

Fecha de recepción  
del artículo:  
27 de junio del 2012

Fecha de aceptación  
del artículo:  
2 de noviembre del 2012

# Acerca de una concepción funcionalista del proceso penal<sup>1</sup>

On a functionalist approach to criminal procedure

Fernando Andrade Fernandes\*

## Resumen

Este estudio propone el reconocimiento de una relación de complementariedad funcional entre el derecho penal material y el proceso penal, según la cual —una vez preservada la teleología propia de cada uno de estos dos sectores del sistema jurídico-penal— ambos deben estar relacionados por medio de una orientación político-criminal común, cuyo objetivo sea evitar contradicciones sistémicas que generen consecuencias indebidas relacionadas tanto con la función que cada uno de ellos tiene que desarrollar, como con la función que —como un todo— tiene que realizar el sistema jurídico-penal.

## Palabras clave

Complementariedad funcional, derecho penal, política criminal, proceso penal.

## Abstract

This study proposes the recognition of a relationship of functional complementarity between Criminal material Law and the Criminal Procedure. Under this relationship, while preserving the teleology of each of these components, these two sectors of the Criminal Legal System must be connected through a common criminal and political orientation. This effort should be aimed to

.....  
Cómo citar este artículo: Fernando Andrade Fernandes. *Acerca de una concepción funcionalista del proceso penal*. Revista DIXI. Diciembre 2012. At. 26.

<sup>1</sup> Este trabajo se elaboró en el marco del proyecto de investigación “SA033A10-1”, financiado por la Junta de Castilla y León de España. La investigación se encuentra terminada. La traducción al castellano de este artículo fue hecha por el profesor Nicolás Rodríguez, a quien expreso mi reconocimiento y gratitud.

\* Maestría en Ciencias Penales en la Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil. Doctorado en Ciencias Jurídico-Criminales en la Universidade de Coimbra, Portugal. Posdoctorado en la Universidad de Salamanca, España. Profesor de Derecho Penal y Proceso Penal en la Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho” (UNESP) Brasil. Correo electrónico: feranfer@uol.com.br

prevent systemic contradictions and unintended consequences concerning the function to be performed by each towards the goals of said system as a whole.

## Keywords

Functional complementarity, criminal law, criminal policy, criminal procedure.

## ■ Introducción

Como consecuencia de los intensos y profundos cambios que actualmente se están llevando a cabo en las legislaciones penales de muchos países, podemos constatar como, en no pocos de ellos, se está produciendo una discrepancia profunda entre el *derecho penal sustantivo* y el derecho procesal penal, lo que incide directamente tanto en el funcionamiento del sistema jurídico-penal en su conjunto, como en el de cada uno de estos dos ámbitos. Así, desde la perspectiva del *derecho penal*, esta falta de armonía puede conducir tanto a un deterioro en el reconocimiento social de las normas y en la confianza en el ordenamiento jurídico,<sup>2</sup> como a una ineficaz intervención penal

en los casos en los que se produzca una violación de alguna de estas normas.<sup>3</sup> Por otro lado, desde la perspectiva del *proceso penal*, este desajuste

ha señalado Silva Sánchez— en una “ruptura de la relación de reconocimiento recíproco o puesta en cuestión de la norma” (Cfr. Jesús María Silva Sánchez. *Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión*. Estudios Penales y Criminológicos. 2004-2005. At. 339).

<sup>2</sup> En este sentido es necesario considerar los efectos causados en la estabilización de la vigencia de las normas a consecuencia de los debates en sede procesal en relación con su alcance, principalmente en relación con la denominada “nueva criminalidad”, sin perder de vista el hecho de que el problema ha sido generado en el derecho penal por una utilización excesiva de tipos penales abiertos, elementos normativos del tipo y las normas penales en blanco. Esto refuerza uno de los aspectos del *daño intelectual* derivado del delito consistente —como

<sup>3</sup> Véanse a este respecto los efectos negativos de la impunidad, los cuales llegan a ser mucho más evidentes cuando se tiene conocimiento del delito y su castigo no se hace efectivo o su persecución se prolonga en el tiempo a consecuencia de obstáculos procesales. Por ello, desde una perspectiva político-criminal, vale la pena recordar la advertencia siempre viva de Beccaria, en el sentido de que más eficaz que la gravedad de la sanción es la certeza de su realización. Refiriéndose a otro aspecto del *daño intelectual* que surge del delito, consistente en la intranquilidad e inquietud que provoca en la conciencia jurídica de la mayoría de los ciudadanos, Silva Sánchez advierte que “este daño aumenta con el conocimiento público del delito, de manera que el proceso penal, en la medida en que incrementa aquel conocimiento, puede amplificar también el daño intelectual del delito” (Cfr. Jesús María Silva Sánchez. *Op. cit.* Págs. 338-339).



provoca dos situaciones: en primer término, la no adaptación de sus estructuras a las características actuales del derecho penal,<sup>4</sup> y en segundo término, un deterioro de su función de seguridad para el acusado cuando se intenta, sin más, forzar su adaptación a estas nuevas características marcadas en el plano sustantivo.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Recuérdense a este respecto las dificultades provocadas una vez más por la configuración del derecho penal en la actualidad, comprometiendo la funcionalidad de los mecanismos procesales tradicionales, lo cual puede ser comprobado, por ejemplo, en materia probatoria en el ámbito de los delitos que tengan por objeto los llamados bienes jurídicos colectivos.

