

Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad

FÉLIX MARÍA PEDREIRA GONZÁLEZ

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La cuestión de la delimitación entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal constituye, todavía hoy, un problema abierto en el seno de la doctrina científica. Más allá de la autonomía académica de estas disciplinas, a dicha cuestión se le suelen asociar importantes consecuencias prácticas, entre las que puede destacarse la aplicación o no de la prohibición de retroactividad, que fue uno de los problemas planteados con ocasión de la prescripción de los atroces crímenes del nacionalsocialismo alemán (1), lo que quizá

(1) El problema que se ha suscitado en Alemania es la enorme influencia de esta cuestión en la persecución y el castigo de los crímenes del nacionalsocialismo, de la que la doctrina penal y procesal posiblemente no ha podido sustraerse. Con el fin de evitar la prescripción de dichos crímenes, a partir de los años sesenta comienzan a dictarse disposiciones, en un principio retrasando el comienzo de los plazos de prescripción y finalmente declarando la imprescriptibilidad, señalándose su aplicación retroactiva. Ello se lleva a cabo, entre otras cuestiones, con base en la naturaleza procesal de la prescripción y bajo la consideración de que dicha teoría permite la aplicación retroactiva de los plazos prescriptivos en perjuicio del reo. Parece que ha sido la pretensión de justificar esta forma de actuar del legislador frente una situación, sin duda excepcional y gravísima, lo que ha determinado el abandono casi absoluto en Alemania de la teoría sustantiva de la prescripción, muy bien acogida, sin embargo, con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial. El pro-

explique que a partir de un determinado momento la problemática teórica que se encuentra detrás, lejos de haber sido aclarada en Alemania, haya sido oscurecida. Esta misma cuestión, con el consiguiente oscurecimiento, se ha suscitado en España a raíz del polémico Auto de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2008, dictado por el Juez Baltasar Garzón, en el que se declara competente para conocer de presuntos delitos de detención ilegal cometidos a partir de 1936, durante los años de la Guerra civil española y los siguientes de la posguerra. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, resulta obvio que estos hechos, además de estar afectados por la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977, que habría extinguido la posible responsabilidad criminal, no «siguen cometándose en la actualidad, dada su naturaleza de delitos permanentes» (como señala el mencionado Juez), pues es evidente que no perdura hoy día el mantenimiento de una situación antijurídica prolongada en el tiempo por voluntad del autor, de manera que, a nuestro juicio, sólo puede tratarse de una retroactividad de la ley penal desfavorable más o menos encubierta, prohibida por el principio de legalidad en

blema ha reaparecido después de la unificación alemana, con motivo de la persecución de los crímenes cometidos en la antigua República Democrática, cuando han entrado en colisión las normas del Estado suprimido y las de la República Federal (cfr. «KG, Verfolgungsverjährung für DDR-Alttaaten», en *NSiZ*, 5, 1993, pp. 240 ss.; véase, igualmente, BREYMANN, K., «Zur Auslegung der Verjährungsregelung in Art. 315 a EGStGB», en *NSiZ*, 1991, pp. 463 ss.; BURIAN, P. «Verjährung und Vertrauensschutz», en *GA*, 1997, pp. 162 ss.; CRAMER, S., «Anmerkung zum Verjährungsgesetz», en *NSiZ*, 1995, pp. 114 ss.; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 47.^a edición, München, 1995, pp. 593 ss.; GRÜNWALD, G., «Zur Frage des Ruhens der Verjährung von DDR-Straftaten», en *StVert*, 1992, pp. 333 ss.; KÜPPER, G./WILMS, H., «Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes», en *ZRP*, 1992, pp. 91 ss.; LEMKE, M./HETTINGER, R., «Zur Verjährung von in der ehemaligen DDR begangenen Straftaten und den Möglichkeiten des Gesetzgebers», en *NSiZ*, 1992, pp. 21 ss.; LETZGUS, K., «Unterbrechung, Ruhen und Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen für im Beitrittsgebiet begangene Straftaten», en *NSiZ*, 1994, pp. 57 ss.; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 29 Lfg, 7.^a edición (Oktober 1998), pp. 6 a 9; SCHMIDT, K., «Verjährungsprobleme bei Straftaten der Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit der ehemaligen DDR», en *NSiZ*, 6, 1995, en particular, p. 264; SCHROEDER, F. C., «Zur Verjährung von SED-Unrechttaten», en *ZRP*, 1993, pp. 244 ss.; STREE, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25.^a edición, München, 1997, p. 922; STREE/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.^a edición, München, 2001, p. 1027; WEBER, K., «Die Verfolgung des SED-Unrechts in den neuen Ländern», en *GA*, 1993, pp. 195 ss.; WIDMAIER, G., «Verhandlungs- und Verteidigungsfähigkeit- Verjährung und Strafmaß (Zu den Entscheidungen des BGH und des BVerfG im Revisionsverfahren gegen Erich Mielke)», en *NSiZ*, 8, 1995, pp. 365 ss., entre otros).

materia penal, como tendremos ocasión de observar detenidamente más adelante (2).

No obstante, la problemática de la delimitación entre el Derecho penal y procesal, a pesar de ser uno de los primeros aspectos que debiera ser abordado al aproximarse a estas disciplinas (concepto y delimitación con respecto a otras ramas jurídicas), no ha sido tratado con la debida profundidad en nuestro país, en el que, con alguna excepción significativa, los autores se han limitado a hacer afirmaciones genéricas, sin ofrecer ni siquiera un criterio elemental para distinguir, aunque sea por aproximación, las cuestiones penales y las procesales, cuando no se han importado, de un modo más o menos acrítico, teorías que posiblemente no hayan tenido como finalidad primordial aclarar la cuestión.

Ya Hilde Kaufmann, antes de que el problema de la irretroactividad de los plazos de prescripción para los crímenes del nacionalsocialismo se plantease en toda su crudeza en Alemania, escribió una excelente monografía, que no ha sido valorada como merece, en la que se propuso firmemente, y en gran medida lo consiguió, clarificar la problemática de la delimitación entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal (3). Vaya este artículo, también, como un homenaje a esta autora y a su magnífica aportación en esta materia. Para tratar de aclarar la frontera entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal, H. Kaufmann busca el origen de esta confusión, analizando en profundidad la evolución histórica de los conceptos de acción y pretensión, y valorando las soluciones que se han propuesto para el deslinde entre el Derecho material y el Derecho procesal. A lo largo de su investigación comprueba que hasta mediados del siglo XIX el Derecho civil material y el Derecho civil procesal se hallaban entremezclados. La doctrina del Derecho común, siguiendo el concepto romano de la *actio*, concebía el derecho a la acción como algo que aparecía cuando el derecho material era lesionado, como una mera metamorfosis del Derecho material, sin efectuar ninguna delimitación entre el Derecho material y procesal. Pero fue la gran aportación de Windscheid la separación entre los conceptos de pretensión, perteneciente al Derecho material, y la acción, perteneciente al Derecho procesal. Con ello, el concepto de acción cayó en el olvido en el ámbito del Derecho civil sustantivo. Por otra parte, si bien de forma coherente

(2) En este sentido ya se ha manifestado, con acierto desde nuestro punto de vista, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Es un error», en *elcorreodigital*, 20 de octubre de 2008 y «El error de Garzón», en *laverdad.es*, 21 de octubre de 2008.

(3) KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, Göttingen, 1968.

con lo anterior, fue abandonado en este ámbito el concepto tradicional de la excepción («*Exzeption*»), que, apoyado igualmente en la *exceptio* romana, no distinguía entre las excepciones de carácter material y procesal. Aquí Windscheid inició la sustitución de las antiguas excepciones («*Exzeptionen*»), separando las de naturaleza material e integrándolas en los conceptos de excepción («*Einrede*») y objeción («*Einwendung*»). Por su parte, Büllow llevó a cabo una tarea paralela en cuanto a las excepciones de carácter procesal, dotando de autonomía a los presupuestos procesales («*Prozeßvoraussetzungen*»). Por lo tanto, a través de estas esenciales aportaciones, frente los conceptos tradicionales y omnicomprendivos de acción y excepción, se sientan las bases para la distinción entre las excepciones de Derecho material, por un lado, y los presupuestos procesales, por otro. Con ello, por primera vez, comienzan a delimitarse el Derecho civil material y el procesal (4).

Esta evolución desde el pensamiento de las acciones al pensamiento de las pretensiones que, de la mano del propio Windscheid, fue trasladada coherentemente al Derecho penal privado, sustituyendo los antiguos conceptos de *actio* y *exceptio* por los de pretensión penal y excepción frente a dicha pretensión, sin embargo, no fue entendida correctamente en el Derecho penal público. Aunque en este último ámbito se acogieron los conceptos de pretensión penal y presupuesto procesal, no se tuvo en cuenta que paralelamente debían abandonarse los antiguos conceptos de la *actio* y la *exceptio*. A ello se añade que no se configuró una categoría autónoma para deslindar y albergar las excepciones de carácter material, sino que más bien se vino arrasando el antiguo concepto de la *exceptio*, que comprendía a las excepciones materiales y procesales. A juicio de H. Kaufmann, el desconocimiento de la historia de estos conceptos y de su deficiente desarrollo dogmático en el ámbito penal está en el origen de que todos los intentos posteriores de solucionar el problema de delimitación hayan fracasado y tengan que fracasar (5). Sin embargo, desde mi punto de vista, si bien puede aceptarse que un principio surgiera esta confusión en algunos autores, resulta un tanto exagerado atribuir este desconocimiento de los conceptos a todos los que posteriormente han abordado la problemática de la delimitación y ver en ello el origen de que sus propuestas sean erróneas. De hecho ya el propio Beling, al que la mencionada autora cita como máximo exponente de una de las

(4) Cfr., especialmente, KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., pp. 9 ss.

(5) KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 175.

etapas de este deficiente desarrollo (6), manifiesta, como tendremos ocasión de observar más adelante, un correcto conocimiento de la problemática, proponiendo un criterio de delimitación que comparte su esencia con la fórmula de solución de H. Kaufmann. Pero antes de ello, se expondrán las principales teorías que se han ensayado sobre la delimitación entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal.

2. TEORÍAS NEGATIVAS

En ocasiones se ha considerado que el Derecho material y el Derecho procesal conforman una unidad indisoluble, lo que trae como consecuencia, lógicamente, la imposibilidad de efectuar una delimitación entre ambas disciplinas jurídicas. En este sentido destaca la teoría de Binder, que puede ser resumida de la siguiente forma: «el derecho privado subjetivo no es más que la afectación de un supuesto de hecho de determinada naturaleza por una norma de Derecho privado o por una serie de normas de Derecho privado. Esta relación puramente lógica se concibe como algo que es, capaz de existir en el sentido real de la palabra; se “sustancializa” esta relación, y sólo bajo el presupuesto de esta sustancialización tiene algún sentido hablar de la “protección” de tal relación. Con ello se separa, precisamente, el derecho sustancializado del ordenamiento jurídico, considerándolo como algo existente en sí, para posteriormente ponerlo de nuevo en relación con el ordenamiento jurídico, al ser puesto bajo “protección”. Sin embargo, si disolvemos esta sustancialización y si reconstruimos el carácter lógico de la relación que llamamos un derecho, entonces parece lógico, a todas luces, que no tendría ningún sentido poner esta relación bajo una determinada y accesoria protección jurídica, dado que ella, esto es, la afectación normativo-jurídica de un determinado supuesto de hecho sólo puede tener sentido para el proceso». «En realidad, siempre los derechos sólo “existen” en nuestra imaginación... el fin único del proceso es... despertar en el Juez esta imaginación». «Probar el derecho significa, por lo tanto, probar algo completamente distinto que la existencia de un fragmento cualquiera de naturaleza empírica... Yo pruebo mi derecho al exponer determinados hechos que alego como existentes en mi pasado, al introducirlos en la convicción del Juez y, al mismo tiempo, al alegar su subsumibilidad». «Subsumible es el supuesto de hecho siempre bajo la condición de su alegación en

(6) KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 174.

el proceso; si se carece de ella, entonces pierde necesariamente su “afectación normativo-jurídica». Por lo tanto, «no tiene ningún sentido imaginar el derecho como existente con independencia de esta convicción o imaginación sólo susceptibles de ser despertadas a través del proceso». «Cada relación jurídica tiene una existencia más o menos problemática y muere con los testigos que debían y podían probarla». «El derecho de exigir algo de otro (consiste precisamente en) que la exigencia puede materializarse por medio de la acción y de la ejecución». Con estas tesis no se pretende sostener «que el Derecho material sólo se produciría en el proceso..., antes bien, en el proceso “se hace valer la alegada pretensión material extraprocesal». A través de la sentencia, el derecho sale «del molde de lo hipotético para entrar en el de la categoría de lo real» (7).

