

Principio acusatorio: realidad y utilización

Lo que es y lo que no^(*)

Teresa Armenta Deu

Abogado. Profesora de derecho procesal en la Universidad de Girona, España.

1 Planteamiento y premisas de partida.

El principio acusatorio se ha convertido en elemento recurrente cuya apelación resulta común y frecuente en todas las recientes reformas procesales, desde la que introdujo el procedimiento abreviado en 1988 hasta la de los tribunales del Jurado, pasando por la de 1992.

En una época en que se asiste a un abuso de los principios con el riesgo de convencionalismo e irrealidad que ello comporta⁽¹⁾ el principio acusatorio parece ser el paradigma incontestable del proceso penal de un Estado de Derecho. Al margen del uso interesado que se haga del mismo desde una perspectiva más política que jurídica, se recurre al principio acusatorio para justificar la atribución de la instrucción del proceso penal al Ministerio Fiscal (MF), reformar la PP en un determinado sentido, configurar los Tribunales de Jurado de una forma específica, etc., de manera que este uso excesivo y desordenado ha conducido a desdibujar seriamente su contorno, vaciando su contenido en la medida en que éste se ha expandido hacia otros

principios y derechos con los que, estando sin duda relacionado desde una perspectiva global y garantista del proceso, no son ciertamente equiparables, como es el caso del derecho de defensa, el principio de contradicción o el de oficialidad.

Esta última circunstancia obliga a que cualquier análisis serio del repetido principio deba iniciarse ineludiblemente sentando una serie de premisas que configuren correctamente el marco en el que debe aplicarse, permitiendo así delimitar sus elementos esenciales.

Tres son los puntos de partida cuya combinación fijan la estructura del proceso penal y el papel en el que en el mismo juega el principio que me ocupa: la naturaleza pública del Derecho Penal, la garantía jurisdiccional y la finalidad del proceso penal.

Fin del proceso penal es la actuación del Derecho Penal mediante la declaración como existente o inexistente de la relación jurídica entre el derecho que nace del delito y su correlativo deber

(*) Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada al curso "La reforma de la justicia penal", celebrado en Castellón de la Plana los días 26 de febrero a 1 de marzo, con motivo del nombramiento como doctor *honoris causa* del profesor Klaus Tiedemann, bajo la dirección (procesal) del profesor Juan Luis Gómez Colomer.

(1) Paladina y acertadamente denunciado en unas brillantes páginas en los siguientes términos: "El abuso de los principios ha degenerado en una resurrección del 'método constructivo jurídico' expuesto y criticado en su día por Ihering, el jurista descubre en una norma un determinado elemento, de él deduce otros, luego junta varios elementos y, de su unión, aparecen otros nuevos hasta llegar a una institución y de ella a un sistema completo. La ventaja de este método es, conocidamente, su fertilidad: el Derecho se expande como las galaxias del firmamento y los sistemas cierran rápidamente sus lagunas y cubren cuantos supuestos sean imaginables. Pero entre sus inconvenientes se encuentran (...) el convencionalismo y la irrealidad. Así se crea un Derecho de laboratorio, a la medida de sus autores, sin contacto con la norma donde se encontró el elemento originario y, por supuesto, aun menos la realidad". NIETO, A. *Derecho sancionador*. 2a.ed. Madrid: Tecnos, 1994. pp.40 y ss.

de persecución. A esta definición de Wach se añade: “Este fin es independiente de la forma que el proceso adopte, no lo es, sin embargo, la forma respecto de la concepción que se tenga del derecho penal sustantivo y de los factores políticos y sociales dominantes en cada época⁽²⁾”.

2 Origen del derecho penal: su tránsito a un derecho público y la acomodación del proceso.

Como es suficientemente conocido (pero no importa repetir en una situación como la actual en que se detecta una creciente aproximación entre el derecho público (penal) y privado (civil) - puesto de manifiesto, por ejemplo, en la incorporación al derecho y proceso penales de mecanismos como la reparación (a título de sustitución de la pena) o como la conformidad) la naturaleza originaria del derecho penal es privada.

En esa fase primitiva, la *compositio* ocupaba el lugar de la pena, constituyendo un derecho subjetivo atribuido al particular. El *ius puniendi* desempeñaba entonces una función de retorsión (satisfacción de la necesidad psicológica de la víctima de inflingir un sufrimiento a quien previamente se lo infligió a ella)⁽³⁾. Cabía, sin embargo, todavía elegir entre la *compositio* y la vía judicial. No podía distinguirse, así, entre el principio del castigo y el resarcimiento, ni, por ende, entre proceso civil y proceso penal.