En relación con esta cuestión, Schünemann advierte que “si el delito material, es decir, las intolerables lesiones de bienes jurídicos socialmente perjudiciales, adquiere por sí mismo nuevas formas con la modernización de la sociedad, el principio de protección de los bienes jurídicos obliga a establecer los correspondientes nuevos tipos penales. Estos nuevos tipos penales generan a menudo requisitos específicos en la toma de prueba del proceso penal que a su vez tienen que ser cumplidos, si es que debe seguir siendo posible la protección de los bienes jurídicos. Esto no puede ir en contra de la búsqueda de la verdad material, del equilibrio del proceso y del principio del justo proceso, más bien se tiene que encontrar un equilibrio a través de la modernización de los derechos procesales del inculpado y de la defensa” (Bernd Schünemann. *Determinación de la estructura del proceso penal por medio del derecho penal material*. AA.VV. El estado actual de las ciencias penales. 2009. At. 367).

<sup>5</sup> Así sucede, por ejemplo, cuando se analizan las críticas surgidas frente a las modificaciones operadas en el proceso penal dirigidas tanto a la mejora en la eficacia de la persecución de la delincuencia grave, como a un tratamiento más adecuado a la pequeña criminalidad.

## ■ Consideraciones sobre la relación entre el derecho penal y el proceso penal

### Planteamiento previo

Atrincherados en la autonomía del derecho procesal penal, desde luego no negada por nuestra parte, y limitando la función del proceso penal a la reconstrucción de la verdad material, la doctrina tradicional siempre ha limitado la relación entre el derecho penal y el proceso penal a una mera instrumentalidad de este frente a aquel, de igual forma incuestionable en la medida en que el proceso es la forma de realización del derecho material violado.<sup>6</sup> Por tanto, es necesario partir de la premisa de que sería injustificable —desde todo punto de vista— una asimilación completa entre el modelo de derecho penal material y el procesal penal; incluso, el planteamiento de una absoluta congruencia entre ambos modelos entraría en colisión con la idea actualmente en boga conforme a la cual el derecho procesal penal tiene que ser configurado como un sistema normativo propio, definiéndose y operando como un sistema *autorreferencial*.<sup>7</sup>

La pregunta que surge es si es posible recuperar la idea de *sintonía* —por tanto, ni *vinculación* ni mucho menos *dependencia*— entre el modelo de derecho penal material y el respectivo modelo procesal penal como forma de maximizar su

<sup>6</sup> Ver. Friedrich Christian Schroeder. *Strafprozessrecht*. Pág. 4.2 Neubearbeitete Auflage. (1997), quien destaca esta característica ubicándola históricamente en la Carolina de 1532.

<sup>7</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Pág. 27. Ed. Coimbra. (1992).

funcionamiento conjunto y, en última instancia, mejorar los niveles de eficacia en el ámbito de la justicia penal.<sup>8</sup>

Por tanto, de lo que se trata es de realizar la idea consistente en intentar construir un sistema unitario e integral de la dogmática jurídico-penal y jurídico-procesal penal,<sup>9</sup> a lo que habría que añadir, según mi criterio, el derecho de medición de la pena.

Sin que haya encontrado aún la repercusión y atención que merece, una construcción de este tipo ya fue ampliamente planteada por mí hace una década,<sup>10</sup> cuando defendí la necesidad de establecer una relación de complementariedad funcional entre el derecho penal y el proceso penal.

Si partimos de la constatación de los graves inconvenientes que se generan al presentarse un desajuste entre el derecho penal y las infraestructuras

del proceso,<sup>11</sup> no se pueden dejar de reconocer las influencias que el modelo que se establezca para el primero sí reflejan en el modelo procesal respectivo.<sup>12</sup> En definitiva, que —como se ha dicho hace tiempo— la influencia del derecho penal sustantivo en la concepción del derecho procesal penal es una *vieja verdad* o, si se prefiere, una *vieja media verdad* que en estos tiempos se ha convertido en un tema de máxima actualidad.<sup>13</sup>

Por tanto, aunque desde una visión específicamente formal se defiende la necesidad del proceso penal para que se pueda concretar el derecho sustantivo, se afirma que el derecho procesal penal constituye, en cierto sentido, una parte del derecho penal, constituyendo ambos una *unidad*. Por ello, bajo la expresión de *derecho penal total*, Figueiredo Dias reúne, junto al derecho penal sustantivo y al derecho penitenciario, el derecho procesal penal.<sup>14</sup> De hecho, con anterioridad ya se decía que si bien es cierto que hoy no se puede dudar de la correlativa autonomía —normativa y

<sup>8</sup> De esta necesidad hace eco Figueiredo Dias al constatar cómo, estando por necesidad el proceso penal al servicio de la realización del derecho penal sustantivo, la falta de sintonía entre los dos ordenamientos se convierte en un obstáculo, si no insuperable, sí muy relevante en orden a lograr un funcionamiento eficaz de todo el sistema de justicia penal y una razonable expectativa de desarrollar con éxito la tarea de controlar la delincuencia (Cfr. Jorge de Figueiredo Dias. *Para uma reforma global do processo penal português - da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais*. AA.VV. Para uma nova justiça penal. Pág. 192. Ed. Coimbra. [1983]).

<sup>9</sup> Jorge de Figueiredo Dias. *Direito penal. Parte geral*. Tomo I. Pág. 264. Ed. Coimbra. (2007).

<sup>10</sup> Fernando Andrade Fernandes. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Ed. Coimbra. (2001).

