistema sintáctico de razonamiento donde las inferencias se realizan a través de relaciones lógicas estrictas¹³¹. Se afirma que la determinación de la exigencia de un estándar de prueba,—y, por tanto, el reparto del riesgo de error— ha de ser una decisión que se base en principios políticos y morales de relevancia, que reflejen las preferencias de la sociedad¹³². No debe olvidarse, aunque parezca obvio, que la imposición de un castigo causa un perjuicio para quién lo sufre. Por tanto, es una cuestión político-moral (en definitiva, de la Política criminal) determinar cuándo y en qué cantidad va a ser justificado imponer una sanción¹³³.

3.2.2. Seguridad epistémica de la decisión de condena (efecto positivo)

La existencia de un estándar probatorio más alto en sede penal puede justificarse en diversas razones. Estimo que

130 En este sentido, FERRER BELTRÁN, *La valoración...*, ob.cit., pp. 80 ss; STEIN, *Foundations...*, ob.cit., pp. 121, 122, 130.

131 En este sentido, CHENG. P./HOLYOAK, K. “Pragmatic reasoning schemas”, en *Cognitive Psychology* 17(4), 1985, p. 395. Los autores afirman que: “a syntactically based reasoning system tells us which inferences are valid, it does not tell us which inferences are useful among the potentially many that are valid.”

132 STEIN, *Foundations...*, ob.cit. p. 133; HO, *A philosophy...*, ob.cit. pp. 176 ss; TARUFFO, *La prueba...*, ob.cit., p. 112.

133 En este sentido, MACCORMICK, N., *Institutions of law: an essay in legal theory*. Oxford, 2007, p. 211. Sin embargo, debemos considerar que para este autor el derecho penal es constitutivo de una moral social por parte del

un fundamento directo se encuentra en la grave restricción de derechos que para el individuo supone la condena penal como para que alguien deba tolerarla por error¹³⁴. Esto mismo genera una necesidad de cautela ética de la decisión en relación con quién puede recibir el resultado más adverso¹³⁵. También, con ello, podría pensarse que se tutela la libertad del individuo¹³⁶. La ausencia de un estándar probatorio elevado en materia penal cuestiona el buen nombre del “inocente”, en cuanto la decisión adversa conlleva la restricción de varios beneficios otorgados a los ciudadanos¹³⁷. Por otro lado, esta necesidad de cautela ética de la decisión, indirectamente, se basa en el principio por el cual el Estado debe dar razones plausibles y justificadas del daño producido a sus ciudadanos¹³⁸.

En términos dogmático-penales, la consideración de *ultima ratio* del Derecho penal como “la” herramienta punitiva del Estado frente al individuo exige que la condena penal sea establecida con el menor margen de error posible¹³⁹. Por otro lado, a mi modo de ver, la justicia de la decisión jurisdiccional está

estado. En el original: “*In this sense, criminal law is always and inevitably expressive, or perhaps it would be better to say constitutive, of a prevailing social morality adopted and enforced by the state. Some even argue that it is the fact that some people violate the law and expose themselves to punishment that helps to build and sustain a kind of social solidarity*”. En especial *vid.*, *ibid*, p. 215 ss, capítulo 12.3.

134 En este sentido, TARUFFO, *La prueba...*, ob.cit.,p. 113, considera que en el estándar de prueba es más alto en el ámbito penal en cuanto en él intervienen garantías que no tienen correspondencia en el proceso civil.

135 HO, *A philosophy...*, ob.cit. p. 173.

136 FERRER BELTRÁN, *La valoración...*, ob.cit.,p. 48.

137 LAUDAN, *Truth...*, ob.cit. p. 69.

138 HO, *A philosophy...*, ob.cit., p. 173

139 En contra, FERRER BELTRÁN, *La valoración...*, ob.cit., p. 140, considera que, actualmente, la importancia relativa de los bienes cuyas consecuencias se discuten en sede penal no es suficiente para justificar un alto estándar en el enjuiciamiento penal, ya que también el proceso civil puede imponer sanciones pecuniarias asimilables a penas. Por otro lado, el recurso reiterado y sobredimensionado al Derecho penal ponen en duda su carácter de *ultima ratio*, lo que invariablemente aconsejaría quizás buscar los estándares de prueba en función de la gravedad de cada delito. Por mi parte, considero