Al ir apareciendo los delitos públicos, el derecho penal se va separando del civil. Junto a la acción privada de la víctima, se reconoce la acción popular. La sociedad no se desentiende de

la persecución, pero ésta no existe si no hay acusador, quien con la iniciativa acepta la responsabilidad⁽⁴⁾.

A medida que el derecho penal iba pasando al Estado, se producen dos consecuencias de largo alcance, tanto para la configuración del proceso como para la peculiar relación de éste con el derecho para cuya realización actúa.

Esta última se refiere a la garantía jurisdiccional, una de las vertientes del principio de legalidad penal contenido en el artículo 25 CE, y en cuya virtud el derecho penal admite una única vía para su realización: el proceso⁽⁵⁾. En cuanto a la estructuración de éste último, por su parte, la necesidad de introducir la oficialidad como garantía para la efectividad de la persecución penal y la pérdida de la posición del Estado como dirimente de una contienda entre partes ajenas a sus intereses, obligó precisamente para salvaguardar el acusatorio a una construcción dogmáticamente artificial que incorporaba un elemento genuino del proceso inquisitivo: el MF. A este último órgano se encarga la persecución de los delitos ya sea de forma exclusiva (sistema continental francés, por ejemplo), ya compartida (sistema continental español).

Conviene añadir inmediatamente que el sistema de monopolio en el ejercicio de la acción penal se compadece en mayor medida con aquella función garantista de la persecución penal, articulada a través de la oficialidad, en cuanto permite un control más directo sobre el efectivo cumplimiento de la norma penal. De ahí que los países que, como Alemania, rechazaron la vigencia de la acción popular lo hicieran fundamentalmente por la consideración pública del derecho penal y la

- (2) GÓMEZ ORBANEJA. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*. Tomo II, 1951. pp.160-162, donde se cita a Wach. Igual trascendencia le reconoce la doctrina alemana, quien insiste en la relevancia de los principios constitucionales sobre el proceso, llegando a afirmar que el proceso penal actúa a modo de “termómetro constitucional”, ROXIN. *Strafverfahrensrecht*. 13a.ed., 1993. pp.65 y ss; y TIEDEMANN, K. (con ROXIN y ARTZ), traducción de Gómez Colomer, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*. Ariel, 1988. pp.140 y ss.
- (3) SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Bosch, 1992. pp.189.
- (4) Una visión más detallada de esta evolución. En: GÓMEZ ORBANEJA. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*. Op.cit.; pp.162 y ss., y en mi obra *Principio acusatorio y Derecho Penal*. Bosch, 1995. pp. 27 y ss.
- (5) A la legalidad insita en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* corresponde también la legalidad del proceso penal, no hay procesos sin ley, el proceso es una regulación legal. El artículo 1 de la ley de enjuiciamiento criminal consagra el principio de legalidad en su vertiente jurisdiccional, pero junto a ello sienta el principio previo de necesidad *nulla poena sine iudicio*. Así, para que pueda imponerse una pena no sólo es necesario que haya una acción u omisión dolosa o culposa penada por la ley, sino también que haya un proceso. La pena no es así sólo un efecto del delito o falta sino a la vez del proceso. GÓMEZ ORBANEJA. Op.cit.; Tomo I, pp.27 y ss.

configuración del fiscal como sujeto representativo de los intereses públicos⁽⁶⁾. Quizá, por otra parte, sea éste el fundamento de la actual tendencia a reforzar la oficialidad en el proceso, circunstancia que frecuentemente se confunde como propia del principio acusatorio.