<sup>11</sup> René Ariel Dotti. *As bases constitucionais do direito penal democrático*. Revista de Informação Legislativa. 1985. At. 43.

<sup>12</sup> Cfr. Friedrich Christian Schroeder. *Op. cit.*, quien a pesar de no manifestarse de manera coincidente con lo expresado en el texto, sí defiende la existencia de una estrecha ligazón entre el derecho penal y el derecho procesal penal.

<sup>13</sup> Anabela Miranda Rodrigues. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Pág. 40. Ed. Coimbra. (1995).

<sup>14</sup> Jorge de Figueiredo Dias. *Direito processual penal*. Págs. 23 y ss. Ed. Coimbra. (1974).

dogmática— entre el derecho material criminal y el derecho procesal criminal, también no es menos cierto que ellos actúan de forma unida, integrados, evidenciando la existencia de una cierta relación de complementariedad —o instrumentalidad, si se prefiere— e incluso de una conexión de carácter normativo.<sup>15</sup> En este mismo sentido, según Roxin, la relación entre el derecho procesal penal y el derecho penal material es muy estrecha, y así, desde una perspectiva de política-criminal, ambas normativas mantienen una relación de complementariedad; incluso, en ocasiones las instituciones propias de cada ámbito tienen funcionalmente el mismo valor.<sup>16</sup>

Por su parte, Marafioti destaca la necesidad de que se establezca un diálogo entre el derecho material y el procesal, señalando de una forma

<sup>15</sup> António Castanheira Neves. Sumários de processo criminal (1967-1968). Pág. 9. Ed. Coimbra. (1968).

<sup>16</sup> Vid. Claus Roxin. Strafverfahrensrecht. Pág. 6. Ed. C.H. Beck. (1991), quien extrae de la Ordenanza Procesal Penal Alemana (*StPO*) los ejemplos de instituciones que tienen el mismo valor funcional: las condiciones objetivas de punibilidad del ámbito material y las condiciones de procedibilidad; la eliminación de las bagatelas a través de la interpretación de los tipos penales —“lesiones insignificantes” conforme al § 223 *StGB*, “amenaza cualificada” del § 240 *StGB*— o a través de una suspensión a causa de la insignificancia del hecho según el § 153 *StPO*. De manera similar con el planteamiento expuesto, Ranft considera que la limitación de la punibilidad a través de una interpretación restrictiva de los tipos penales y la suspensión del proceso por la insignificancia del hecho pueden ser claramente vistos en una relación de complementariedad (*Cfr.* Otfried Ranft. *Strafprozessrecht*. Pág. 273. 2. neubearbeitete Auflage. Verlag. [1995]).

tajante que no se trata de una simple indicación de corte metodológico, sino que este planteamiento tiene que ser el punto de partida que sirva para renovar dogmáticamente la estructura y las instituciones básicas del proceso, lo que puede derivar en una nueva sistematización de la materia por parte del legislador.<sup>17</sup> Y, en el mismo sentido, Ribeiro Lopes habla de una comunicación interactiva semántica y pragmática entre las normas penales y procesales, de la cual se deriva un sistema único de integración de sus valores en el sistema legal, el cual se concreta en la protección de la libertad individual en el marco de un Estado democrático de derecho material, anclado en la garantía de la libertad humana.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Luca Marafioti. *La giustizia penale negoziata*. Págs. 468-469. Giuffrè. (1992).

De manera similar, Ferrua señala que el proceso penal acusatorio necesita un derecho sustantivo que esté a las antípodas del actual, que sea claro y fácilmente determinable. En este sentido, muchos años antes Leone pronosticó que la reforma del Código de Proceso Penal Italiano —verificada a finales de los años ochenta del siglo pasado— provocaría irremediabilmente un cambio en la legislación penal italiana (*Cfr.* Paolo Ferrua. *Studi sul processo penale II. Anamorfosi del processo accusatorio*. Pág. 13. Ed. Zanichelli. [1992], y Giovanni Leone. *Pena e processo, nuove prospettive*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. 1983. At. 3).

<sup>18</sup> Maurício Antonio Ribeiro Lopes. *Suspensão do processo e vacatio legis*. Boletim IBCCrim. 1995. At. 4. Se puede observar claramente cómo la “comunicación interactiva semántica y pragmática” defendida por este autor es analizada desde una perspectiva de un derecho penal garantista, conforme a la cual el derecho penal, en sentido amplio, actúa como un instrumento de limitación de la actividad sancionatoria del Estado.

## Forma y naturaleza de la relación

En respuesta al cuestionamiento acerca de la manera en que se relacionan estas dos partes del sistema penal, Figueiredo Dias considera que la relación entre el derecho penal y el derecho procesal penal es, desde distintos puntos de vista, una relación mutua de complementariedad funcional, lo que permite entenderlos como partes de una misma unidad. De ello se deduce que la conformación teleológica fundamental del derecho penal sustantivo va a ejercer una influencia decisiva en la concepción del correspondiente derecho procesal penal. Y no sólo en su conformación básica, sino también en la resolución de los problemas procesales más concretos, las posiciones tomadas en el ámbito del derecho sustantivo tienen una relevancia fundamental, de forma tal que incluso las más mínimas variaciones que se hayan podido producir en este, tienen su reflejo —en ocasiones incluso de forma potenciada— en el campo procesal penal.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Jorge de Figueiredo Dias. *Direito processual penal*. Págs. 28-29. Ed. Coimbra. (1974). En los ejemplos utilizados por De Figueiredo Dias, dependiendo de si se hallan ante un derecho penal de retribución fáctica-objetiva (represión), o de castigo de la culpa, o de prevención general (intimidación), o de medidas terapéuticas (defensa social en sentido estricto); dependiendo de si se considera el hecho o el actor, y dependiendo de que se siga —en materia de las reacciones penales— la vía monista, la dualista o la vicarial, así tendrá que ser construido y aplicado el derecho procesal penal, que de esta forma tendrá una configuración específica en función de la opción por la que se decante. Vid. además Jorge de Figueiredo Dias. *Direito processual penal*. Lições. Págs. 5-6. Ed. Coimbra. (1988-1989); Manuel da Costa Andrade.