condicionada, en parte, por la solidez del mensaje epistémico sobre el cual se basa¹⁴⁰, alejando a los ordenamientos jurídicos continentales de las tesis del *procedural justice*¹⁴¹. Ello no quiere decir que la configuración del proceso sea totalmente irrelevante para estos efectos, como ya he mencionado muchas veces. En este sentido, no solo precisamos de decisiones tomadas en un proceso, sino de resoluciones justas, y la justicia sustancial de la resolución requiere la verdad de los hechos sobre los cuales se basa¹⁴². Ello, en cuanto la sociedad que recibe el mensaje de la condena penal no solo está interesada en condenas justas, sino también en aquellas que sean percibidas como justas¹⁴³. Como ya se ha puesto de manifiesto por algunos, el proceso penal po-

que las alegaciones de este autor son correctas y reales, más, sin embargo, nunca el proceso civil podrá aplicar como sanción una pena privativa de libertad, a diferencia de lo que sucede en materia penal. Por otro lado, la justificación de la diversidad de estándares también puede encontrarse en los diversos efectos que posee la aplicación de una pena penal en relación con una medida civil, sobretodo, relacionado con la motivación de las conductas. En este sentido, puede verse la explicación que de ello ofrece HO, *A philosophy...*, ob.cit., pp. 213 ss.

- 140 En este sentido, TARUFFO, *Simplemente...*, ob.cit., p. 123, considera que "...si una cultura social incluye entre sus valores a la justicia de las decisiones, entonces probablemente se inclinará a preferir procedimientos que pretendan alcanzar decisiones justas y que estén diseñados funcionalmente para alcanzar ese fin. Esto no le restaría relevancia a la dimensión ritual del procedimiento, pero, con toda probabilidad, se trataría de un rito diferente, que sería evaluado también por su capacidad de producir decisiones bien fundadas y no sólo por su capacidad de enviar mensajes culturalmente reconfortantes".
- 141 Una explicación resumida de la corriente del *procedural justice* puede verse en TARUFFO, *Simplemente...*, ob.cit., p. 117 ss.; También en el ámbito anglosajón algunos autores apoyan que el proceso no es solo expresión de *procedural justice*, vid., HO, *A philosophy...*, ob.cit. p. 65.
- 142 En este sentido, HAACK, S., "Of Truth, in Science and in Law", en *Brooklyn Law Review*, Vol. 73, 2007-2008, p. 986 ss; LA MISMA, "Epistemology legalized: or, Truth, Justice, and the american way", en *The American Journal of Jurisprudence*, (43), 2004, p. 43. En el mismo sentido, FERRER BELTRÁN, *La valoración...*, ob.cit., p. 82; TARUFFO, *Consideraciones...*, ob.cit., p. 28.
- 143 BIBAS, S., *The Machinery of Criminal Justice*. New York, 2010, p. 64.

see una función comunicativa facilitadora de contactos sociales, de acuerdo a la teoría de los sistemas. En efecto, pone de manifiesto tanto el desvalor que supone la infracción de la norma como el valor y el carácter obligatorio de la norma infringida¹⁴⁴. Sin embargo, desde el punto de vista epistemológico, puede ser cuestionable que el proceso penal sea un buen vehículo para la búsqueda de la verdad general, aunque parezca paradójico y como ya he mencionado. Un estándar de prueba más exigente puede hacer más alto el riesgo de absoluciones falsas¹⁴⁵. Aun con ello, el cuestionamiento de la potencialidad epistémica del proceso penal precisamente refuerza su finalidad de búsqueda de la verdad. Las críticas a esta finalidad solo son inteligibles en cuanto el proceso penal tenga una función epistémica¹⁴⁶.

Por otro lado, la búsqueda de la verdad es un objetivo primario del proceso, pero no el único. Quién puede reconocer esto también puede admitir la existencia de valores colaterales¹⁴⁷. Para mí, la sentencia penal requiere o precisa de una calidad epistémica “cualificada” para dar curso a la consecuencia penal.

144 BOTTKE, “La actual...”, ob.cit., p.43

145 LAUDAN, *Truth...*, ob.cit, p. 70, considera que: “*Their very occurrence shows that the justice system is failing as a device for finding out the truth and for ensuring that those who commit crimes pay for their misdeeds*”. En el mismo sentido, FERRER BELTRÁN, *La valoración...*, ob.cit., p. 143, considera que a medida que hacemos más exigente un estándar de prueba aumenta los falsos negativos y disminuyen los falsos positivos. De la misma forma, *vid.*, HO, *A philosophy...*, ob. cit. p 175.