Es precisamente, como consecuencia de esta confusión, por lo que suele fundamentar en el repetido principio todo incremento de las funciones del ministerio fiscal en la fase investigadora o de instrucción o, yendo un paso más allá, el atribuirle exclusivamente en esta etapa del juicio, medidas, que si bien se piensa, no corresponden a una correcta intelección del acusatorio sino a potenciar la oficialidad, como corrobora por otro lado, el hecho de que en el primer caso, al aumentar las funciones del MF, no se incrementa paralelamente las facultades o intervenciones de las otras partes acusadoras y en lo relativo a la instrucción no se alcance, desde esta concreta perspectiva, un objetivo que no estuviese ya garantizado por el juez instructor, siempre y cuando se preserve plenamente la repetida escisión entre funciones acusadora y enjuiciadora. Quizá sea bueno recordar a este respecto, que el juicio favorable sobre la instrucción previa judicial depende del cumplimiento efectivo de la imparcialidad del mencionado órgano jurisdiccional, es decir, de que como ocurre en el sistema configurado originariamente por la LECrim. el juez instructor quede afectado por una causa de incompatibilidad

relativa para integrar el juez de JO, debiendo abstenerse o ser recusado.

Retomando el hilo inicial de la exposición me interesa repetir ahora otra de las premisas de partida: la asunción por el Estado de la responsabilidad en el efectivo cumplimiento del derecho penal. Este cometido resulta plenamente compatible, en un principio, con la adopción para el proceso de un sistema inquisitivo o uno acusatorio en el que la acusación esté atribuida al órgano oficial en régimen de exclusiva⁽⁷⁾.

Ahora bien, la pretensión de coordinar esta realidad (el monopolio estatal en la persecución penal) con el respeto a instituciones consustanciales al principio acusatorio opera en detrimento de aquella finalidad⁽⁸⁾. Y la causa no es otra que el origen ya expuesto de la concepción privatista del derecho que se discute en el proceso.

El tránsito del derecho penal a un derecho público ha comportado ciertamente la admisión de algunas correcciones, justificadas por la valoración positiva tanto del derecho penal como público, cuanto del proceso acusatorio. Y de ahí, entre otras manifestaciones, con singular relevancia a los efectos que nos ocupan, la prohibición para el MF de retirar la acción una vez ejercitada, adoptada en diversos ordenamientos, o desde otra perspectiva pero con igual fin, la figura del actor popular⁽⁹⁾. Nótese que éste último es el sentido que se pone de manifiesto expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley del Tribunal del Jurado⁽¹⁰⁾.

(6) ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. PPU, 1991. pp.74 y ss.

(7) GOLDSCHMIDT, J. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Bosch, 1935. pp.67 y ss.

(8) Loc.cit.

(9) Mediante la primera se fortalece el citado monopolio y el principio de legalidad, impidiendo que el órgano oficial de la acusación pueda disponer de una u otra forma sobre la persecución penal. De ahí que el contenido del parágrafo 155, I StPO -a tenor del cual la investigación y resolución sobre el ejercicio o no de la acción- tendrán como límite los hechos mencionados en la acusación y la persona o personas inculpadas mediante la misma se considere elemento fundamental del principio acusatorio. RIESS, P. En: LÖWE-ROSENBERG GROSSKOMMENTAR. 24a.ed., 1980. parágrafo 151. Tiene singular importancia comentar que para la doctrina alemana este precepto es el complemento natural del parágrafo 206 SstPO donde se contiene que el Tribunal, cuando redacta el auto de apertura del procedimiento principal no queda vinculado por las peticiones de la fiscalía. Loc.cit.
A través de la acción popular se busca fortalecer la persecución, eventualmente frente a inactividad o juicio en contrario del acusador oficial, a través de sujetos privados. Su inclusión, sin embargo, obstaculiza enormemente la incorporación del principio de oportunidad. Ver mi trabajo *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU.

(10) Al hilo del comentario sobre las "Necesarias reformas procesales como garantía de la viabilidad del funcionamiento del jurado" en la fase de instrucción se afirma: "De otra parte, mal puede admitirse el reproche de que el sistema que acoge la ley dejase sin mecanismo de efectividad el principio de obligatoriedad de la acción penal. Dejando de lado lo que hay de acusación indiscriminada sobre una posible actitud de inhibición del Ministerio Fiscal, tal reproche olvida que para iniciarse este procedimiento tiene que haber precedido denuncia o querrela de alguien que, de no ser el MF bien puede, dada la afortunada previsión constitucional de la acción popular, suplir la falta de instancia del acusador público. Y a tal fin tiende la convocatoria a la acción pública...".