Partiendo de esta idea de complementariedad de las normas penales y procesales, compartimos con Roxin el planteamiento de que, por un lado, el derecho penal sólo será eficiente en la práctica en la medida en que el procedimiento para su imposición lo permita y, por otro lado, no es posible una regulación del procedimiento que sea adecuada si ella no es modelada por el derecho material. Así por ejemplo, cuando la sanción tenga que ser determinada fundamentalmente con base en aspectos de prevención especial, el derecho procesal penal tendrá que tomar en consideración el análisis de la personalidad del agente y, a partir de ello, indicar el procedimiento que tenga que ser adoptado.<sup>20</sup>

Partiendo de que esta idea de complementariedad expuesta tiene que ser en parte sujeta a límites, si hacemos uso de la terminología sociológica, de lo que se trataría es de llevar a cabo una “interpenetración de sistemas autopoiéticos” de

*Consenso e oportunidade*. AA.VV. Jornadas de direito processual penal: O novo código de processo penal. Pág. 340. Ed. Coimbra. (1989); José Narciso da Cunha Rodrigues. *O sistema processual penal português*. Polícia e Justiça. Revista do Instituto Nacional de Polícia e Ciências Criminais. 1993-1994. At. 13. Y aunque también reconozca la existencia de una *complementariedad funcional* entre estos dos sectores del sistema penal, Da Costa Pimenta considera que, desde un plano teleológico, el derecho procesal penal y el derecho sustantivo son *autónomos*, por cuanto este está orientado a regir en el amplio espacio de la convivencia social de los ciudadanos, mientras que aquel se ubica únicamente en el campo de las relaciones procesales. *Cfr.* Jose da Costa Pimenta. *Introdução ao processo penal*. Pág. 20. Ed. Coimbra. (1989).

<sup>20</sup> Claus Roxin. *Op. cit.*

lo que habla Luhman,<sup>21</sup> de forma tal que el mismo dato, la misma acción, igualmente adecuados a los dos sistemas, puede, todavía, ser objeto de distintas consideraciones sistemáticas diferenciadas y asimétricas, no siendo descartable que el funcionamiento autorreferente de uno de los sistemas, v. gr., la finalidad aseguradora propia del proceso penal, pueda contradecir la selección realizada por el otro; por ejemplo, a la finalidad funcional del derecho penal, el que impide alcanzar sus expectativas imponiendo una solución del conflicto así establecido.

Como consecuencia de todo lo expuesto, la posición que se defiende aquí es que el derecho procesal penal tiene que actuar de manera acorde con el sistema jurídico-penal, un sistema más complejo —reconocido como autónomo y autopoietico—,<sup>22</sup> de forma tal que se posibilite una interpenetración entre ambos, lo que de ninguna manera significa que haya que negar el entendimiento del derecho procesal penal también como un sistema autorreferente y autopoietico, cuyo funcionamiento puede, en ocasiones, provocar una *irritación* en el otro sistema más complejo.

Más allá de ello, esta complementariedad funcional se tiene que realizar sin perjuicio de la autonomía que hay que reconocer a cada uno de estos

dos sectores del ordenamiento jurídico, incluso desde una perspectiva teleológica, puesto que, en última instancia, lo que se está relacionando son dos conjuntos normativos distintos.<sup>23</sup> Siendo así, la forma de actuar de esta unidad funcional parte de la consideración de cada parte del sistema penal como un ámbito autónomo dotado de unos fines y una racionalidad propias, que funciona supeditado a las condiciones establecidas por los otros ámbitos penales, por lo que sólo una actuación coordinada y equilibrada de todos ellos podrá reducir la complejidad del sistema,<sup>24</sup> todo ello en aras de alcanzar su efectividad. Así, como ya se ha hecho referencia, debe tenerse en cuenta que esta relación de complementariedad funcional entre el derecho penal material y su respectivo proceso se encuentra limitada por determinados aspectos de naturaleza epistemológica, por lo que no se puede hablar de una asimilación completa entre ambos sectores. De esta forma, ni se niegan los principios inherentes a cada uno de los dos ámbitos, sustantivo y procesal, ni se excluye que

<sup>21</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade. Consentimento e acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Pág. 21. Ed. Coimbra. (1991), quien recuerda que, como es comúnmente conocido en la *teoría del sistema social* propuesta por Luhman, abundan los conceptos de “autorreferencia”, “autopoiesis” e “interpenetración”.

<sup>22</sup> Jorge de Figueiredo Dias. *A ciência conjunta do Direito Penal*. Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pág. 37. (1999).

<sup>23</sup> Jorge de Figueiredo Dias. *Direito processual penal*. Págs. 32-34. Ed. Coimbra. (1974).