La principal objeción que se ha formulado a la teoría de Binder es que, a pesar de sus esfuerzos, no puede evitar aceptar la preexistencia de la situación jurídica material, esto es, no niega que existe una afectación normativa previa e independiente del proceso (8). Asimismo, se afirma que no es cierto que el hecho pierda su subsumibilidad por no ser subsumido en la práctica (9). Por otra parte, se reprocha a Binder que con su planteamiento no ha conseguido ofrecer una solución práctica a la relación entre Derecho material y formal, como lo evidencia el problema del fallo erróneo, el análisis de las pruebas, etc. (10). Tales críticas, a mi juicio, son plenamente aceptables. Binder, en el afán de negarle toda relevancia a la afectación normativa previa y a pesar de medir cuidadosamente sus palabras, no puede evitar el caer en la contradicción. Sin negar la existencia de dicha afectación normativa, por un lado, afirma que ésta carece de relevancia para el proceso, hasta el punto de señalar que los derechos sólo existen en nuestra imaginación y que lo único relevante a estos efectos es la convicción del juez. Sin embargo, por otra parte, expresa que con ello no se pretende postular que el derecho material se crea sólo en el proceso, sino que más bien en el proceso se hace válida la pretensión extraprocesal y material establecida. Quizá el autor deseaba mantener una teoría ecléctica, pero, al menos a nuestro juicio, ambas cosas no son compatibles: o la previa situación material tiene relevan-

(7) BINDER, J., *Proceß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzenspruch*, Leipzig, 1927 (este resumen de la monografía de Binder ha sido tomado de KAUFMANN, H., *Strafanspruch Strafklagrecht*, ob. cit., pp. 4 y 5).

(8) Cfr., en este sentido, GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, Navarra, 2001, p. 50; KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 6.

(9) *Ibidem*.

(10) Cfr. KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., pp. 6 ss.

cia o no la tiene, en cuyo caso el derecho o potestad se crea en el proceso al margen dicha situación material.

El planteamiento de Binder conecta ineludiblemente con la problemática del valor constitutivo o declarativo de las resoluciones judiciales. Desde mi punto de vista, la decisión judicial no tiene, ni puede tener, un valor constitutivo ni de la responsabilidad, ni tampoco del derecho o potestad. Ello es tanto como decir que son los jueces los que crean los derechos y potestades, lo que a nuestro juicio no puede compartirse. Por una parte, esta postura no viene exigida por la presunción de inocencia, pues una cosa es que exista el derecho a ser tratado como inocente y otra bien distinta es que uno sea realmente inocente y que el Estado no tenga una potestad, tan sólo pendiente de declaración judicial, para imponer la pena. Desde el momento en que se comete el delito nace la responsabilidad y el derecho del Estado a imponer la pena, sin perjuicio de que dicha potestad, que ya existe, deba ser declarada en un proceso con las debidas garantías, con el objeto de evitar que las limitaciones de la justicia humana puedan conducir a la condena de un inocente. A la ausencia de necesidad de este enfoque puede añadirse que la adopción del mismo produce consecuencias inadmisibles, pues supone reconocer que los jueces, por virtud de sus resoluciones, pueden convertir en culpable al que no lo es y crear un derecho del Estado a castigarlo; ¿no es más conveniente y más acorde con las exigencias de la justicia material poder afirmar que existen errores judiciales (aunque no puedan acreditarse, lo que en cualquier caso constituye una cuestión distinta) en los que el Estado ha ejercido indebidamente una potestad que no le correspondía? Por lo menos para nosotros, aunque ello no tenga ninguna repercusión en la práctica, ambas soluciones no son equivalentes ni en teoría ni en justicia, por lo que nos reservamos la posibilidad de decir que los jueces pueden equivocarse y que el Estado en ocasiones ejerce indebidamente una potestad punitiva de la que carece, aunque se la haya reconocido un juez. Ello supone, como consecuencia necesaria, el rechazo a la tesis de Binder.

En un sentido similar a Binder se pronunció posteriormente Hellmuth Mayer, para quien la distinción que realiza la doctrina jurídica entre punibilidad y perseguibilidad «sólo tiene justificación parcialmente. El Derecho material y el Derecho procesal forman una unidad», pues «el Estado concede derechos precisamente al otorgar acciones y se atribuye una pretensión penal subjetiva al tomar para sí un derecho a la acción penal. Un Derecho penal sin derecho de acción penal carece de toda existencia jurídica, a lo que se añade que la impunidad en el caso de una querrela penal fallida o de una prescripción

acaecida descansa esencialmente en argumentos de Derecho material» (11). En otro lugar este autor, tras admitir igualmente que el derecho subjetivo del Estado tan sólo puede adquirir realidad por la vía del proceso, afirma que «antes y fuera del proceso no es posible, de forma objetiva, un juicio de culpabilidad o de inocencia. La pretensión penal no tiene el modo de existencia de una cosa corporal; sólo “existe” en la afectación normativo-jurídica (*Rechtsnormbetroffenheit*) de un complejo fáctico, y la sentencia sobre esta afectación normativo-jurídica la emite precisamente el ordenamiento jurídico por medio de la decisión judicial» (12). «La errónea concepción dualista del Derecho (estima) que la pretensión penal nace *ipso facto*. En realidad, sólo por el Derecho procesal nos enteramos de cuándo existe realmente una pretensión penal» (13).

Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, tampoco la tesis de Mayer niega la existencia de una afectación normativa previa e independiente del juicio sobre la misma (14). No obstante, este autor, aun reconociendo dicha afectación, parece que prefiere considerar que el derecho no nace hasta el momento del fallo judicial, aunque realmente no aporta ninguna razón de por qué lo prefiere. Con ello, esta teoría también conecta con la cuestión del carácter constitutivo o declarativo de las resoluciones judiciales, por lo que le son aplicables las críticas anteriormente expuestas.

Todavía existe otro argumento en contra de estas teorías pretendidamente omnicomprensivas y aplicables al ordenamiento jurídico en su conjunto. El propio H. Mayer, consciente de que uno de los ataques principales a su tesis podía venir desde una perspectiva global del ordenamiento jurídico, y más concretamente de la posibilidad del ejercicio de derechos al margen del proceso, afirma que la posibilidad de satisfacción extraprocesal en el ámbito del Derecho civil «no cambia en nada el hecho de que sin el proceso subyacente este ordenamiento jurídico material estaría privado de toda relevancia jurídica, aunque sea posible que por razones morales sea satisfecha la pretensión. En este último caso, sin embargo, opera el orden moral y no el orden jurídico» (15). A nuestro juicio, si ya es más que discutible el defender esta postura en materia penal, donde al no ser concebible el ejercicio de la

(11) MAYER, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit., pp. 346 y 347.

(12) MAYER, H., «Zum Aufbau des Strafprozesses», en *GS*, T. 104, 1934, p. 312.

(13) MAYER, H., «Zum Aufbau des Strafprozesses», ob. cit., p. 317.

(14) GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., p. 50; KAUFMANN, H. *Strafanspruch Strafklagrecht*, ob. cit., p. 4.

(15) MAYER, H., «Zum Aufbau des Strafprozesses», ob. cit., p. 311.

potestad punitiva al margen del proceso ello carece de repercusiones prácticas, pretender afirmar que en el ámbito privado no existen derechos con independencia del proceso resulta manifiestamente excesivo y desproporcionado, además de desnaturalizar la esencia del Derecho privado. Si prestamos una cantidad de dinero a alguien, por ejemplo, según el planteamiento de H. Mayer, no pensemos, ni mucho menos, que tenemos derecho alguno a que se nos devuelva; puede hacerlo el deudor facultativamente si por razones morales lo estima conveniente. En este ámbito la tesis, a todas luces, cae por sí sola.

Nadie pone en duda que el Derecho penal, en la medida en que sólo es realizable por medio del proceso, necesita del Derecho procesal penal. Pero ello no niega, en absoluto, ni la autonomía de ambas disciplinas, ni la posibilidad de separarlas con precisión (16). El propio H. Mayer, al tratar de la prescripción, no es capaz de eludir, ni siquiera de bordear, la distinción de ambos planos: «Desde el punto de vista procesal la prescripción elimina una peligrosa inseguridad jurídica. En múltiples ocasiones la persecución sería inejecutable, o sólo (realizable) con grandes dificultades, tras haber pasado mucho tiempo... A esto se añade, como aspecto de Derecho material, la eficacia expiatoria del tiempo. El tiempo, según un refrán, cura las heridas y regularmente convierte al autor, de modo que una pena demasiado tardía afectaría a una persona distinta del culpable en su momento» (17). De cualquier modo, y por las razones expuestas, no creemos que estas teorías constituyan ningún obstáculo que se oponga a la posibilidad de separar el Derecho material del Derecho procesal.

En los últimos años, desde una perspectiva diversa, y más concretamente desde una óptica funcional, comienza a extenderse la opinión de que no es posible separar el Derecho material del Derecho procesal. Esta conclusión se apoya en la idea, defendida por un sector de la doctrina alemana, de que existen instituciones del Derecho material y del Derecho procesal que son funcionalmente equivalentes. En esta línea de pensamiento Volk, apoyándose en Schmidhäuser y Krauss, mantiene que el fin del proceso se identifica, por una parte, con el aseguramiento de la paz jurídica entendida en términos normativos y, por otra, con la confirmación del Derecho penal: «El estado provo-

(16) Como pone de manifiesto GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «*conceptualmente*, Derecho penal y Derecho procesal se refieren a realidades autónomas», sin perjuicio de que el «Derecho Procesal existe para servir de cauce a la aplicación del Derecho Penal» y el «Derecho Penal necesita del Derecho Procesal para su realización» (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, 4.ª edición, Madrid, 2006, p. 122).

(17) MAYER, H., «Zum Aufbau des Strafprozesses», en *GS*, 1934, p. 353.

cado por el hecho delictivo –mantiene este autor– configura la perturbación» y «el proceso penal sirve al cese de la perturbación... Pero de ello no debe deducirse que la paz jurídica haya de entenderse solamente como estado empíricamente constatable, como un fenómeno sociopsicológico. Este concepto más bien ha de configurarse normativamente (aunque encuentre su correspondencia en acontecimientos observables), pues la ausencia de paz es provocada por una perturbación del ordenamiento jurídico y esta perturbación ha de localizarse, al igual que el ordenamiento jurídico, dentro de coordenadas normativas... Consideramos útil no nombrar únicamente a la paz jurídica como finalidad del proceso, sino adicionalmente referirnos a la confirmación del Derecho penal. En ello precisamente consiste la prestación que aporta el procedimiento. El estado que crea debe llamarse paz jurídica» (18).

El elemento de la confirmación del Derecho penal, continua Volk, «resalta, pues, el carácter instrumental del proceso penal. Con ello se consiguen dos cosas: Por un lado, esta explicación de la finalidad procesal conserva la unidad de la materia reguladora que es el Derecho criminal; esta referida a la intención misma del Derecho de regular comportamientos y controlar conductas... Pueden imaginarse unidos en la paz jurídica como imagen rectora normativa de la regulación de conflictos sociales. En este sentido puede decirse que la finalidad del proceso es la finalidad del Derecho. Pero la delimitación del fin propuesta aquí como base posibilita al mismo tiempo la valoración diferenciada del proceso como un elemento específico del aseguramiento de la paz jurídica. Esto se transmite por la referencia a la confirmación del ordenamiento jurídico...» (19). Partiendo de ello, Volk llega a su conocida conclusión de que los presupuestos procesales son «presupuestos tipificados del aseguramiento de la paz jurídica. Cuando éstos no concurren, no existe motivo alguno para la confirmación del ordenamiento penal» (20). Esta construcción, termina señalando el autor, «ni separa claramente los presupuestos procesales del Derecho material, ni por sí sola garantiza una delimitación inequívoca respecto de los preceptos que rigen el proceso... pues el fin del proceso no es sólo un concepto al que se refiere el Derecho procesal... sino también un concepto que conecta el Derecho procesal con el Derecho material» (21).