3 Principio acusatorio y principio dispositivo: la verdadera ciencia del principio acusatorio.

Sucede sin embargo, hoy en día, que la vigencia del principio acusatorio se equipara -tendencial y en algunos casos, prácticamente- a la del principio dispositivo, provocando importantes disfunciones y condiciones a la paradójica situación de un juez penal al que acaban reconociéndole muchas menos facultades para la tutela de intereses públicos -que subyacen al proceso y que sólo a través suyo pueden realizarse- que otro juez civil que se sitúa como es conocido en una posición bien diferente.

No conviene predicar del proceso acusatorio, por tanto, todo aquello que corresponde a uno informado por el principio dispositivo, por más que así sucediera en los orígenes de la persecución procesal penal; ni mucho menos defender que es tanto más acusatorio aquel proceso que más coarta la actividad jurisdiccional, sin distinguir si ésta se proyecta sobre el objeto del proceso -en cuyo supuesto se perdería la imparcialidad- o si se realiza sobre otros muchos aspectos, en los que no puede sino que debe intervenir para cotutelar el interés público en juego.

Resulta un contrasentido que en nombre del principio acusatorio se refuercen, como se verá después, posiciones de la acusación oficial, hasta el punto de permitirse disponer de la acusación, una vez formulada, y con ello de la persecución penal. En tanto, paralelamente, se merman las funciones jurisdiccionales de aplicación del derecho penal a los hechos so pretexto de parcialidad.

La paradójica situación implica disminuir la valoración jurídica atribuible a los órganos

jurisdiccionales respecto de los hechos objeto de juicio y, en cambio, atribuir a las partes formales un poder sobre el derecho (penal) que no tiene fundamento suficiente. Cuestión diferente, como veremos después, es la salvaguarda de la contradicción y el derecho de defensa⁽¹¹⁾.

Llegados a este punto hay que preguntarse: ¿En qué consiste, en definitiva, la esencia del principio acusatorio? Y una vez determinado este aspecto ¿Sobre qué se proyecta ?

El principio acusatorio informa aquel proceso que no puede iniciarse sin el previo ejercicio de la acción por un sujeto diferente del juez (*Nemo iudex sine actore, Wo kein Kläger, da Kein Richter*). Consecuencia inmediata y buscada es la imparcialidad de este último y el que no quepa condena por hechos distintos de los acusados ni a persona diferente de aquélla que figura en la acusación.

La necesidad de un sujeto diverso del enjuiciador que ejercite y sostenga la acción penal, corresponde, como hemos visto, a la inicial concepción del derecho penal que al irse convirtiendo en público, y unido a las quebras detectadas en el proceso acusatorio (delaciones, falta de realización del derecho penal) obligó a incorporar al MF a título de garante y representante del interés público en la persecución penal⁽¹²⁾, a la par que se aseguraba la imparcialidad del juez frente a dos partes en posición contradictoria.

En un determinado sentido bastaría afirmar que el proceso acusatorio se caracteriza por el hecho de precisar de una acusación, para deducir inmediatamente que tal acción deberá ejercitarse por un sujeto diferente de aquél que juzgará; circunstancia ésta que se ve reforzada en nuestro sistema por el hecho de encontrarse dividido el

(11) Dos recientes trabajos resultan especialmente esclarecedores a este respecto: DE LA OLIVA. *Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones de las partes*. En: R.G.D. octubre-noviembre 1992 y MONTERO AROCA, J., *La garantía procesal penal y el principio acusatorio*. En: *La Ley*, 21.1.1994.

(12) Desde el momento en que resulta consustancial al sistema acusatorio la iniciativa ciudadana, ya sea individual o colectiva (popular) ya a través del jurado de acusación; otorgar a un órgano oficial dicha iniciativa pone de manifiesto el reconocimiento de la pretensión estatal de control sobre la persecución penal, y simultáneamente, la necesidad de ajustes entre una estructura procesal originariamente encaminada a preservar intereses privados y la actual consideración de tal interés como público.

proceso en dos fases: instructora y decisoria⁽¹³⁾.

Esta configuración del proceso que sitúa al órgano jurisdiccional en una posición imparcial, impidiéndole actuar si alguien no ejercita la acción, posición que, ciertamente, tiene a primera vista claras resonancias del proceso informado por el principio dispositivo ¿puede llevar a una asimilación entre ambos? Con otras palabras ¿puede defenderse la existencia de un poder de disposición sobre la incoación y la continuidad o al final del proceso?