<sup>24</sup> Manuel da Costa Andrade. *Sobre o estatuto e função da criminologia contemporânea*. Revista da Ordem dos Advogados. 1984. At. 516. De manera no muy diversa, Gomes Canotilho cambia el concepto de “sistema penal” por el de “ciencias criminales”, para así englobar también a la dogmática jurídico-penal, a la criminología y a la política criminal, y de esta forma justificar que en el Estado de derecho la política criminal actúa como la fuente de inspiración de la actuación del poder legislativo. Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho. *Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia. 1984. At. 851-852.

en su funcionamiento se puedan producir interferencias de uno en el otro.

Una vez realizada esta opción en defensa de la existencia de una complementariedad funcional entre el modelo de derecho penal material y el correspondiente proceso penal, este último moldado por el derecho procesal penal respectivo, lo que ahora nos compete es tratar de verificar que, tal y como sucede en relación con el ordenamiento sustantivo, también la normativa procesal penal puede ser orientada en su formulación y aplicación práctica por criterios de política criminal.

### ■ Orientación político-criminal del proceso penal

Estando el derecho procesal penal integrado en el sistema de derecho penal,<sup>25</sup> y sin dejar a un lado su carácter dogmático, si se parte del modelo global de ciencia penal —atribuido a Von Liszt—,<sup>26</sup> el proceso penal debería permanecer inmune a cualquier tipo de interferencia de corte político criminal. O, dicho de manera distinta, si el proceso penal está estructurado con el objetivo de proporcionar seguridad al ciudadano a través de la finalidad de protección que le es inherente, estaría fuera del ámbito de las finalidades del

derecho procesal penal regular el proceso penal<sup>27</sup> supeditado a la obtención de cualquier finalidad político-criminal, o al menos de forma que no obstaculice su obtención. Bastaría que, orientado exclusivamente hacia el autor del delito y siendo un instrumento para su protección, el proceso penal adoptase una función retrospectiva teniendo como misión exclusiva la reconstrucción de los hechos pasados acontecidos y disciplinando cómo los poderes del Estado pueden interferir en los derechos de ese individuo en las actuaciones atinentes a la exigencia de responsabilidad. En términos normativos más propios, bastaría que el proceso penal estuviera dirigido hacia la aplicación de la norma secundaria, sin estar también orientado para hacer eficaz la norma primaria.

Desde una perspectiva metodológica, bastaría con estructurar dogmáticamente este sector del ordenamiento jurídico en atención a su naturaleza *sistemática*, sin prestar atención a su posible orientación con base en criterios de política criminal por la vía del método *problemático*. Si fuera así, sería ajena al proceso penal cualquier tipo de preocupación basada en las consecuencias futuras que para el acusado se derivarán de la actuación jurisdiccional, o para la persona o las personas que son partes interesadas en el conflicto surgido y sometido a los tribunales —las víctimas— e incluso para el propio Estado, como representante y defensor no sólo de la legalidad sino del interés de la colectividad; bastaría, por tanto, que el proceso

<sup>25</sup> Jorge de Figueiredo Dias defiende la existencia de un derecho penal en sentido amplio, esto es, de un “derecho penal total” en el cual están integrados el derecho penal general y el derecho penal especial, así como el derecho procesal penal. Vid. Jorge de Figueiredo Dias. *Direito penal. Parte geral*. Tomo I. Pág. 5. Ed. Coimbra. (2007).

<sup>26</sup> Francisco Muñoz Conde. Prólogo. W. Hassemer. *Fundamentos del derecho penal*. Pág. xvii. Bosch. (1984).

<sup>27</sup> De aquí en adelante partimos de la consideración —en consonancia con lo expuesto por De Figueiredo Dias— de que el derecho procesal penal surge como un conjunto de normas jurídicas que orientan y disciplinan el proceso penal. Vid. Jorge de Figueiredo Dias. *Direito processual penal. Lições*. Pág. 12. Ed. Coimbra. (1988-1989).



penal cumplierse con su función de garantía de los derechos de los ciudadanos.

Para no ser injustos con el maestro Von Liszt, producto de una interpretación apresurada de sus planteamientos, quizá sea más adecuado sostener que —a partir de su consideración del modelo global de ciencia penal— el proceso penal, o más concretamente el derecho que lo disciplina, sería la barrera infranqueable de los objetivos marcados por la política criminal de un ordenamiento. Así, en caso de que el proceso penal deba perseguir alguna finalidad político-criminal, esto sólo pueda suceder dentro de los límites estrictos marcados por la dogmática procesal penal.

Roxin realizó unas primeras consideraciones sobre estas cuestiones cuando expuso que la unidad sistemática entre la política criminal y el derecho penal —que según su parecer también debe incluirse en la estructura de la teoría del delito— es tan sólo una realización de la misión que hoy en día tiene que ser atribuida a nuestro ordenamiento jurídico en todos sus ámbitos,<sup>28</sup> entre los cuales tiene que ser incluida —según nuestro criterio— la normativa procesal penal. Esta forma de pensar también es defendida por Zipf cuando se muestra partidario de incorporar el derecho procesal penal en el marco general de la política criminal estatal, habida cuenta de su importancia para la realización efectiva de la persecución penal.<sup>29</sup>

En la actualidad, las innumerables ventajas derivadas de la aceptación de esta idea —que si bien es cierto también se verifican en el derecho penal material y en el derecho de medición de la

penal con relación al derecho penal material y al derecho de medición de la pena— son fundamentales para el proceso penal. De hecho, si una orientación político-criminal de la dogmática jurídico-penal y de aplicación de la pena es algo cada vez más consolidado, durante mucho tiempo el proceso penal fue colocado fuera del alcance de la política criminal para así preservar su función garantizadora, negándose, quizá de manera excesiva, la conexión entre ambos.