(18) VOLK, K., *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht*, Ebelsbach, 1978, pp. 200 y 201.

(19) VOLK, K., *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht...*, ob. cit., pp. 201 y 202.

(20) VOLK, K., *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht...*, ob. cit., p. 204.

(21) VOLK, K., *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht...*, ob. cit., p. 205. Dicho planteamiento también ha sido acogido por ROXIN, C., *Derecho penal, Parte General*,

Frente a ello, desde mi punto de vista, debe afirmarse que el fin del proceso no es el «aseguramiento de la paz jurídica» y la «confirmación del Derecho penal», sino la realización, con las debidas garantías, del Derecho material. Ello, generalmente, contribuirá al reforzamiento de sus efectos preventivos y demostrará la seriedad de la amenaza penal, pero no es éste el fin del proceso, sino que algunas ocasiones la decisión correcta (material y/o formalmente) generará alarma y perturbación social, y no por ello debe dejar de adoptarse. Por otra parte, si lo que se pretende por medio de este planteamiento es identificar el fin del proceso o del Derecho procesal con el fin del Derecho en general, es lógico que este enfoque no pueda resultar fructífero a efectos de delimitación. Desde el momento en que alguien, desde su propia perspectiva, atribuye como fin al proceso o al Derecho procesal lo que para él constituye también el fin del Derecho en general, la consecuencia lógica es la imposibilidad de separar el Derecho procesal, pero no ya respecto del Derecho penal material, sino de cualquier otra rama jurídica. De ser así, se habría incurrido en un error metodológico, consistente en identificar la parte con el todo y luego pretender separar la parte. Este enfoque, no es que tenga la ventaja de mantener la unidad del Derecho criminal, es que tiene el grave inconveniente, al menos a estos efectos, de imposibilitar la delimitación de las diferentes ramas jurídicas. Si lo que se desea es un enfoque fructífero debe atenderse, no a la función última del Derecho, sino a la finalidad inmediata y característica del proceso o del Derecho procesal, que no es otra, como ya se ha señalado, que la realización, con las debidas garantías, del Derecho material.

No obstante, tales ideas sobre la equivalencia funcional también comienzan a tener eco en nuestra doctrina, lo que, unido al rechazo de criterios de delimitación meramente formales, está conduciendo a algunos autores a negar la posibilidad de separar el Derecho material del Derecho procesal. Entre los que se han ocupado con mayor profundidad de la cuestión, García Pérez admite que existen una serie de instituciones en ambos campos del ordenamiento jurídico que son equivalentes, proponiendo que se piense en la idea, muy extendida, de evitar la intervención del Estado cuando en ciertos delitos contra la propiedad se ven implicadas personas unidas por una relación de parentesco (22). «La fórmula para alcanzar este objetivo –señala el mencionado autor– no es unívoca. Se puede optar, como hace el

tomo I, trad. Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 989 ss.

(22) GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 1997, p. 65.

Código Penal en el artículo 268, por la creación de una excusa absolutoria o, por el contrario, es posible hacer uso de un presupuesto procesal, exigiendo la previa denuncia del familiar afectado» (23). Este autor también propone el ejemplo de la delincuencia de escasa relevancia, en la que se han ofrecido propuestas diversas: «Desde el punto de vista material, se propone la exclusión de estas conductas de los tipos penales haciendo uso del principio de insignificancia, partiendo de que lo injusto ha de alcanzar una determinada gravedad para poder constituir injusto penal o convirtiendo estas conductas en infracciones administrativas. Desde la perspectiva procesal, se propone transformar los delitos de escasa relevancia en delitos perseguibles a instancia de parte» (24). Ello, unido al reconocimiento por parte de la doctrina de la existencia de circunstancias que tienen naturaleza mixta, lleva a este autor a señalar que existen bastantes razones que inducen a pensar que no es posible separar nítidamente el Derecho penal del Derecho procesal (25). Otros autores todavía llegan más allá, al señalar abiertamente que una y otra disciplina son inseparables, pues ambas pertenecen al poder punitivo del Estado, tienen el mismo objeto y están sujetas a ciertos principios materiales comunes, uno de los cuales es la necesidad de pena, de modo que el problema de la adscripción de la prescripción se desvanece en cuanto que da lo mismo decir que es de Derecho penal o procesal penal (26). Los dos ámbitos constituyen, pues, una unidad (27).

A mi juicio, en lo que se refiere a la concreta existencia de instituciones funcionalmente equivalentes en ambos campos del ordenamiento, tampoco esta afirmación resulta convincente. Al margen de aquellos autores que operan con el prejuicio de un criterio de delimitación formal, en los que dicha conclusión aparece como una consecuencia del criterio de separación adoptado, se propone pensar en las diferentes fórmulas para evitar la intervención del Estado en los delitos patrimoniales cometidos entre parientes, señalando que se puede optar por la creación de una excusa absolutoria o exigir la denuncia previa del familiar afectado. Sin embargo, no parece que pueda considerarse que ambas fórmulas son equivalentes desde el punto de vista

(23) GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, ob. cit, pp. 65 y 66.

(24) GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, ob. cit, p. 66.

(25) GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, ob. cit, p. 67.

(26) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.^a edición, Barcelona, 1994, p. 600; *vid.*, igualmente, BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉ, H., *Lecciones de Derecho penal*, tomo I, Madrid, 1997, p. 230; GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., p. 63.

(27) GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit, p. 63.

de su función, pues mientras en el primer caso el Estado renuncia incondicionalmente a la imposición de la pena, en el segundo, el Estado no renuncia al ejercicio de su potestad punitiva, sino que lo subordina a la decisión del pariente afectado, lo que supone un reconocimiento, desde la perspectiva de los fines de la pena, de que para el Estado la pena no ha dejado de ser necesaria y puede ser efectivamente impuesta.

Tampoco sería lo mismo, en estos casos, optar por una excusa absolutoria o por un impedimento de procedibilidad, como el previsto en el artículo 103 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal: «*Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí: 1.—Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por delito de bigamia. 2.—Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros.*» Dicho precepto tan sólo niega la legitimación para el ejercicio de la acción penal a determinados parientes, lo que no impide que la misma pueda ser ejercitada por otra persona debidamente legitimada y que dicho ejercicio desemboque en la imposición de la pena criminal (en el ámbito de nuestro ordenamiento ello sólo sería posible en aquellos supuestos no amparados simultáneamente por la excusa absolutoria del artículo 268 de Código Penal). Como puede verse, y por las mismas razones que en el supuesto anterior, tampoco en este caso es posible hablar de equivalencia funcional.

En cuanto al ejemplo de la delincuencia de escasa relevancia, a nuestro juicio, tampoco puede reputarse equivalente la exclusión de estas conductas de los tipos penales haciendo uso del principio de insignificancia o convirtiendo estas conductas en infracciones administrativas, con su transformación en delitos perseguibles a instancia de parte. Mientras que en el primer caso se considera que el hecho ni siquiera tiene la suficiente entidad para constituir una infracción penal, en el segundo se parte de la existencia de una infracción penal, en la que la pena puede llegar a ser impuesta si se ejercita la acción correspondiente. Ambos mecanismos, por lo tanto, son diferentes desde un punto de vista funcional: en el primero ni existe el presupuesto de la pena criminal; en el segundo, no sólo existe el presupuesto, sino que la pena puede llegar a imponerse.

Finalmente, por lo que se refiere a la afirmación, por lo demás no demostrada, de que ambas disciplinas constituyen una unidad, pues ambas pertenecen al poder punitivo del Estado, tienen el mismo objeto y están sujetas a «principios materiales comunes», uno de los cuales es la necesidad de pena, tampoco resulta convincente. En primer lugar,

el hecho de que ambas disciplinas tengan que ver con el poder punitivo y con la cuestión criminal, no es más que un argumento genérico que no impide, naturalmente, que cada una tenga su propio cometido, como reconocen la inmensa mayoría de los autores, incluso aquellos que niegan la posibilidad de delimitarlas con precisión. Mientras el Derecho penal material se ocupa de regular ese poder punitivo, el Derecho procesal penal regula el instrumento para hacerlo efectivo. Cosa distinta, y en esto sí están de acuerdo muchos autores, es que no sea posible delimitarlas con exactitud, afirmación que se realiza partiendo de que no tienen el mismo objeto y de que, en la mayoría de los casos, si es posible distinguir una cuestión material y una procesal. Si lo que se pretende afirmar es que el Derecho penal y el Derecho procesal penal son lo mismo, de tal forma que no es posible distinguir una cuestión material de una procesal, dicha afirmación es, a todas luces, excesiva. No obstante, si lo que se desea expresar es que su delimitación precisa no es posible, la aceptación o no de dicha afirmación queda pendiente del resultado de esta investigación. De cualquier modo, puede adelantarse ya que la aseveración de que el Derecho material y el Derecho procesal se hallan sujetos a «principios materiales comunes», a nuestro juicio, puede estar justificada si se acepta un criterio de delimitación esencialmente formal, como el criterio de la conexión con el acontecer del hecho, que ubica las instituciones en uno u otro sector al margen de su contenido, por virtud de un criterio de conexión temporal. Sin embargo, si no se admite un criterio de separación de este tipo, en principio, no hay necesidad de remitir al Derecho procesal penal cuestiones que se fundan en «principios materiales», como la necesidad de pena o su ausencia. Es decir, si no se admite un criterio de separación desconectado del contenido, no hay ninguna razón para ceder al Derecho procesal cuestiones que concurren al margen del proceso.

Por las razones expuestas, creemos que las teorías que niegan la posibilidad de separar el Derecho material del Derecho procesal no constituyen un obstáculo que impida el seguir adelante con esta investigación.

3. CRITERIOS FORMALES: LA TEORÍA DE LA CONEXIÓN CON EL HECHO

Esta teoría, a la que hemos calificado de formal, en la medida en que realiza la delimitación entre el Derecho material y el Derecho procesal al margen del contenido de los preceptos, fue introducida por

Gallas en la Gran Comisión de Derecho penal para la reforma del Código Penal alemán. Para dicho autor, únicamente desde el reconocimiento del principio *nulla poena sine lege*, es posible una separación más clara entre el Derecho material y formal. «Lo que ha de someterse, debido a su esencia, bajo la protección de este principio sería la condición de punibilidad y lo que no merezca esta protección apuntaría a ser un presupuesto procesal.» A continuación expresa lo que en su opinión debe caer bajo esta tutela: «Siempre que se trate de elementos que están relacionados de alguna manera con la valoración del hecho, es decir, que conciernan a las características que están en conexión con el hecho delictivo, rige la prohibición legal de *nulla poena sine lege*. Estos elementos, por lo tanto, tenemos que considerarlos como condiciones objetivas de punibilidad» (28).

A esta propuesta de solución, que parece guardar una estrecha relación con el intento de justificar la prolongación retroactiva de los plazos de prescripción (29), se adhieren posteriormente otros autores. Así, para Schmidhäuser, la condición objetiva de punibilidad se distingue del presupuesto procesal «en la medida en que dicha circunstancia tiene que estar dada en un contexto inmediato con la acción injusta... Este contexto inmediato, sin embargo, no ha de afirmarse solamente cuando se trata de una circunstancia que afecta al hecho en sí, sino también cuando se trata de un acontecimiento que ha de considerarse como resultado de la acción si la culpabilidad se refiriese a ella, pues extendemos el principio *nulla poena sine lege*, la prueba tasada y las demás reglas jurídicas arriba mencionadas dentro de las características del hecho típico, no sólo a la situación de la acción, sino (también) precisamente a un posible resultado de la acción que en ocasiones pueda producirse mucho más tarde» (30).

Esta perspectiva también ha sido adoptada por Stratenwerth, cuya tesis debe ser analizada cuidadosamente, pues su mayor exhaustividad, muy elogiada, permite poner de manifiesto ciertas cuestiones que consideramos esenciales a la hora de efectuar una valoración crí-

(28) GALLAS, W., en *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, tomo V, Bonn, 1958, p. 104.

(29) Cfr., KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., pp. 122 ss.