Que se presente o no una denuncia, una querrela o un atestado no representa poder de disposición alguno sobre la persecución penal, desde el momento en que el proceso no se impide, si la *notitia criminis* llega al juez por otros medios; amén de las diferentes garantías contempladas en el ordenamiento, a efectos de que tal conocimiento se alcance⁽¹⁴⁾.

Incluso la iniciación *ex officio*, frecuentemente tildada de residuo inquisitivo, ni por supuesto implica poder de disposición alguno, ni merece dicha valorización. En el primer caso, por la sumisión a la ley del órgano jurisdiccional. En el segundo, porque la incoación del sumario no implica ejercicio de la acción alguno y, porque en el supuesto en que el MF desistiera, a falta de prohibición en tal sentido como existe en otros ordenamientos⁽¹⁵⁾, sólo habría que velar porque no fuera el juez enjuiciador.

La posible disposición sobre la continuación del proceso se plantea en primer término a consecuencia de la vinculación del juez o tribunal a la petición de sobreseimiento de las partes acusadoras. Dicha eventual disponibilidad debe asimismo negarse, por cuanto el MF sólo puede solicitar el sobreseimiento en los casos taxativamente enumerados en los artículos 637 y 641 LECrim⁽¹⁶⁾. Por otra parte, tal circunstancia, pese a valorarse como una manifestación genuinamente acusatoria, se ha visto limitada en las últimas reformas procesales, pasando de exigirse una doble oferta del sostenimiento de la acción al órgano superior de la acusación oficial y a los interesados, si se trata de un proceso por delitos graves⁽¹⁷⁾, a hacer lo propio sólo al Fiscal Superior, en el proceso abreviado⁽¹⁸⁾.

En sentido contrario, si las partes solicitan la apertura del juicio oral, el juez puede desvincularse únicamente a través de dos vías: negar el procesamiento o acordar el sobreseimiento libre del artículo 637, 2LECrIm⁽¹⁹⁾.

Un planeamiento semejante surge desde otra perspectiva, en parte relevante para el proceso acusatorio y en parte para el de contradicción: la vinculación del tribunal al objeto del proceso delimitado por las partes. En torno a dicha cuestión se han pronunciado la doctrina y los Tribunales Constitucional y Supremo sentando una jurisprudencia en la que -posiblemente debido a

(13) Una reciente sentencia del Tribunal Constitucional, la 32/1994, atribuye a esta división en dos fases la "esencialidad" del sistema acusatorio, para diferenciarlo del principio acusatorio, que incidiría primordialmente en el derecho de defensa y el derecho a conocer de la acusación formulada. En términos del propio Tribunal: "(...) el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el artículo 24 CE, lo que da lugar a que nadie pueda ser condenado sin que exista previamente una acusación formulada en su contra. Este principio permite y garantiza el derecho de defensa del imputado, es decir la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación". Y más adelante puntualiza: "El sistema acusatorio posee, como nota esencial, la división del proceso penal en dos fases diferenciadas: la de instrucción y la de juicio oral, de las que han de encargarse dos órganos jurisdiccionales distintos ...".

(14) Tipificar la omisión de denunciar como comportamiento ilícito (artículos 259 y 262 LECrim); en el de la querrela, sólo como renuncia a constituirse en parte; en el del atestado sería la infracción de un deber de la Policía judicial y por lo que hace al MF, infracción de un deber de ejercitar la acción penal, salvo que no habiéndose incoado el proceso si el hecho no es constitutivo de delito o la denuncia es manifiestamente falsa. DE LA OLIVA. *Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones de las partes*. En: *R.G.D.* octubre-noviembre 1992. pp.9857 y ss.

(15) En Alemania, una vez ejercitada la acción por el fiscal no puede retirarse (parágrafo 156 StPO). En Francia, el fiscal presenta la querrela ante el juez de instrucción, y a partir de tal momento ya no puede retirarla. En Italia si el juez estima, contrariamente al fiscal, que no procede el archivo, le "obliga" a formular imputación (artículo 424 CPP).

(16) Solicitado el sobreseimiento, si el fiscal superior jerárquico decide no sostener la acusación y se trata de la concurrencia de alguna de las eximentes contempladas en el artículo 790,3 LEXrim, surge la duda sobre cómo interpretar la devolución de las acusaciones para calificación. En todo caso, tal como se entiende el acusatorio, de no haber acusación no puede haber juicio ni condena (790,4 LEXrim.).