Como demostración de lo que se ha afirmado, y a la par de las proyecciones en los presupuestos de procedibilidad, la circunstancia de que los fines de la pena, las finalidades extrapenales y los puntos de vista de la culpabilidad también pueden ser relevantes para el derecho procesal, es algo que se pone de relieve especialmente en las hipótesis en las que se da cabida en el proceso penal al principio de oportunidad. Así, cuando los párrafos 153 y 153a de la Ordenanza Procesal Penal alemana (*StPO*) hacen depender la suspensión provisional del proceso a la escasa culpabilidad o a la ausencia de interés público en la persecución penal, ese interés público solamente puede ser concretado siguiendo los criterios de los fines de la pena. Y cuando, en otros casos, la suspensión puede producirse por razones políticas (§ 153d), de estrategia en la persecución (§§ 153e y 154c), en ellas se imponen finalidades extrapenales frente a la necesidad de la pena.<sup>30</sup>

Aunque no existen razones que desautoricen la ubicación *sistemática* del proceso penal, teniendo en cuenta las funciones de garantía y seguridad que la dogmática jurídica proporciona, no es menos cierto que no es posible negar el indiscutible contenido *problemático* de este sector

<sup>28</sup> Claus Roxin. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Pág. 34. Bosch. (1972).

<sup>29</sup> Heinz Zipf. *Introducción a la política criminal*. Pág. 128. Edersa. (1979).

<sup>30</sup> Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*. Pág. 991. (1997).

del ordenamiento jurídico, puesto que, lejos de planteamientos generalistas y abstractos, actúa en casos concretos, en conflictos de la realidad cotidiana.<sup>31</sup> Ahora, todo se concreta de forma que haya que elegir —menos en clave de oposición y más en clave de complementación— entre el mantenimiento de un modelo procesal fundado exclusivamente en premisas dogmáticas y orientado básicamente a asegurar la igualdad y la formalidad en la aplicación del derecho penal material —no siendo proclive a acoger las decisiones valorativas de la política criminal— y entre un modelo en el que junto a su misión de garantía

<sup>31</sup> Faria Costa parte de este planteamiento para criticar el pensamiento sistemático, argumentando que olvida —o al menos no es capaz de comprender— los casos concretos que suceden a diario. Incluso, de la misma manera, olvida la propia ley; más en concreto, es la propia ley la que va a romper la noción de sistema por cuanto la forma en la que se elabora imposibilita una adecuada sistematización teórica, esto es, que al *input* de la producción legislativa no le corresponde un adecuado *output* que hiciera viable el equilibrio del sistema. Cfr. J. Francisco Faria da Costa. *Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 1985. At. 12.

Por otra parte, apoyando un tratamiento sistemático del control de la criminalidad, como expresión de la teoría criminológica del interaccionismo, consistente en realizar un estudio comprensivo e integrado del proceso de aplicación de la justicia penal que permita dar una mayor consistencia y una mayor eficiencia —tal y como ellas deben ser medidas a la luz de los principales objetivos o metas sistémicas— al sistema considerado como un todo, vid. Jorge de Figueiredo Dias & Manuel da Costa Andrade. *Criminologia. O homem delinquent e a sociedade criminógena*. Págs. 373-374. Ed. Coimbra. (1984).

el proceso penal pueda favorecer la obtención de finalidades político-criminales o que, al menos, no se convierta en un obstáculo para la obtención de dichas finalidades.

No son pocas las manifestaciones que se decantan por defender un proceso penal exento de cualquier inferencia de planteamientos político-criminales, que esté dogmáticamente cerrado, basándose en la idea de que la entrada de esa orientación puede poner en riesgo la seguridad jurídica y la consiguiente función protectora de la libertad individual que se atribuye al proceso penal. A nuestro juicio, este planteamiento no es del todo correcto por cuanto su validez se apoya en premisas erróneas. Como ya hemos destacado, no debemos pensar que estamos ante una hipótesis de oposición, en la cual la opción por uno de los factores excluye al otro; en verdad, lo correcto es pensar que estamos ante una situación de complementariedad entre el vector de la garantía y aquel político-criminal que busca dotar al sistema de una mayor funcionalidad. Por otro lado, la mencionada oposición a la tesis aquí expuesta considera que bajo la defensa de una posible orientación político-criminal del proceso penal se pueden ocultar intereses espurios que nada tienen que ver con aquellos que deberían orientar el sistema —como los de naturaleza política o ideológica—, los cuales son contrarios a la seguridad jurídica, a la igualdad y a la libertad individual, con lo que se estarían minando las bases del Estado de derecho. No obstante, aunque esto sea posible, en esta idea no se toma en consideración el hecho de que esta es una característica propia del proceso penal, de forma tal que, incluso en su versión dogmática más extrema, el proceso penal siempre tiende a ser propenso a recibir interferencias político-ideológicas, ya que está comúnmente admitido por la doctrina que el derecho