(30) SCHMIDHÄUSER, E., «Objektive Strafbarkeitsbedingungen», en *ZStW*, tomo 71, 1959, pp. 557 y 558. De ahí se deriva que, a juicio de este autor, la condición objetiva de punibilidad es aquella circunstancia necesaria para la fijación de una consecuencia jurídica penal que se encuentra de tal forma relacionada con el hecho injusto, estando fuera de los momentos típicos delictivos del injusto y de la culpabilidad, que su ausencia ya en el contexto inmediato con el hecho tiene definitivamente como consecuencia la impunidad del autor (cit, p. 558); cfr., del mismo autor, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1982, pp. 258 ss.

tica del criterio de la conexión con el hecho. A pesar de ello, trataremos de resumir la postura de este autor en sus afirmaciones más representativas, aunque no puede prescindirse del «iter» lógico por el que llega a dicha conclusión. Para Stratenwerth, las condiciones objetivas de punibilidad son presupuestos de la necesidad de pena y, en la medida en que para este autor la legitimación de la pena requiere, no sólo el merecimiento de la misma, sino también su necesidad, «tienen que pertenecer al grupo de causas de nacimiento de la pretensión punitiva. Para las condiciones de perseguibilidad permanecen, por lo tanto, solamente aquellas circunstancias de las cuales no se puede hacer depender el nacimiento de la pretensión penal, sino únicamente la ejecución de la misma. Naturalmente, en este sentido, tienen que ser determinantes razones materiales, ya se trate de intereses merecedores de tutela, como es el caso de la inmunidad de los parlamentarios, ya se trate de aspectos meramente finalistas, como es el caso de la garantía de reciprocidad, los cuales se oponen a la persecución penal, bien transitoria o permanentemente» (31).

Con ello –reconoce Stratenwerth– se plantea la pregunta de si también los obstáculos de perseguibilidad eliminan la exigencia penalizadora, con la cual la delimitación propuesta podría ser sometida a una duda fundamental: Las condiciones de las que depende, por un lado, la punibilidad y, por otro, la perseguibilidad se distinguirían entonces solamente en su función y no en sí mismas (32). Sin embargo, para este autor «las condiciones objetivas de punibilidad no representan meras ideas de finalidad o utilidad sino que reflejan una perturbación más seria del Ordenamiento jurídico o, si podemos decirlo, reflejan un mayor grado de contrariedad de este Ordenamiento jurídico» (33)... «Estas condiciones objetivas de punibilidad indican una cierta contrariedad con el orden jurídico, la cual fundamenta a su vez la necesidad de pena» (34).

Igualmente, afirma Stratenwerth que «aquellas características han de estar fuera de la conducta reprochable como tal, es decir, fuera de los momentos típicos delictivos del injusto y la culpabilidad. Además se muestra como esencial la conexión de las condiciones objetivas de punibilidad con el hecho injusto, llevada a cabo por Schmidhäuser. Pues que la contrariedad al ordenamiento jurídico solamente pueda descansar en las modalidades y consecuencias del hecho en sí, no

(31) STRATENWERTH, G., «Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959», en *ZStW*, tomo 71, 1959, pp. 572 ss.

(32) *Ibidem*.

(33) *Ibidem*.

(34) *Ibidem*.

tiene nada que ver con la cuestión de si la realización o ejecución de la pretensión penal afectaría a otros intereses merecedores de protección o sería inútil» (35).

Sin embargo, puntualiza el citado autor, hay que prevenir de un posible malentendido: «La exigencia de esta conexión inmediata no puede significar que las condiciones objetivas de punibilidad se presentan en todo caso como modalidades o consecuencias del hecho, sino solamente puede significar que tienen que formar presupuestos bajo los cuales se manifiesta el hecho a través de sus modalidades o consecuencias como contrario al ordenamiento jurídico. Finalmente surge una vez más la causa por la cual tiene que deducirse el carácter jurídico-material de las condiciones objetivas de punibilidad, rigiéndose, por ejemplo, por la prohibición de la retroactividad. Si nace el *ius puniendi* en la relación entre el Estado y el autor ello depende, no obstante, de la contrariedad de un comportamiento con el ordenamiento jurídico; sin embargo, *no puede* depender de circunstancias que son ajenas al hecho y a las consecuencias de éste sobre el ordenamiento jurídico. De ser así, sólo pueden ser considerados, más bien, presupuestos procesales» (36).

La teoría de la conexión con el hecho también ha sido acogida posteriormente por Roxin, para quien «la adscripción de un elemento al Derecho material no depende de que esté desligado del proceso, ni tampoco de su conexión con la culpabilidad, sino de su vinculación con el acontecer del hecho, solución fundada sobre todo por Gallas y Schmidhäuser... Tomando como base esta concepción y trasladándola a las causas de exclusión de la punibilidad, resulta que, p. ej., la garantía de reciprocidad [§ 104 a)] o la apertura del procedimiento concursal (§ 283 VI) son condiciones objetivas de punibilidad, y que la indemnidad (§ 36) es una causa de exclusión de la punibilidad; porque todas esas circunstancias pertenecen al complejo del hecho y a su enjuiciamiento desde el punto de vista jurídicopenal. Por el contrario, la querrela, prescripción, amnistía, indulto, etc., son presupuestos de procedibilidad, ya que se trata de sucesos situados totalmente fuera de lo que sucede en el hecho. Y también la inmunidad (art. 46 II GG), a diferencia de lo que sucede en la indemnidad (art. 46 I GG, § 36), es un presupuesto de procedibilidad, pues la punición depende una posterior decisión del Parlamento. Esta concepción es preferible, no sólo

(35) *Ibidem*.

(36) *Ibidem*. Otra opinión parece manifestar STRATENWERTH en su *Derecho penal. Parte General I*, trad. M. Cancio Meliá y M. A. Sancinetti, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 120 y 121, donde ya no conecta la cuestión de la necesidad de pena con el hecho.

porque elude las objeciones que se pueden hacer a las demás teorías, sino también por ser la que mejor se ajusta al artículo 103 II GG, que limita la prohibición de retroactividad al Derecho material. En efecto, las circunstancias que pertenecen al acontecer del hecho y de las que depende la punibilidad, han de caer bajo la protección del artículo 103 II GG porque el autor hace depender en su caso su actuación de la confianza en que concurran o no concurran esas circunstancias. Así p. ej., el orador parlamentario recurrirá sin temor a palabras fuertes si y porque sabe que le ampara la protección del § 36 y que posteriormente tampoco se le podrá privar de la misma. Pero nadie puede confiar en que no será castigado porque se va a producir la prescripción, no se va a presentar una querrela o se va a aprobar una amnistía; pues se trata de circunstancias de las que nada se puede afirmar en el momento del hecho y de las que nadie puede fiarse...» (37).

Entre nuestros autores, Martínez Pérez se ha adherido expresamente a la tesis de Stratenwerth, señalando que en «las condiciones de perseguibilidad, en efecto, a diferencia de las condiciones de punibilidad, no se produce la aludida inmediata vinculación con el hecho injusto y, si bien se fundamentan también en consideraciones político-criminales de variada procedencia, su verificación tampoco conlleva la comentada dosis de contrariedad al orden jurídico, puesto que su ratio se basa en determinadas razones utilitarias, que hacen conveniente la persecución procesal de una conducta delictiva que, de por sí, ya se estima oportuna... desde la perspectiva de los fines y funciones que tiene asignados el Derecho penal» (38).

El criterio de la conexión con hecho, sin embargo, a pesar de su frecuente formulación genérica, difícilmente aprehensible y escasamente fundamentada y explicada, no ha escapado a las críticas de la doctrina especializada.

Por una parte, resulta más que discutible que a través de este criterio pueda conseguirse justificar la prolongación retroactiva de los plazos de prescripción. Como ha puesto de manifiesto H. Kaufmann, «esta comprobación no es eludible por el hecho de que se declare la querrela penal y la prescripción como presupuestos procesales. Pues, presupuesto procesal o no, el hecho de que se reavive una punibilidad ya extinguida, no es algo que se pueda liquidar a través de ninguna determinación, sea como sea que esté configurada, sobre la naturaleza jurídica de la querrela penal y de la prescripción. Pero el problema no está restringido a los casos en los que se trata de la reactivación de una

(37) ROXIN, C., *Derecho penal, Parte General*, ob. cit., pp. 988 y 989.

(38) MARTINEZ PEREZ, C., *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1989, p. 102.

punibilidad ya extinguida. Se da también, si bien no con la misma intensidad, en la cuestión acerca de la admisibilidad de la modificación en perjuicio del autor *antes* de la expiración de la punibilidad, es decir, por ejemplo, en los supuestos de prolongación de los plazos de prescripción *antes* de su transcurso. Ello se puso de manifiesto en la discusión sobre la prolongación de la prescripción de los crímenes nacionalsocialistas. El posicionamiento con respecto a este problema hecho por los profesores de Derecho penal de Hamburgo y los asistentes se fundamenta, entre otros motivos, en que esta prolongación sería lícita por el hecho de que la regulación de la prescripción pertenece al Derecho procesal y no al Derecho material. Ahora bien, habría que darle la razón a Grünwald en que, con ello, no se ha decidido si el principio del «*nulla poena sine lege*» se opone a la prolongación; sin embargo, a la inversa, mientras se mantenga que el principio «*nulla poena sine lege*» regiría para todos los presupuestos de la pena jurídicomateriales, tanto negativos como positivos, está claro que, si se incardina la prescripción en el Derecho material, una prolongación tal sería ilícita. Precisamente en este debate se ha puesto de relieve, independientemente de la incardinación de la prescripción en el Derecho material o en el Derecho formal, que el alcance del principio «*nulla poena sine lege*» no está aclarado: mientras que Gallas, al manifestar su postura arriba citada, parece haber estado pensando en que *todo* el campo de los presupuestos de la pena materiales debiera someterse a la prohibición de retroactividad, todos aquellos que reconducen el principio «*nulla poena sine lege*» sólo al principio de la «protección de la confianza» tenían en su mente, al parecer, un círculo más limitado de los presupuestos de la pena. Pero entonces la propuesta de Gallas de determinar el límite entre Derecho material y Derecho formal con la ayuda del ámbito de aplicación de la regla «*nulla poena sine lege*» no es, por el momento, realizable...» (39).

En efecto, desde nuestro punto de vista, la afirmación de la naturaleza procesal de una norma o institución no permite extraer automáticamente la posibilidad de su aplicación retroactiva, sino que lo que procede en estos casos es examinar el fundamento y alcance del principio de irretroactividad. La pregunta de si un determinado principio resulta aplicable a una norma o institución sólo puede ser valorada en función de si su fundamento abarca o no a dicha norma o institución (40). En esta línea de pensamiento se ha manifestado Roxin, el

(39) Cfr., KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 123.

(40) Este planteamiento también ha sido defendido por ARNDT, A., «Umwelt und Recht», en *NJW*, 1961, p. 15; del mismo, «Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung», en *Gesammelte juristische Schriften*, C.H. Beck, München, 1976, pp. 305 ss.;

cual, si bien admite de forma acorde con la concepción tradicional que en el Derecho procesal no rige, en principio, la prohibición de retroactividad, señala a continuación que esta tesis sólo debe considerarse correcta «en cuanto a las normas relativas al transcurso del proceso» (41). En cambio, cuando se trata de presupuestos o impedimentos de procedibilidad, «lo que procede es examinar en el caso concreto hasta que punto el fin del artículo 103 II GG requiere su aplicación» (42).

BAUMANN, J., *Der Aufstand des schlechten Gewissens*, Bielefeld, 1965, p. 14; GRÜN WALD, G., «Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften», en *MDR*, 1965, p. 522; SCHREIBER, H. L., «Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte», en *ZStW*, tomo 80, 1968, p. 365; WILLMS, G., «Zur Frage rückwirkender Beseitigung der Verjährung», en *JZ*, 1969, p. 61; entre nuestros autores, BACIGALUPO, E., *Principios de derecho penal. Parte general*, 5.ª edición, Madrid, 1998, p. 83; del mismo, *Principios constitucionales de Derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 50.

(41) ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, tomo I, ob. cit., p. 164.

(42) ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, tomo I, ob. cit., pp. 164 y 165.