146 En este sentido, HO, *A philosophy...*, ob.cit., p. 54.

147 En este sentido, HO, *A philosophy...*, ob. cit. p. 70, sostiene que: “*The claim, it should be noted, is that a primary aim of the trial is the ascertainment of truth. One who makes this claim may yet acknowledge, if not insist, that other values (those ‘external to proof’ or, as it is sometimes called, ‘collateral values’) and, in a criminal case, rights of the accused, have to be respected in pursuing that end.*” En el mismo sentido GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, ob.cit., p. 119: “(...) puede decirse que lo que singulariza el modelo judicial de fijación de los hechos es la necesidad de cohonestar el objetivo principal de «búsqueda de la verdad» con la «garantía de otros valores», lo que eventualmente puede mermar la consecución de aquel objetivo”.

De esta forma se refuerza el carácter excepcional del ejercicio del *ius puniendi*, no solamente al interior del sistema jurídico, sino también ante la colectividad. En este sentido, un estándar de prueba exigente, como el penal a diferencia del civil, puede ser entendido como una obligación de precaución elevada (“*caution*”) acerca de la decisión. Incluso, esta precaución (“*standars of caution*”) puede ser variable y proporcional a la gravedad de la consecuencia, como ha sido entendido por Ho¹⁴⁸. De esta forma, también, el proceso penal sirve para poner en escena ciertos derechos fundamentales, como la presunción de inocencia. La anterior funcionalidad ha servido para atribuir al proceso penal la calidad de elemento de medición de la operatividad de los derechos fundamentales de los individuos¹⁴⁹. La labor de configuración recíproca entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal también incluye la posibilidad que el proceso penal sea un medio para compensar el déficit de la protección de las garantías del Derecho penal¹⁵⁰, como he tratado de justificar en los primeros apartados de este trabajo.

En otro sentido, la existencia de un estándar de prueba más exigente en sede penal también puede servir para compen-

148 HO, *A philosophy...*, ob.cit., p. 186 ss, para quien el estándar de prueba penal debe ser entendido sólo como estándar de precaución en la decisión (“*standars of caution*”). De esta forma el autor sugiere que el juez debería tener una actitud de protección respecto del acusado, en el sentido de estar más dispuesto a rechazar la prueba inculpatoria que la exculpatoria. Cfr. *Ibid.*, pp. 226 s.

149 ROXIN, *Derecho procesal...*, ob.cit., p. 10.

150 En este sentido, LORCA NAVARRETE, A. /LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Tratado de Derecho procesal penal*. 6ª edición. San Sebastián, 2002, p. 2, afirman que el proceso penal no es un instrumento de represión sino de garantía, en el sentido de que el proceso penal desea hacer frente a la aplicación patológica de la norma jurídica cuestionada a través de un sistema de garantías sustantivo y autónomo. Agregan que “De ahí que también el proceso penal sea el derecho que se trate de poner remedio a la patología jurídica. Pero no desde una propuesta instrumental o propia de un subsistema cuanto más exactamente mediante la aplicación de un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias”.

sar los déficits estructurales del mismo proceso penal. En efecto, para nadie resulta sorprendente describir el proceso penal como una relación asimétrica entre todos los intervinientes, con todas las consecuencias que se pueden desprender de ello¹⁵¹. Si solo reparamos en el imputado y la parte acusadora, veremos que esta última posee una gran cantidad de ventajas “probatorias” por sobre el acusado. El trabajo diario de jueces de instrucción o de quién corresponda estar a cargo de la obtención de antecedentes del caso es llevar adelante persecuciones penales o, incluso, investigaciones. Sin embargo, el imputado se enfrentará a un procedimiento penal, presumiblemente, en un número limitado de veces. Por otro lado, la parte acusadora cuenta con una serie de medios y organización estructural adecuada para llevar adelante el fin de la persecución. Es particularmente visible esta relación asimétrica o desproporcionada entre el imputado y el juez de instrucción en la etapa de investigación. Esto no sería más que una anécdota si la etapa preliminar no tuviera la importancia que hoy reviste para la sentencia penal. Desde esta perspectiva, entonces, esta relación asimétrica se hace simétrica en cuanto el imputado cuenta con un derecho a la presunción de inocencia, pero la parte acusadora no cuenta con un derecho correlativo a la condena¹⁵². Esto mismo hace que, desde el punto de vista estructural, el proceso penal sea muy diverso al proceso civil.

151 *Vid.*, por ejemplo, DWORKIN, R., “Hard case”, en *Harv.L.Rev.* 88, 1975, p. 1077.