procesal penal es un claro síntoma del espíritu político-constitucional que impregna un ordenamiento jurídico,<sup>32</sup> y que por tanto es propenso a recibir planteamientos políticos e ideológicos, sean del signo que fueren. Por consiguiente, no es el rigor dogmático y la naturaleza hermética y jurídicamente neutra la que va a asegurar la inmutabilidad del proceso penal de elementos extraños; cuando mucho, podría argumentarse que en caso de admitirse una orientación político-criminal, la influencia de los citados intereses permanecería oculta, mientras que en la hipótesis de la dogmática procesal penal cerrada —que de hecho no existe— sería necesario llevar a cabo alteraciones dogmáticas visibles y sujetas a control. Con relación a esta última objeción, la orientación político-criminal tendría la ventaja de ser una hipótesis más segura una vez que ella debería producirse en el momento de la elaboración legislativa, sin ser dejada para el momento final de su aplicación judicial, en el que existirían mayores riesgos de cometerse arbitrariedades. Obviamente, lo único que se pretendería sería disponer de mejores herramientas de control de las orientaciones políticas e ideológicas infiltradas de manera informal en el trámite legislativo, y nunca restringir la actividad de los órganos jurisdiccionales en su interpretación de la legislación, a los que incumbe la actualización de la política criminal trazada a grandes rasgos por el legislador, incluso en esta hipótesis del proceso penal.

Así, frente a la ya plenamente consolidada idea de dotar al sistema jurídico-penal de una

orientación político-criminal,<sup>33</sup> que tantos resultados ha dado y sigue dando, es esta misma conformación teleológica —porque está relacionada con las finalidades de ese mismo sistema— la que realizará también la coordinación entre los demás subsistemas, en especial entre el derecho penal y el proceso penal.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Vid. Claus Roxin. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Bosch. (1972).

<sup>34</sup> También para Cavaleiro de Ferreira, la estructura del proceso penal —como en la elaboración dogmática del derecho procesal penal— no puede dejarse a un lado, ni la naturaleza ni los fines propios del derecho penal, de manera tal que puede afirmarse que entre ambas ramas del ordenamiento jurídico se produce una comunicación teleológica. *Cfr.* Manuel Cavaleiro de Ferreira. *Curso de processo penal*. Vol. I. Pág. 17. Editora Danúbio, LDA. (1986). Por su parte, Da Costa Andrade, cuando analiza la problemática de las prohibiciones de prueba en el proceso penal, de manera divergente señala que el derecho penal y el derecho procesal penal están situados en distintos horizontes político-criminales y teleológicos, integrados por tópicos hermenéuticos que no se pueden yuxtaponer, por lo que se generan incongruencias y disonancias en las respuestas que se dan en ambos sectores del orden jurídico-penal. *Cfr.* Manuel Da Costa Andrade. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Pág. 41. Ed. Coimbra. (1992). Más allá de lo indicado, es necesario dejar sentado que esta divergencia de posicionamientos es meramente aparente, puesto que primero hemos hecho la ponderación acerca de que cada uno de los sectores tiene autonomía teleológica, y además hemos reseñado que en algunas hipótesis tiene que prevalecer la teleología propia de cada uno de los sectores, siempre que esto no genere alguna contradicción en el conjunto del sistema.

<sup>32</sup> Jorge de Figueiredo Dias. *Para uma reforma global do processo penal português - da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais*. AA.VV. *Para uma nova justiça penal*. Pág. 6. Ed. Coimbra. (1983).

Figueiredo Dias, después de defender la obtención de un modelo axiomático adecuado a la interpretación teleológica de las normas y la solución de los concretos problemas jurídico-procesales, advierte que no se trata de legitimar la solución de problemas jurídicos concretos por deducciones lógicas obtenidas de la consideración del fin del proceso: eso sería un mero deductivismo conceptualista aunque fuera merecedor entonces del apellido de “teleológico”.<sup>35</sup> Se está ante la revelación de las grandes relaciones funcionales entre las singulares normas y los problemas jurídico-procesales, y la totalidad del sistema jurídico. Por consiguiente, en la medida en que las “ideas fundamentales” para el sistema jurídico-penal sean elegidas a partir de los puntos de vista de la finalidad —lo que, incluso, sólo ocurre de manera parcial, puesto que en el derecho penal cumplen un rol fundamental los puntos de vista morales y las consideraciones de justicia—, las normas jurídicas que se refieren a esas ideas fundamentales están determinadas teleológicamente.<sup>36</sup> De esta forma, al igual que el derecho penal material, el derecho procesal penal también sería un subsistema abierto, sirviendo el modelo de proceso penal respectivo para la exteriorización de las proposiciones de política criminal en el modo de la validez jurídica —aquí en su aspecto funcional—, en los límites fijados por los valores y principios constitucionales puestos por el modelo de Estado —aquí en su aspecto garantista—. En definitiva, que al igual que sucede con relación al

<sup>35</sup> Jorge de Figueiredo Dias. *Direito processual penal*. Pág. 41. Ed. Coimbra. (1974).

<sup>36</sup> Karl Engisch. *Sentido y alcance de la sistemática jurídica*. Anuario de filosofía del derecho. Tomo III. Pág. 19. (1986).

derecho penal material, el derecho procesal penal tiene que ser la forma a través de la cual se exteriorizan las finalidades de política criminal, funcionando, al mismo tiempo, como una barrera frente a esas finalidades. La base teórica para esta integración político-criminal es buscada a partir del postulado de que el derecho y el proceso penal participan de una ordenación axiológica que los conduce a una imprescindible concordancia con los principios ético-sociales de un determinado ordenamiento jurídico.<sup>37</sup>

## ■ Conclusión

En conclusión, considero que es posible defender la posibilidad de encuadrar sistémicamente al proceso penal en una relación de complementariedad funcional con el derecho penal, en el entendido de que el vínculo en este sistema unitario es, sin duda, de naturaleza teleológica, al estar apoyado en las finalidades de política criminal.<sup>38</sup>

Ahora bien, acerca de la puesta en práctica de esta idea, cabe advertir que eso sólo es posible en cada uno de los ámbitos que integran el proceso penal; así, por poner algún ejemplo, en las medidas cautelares, en la prueba, en los procedimientos, etc., y dentro de cada uno de estos ámbitos temáticos, en cada uno de los problemas que se generan en ellos.