Aunque el punto de partida que ofrece este autor debe considerarse correcto, creemos que la conclusión a la que llega no puede compartirse. En este sentido, afirma que «es lícito prolongar o suprimir plazos de prescripción que aún no hayan transcurrido totalmente, como se ha hecho en el asesinato (§ 211) respecto de los delitos de sangre nacionalsocialistas; pues en este caso no entra en juego la idea básica del principio de legalidad: el ciudadano tiene derecho a saber si puede ser castigado y, en su caso, en qué medida, pero el sentido del principio de legalidad no es el de decirle por cuánto tiempo se tendrá que ocultar tras la comisión del hecho, para luego poder reaparecer a salvo. La protección de dicho cálculo no se puede deducir de las raíces del principio de legalidad (nm. 18 ss.), máxime teniendo en cuenta que al margen de ello ya la institución de la interrupción de la prescripción le impide al delincuente la expectativa de un tiempo de prescripción fijado de antemano». En sentido contrario, sin embargo, ARNDT, para quien la prohibición concerniente a los derechos fundamentales del artículo 103 II GG no puede eludirse en este caso, pues «el *ius puniendi* estatal, debido a la peligrosidad del poder enjuiciante, requiere una clara determinación de su contenido y alcance, y no puede ser potenciado retroactivamente ni siquiera a través de una extensión de su espacio temporal» («Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung», ob. cit., p. 308); BAUMANN, J., *Der Aufstand des schlechten Gewissens*, ob. cit., p. 16; BÖCKENFÖRDE, E. W., «Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Einführung der Unverjährbarkeit des Mordes», en *ZStW*, 1979, pp. 891 y 892; FREIHERR VON STACKELBERG, C., «Verjährung und Verwirkung des Rechts auf Strafverfolgung», en *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, p. 765; GRÜN WALD, G., «Zur verfassungsrechtlichen Problematik...», ob. cit., pp. 521 ss.; PAWLOWSKI, M., «Der Stand der rechtlichen Diskussion in der Frage der strafrechtlichen Verjährung», en *NJW*, 1969, pp. 594 ss.; SCHREIBER, H. L., «Zur Zulässigkeit...», ob. cit., p. 365 ss.; SCHÜNEMANN, B., «17 Thesen zum Problem der Mordverjährung», en *JR*, 1979, pp. 181 y 182; WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, 11.ª edición (2.ª edición castellana), trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Chile, 1976, pp. 41 ss. Aunque la problemática de fondo que se refleja en el texto resulta muy compleja, no puede dejarse de advertir los peligros que conlleva la generalización de la postura de Roxin a todos los supuestos. Con base en ella se le otorga al legislador la potestad de prolongar indefinidamente los plazos de prescripción e, incluso, de dictar leyes *ad hoc* cuando lo

La solución a este problema, por lo tanto, no puede obtenerse de forma intuitiva y automática de la naturaleza material o procesal de la prescripción, sino que depende del fundamento y alcance del principio de irretroactividad.

A tal efecto, algunos autores han reconducido el principio «*nulla poena sine lege*» únicamente al principio de la «protección de la confianza». Así, se ha argumentado que la idea fundamental de la prohibición de retroactividad residiría en que la ley penal también tiene la tarea de proporcionarle al ciudadano claridad de los actos que se consideran merecedores de pena y el ciudadano debe poder confiar en esas valoraciones. En cambio, la confianza del autor en que los plazos prescriptivos no serán prolongados con posterioridad no sería digna de protección. Al delincuente no se le concedería ningún derecho con base en el cual pueda confiar en que, transcurrido un período de tiempo, sus hechos ya no pueden dar lugar a responsabilidad (43). Sin embargo, desde mi punto de vista, ello constituye una fundamentación manifiestamente insuficiente para explicar el contenido y alcance de dicho principio (44). Esta concepción difícilmente puede explicar la prohibición de retroactividad más allá de los supuestos de

considere oportuno. Merece la pena, en este sentido, reflexionar sobre la conclusión que, en el año 1965, extrae GRÜNWALD: «Si el Tribunal Constitucional declarase, conforme a la concepción aquí defendida, la Ley sobre el cálculo de los plazos prescriptivos penales como inconstitucional es de esperar que nuestro pueblo comprenda el sentido de la cruz de tener que convivir con asesinatos y que sea consciente de la culpa de la sociedad que era portadora de ideologías desde las cuales han nacido las acciones de exterminio de los nacionalsocialistas frente a judíos, eslavos y gitanos. Si, por otro lado, no se acudiese ante el Tribunal Constitucional o si se considerase la Ley como conforme a la Constitución, queda por esperar que una cosa entre en la conciencia de nuestra comunidad jurídica: Que la extensión retroactiva del Derecho penal, que ha tenido que ser decidida en la situación única tras la disolución del Estado de injusto nacionalsocialista, permanezca en una medida única. Sería lamentable si naciera de la polémica sobre la cuestión de la prescripción como elemento permanente la idea de que el legislador puede dictar leyes penales retroactivas mientras con ello no lesione intereses de confianza dignos de protección» («Zur verfassungsrechtlichen Problematik...», ob. cit. p. 525).

(43) Cfr., en este sentido, BEMMANN, G., «Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung», *JS*, 1965, p. 339; CALVELLI-ADORNO, F., «Die Verlängerung der Verjährungsfrist für die Strafverfolgung von Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind», en *NJW*, 1965, 1. Halbband, p. 274; KLUG, U., «Die Verpflichtung des Rechtsstaats zur Verjährungsverlängerung», en *JZ*, 1965, p. 151; RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 29 Lfg, 7.^a edición (Oktobre 1998), pp. 2 y 3. En general, véase, GRÜNWALD, G., «Zur verfassungsrechtlichen Problematik...», ob. cit., p. 522.

(44) GRÜNWALD, G., «Zur verfassungsrechtlichen Problematik...», ob. cit., pp. 522 ss.; entre nuestros autores, véase, GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *Determinación del tiempo de comisión del delito*, Granada, 2002, pp. 184 ss.

nueva incriminación, ya que es incapaz de proporcionar una respuesta razonable a los supuestos de agravación posterior de la pena, a aquellas normas penales que no están dirigidas al ciudadano y, en general, a todos aquellos sectores carentes de normas primarias (45). Con ello no se pretende negar la relevancia de esa idea en el ámbito de la irretroactividad, sino tan sólo poner de manifiesto su insuficiencia. Para explicar razonablemente el alcance de la prohibición de retroactividad, y el aspecto de la seguridad jurídica que salvaguarda, resulta preciso acudir a la idea de objetividad y de interdicción de la arbitrariedad. Como afirma Grünwald, «la prohibición de retroactividad –en el alcance en que es reconocido–, sólo puede explicarse revelando (al lado de la idea de la confianza) otra idea fundamental: Por la prohibición de retroactividad se le impide al legislador establecer sus leyes bajo la impresión de hechos acaecidos y acomodar aquéllas a éstos» (46). Si se parte de esta idea fundamental es manifiesto que también una modificación retroactiva o posterior de los preceptos sobre la prescripción está afectada por la prohibición de retroactividad, pues una modificación tal dirigida a la posibilidad de la persecución penal sería igualmente motivada por casos ya acontecidos y acomodada a éstos (47).

Otro de los argumentos que se ha manejado para justificar la prolongación retroactiva de los plazos de prescripción se refiere a la propia existencia legal de la interrupción de la prescripción penal, bajo la consideración de que dicho mecanismo le impide al delincuente tener la expectativa de un tiempo de prescripción fijado de antemano (48). Sin embargo, la existencia de la interrupción de la prescripción en el ámbito penal, fruto de una ausencia inicial de separación adecuada con respecto al Derecho civil, y que se mantiene en la actualidad por razones esencialmente pragmáticas, no

(45) GRÜNWARD, G., «Zur verfassungrechtlichen Problematik...», ob. cit., p. 522 ss.; GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *Determinación del tiempo de comisión del delito*, ob. cit., p. 185 ss.

(46) GRÜNWARD, G., «Zur verfassungrechtlichen Problematik...», ob. cit., p. 523; en el mismo sentido, JAKOBS, G., *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2.^a edición, Madrid, 1997, p. 82.

(47) GRÜNWARD, G., «Zur verfassungrechtlichen Problematik...», ob. cit., p. 523. De la misma opinión, BACIGALUPO, E., *Principios constitucionales de Derecho penal*, ob. cit., p. 50; GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., p. 26; JAKOBS, G., *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., pp. 82 y 83.

(48) Cfr., en este sentido, BEMMANN, G., «Zur Frage der nachträglichen...», ob. cit., p. 339; ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, tomo I, ob. cit., p. 165; RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar* (2.^a edición), ob. cit., p. 568.

permite extraer dicha consecuencia, pues aunque se admita que el principio de legalidad y la seguridad jurídica no exigen proporcionar de antemano una fecha concreta a partir de la cual el sujeto no podrá ser perseguido ni castigado, sí requieren, cuanto menos, dar a conocer los criterios o reglas ciertas en virtud de la cuales quedará fijada esa fecha (49).

Por otra parte, como ha puesto de manifiesto H. Kaufmann, «si –bajo la premisa de Stratenwerth de que el Derecho material a penalizar no podría depender de circunstancias que son ajenas al hecho y sus efectos (si bien permanece abierta la pregunta de por qué ello no debería ser posible)– se estrechara la cuestión de la necesidad de pena a la necesidad de la pena a examinar a través de características del complejo del hecho, entonces se sobreentendería que, respecto de la cuestión de necesidad de pena conectada con el complejo del hecho, sólo podría acudirse a características conexas con el hecho. Éstas, sin embargo, no son todas las características que deciden sobre la cuestión de la *necesidad de la pena*. La misma se decide, como demuestran la querrela penal y la prescripción, precisamente, en el momento de la sentencia y, al mismo tiempo, parcialmente, por medio de características no relativas al hecho. Que, de este modo, como resultado final, el derecho a la pena depende de circunstancias que no tienen nada que ver con el complejo del hecho es innegable. El porqué entonces estas últimas *no* pertenecen al Derecho material no está demostrado por la simple afirmación de que la cuestión por la necesidad de la pena no podría depender de circunstancias que son ajenas al hecho. Con ello se demuestra lo siguiente: el concepto de la necesidad de pena es inútil para la delimitación entre presupuestos de la pena materiales y formales, cuando se conecta el mismo con el complejo del hecho, con las modalidades o las consecuencias del hecho. Hay presupuestos de la pena que nacen inequívocamente del aspecto de la necesidad de la pena, pero que, en cambio, no tienen nada que ver con las modalidades y consecuencias del hecho. Por lo tanto, ha de deshacerse el acoplamiento de la cuestión de la necesidad de la pena con las modalidades del hecho...» (50).

En efecto, a nuestro juicio, la afirmación de que la necesidad de pena o su ausencia es algo que encuentra conectado con el momento y las circunstancias del hecho delictivo es una afirmación injustificada, pues parece evidente que la ausencia de necesidad de pena por

(49) Cfr., en el mismo sentido, GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., p. 25.

(50) Cfr., KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., pp. 126 y 127.

motivos de prevención general o especial es algo que puede producirse con posterioridad a la realización del hecho delictivo y por circunstancias ajenas al mismo, como es la disminución de la alarma social causada por el delito y la reinserción o resocialización del delincuente.

Otra de las dificultades que plantea el camino que elige Stratenwerth para fundamentar la teoría de la conexión con el hecho reside en que la delimitación de los presupuestos procesales se hace a costa de terminar cuestionando que los elementos de la punibilidad estén fuera de lo injusto culpable (51). En este sentido, cuando Stratenwerth se propone profundizar en la cuestión termina caracterizando las condiciones objetivas de punibilidad por su mayor contrariedad con el ordenamiento jurídico, lo que no es otra cosa que referirse a la gravedad de lo injusto.

Pero incluso al margen de estas objeciones, no se termina de entender la razón por la que hay que ceder al Derecho procesal cuestiones que los propios autores reconocen que se fundan en razones materiales, ajenas al proceso, y que eliminan la exigencia penalizadora. Si, por su propia esencia, se trata de una circunstancia que elimina la exigencia penalizadora, o lo que es lo mismo, de una causa de exclusión de la pena, que nada tiene que ver con el proceso, ni con sus fines y objetivos, ¿por qué hay enviarla al Derecho procesal? Previsiblemente, ésta es la razón que le lleva a Martínez Pérez a matizar el criterio de Stratenwerth con el de Jescheck, admitiendo que los presupuestos procesales toman en consideración simplemente razones de conveniencia que se oponen a la verificación de un proceso penal. Pero el problema que plantea esta vía de matización, que viene a configurar un criterio mixto (formal, por la conexión con el hecho, y material, por la relación con el proceso), es el de las circunstancias que, no estando conectadas con el hecho, tampoco se fundan en razones vinculadas a los fines del proceso, como es el caso, a nuestro juicio, de la prescripción. El problema, por lo tanto, es que no todas las circunstancias ajenas al complejo del hecho se fundan en razones procesales, pues ambas cuestiones ni coinciden, ni tienen por qué coincidir.