(17) Artículo 642 LECrim. y concordantes

(18) Artículo 790 LECrim.

(19) Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.

las necesidades de adecuación mencionadas a las tensiones que provocan- aparecen desdibujados, solapados y confundidos el principio acusatorio, el derecho de defensa y la exigencia de contradicción.

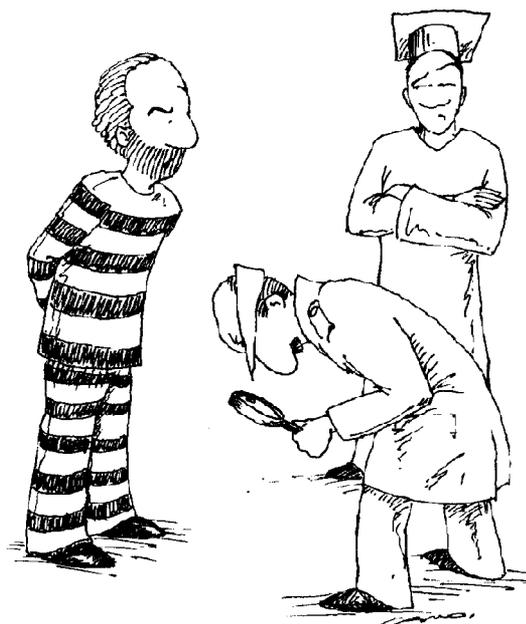
4 Principio acusatorio, principio de contradicción y prohibición de indefensión.

El principio acusatorio nos coloca en la perspectiva del órgano jurisdiccional frente a las partes, en tanto el de contradicción se sitúa entre ellas procurando sean oídas, conozcan y puedan defenderse sobre todos los materiales de hecho y de derecho. Resulta así, que mientras lo que afecta a la acción penal (los hechos y la persona del acusado) en cuanto a su necesario ejercicio, imparcialidad judicial y vinculación del órgano jurisdiccional acusatorio; conocer los términos de la acusación y acceder a todos los materiales de hecho y derecho, incide en la necesidad de audiencia y la prohibición de indefensión⁽²⁰⁾.

Abunda en el hecho de que principio acusatorio y principio de audiencia son postulados diferentes, que aunque conexos obedecen a perspectivas y atienden a necesidades diversas, en que cabe quebrantar uno sin vulneración simultánea del otro, modificando por ejemplo circunstancias no esenciales del hecho delimitador del objeto procesal, omitiendo informar suficientemente al acusado e impidiendo de esta forma su conocimiento y su defensa. Y viceversa. Es posible, garantizando plenamente éste último derecho, vulnerar el principio acusatorio, recogiendo en la sentencia un hecho distinto a aquél por el que se

acusó, pero debatido en forma tal que satisfaga la necesidad de contradicción.

De manera diferente, la jurisprudencia surgida sobre todo en torno al artículo 733 de la LECrim. donde figura la conocida “tesis de desvinculación”, traslada a menudo de forma automática el derecho de defensa al campo a cubrir por la necesaria correlación entre acusación y sentencia, elevándolo así a criterio identificador de la acción penal.



De esta forma, la vinculación del Tribunal a la globalidad de las circunstancias expresamente acusadas es absoluta, por considerarlas parte integrante del hecho en su esencialidad y construir esta esencialidad sobre la base del derecho de defensa. Esta identificación entre acusatorio-derecho de defensa conduce a entender vulnerado el principio acusatorio ante cualquier modificación agravatoria llevada a cabo por el Tribunal⁽²¹⁾.

(20) Aclara e ilustra ampliamente esta diversidad, ASENCIO MELLADO. *Principio de defensa y principio acusatorio*. Colex, 1991; VERGE GRAU. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Bosch, 1994; y ARMENTA DEU. *Principio acusatorio y Derecho Penal*. Bosch, 1995.

(21) Ha sido el Tribunal Constitucional, seguido después por el Tribunal Supremo quienes han contribuido a tal confusión en sentencias, como la 47/1987 donde se afirma: "(...) el artículo 24, en la medida en que se reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión y a un proceso con las garantías debidas, impone a los órganos judiciales la obligación de promover el debate procesal en condiciones que respeten la obligación de promover el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad de la acusación y defensa, a efectos de evitar desequilibrios entre la posición de las partes" o la STC 53/1987 que recoge la siguiente doctrina: "el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado...". Con igual sentido las SSTs, de 25 de octubre de 1989; de 19 de setiembre del mismo año; y de 30 de diciembre de 1991. Véase la diferencia postular doctrinal de DE LA OLIVA, MONTERO AROCA, ASENCIO MELLADO, ARMENTA DEU, VERGE GRAU en las obras citadas.