152 *Ibid.*: “*This is an appropriate point to notice a certain limitation of the rights thesis. It holds in standard civil cases, when the ruling assumption is that one of the parties has a right to win; but it holds only asymmetrically when that assumption cannot be made. The accused in a criminal case has a right to a decision in his favor if he is innocent, but the state has no parallel right to a conviction if he is guilty. The court may therefore find in favor of the accused, in some hard case testing rules of evidence, for example, on an argument of policy that does not suppose that the accused has any right to be acquitted... I mean only to point out how the geometry of a criminal prosecution, which does not set opposing rights in a case against one another, differs from the standard civil case in which the rights thesis holds symmetrically*”.

La exigencia elevada de suficiencia del estándar de prueba penal legítima al proceso penal como medio de corroboración de las hipótesis, en el sentido que una hipótesis condenatoria acogida que cumpla con este estándar tendrá un alto grado de probabilidad de ser efectiva en la realidad de los hechos. De esta forma, la exigencia penal de estándar de prueba se traduce, indirectamente, en la exigencia de precisión de sus conclusiones. Con ello se hace posible un control intersubjetivo¹⁵³ que repercutirá en la validez de la decisión. En este sentido es importante destacar que la exigencia de la racionalidad y calidad epistémica de la decisión penal son condiciones necesarias para que pueda operar con todas sus funcionalidades la publicidad del proceso penal. Esto último, tanto como una garantía para el imputado como una forma de legitimar el ejercicio del poder punitivo a través de la publicidad del mal causado¹⁵⁴. Ello, indirectamente influye en la confianza pública y fe que se tenga en el sistema de enjuiciamiento criminal como medios que condicionan la legitimidad democrática de la ley y su fuerza moral¹⁵⁵.

Con todo lo anterior también se contribuye al proceso de motivación de la conducta que la norma aplicada es capaz de producir¹⁵⁶. En efecto, con el aseguramiento de la calidad epistémica de la decisión judicial se pueden reforzar ciertas funciones de la pena, como la prevención general. Ello, en cuanto el individuo sabe que la amenaza penal, aunque excepcional, no es incierta¹⁵⁷. De esta forma, se muestra que el Estado posee los canales adecuados para legitimar,— incluso en contra del individuo—, la imposición de una pena por la realización de un acto

153 FERRER BELTRÁN, *La valoración...*, ob.cit., p. 146.

154 MACCORMICK, *Institutions...*, cit. p. 212

155 BIBAS, *The Machinery...*, ob. cit., p. 64.

156 Cfr. FERRER BELTRÁN, *La valoración...*, ob.cit., pp. 37, 82.

157 En este sentido, BOTTKE, “La actual...”, ob.cit., p.65., quien considera que: “Un proceso penal conforme a la constitución penal presta su servicio preventivo-asociativo a la libertad en la medida que reacciona, con una frecuencia suficiente, frente a sospechas iniciales que se presentan en la forma de hechos concretos, las esclarece, descubre al competente del hecho y determina consecuencias de carácter procesal lo suficientemente gravosas”.

penalmente reprochable¹⁵⁸. Por otro lado, *a contrario sensu*, el castigo de los que son efectivamente culpables refuerza la virtud colectiva de la inocencia¹⁵⁹.

En definitiva, la exigencia de un alto estándar de prueba penal, si bien puede generar un mayor riesgo de absoluciones falsas, por contra, fija un alto grado de fiabilidad de la decisión condenatoria. Y este efecto es necesario para considerar de “justicia”, en el sentido amplio del término, la imposición de una restricción de libertad tan intensa como lo es la pena de los delitos como ejercicio del *ius puniendi*.

4. Palabras finales

Con todas las consideraciones que he desarrollado en este trabajo solo he querido mostrar que el proceso penal puede servir como una herramienta político-criminal. Esto, desde otra perspectiva, fomenta la búsqueda de nuevos elementos de construcción de un discurso valorativo al interior del Derecho procesal penal. También, muestra como la visión instrumental del proceso penal respecto de la norma penal queda superada como aspecto esencial que muestre los aspectos nucleares del enjuiciamiento penal. Este trabajo ha sido solo un ejercicio respecto a diversos tópicos que muestran la vinculación del proceso penal con decisiones políticas, pero bajo ningún punto pueden considerarse las únicas muestras de este fenómeno.

158 En este sentido, por ejemplo, *ibid.*, p. 82, considera que: “Sólo si las consecuencias jurídicas previstas por el derecho para acciones determinadas se aplican efectivamente a esas acciones (idealmente siempre a esas acciones y nunca a otras), los ciudadanos tendrán motivos para actuar conforme a lo prescrito por el derecho y éste podrá cumplir su función de mecanismo de resolución de conflictos”.

159 MACCORMICK, *Institutions...*, ob.cit., p. 211.