Creemos, en definitiva, que el criterio de la conexión con el hecho es un criterio formalista, que no es apto para efectuar la delimitación entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal.

(51) Cfr., en este sentido, GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, ob. cit., p. 64; GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., p. 54.

4. CRITERIOS MATERIALES

a) **La teoría de las normas primarias y normas secundarias de Nawiasky**

Según Nawiasky la «expresión Derecho formal es equivalente a las normas secundarias, mientras que el Derecho material se corresponde con las normas primarias». Para Nawiasky, son normas primarias aquellas que prescriben un comportamiento; las secundarias, en cambio, son aquellas que ordenan a los órganos encargados de la tutela del Derecho imponer coerción o pena contra los infractores de las normas jurídicas. Como ejemplo se aduce: «Norma primaria: Tú no debes, bajo pena grave, matar. Norma secundaria: si, a pesar de ello, alguien matare, entonces los competentes para ello deben imponerle la pena grave amenazada». «La pena... sólo nace bajo la condición de que el injusto cometido esté expresamente conminado con pena a través de un precepto específico... La consecuencia (de ello)... es que el injusto a castigar con pena está establecido por proposiciones jurídicas propias. Mientras que la ejecución forzosa conecta con la norma material ordinaria, que preceptúa un determinado comportamiento, la consecuencia punitiva presupone una norma específica, que señala cómo *no* se puede uno comportar. El hecho punible está, si se quiere, redactado de forma inversa al tipo de las normas jurídico-materiales... La norma penal... pertenece tanto a la categoría de las normas primarias como de las normas secundarias; a la de las primeras en la medida en que se trata de un hecho punible, que contiene precisamente un precepto de comportamiento negativo, una prohibición; a la de las segundas en la medida en que se determina la consecuencia penal. Así, se produce en el campo jurídico-penal un emparejamiento entre Derecho de comportamiento primario-material, y, consiguientemente, se habla de un Derecho penal *material*, que se contrapone al Derecho procesal penal y al Derecho de ejecución penal. (Sin embargo, también se considera que pertenece a éste la amenaza punitiva, lo que resulta de su adaptación individual a la concreta acción punible...»). «Bajo el aspecto reseñado, *el ordenamiento jurídico, como un todo*, se puede dividir en *dos partes principales* que están emparejadas, una al lado de la otra: el Derecho material, incluido el Derecho de ejecución, por un lado; el Derecho penal, por otro. Naturalmente existen entre ambas partes conexiones materiales, en la medida en que se trata de dos medios distintos para el mismo objetivo... De ahí que los preceptos penales apoyen a los preceptos de comportamiento materiales, al contrarrestar

los ataques especialmente peligrosos o desaprobados contra el orden protegido» (52).

Tratando de salvar, en la medida de lo posible, las contradicciones y confusiones conceptuales en las que incurre el mencionado autor parece que se inclina por la identificación del Derecho material con el «Derecho de comportamiento primario». A esta tesis se le ha reprochado que no es correcto identificar el contenido de los tipos penales con el momento del deber aludido por Nawiasky, así como que su criterio no permite aclarar la frontera entre Derecho material y el Derecho formal, ya que, según sus propios ejemplos de norma primaria y secundaria, el contenido de la norma primaria vuelve aparecer íntegramente en la norma secundaria, completada simplemente por un mandato a los órganos jurisdiccionales (53). A nuestro modo de ver, las objeciones pueden llegar más allá, pues lo verdaderamente insólito y artificioso es identificar el Derecho penal con las normas primarias y el Derecho procesal penal con las normas secundarias.

La norma jurídico penal consta de un presupuesto o supuesto de hecho, que contempla el comportamiento jurídicamente prohibido, y una consecuencia jurídica, que fija la pena o medida de seguridad que ha de aplicarse si se realiza el comportamiento descrito (54). Sin embargo, conviene no confundir los enunciados legales con las normas jurídicas. Una norma jurídica es un mensaje prescriptivo (en el sentido de que prescribe un determinado comportamiento), que puede expresarse a través de enunciados legales. Los enunciados legales, sin embargo, tan sólo constituyen el vehículo de expresión de las normas jurídicas; son un conjunto de símbolos lingüísticos que hay que diferenciar del mensaje prescriptivo que transmiten, que constituye la auténtica norma jurídica.

Normalmente los enunciados legales, aunque podían hacerlo y ello no pasa de ser una cuestión meramente formal, no se dirigen

(52) NAWIASKY, H., *Allgemeine Rechtslehre als System rechtlicher Grundbegriffe*, 2.^a edición, Einsiedeln, Zürich, Köln, 1956, pp. 99 ss. (cit. por Kaufmann, H., pp. 101 y 102).

(53) GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., p. 54; KAUFMANN, H., *Strafanspruch Strafklagrecht*, ob. cit., pp. 102 ss.

(54) Cfr., especialmente, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, 2001, pp. 18 y ss. Véanse, también, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid, 1999, pp. 17 y 18; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.^a edición, Buenos Aires, 2002, pp. 19 ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, 2.^a edición, Buenos Aires, 2001, pp. 44 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 311 ss.

directamente al ciudadano, sino que sólo transmiten de forma expresa un mandato dirigido al juez, indicándole que, si alguien realiza el supuesto de hecho, debe imponerle la consecuencia jurídica. Sin embargo, al señalar la pena para un determinado comportamiento, como por ejemplo el homicidio, el legislador pretende algo más que dirigir una norma al juez: pretende, además, prohibir el homicidio; pretende señalar: prohibido matar, no mates.

Así, los preceptos penales han de interpretarse como un vehículo de comunicación de dos normas distintas: una norma dirigida al ciudadano, que se denomina «norma primaria», y una norma dirigida al juez, que se denomina «norma secundaria». Como es sabido, la distinción entre normas primarias y normas secundarias tiene su origen en Binding. Este autor parte de la constatación de que el delincuente, en realidad, no infringe la ley sino que, por el contrario, realiza el supuesto de hecho. Sobre la base de ello, tuvo el mérito de señalar la necesidad de admitir la existencia de normas no formuladas por la redacción literal de los preceptos penales. Este autor se dio cuenta que de no admitirse tales normas, habría que aceptar la insatisfactoria consecuencia de que el delincuente no infringe norma alguna y, pese a ello, se le castiga. Ello da lugar a pensar que lo que se infringe es una norma que prescribe un determinado comportamiento (norma primaria) y que dicha norma no se formula directamente en la ley penal, que únicamente contempla de forma expresa un mandato dirigido a los órganos encargados de aplicarla (norma secundaria). Dicha deducción está en el origen tanto de la teoría de las normas de K. Binding (55) como de la teoría de las normas de cultura de M. E. Mayer (56). Para ambas teorías ley penal no expresa un imperativo dirigido al ciudadano, sino que se dirige a los órganos encargados de aplicarla. La norma primaria, según estos autores, es previa a la ley penal, pero mientras que para Binding tiene naturaleza jurídico-pública, para Mayer posee naturaleza social (57).

La primera objeción que puede oponerse a estos autores hace referencia a la idea de que existen unas normas extrapenales, previas a la ley penal, y que el legislador penal se limita a establecer la sanción correspondiente. En efecto, aun existiendo normas extrapenales, ni el

(55) BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, 4.^a edición, Leipzig, 1922.

(56) MAYER, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Darmstadt, 1965 (reproducción de la edición de Breslau de 1903).

(57) Cfr., un excelente estudio de estas teorías en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, ob. cit., pp. 31 ss.

legislador penal está, en todo caso, obligado a establecer sanciones para el incumplimiento de las mismas, ni ha de limitarse, en el caso de que estime necesario hacerlo, a establecer la sanción, recogiendo como supuesto de hecho el contenido en la norma previa y preexistente a la ley penal (58). El legislador penal, dentro de ciertos límites, tiene libertad en la selección y configuración de las conductas delictivas. Asimismo, no parece posible afirmar la existencia de un imperativo jurídico puro e independiente de la sanción. Una declaración de voluntad privada de los medios para hacerse valer, para imponerse, no puede ser un imperativo, por más que emane del poder soberano (59).

Por otra parte, también son destinatarios de las leyes penales los ciudadanos, que pueden hacer realidad, a través de su comportamiento, la intangibilidad de los bienes jurídicos que el Estado intenta proteger mediante el dictado de la norma jurídica. Como pone de manifiesto Álvarez García, esta conclusión es inevitable si se parte de un correcto punto de vista metodológico, que sólo puede ser el que arranque de las funciones y fines del Derecho penal. Es decir, si lo que se persigue mediante el Derecho penal no es la aplicación de medidas represivas, sino la salvaguarda de bienes jurídicos a través de la amenaza de la pena, resulta evidente que esta función motivadora, dirigida a aquellos que están en situación de lesionar objetos jurídicos, sólo puede ser realizada por medio de un mandato dirigido a los sujetos implicados. De esta forma se logra evitar, en la mayoría de las ocasiones, la lesión o puesta en peligro de bienes que el Derecho ha considerado dignos de protección, proporcionando al tiempo a los ciudadanos una referencia segura de cuál puede ser la reacción del ordenamiento ante un comportamiento futuro (seguridad jurídica) (60).

(58) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, ob. cit., pp. 25 y 26; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, ob. cit., pp. 23 ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, 2.ª edición, ob. cit., pp. 112 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1981, pp. 74 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, ob. cit., pp. 317 ss.

(59) Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, ob. cit., p. 53.

(60) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, ob. cit., pp. 67 y 68. Como ha puesto de manifiesto ESER, en cuanto se quiera que la pena sea algo más que una retribución ciega del hecho, ésta tiene como presupuesto una norma que esté dirigida al ciudadano. «Con ello, no se pretende catalogar como irrelevantes ni los intentos de legitimación pertenecientes a la teoría del Estado, ni las discusiones de la teoría del Derecho acerca de los destinatarios primarios o secundarios, ni otros esfuerzos de categorización pertenecientes a la teoría de las normas; sin embargo, respecto de la ciencia del

La formulación literal de las leyes penales, por lo tanto, no supone que el imperativo dirigido al ciudadano esté fuera y sea previo a ella, sino que el imperativo está implícito en la misma. Dicho imperativo se desprende a través de una *relación de sentido*, es decir, social y psicológicamente, a la existencia de un enunciado del género de «el que matare a otro será castigado...» se asocia, sin mayores problemas, la idea de «prohibido matar», de «no mates» (61).

Pero con independencia de lo anterior, y como ya se ha señalado, la solución de Nawiasky consistente en remitir la norma secundaria al Derecho procesal resulta insólita y artificiosa. Si, según este autor, el Derecho material se limita a circunscribir cómo podemos comportarnos, no hay lugar en el mismo para el concepto de pena, con lo que, en definitiva, envía la pena, concepto clave del Derecho penal, al Derecho procesal.

b) **La teoría del merecimiento de la pena**

Según Beling, cuyo criterio delimitador es seguido, de forma más o menos explícita y consciente, por muchos autores, «cada precepto penal se distingue, como tal, por su contenido; el fondo del mismo es siempre si debe imponerse la pena, cual sea ésta y con qué requisitos; en cambio, el procesal penal está lejos de todo esto; en él se trata de ver si hay lugar a proceder, como debe ser el proceso y cuáles son sus

Derecho penal en cuanto ciencia de la acción hay que constatar que deja de lado su cometido más importante, si no incluso su verdadera tarea, si pierde de vista al ser humano cuya conducta, en última instancia, es el elemento decisivo. Este peligro puede ser sorteado, sobre todo, si se considera que ninguna construcción teórica puede darse por concluida mientras no se haya enfrentado a la cuestión de qué es lo que significa una determinada manifestación para aquel que debe conducir su comportamiento de acuerdo con ella o enjuiciar la conducta de otros en función de su contenido. Esta cuestión relativa al mensaje que emana de las normas jurídico-penales para el individuo debería resolverse de manera afirmativa con toda naturalidad en la medida en que se trate de *mandatos* y *prohibiciones*: con independencia de cómo deban legitimarse éstos y de cómo deban ser sancionados en caso de infracción, se quedan cortos en un elemento esencial si no pretendieran dirigirse (al menos también) al ciudadano individual. Por ello, deberían rechazarse como incompatibles con una justicia penal «acorde al ser humano» aquellas doctrinas que quisieran entender incluso las normas de mandato y de prohibición meramente como base de sanción para el aplicador del Derecho, al degradar al ser humano a un mero objeto de sanción» (ESER, A., «Reglas de conducta y normas de tratamiento», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2001, pp. 192 y 193).