<sup>37</sup> Peter Hünerfeld. *A pequena criminalidade e o processo penal*. Revista de Direito e Economia. 1978. At. 27.

<sup>38</sup> Vid. Fernando Andrade Fernandes. *Op. cit.* Aquí se puede ver una aplicación práctica de la idea sostenida en el texto en el ámbito de las formas procedimentales fundadas en el consenso entre las partes.

## ■ Referencias

- Anabela Miranda Rodrigues. A determinação da medida da pena privativa de liberdade. Pág. 40. Ed. Coimbra. (1995).
- António Castanheira Neves. Sumários de processo criminal (1967-1968). Pág. 9. Ed. Coimbra. (1968).
- Bernd Schünemann. *Determinación de la estructura del proceso penal por medio del derecho penal material*. AA.VV. El estado actual de las ciencias penales. (2009). At. 367.
- Claus Roxin. Política criminal y sistema del derecho penal. Pág. 34. Bosch. (1972).
- Claus Roxin. Strafverfahrensrecht. Pág. 6. Ed. C.H. Beck. (1991).
- Claus Roxin. Derecho penal. Parte general. Pág. 991. Civitas. (1997).
- Fernando Andrade Fernandes. O processo penal como instrumento de política criminal. Ed. Coimbra. (2001).
- Francisco Muñoz Conde. Prólogo. W. Hassemer. Fundamentos del derecho penal. Pág. xvii. Bosch. (1984).
- Friedrich Christian Schroeder. Strafprozessrecht. Pág. 4. Verlagsbuchhandlung. (1997).
- Giovanni Leone. *Pena e processo, nuove prospettive*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. 1983. At. 3.
- Heinz Zipf. Introducción a la política criminal. Pág. 128. Edersa. (1979).
- J. Francisco Faria da Costa. *Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 1985. At. 12.
- Jesús María Silva Sánchez. *Delincuencia patrimonial leve: Una observación del estado de la cuestión*. Estudios Penales y Criminológicos. 2004-2005. At. 339.
- Jorge de Figueiredo Dias. Direito processual penal. Págs. 23 y ss. Ed. Coimbra. (1974).
- Jorge de Figueiredo Dias. *Para uma reforma global do processo penal português - da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais*. AA.VV. Para uma nova justiça penal. Págs. 6 y 192. Ed. Coimbra. (1983).
- Jorge de Figueiredo Dias & Manuel da Costa Andrade. Criminologia. O homem delincente e a sociedade criminógena. Págs. 373-374. Ed. Coimbra. (1984).
- Jorge de Figueiredo Dias. Direito processual penal. Lições. Págs. 5-6 y 12. Ed. Coimbra. (1988-1989).
- Jorge de Figueiredo Dias. *A ciência conjunta do Direito Penal. Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Pág. 37. São Paulo: Revista dos Tribunais. (1999).
- Jorge de Figueiredo Dias. Direito penal. Parte geral. Tomo I. Pág. 264. Ed. Coimbra. (2007).
- Jose da Costa Pimenta. Introdução ao processo penal. Pág. 20. Ed. Coimbra. (1989).
- José Joaquim Gomes Cantilho. *Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia. 1984. At. 851-852.
- José Narciso da Cunha Rodrigues. *O sistema processual penal português*. Polícia e Justiça. Revista do Instituto Nacional de Polícia e Ciências Criminais. 1993-1994. At. 13.
- Karl Engisch. *Sentido y alcance de la sistemática jurídica*. Anuario de filosofía del derecho. Tomo III. Pág. 19. (1986).
- Luca Marafioti. La giustizia penale negoziata. Págs. 468-469. Giuffrè. (1992).
- Manuel Cavaleiro de Ferreira. Curso de processo penal. Vol. I. Pág. 17. Editora Danúbio, LDA. (1986).
- Manuel da Costa Andrade. *Sobre o estatuto e função da criminologia contemporânea*. Revista da Ordem dos Advogados. 1984. At. 516.
- Manuel da Costa Andrade. *Consenso e oportunidade*. aa.vv. Jornadas de direito processual penal: O novo código de processo penal. Pág. 340. Ed. Coimbra. (1989).

- Manuel da Costa Andrade. Consentimento e acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Pág. 21. Ed. Coimbra. (1991).
- Manuel da Costa Andrade. Sobre as proibições de prova em processo penal. Págs. 27 y 41. Ed. Coimbra. (1992).
- Maurício Antonio Ribeiro Lopes. *Suspensão do processo e vacatio legis*. Boletim IBCCrim. 1995. At. 4.
- Otfried Ranft. Strafprozessrecht. Pág. 273. 2 neubearbeitete Auflage. Verlag. (1995).
- Paolo Ferrua. Studi sul processo penale II. Anamorfosi del processo accusatorio. Pág. 13. Ed. Zanichelli. (1992).
- Peter Hünerfeld. *A pequena criminalidade e o processo penal*. Revista de Direito e Economia. 1978. At. 27.
- René Ariel Dotti. *As bases constitucionais do direito penal democrático*. Revista de Informação Legislativa. 1985. At. 43.