Creo, con otros autores y un sector jurisprudencial, que tal equiparación es errónea y conduce a consecuencias no deseables. Muy al contrario, las diferencias son apreciables en cuanto los ya citados elementos identificadores del objeto del proceso penal permiten condenar por otros títulos o circunstancias no alegadas, en tanto se respete la esencialidad del hecho. Cuestión diferente, como se ha repetido, es la repercusión en el derecho de defensa. Su aplicación a tal hipótesis, exige la ilustración a las partes, ante variaciones de la acusación no esenciales, aunque siempre dentro de la homogeneidad entre delitos.

Sucede así que el principio acusatorio no se solapa o no queda comprendido por la interdicción de la indefensión. Las garantías que defiende este último surgen a partir de las exigidas por la vigencia del principio acusatorio de manera que, por ejemplo, en tanto el derecho a conocer de la acusación se concreta en las calificaciones, el derecho de defensa -integrado en la necesidad de contradicción- despliega su eficacia desde el momento en que existe imputación contra una persona determinada. Y de ahí el reiterado recordatorio del Tribunal Constitucional sobre el derecho a conocer de la condición de imputado para no provocar indefensión, diferenciándolo del derecho a conocer de la acusación formulada⁽²²⁾. Cabría afirmar, en definitiva, que el derecho de defensa opera en un sentido complementador del principio acusatorio a fin de garantizar el proceso debido.

5 Principio de contradicción.

En el principio de contradicción o audiencia, por su parte, se incluyen dos cuestiones frecuente y erróneamente atribuidas a la aplicación del

principio acusatorio: el derecho a conocer de la acusación formulada y la ya citada correlación entre acusación y sentencia.

5.1 Derecho a conocer de la acusación formulada.

El derecho a conocer de la acusación formulada aparece como requisito ineludible para la efectiva contradicción, recogido en los artículos 24, 2 CE, 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

El derecho a esta información cobra relevancia en un doble aspecto: de contenido y temporal.

En el primer sentido, se comprenden el hecho punible cuya comisión se atribuye, todas las circunstancias que concurren en el mismo y los derechos que le asisten⁽²³⁾.

En el segundo, la doctrina del Tribunal Constitucional y del Supremo permiten delimitar una serie de precisiones respecto de diversos aspectos exigibles para entender formulada la acusación:

a) La acusación debe ser explícita y efectiva, de forma que impida totalmente la indefensión. Se prohíbe, por tanto, la acusación implícita⁽²⁴⁾.

b) Se tiene que indicar, además, una declaración de voluntad inequívoca, que no permita estimar su ejercicio condicionando, salvo que se utilice la fórmula alternativa del artículo 732 LECrim.⁽²⁵⁾; finalmente,

c) En relación con el artículo 650 LECrim. se consideran elementos relevantes a este efecto: los hechos⁽²⁶⁾ y la calificación jurídica hecha por la acusación⁽²⁷⁾.

(22) SSTC 135/1989; 186/1990; 128, 129 y 152/1993.

(23) Véase a este respecto los artículos 118 y 520 LECrim. y preceptos concordantes (17, 3 CE; 436 a 442 LOPJ; 57 a 60 del Estatuto general de la abogacía; 13 del Estatuto general de los procuradores; y Circular 8/1978 de la Fiscalía del Tribunal Supremo).

(24) Vid. entre otras SSTC 163/1986; 168/1990; 47/1991; y 100/1992.

(25) STS de 25 de octubre de 1989.

(26) "El conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes genéricas o constitutivas del tipo y, en definitiva, todos aquéllos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad que se le imputa", STS, de 6 de junio de 1991.

(27) La clase de delito, si éste fue o no fue consumado, el grado de participación, y las circunstancias agravantes. SSTS, de 11 de diciembre de 1989 y de 6 de junio de 1991.

La vertiente temporal ofrece asimismo una doble perspectiva.

Por una parte, el derecho a conocer de la acusación formulada en sentido técnico, esto es, como ejercicio de la acción penal, no aparece hasta las conclusiones, el escrito de acusación o el mismo juicio oral, según el procedimiento de que se trate⁽²⁸⁾.