(61) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, ob. cit., pp. 56 y 57; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, ob. cit., p. 314.

requisitos, de lo que, por el contrario, no se ocupa en absoluto el Derecho penal. Por lo mismo, la duda acerca de si se está ante una proposición jurídico-penal o una proposición procesal-penal, ha de solucionarse de modo que se estaría ante la primera cuando la circunstancia que condiciona la respectiva consecuencia jurídica radica en el ámbito de la idea del ser merecedor del mal de la pena; y ante la segunda cuando la circunstancia condicionante está configurada de tal forma que no pueda insertarse en la idea de la pena, sino que, más bien, está en relación con el sí y cómo de la actividad procesal» (62).

Entre los seguidores de este criterio delimitador se encuentra Bemmman, cuya postura debe ser recogida, pues las críticas que se efectúan a la tesis del «merecimiento del mal de pena» frecuentemente se realizan desde la concreta opción sistemática de este autor, olvidando, de forma más o menos interesada, el significado originario que le dio Beling. Para Bemmman, «el Derecho penal material determina los elementos de la acción delictiva y los enlaza a la amenaza penal. El Derecho penal formal determina el sí y el cómo debe ser la vía jurídica que tiene como meta la averiguación y la condena del autor. El Derecho penal material indica las circunstancias desde las cuales surge el *ius puniendi* del Estado; el Derecho procesal penal designa los presupuestos bajo los cuales este *ius puniendi* estatal llega a su ejecución. Cada uno de estos campos jurídicos regula, por lo tanto, sus propias cuestiones» (63).

Pero la claridad conceptual con la que se diferencian ambos campos jurídicos, como reconoce este autor, contrasta con la dificultad que parece existir a la hora de distinguir en el caso concreto si un elemento es de naturaleza material o formal (64). «En el fondo —señala Bemmman— la decisión sobre este asunto, como ya ha constatado Beling, es tremendamente fácil y es casi extraño que en la teoría y en la práctica aun no exista claridad. Sólo se precisa la siguiente maquiñación: Todas las circunstancias y sólo las circunstancias que provocan el nacimiento del *ius puniendi* estatal forman, como es sabido, el fundamento jurídico de la pena; pero dado que el *ius puniendi* estatal sólo nace en el momento del surgimiento de las respectivas circunstancias del Derecho material, resulta que precisamente estas circunstancias, en su totalidad, justifican la pena. Por ello, las circunstancias pertenecientes al Derecho penal material son de tal naturaleza que, en cierta manera, provocan la pena o, en otras palabras, hacen aparecer la

(62) BELING, E., *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, ob. cit., p. 6.

(63) BEMMANN, G., *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, Göttingen, 1957, p. 26.

(64) *Ibidem*.

penalización del autor como algo merecido. Las circunstancias iusmateriales residen, como decía Beling, en el ámbito de las ideas del merecimiento del mal de pena. Por consiguiente, la decisión de si un elemento es de naturaleza iusmaterial o no lo es, en última instancia, siempre depende de si la característica se adecua a la idea de la pena o si no está en ninguna relación con esa idea» (65).

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que Bemmman, a la hora de dotar de contenido el concepto del merecimiento de pena, adopta una solución diversa a la de Beling, ya que, mientras para Beling el ámbito del ser merecedor del mal de pena abarca circunstancias que se encuentran más allá de la culpabilidad (condiciones de punibilidad) (66), para Bemmman este concepto se limita a la acción típica, antijurídica y culpable, «ya que las restantes circunstancias que sean necesarias para el castigo no pueden tener nada que ver con la cuestión de si el autor merece o no la pena, dado que no afectan ni al injusto del hecho ni a la culpabilidad del autor; por ello estos elementos sólo tienen relevancia procesal» (67). Ello conduce, como consecuencia necesaria, a la negación de la punibilidad.

Tampoco la tesis del «merecimiento del mal de pena» ha escapado a las críticas de la doctrina científica. Así, para Roxin esta tesis marca de un modo extraordinariamente estrecho el campo del Derecho material: «El punto débil de ésta concepción estriba en que actualmente ya no es sostenible su fundamento en la teoría de la pena. Merecida es la pena que corresponde a la culpabilidad, y por lo tanto, si la punibilidad depende del merecimiento, será la culpabilidad lo único que desencadene la pena. Pero esto sólo puede considerarse correcto desde la perspectiva de una teoría puramente retributiva, mientras que actualmente se reconoce que la culpabilidad es una condición ciertamente necesaria, pero no suficiente, de la punibilidad. La culpabilidad sólo genera punibilidad si ello es preciso por razones sociales. Pero castigar una conducta culpable puede ser innecesario por razones político-criminales... y también puede ser inadecuado por razones político-jurídicas de otro tipo... Por lo tanto, es equivocada ya en su punto de partida la postura que pretende limitar el derecho material sólo a los

(65) BEMMANN, G., *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, ob. cit., pp. 26 y 27; del mismo, «Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung», ob. cit., p. 336.

(66) Cfr., principalmente, BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, pp. 51 y 52.

(67) BEMMANN, G., *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, ob. cit., p. 55; del mismo, «Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung», ob. cit., p. 336.

elementos que guardan relación con la culpabilidad o el merecimiento de pena» (68).

Sin embargo, como ya aclaraba H. Kaufmann, esta crítica tan sólo es trasladable a la concreta perspectiva adoptada por Bemann, que, como hemos visto, limita el ámbito del merecimiento del mal de pena a la acción típica, antijurídica y culpable, pero no a Beling, como puede deducirse claramente de su construcción del delito, en la que reconoce la existencia de presupuestos de punibilidad más allá de la culpabilidad (69).

Por otra parte, a la tesis de Beling se le ha reprochado su carácter genérico. En este sentido, H. Kaufmann, tras referirse a la propuesta del mencionado autor, señala que «la fórmula de Beling no nos hace avanzar; pues ahora «ser merecedor» no significa otra cosa que el que la pena sería «debida», «necesaria», «precisa», y de este modo sólo representa una circunscripción genérica para el Derecho penal material» (70). En esta misma línea de pensamiento, se ha mantenido que se trata de una fórmula vacía de contenido, que no proporciona ningún criterio material, y ello es lo que permite a Beling y Bemann llegar a resultados distintos (71).

Estas críticas, sin embargo, no resultan convincentes, ni fácilmente comprensibles. Si de lo que se trata es de buscar un criterio general y abstracto, no deja de resultar un tanto paradójico que, una vez obtenido, se le reproche precisamente el hecho de ser un criterio general. Por otra parte, tampoco es cierto que dicha teoría no proporcione ningún criterio material. Una teoría que no proporciona ningún criterio material es, por ejemplo, la teoría de la conexión con el hecho, que desatiende al contenido, de modo que dos elementos con un significado material equivalente (vg. ausencia de necesidad de pena), pueden formar parte, uno del Derecho material y otro del Derecho procesal. Sin embargo, esto no pasa con el criterio de Beling; muy al contrario, dicho criterio proporciona una pauta material, al menos a mi juicio, de la mayor trascendencia, pues obliga a pensar, a la hora de ubicar adecuadamente un elemento controvertido, en si el mismo se funda en la procedencia de la pena (realidad material al margen del proceso) o en el si y el cómo del proceso penal.

(68) ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, tomo I, ob. cit., pp. 986 y 987.

(69) KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 109.

(70) KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 109.

(71) Cfr., en este sentido, GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, ob. cit., p. 61; GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., pp. 55 y 56.

Cosa absolutamente distinta, por lo demás frecuente en Derecho y que no tiene por qué invalidar un criterio de distinción, es que con el mismo dos autores lleguen a soluciones diversas. En estos supuestos, lo que sucede, sencillamente, es que, al menos uno de ellos, se ha equivocado. En este caso, como reconocen los mismos autores que formulan dicha objeción, ha sido Bemann, pues su postura es expresión de un planteamiento netamente retributivo de la función de la pena que no puede considerarse correcto. Es decir, no es que el criterio pueda dar lugar a varias soluciones correctas, sino que Bemann se equivoca al pensar que siempre que exista un hecho típico, antijurídico y culpable, hay que imponer, necesariamente, la pena.

Algo similar puede suceder a la hora de aplicar el criterio general de Beling, por el momento inobjetable, al elemento controvertido. Así, por ejemplo, en el caso de la prescripción del delito, algunos autores remiten esta institución al ámbito procesal, al entender que su esencia radica en las dificultades probatorias que surgen con el transcurso del tiempo y, por lo tanto, en el logro de los fines y objetivos del proceso penal. Otros autores, por el contrario, la adscriben al Derecho material, al entender que encuentra su significado en la ausencia de necesidad de pena por el transcurso del tiempo. Nuevamente, ello no implica que el criterio de Beling sea inválido, sino que, al menos, un sector de la doctrina se equivoca al valorar la esencia y la razón de ser de la institución.

En conclusión, el hecho de que un criterio general, en su aplicación concreta, de lugar a diferentes opiniones doctrinales no significa que el criterio sea incorrecto. De hecho, haciendo válida esta objeción, habría que rechazar la inmensa mayoría de los criterios abstractos, pues con frecuencia, en su aplicación concreta, dan lugar a diferentes opiniones.

c) **La teoría de la supresión mental del proceso de H. Kaufmann**

Como ha podido observarse, H. Kaufmann, a lo largo de su extraordinaria investigación comprueba que hasta mediados del siglo XIX el Derecho civil material y el Derecho civil procesal se hallaban entremezclados. La doctrina del Derecho común, siguiendo el concepto romano de la *actio*, concebía el derecho a la acción como algo que aparecía cuando el derecho material era lesionado, como una mera metamorfosis del Derecho material, sin efectuar ninguna delimitación entre el Derecho material y procesal. Pero fue la gran aportación de Windscheid la separación entre los conceptos de pretensión, perteneciente al Derecho material, y la acción, perteneciente al Derecho pro-

cesal. Con ello, Windscheid sacó a la luz la esencia del Derecho civil material. H. Kaufmann advierte que el principio metodológico utilizado por Windscheid para llevar a cabo el deslinde del Derecho civil material era en el fondo muy sencillo: tan sólo radicaba en no pensar en el proceso. Para esta autora ahí está la clave para la delimitación entre el Derecho material y el Derecho formal. Por ello propone trasladar este método delimitador del Derecho civil al Derecho penal. Dicho procedimiento, en principio, parecería estar obstaculizado por la circunstancia de que en Derecho penal no es posible la imposición de la pena sin el proceso. Sin embargo, según H. Kaufmann, esta conclusión es precipitada, pues si bien es cierto que en Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, no existe una análoga realización del derecho sin la ayuda del proceso, ello no impide reproducir hipotéticamente la misma situación que en el Derecho civil, por medio de la suposición de que pudiera darse una pena sin proceso. Todas las normas jurídicas que bajo esta suposición mantuvieran su significado resultarían normas de Derecho material (72).

De este modo, llega H. Kaufmann a su célebre «pregunta-test», para decidir sobre la pertenencia de un elemento al Derecho penal o procesal penal: «¿Tendría que depender la imposición o no imposición de la pena, si fuera posible sin proceso, de esta circunstancia dudosa en cuanto a su naturaleza jurídica, o sería entonces irrelevante esta circunstancia?». Para mostrarlo de forma concreta: «¿Tendría que depender la imposición o no imposición de la pena, si fuera posible sin proceso, de la existencia o no existencia de la prescripción, de la querrela penal, de la amnistía, de la competencia del Tribunal, de la existencia de un escrito de calificación, etc., o no habría que tener en cuenta tal circunstancia por haberse convertido en algo sin sentido?». En seguida se ve que una parte de los presupuestos punitivos, como, por ejemplo, la prescripción, la amnistía, la querrela, habría de ser tenida en cuenta aun cuando la pena tuviese lugar *sin* proceso, mientras que otra parte de los presupuestos punitivos carecería de todo sentido de no haber proceso, como, por ejemplo, las reglas sobre la competencia del Tribunal, la inexistencia de un proceso sobre el mismo asunto, etc. Salta a la vista que estos últimos presupuestos punitivos –positivos o negativos– son de naturaleza formal, precisamente porque sólo pueden adquirir su significado, su relevancia, su sentido, por la existencia de un proceso penal y porque se volverían del todo incomprensibles, ininteligibles y desprovistos de sentido si no existiera tal proceso penal» (73).

(72) Cfr. KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 133.

(73) KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 134.

La tesis de H. Kaufmann tampoco ha escapado a las objeciones de la doctrina. Por una parte, a su fórmula se le ha reprochado el hecho de tratarse de una fórmula hipotética, pues el Derecho penal sólo es realizable por medio del proceso, de tal modo que una teoría que pretenda establecer las relaciones entre el Derecho material y procesal no puede prescindir del proceso (74). Sin embargo, esta objeción no resulta sólida, pues la utilización de fórmulas hipotéticas es frecuente y admisible en el ámbito del Derecho (piénsese, por ejemplo, en la causalidad hipotética en los delitos de comisión por omisión).

Por otra parte, a la fórmula de H. Kaufmann se le ha objetado, igual que al criterio de Beling, su carácter formal y ausencia de contenido, por no ofrecer ningún criterio material (75). A esta objeción puede responderse con los mismos argumentos que en el caso de Beling, por lo que nos remitimos a lo dicho anteriormente.

Desde el punto de vista de su contenido, se ha afirmado que la pregunta que se hace esta autora se encuentra mal formulada. En este sentido, Cerezo Mir señala que hay que preguntarse, no por el proceso, sino por «la aplicación, de cualquier modo, del Derecho penal». Para este autor no hay que hacer abstracción del proceso, sino de «la aplicación del Derecho penal en general» (76). Desde nuestro punto de vista, si lo que propone este autor es la sustitución en la fórmula de H. Kaufmann de la expresión «si fuera posible sin el proceso» por la expresión «si fuera posible sin la aplicación, de cualquier modo, del Derecho penal», ello nos introduciría en un camino intransitable, pues no parece posible plantearse la imposición o no imposición de la pena al margen de la aplicación del Derecho penal. Sin embargo, si a lo que se refiere es a que no entra dentro del ámbito del Derecho penal material aquello que, en atención a su fundamento (por ejemplo, las dificultades probatorias), afecta al ámbito aplicativo, estamos de acuerdo.

Asimismo, la propuesta de solución de H. Kaufmann, que por lo demás va en la línea de las tesis tradicionales, al atribuir al Derecho material aquellos elementos que se refieren a la procedencia de la pena, y al Derecho procesal los que tienen que ver con el logro de los

(74) VOLK, K., *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, ob. cit., pp. 11 y ss.

(75) Cfr., en este sentido, BLOY, R., *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, 1976, pp. 25 y ss.; GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., pp. 58 y 59; VOLK, K., *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, ob. cit., pp. 11 ss.

(76) CEREZO MIR, J., «Kaufmann, Hilde: «Strafanspruch, Straflagrecht» (*ius puniendi* y acción criminal), en *ADPCP*, 1969, p. 640; la misma opinión en su *Curso de Derecho penal español. Parte general*, tomo III, Madrid, 2001, p. 278.

objetivos del proceso (77), plantea el problema relativo a los posibles elementos mixtos. En efecto, por medio de esta fórmula, al hacer abstracción del proceso, perdemos la posibilidad de saber si el elemento de naturaleza jurídica dudosa, además de una significación material, tiene una significación procesal. Somos conscientes de la oposición que genera en gran parte de la doctrina el reconocimiento de elementos mixtos, sobre todo por las dificultades que plantea el saber qué régimen debe aplicarse a los mismos. Sin embargo, siendo honestos, lo cierto es que nada se opone a que un elemento pueda tener una significación material y procesal al mismo tiempo, una de mayor trascendencia que la otra o de ambas de trascendencia equivalente (78).

(77) Así lo termina reconociendo la propia H. KAUFMANN, al afirmar que su fórmula de solución «ha de regir, con la misma validez, para todos los campos jurídicos, dado que no presupone otra cosa que, por un lado, la existencia de proposiciones jurídicas con un contenido cualquiera sobre el deber ser independiente del proceso y, por otro lado, la existencia de proposiciones jurídicas sobre el «sí» y el «cómo» del proceso para la realización del deber ser» (*Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., p. 135). En esta línea de pensamiento, MAPELLI CAFFARENA destaca las diferencias que se derivan de la ausencia de un elemento condicionante de la punibilidad o de un presupuesto procesal: «Bien es cierto que en uno y otro supuesto se llega en última instancia a la impunidad y que existen además otras coincidencias como que ninguna de las dos ha de estar abarcada por el dolo o la culpa. Sin embargo, el fundamento de la existencia es radicalmente diverso en cada caso. En uno se observa la violación del deber de no punir y en otro el deber de no proceder. Desde esta perspectiva el problema aparece conceptualmente claro: la condición objetiva en su acepción sustancial está relacionada con el primero de los deberes, mientras que los presupuestos procesales pertenecen a la esfera del segundo deber. Las consecuencias que se derivan de la naturaleza procesal de algunos elementos recogidos por el legislador en la descripción de las circunstancias de determinados delitos son diversas y de enorme importancia» (MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1990, p. 104). Cfr., igualmente, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general*, segunda edición, Madrid, 1986, pp. 385 ss., y 406 ss. También en esta línea de pensamiento, recientemente, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, quien se refiere, además, con acierto desde nuestro punto de vista, a criterios materiales de oportunidad, conveniencia o procedencia de la pena más allá de la estricta necesidad de la misma (MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Madrid, 2007, pp. 348 ss.).

(78) Cfr., por ejemplo, JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de la 4.ª edición por Manzanera Samaniego, Granada, 1993, p. 822; mucho más confusa la opinión en JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de la 5.ª edición por Olmedo Cardenete, Granada, 2002, pp. 982 ss., donde se señala que la prescripción de la persecución penal «está situada en el límite del Derecho penal material y el Derecho procesal penal: su *fundamento* reside esencialmente en Derecho material; su *efecto*, sin embargo, se limita al procedimiento. Esto último comporta consecuencias que se dirigen particularmente a la admisibilidad de modificaciones posteriores de los plazos de prescripción bajo el aspecto de la prohibición de retroactividad (art. 103 II GG) a

Empeñarse en lo contrario, lo único que puede traer como consecuencia es operar con un prejuicio que en nada favorece al desarrollo científico (79).

Por las razones expuestas, continuamos adscribiéndonos al criterio de Beling, con el que la propuesta de solución de H. Kaufmann, como hemos visto, comparte, al menos, la esencia (80). Ni es un criterio formal, pues atiende con toda claridad al contenido, ni es cierto que no proporcione ninguna pauta material; muy al contrario, como se ha señalado, proporciona la pauta material trascendente a estos fines, pues obliga a pensar, a la hora de valorar la circunstancia controvertida, en si se basa en que debe o no debe tener lugar la pena, o en que debe o no debe tener lugar el proceso. Ahora bien, lo que no puede pretenderse, como en ningún otro caso, es subordinar la validez de

nivel constitucional...». Ciertamente, no se entiende cómo un elemento puede tener su fundamento en el Derecho material y, simultáneamente, no ser un elemento material y no aplicarle las consecuencias que ello comporta.

(79) De hecho, H. KAUFMANN, a pesar de sus esfuerzos, en nuestra opinión, no llega a proporcionar ningún argumento sólido en contra de la teoría de doble naturaleza; más bien al contrario, con la intención de convencer de que no queda más remedio que dejar fuera de consideración una posible significación adicional al carácter material, acude al argumento de que todos los presupuestos de la pena jurídico-materiales, transformados mentalmente en la apariencia de su existencia, esto es, en la sospecha, son a la vez presupuestos para la licitud del proceso penal, y que en tal sentido aparecen en ambos campos jurídicos. Esto, a su vez, lo apoya en la afirmación, más que discutible a nuestro juicio, de que «en la querrela, en la prescripción, en el derecho de Gracia, etc., hay que tener en cuenta que habitualmente está bastante claro (o incluso ya definitivamente aclarado en el momento de la presentación de la acusación) si existen o no. Con ello, en el lugar de la sospecha de que la característica en cuestión existiría, puede colocarse la declaración definitiva sobre la existencia y, así, la propia característica en cuestión»... «*todos los presupuestos de la pena materiales, desde la tipicidad hasta los presupuestos de la pena materiales adicionales ubicados más allá de la culpabilidad, constituyen presupuestos para la licitud de un proceso, concretamente en la medida en que sólo un determinado grado de comprobación de su existencia haría lícito el proceso*» (*Strafanspruch, Strafklagrecht*, ob. cit., pp. 120 ss., 141 ss.). Para nosotros, al margen de argumentos confusos, con los que se vuelven a entremezclar cuestiones diversas, lo que es claro es que, ni todos los presupuestos materiales tienen una significación procesal añadida, ni se puede negar la posible existencia de presupuestos con una significación mixta. Por otra parte, resulta preferible afirmar la posibilidad excepcional de elementos mixtos, a señalar a última hora que todos los «presupuestos materiales» son mixtos, porque ello, en la búsqueda del efecto contrario, conduce, necesariamente, a negar la posibilidad de separar el Derecho material del Derecho procesal. ¿No es acaso mejor reconocer la posibilidad de elementos mixtos y someterlos a los principios materiales, por el carácter material parcial que poseen? Para nosotros no cabe la menor duda.

(80) Sobre el criterio de Beling también puede verse la traducción al español: BELING, E., *Derecho Procesal Penal*, traducción del alemán y notas por M. Fenech, Barcelona, Madrid, Buenos Aires y Río de Janeiro, 1943, pp. 3 ss.

este criterio a que no exista discrepancia doctrinal a la hora de valorar el significado del elemento controvertido. Podrá haber quien opine, por ejemplo, que la prescripción se basa en las dificultades probatorias, quien crea que se basa en motivos de prevención general y quien estime que se fundamenta en ambas cuestiones, pero ello en absoluto invalida el criterio de distinción.

Tan sólo una pequeña corrección, más de forma que de contenido, conviene hacer al criterio de Beling, sobre todo para evitar la crítica superficial, pues dicho autor, no sólo no pensaba que el Derecho material acabara en el injusto culpable, sino que reconocía la existencia de elementos materiales más allá de la culpabilidad. Esta pequeña corrección sería sustituir la expresión «merecimiento» por la de procedencia, por ejemplo. Así, puede decirse: *la duda de si estamos frente a un elemento perteneciente al Derecho penal o al Derecho procesal penal debe resolverse en el primer sentido si la circunstancia que condiciona la respectiva consecuencia jurídica se sitúa en el ámbito de la idea de la procedencia de la pena, y en el segundo sentido si la circunstancia condicionante de la consecuencia jurídica está configurada de tal modo que no se ajusta a la idea de la procedencia de la pena, sino que guarda relación con el «sí» y el «cómo» de la actividad procesal.*

Dicho criterio, como criterio general que es, naturalmente, no exime del análisis del elemento controvertido, como en ocasiones parece pretenderse, pues de otra forma dejaría ser un criterio general y abstracto. El siguiente paso, por lo tanto, es pasar a estudiar las razones en las que basa el elemento en cuestión, o si se quiere, el fundamento de la circunstancia. Ello no implica que se confunda la naturaleza jurídica con el fundamento, como en alguna ocasión se ha señalado (81), sino sólo que para conocer la naturaleza jurídica hay que saber la razón o razones que fundamentan el elemento en cuestión. Con indagar en el fundamento jurídico no basta, pues dependiendo del criterio que se adopte en cuanto a la naturaleza jurídica, ese fundamento podrá traer como consecuencia la afirmación de su carácter material o procesal. Por lo tanto, hay fundamentaciones que deben conducir a la afirmación de la naturaleza material (sí se concluye que debe o no debe imponerse la pena) y otras que deben llevar a admitir el carácter procesal (por estar relacionadas con el sí y el cómo del proceso). Piénsese que de otra forma no hay nada en lo que sujetarse para calificar una determinada fundamentación como material o procesal.

(81) Cfr., en este sentido, GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, ob. cit., entre otras, pp. 36 y 49.