Por otra, exigencias propias de la defensa reclaman el derecho a ser informado de la iniciación de un proceso penal desde el momento de la detención e incoación del proceso⁽²⁹⁾.

5.2 Correlación entre acusación y sentencia.

La exigencia de correlación entre acusación y sentencia, fórmula que se corresponde, con determinadas singularidades⁽³⁰⁾, a la congruencia en el proceso civil puede ser contemplada al menos desde dos perspectivas, que son las que frecuentemente acaban confundándose: como efecto o consecuencia de la vinculación judicial al objeto del proceso determinado por las partes, y en este sentido, coherente con el principio acusatorio. O en relación con las eventuales modificaciones que puedan surgir a lo largo del proceso -que sin incidir en su objeto- se ven afectadas por el principio de audiencia y/o la interdicción de la indefensión.

Ha sido la abundante jurisprudencia sobre

esta institución procesal de la congruencia la que, en resoluciones relativas a la ya citada “tesis” del artículo 733 LEXrim, presenta una evolución significativa que cabe dibujar con arreglo a estas tres notas o pinceladas:

1) La disminución progresiva del reconocimiento de facultades a los jueces, con el consiguiente incremento -se afirma- de vigencia del principio acusatorio;

2) La excesiva inflexión en la tendencia anteriormente señalada, conducente a la denunciada práctica equiparación entre principio dispositivo y principio acusatorio, y,

3) La doctrina procesal, generalmente aceptada, a tenor de la cual la sentencia no sólo tiene que ser congruente, en el sentido de que ha de dar respuesta a la totalidad del objeto del proceso y no a objetos distintos sino que, además, la llamada “correlación entre acusación y sentencia” hace esencial referencia a la necesidad de respetar el derecho de defensa; es decir, a no poder condenar por hechos frente a los que, aunque formando parte del mismo objeto, el acusado no haya podido defenderse fáctica o jurídicamente.

Partiendo de una ya originaria mala interpretación del elemento teleológico del precepto⁽³¹⁾, cabe destacar, en síntesis, la siguiente evolución y pronunciamientos:

(28) En el proceso ordinario por delitos graves, en el escrito de conclusiones definitivas (SSTC 44/1985 y 135/1989) y en el abreviado, en el escrito de acusación (SSTC 186/1990 y 54/1991).

(29) Hay autores que incluso distinguen entre un derecho preprocesal conectado con la detención y la necesidad de información sobre los derechos del detenido y los motivos de la propia detención (artículo 17, 3 CE); y otro, ya de índole procesal, que atendería a la información de la incoación del proceso (artículo 24, 2 CE). MONTERO AROCA, J. (con otros). *Derecho jurisdiccional*. Vol. III. Barcelona, 1992. pp. 38.

(30) El juego del axioma *in dubio pro reo* o el uso de las facultades jurisdiccionales implicadas en la configuración del interés público en la persecución penal.

(31) La intelección del artículo 733 LECrim., según su mejor intérprete (Gómez Orbaneja), ha sido originariamente errónea. Parece factible afirmar que cuando se reguló el artículo 733 se cayó en la equivocación de efectuar una doble configuración del “hecho justiciable” y una doble identificación de la acción penal. A efectos de congruencia el hecho se configura como un concreto supuesto de la ley penal, una determinada figura de delito, una específica forma de participación y un determinado grado de ejecución para la aplicación de la litispendencia o la cosa juzgada, el hecho es “algo” que ha sido calificado de un modo, pudiendo haberlo sido de otro.

De esta disociación, la conocida Exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento criminal deduce el peligro de impunidad, ya que de no existir el artículo 733, poscrita la “absolución en la instancia” y rigiendo sin excepción el principio del *non bis in idem*, el error en la calificación jurídica del hecho justiciable conllevaría aquél efecto.

Conforme a esta tesis, la *ratio* del artículo 733 se sitúa en actuar como puente que salve el espacio entre una y otra identificación del mismo objeto. Si se lee el texto del precepto, desde esta perspectiva, se infiere que la facultad en él contenida se entendía referida al título delictivo (sin distinción de la gravedad) y a las causas de extensión de la responsabilidad criminal, pero no a cualquier otro error de calificación (por ejemplo causas modificativas o grado de participación).

Una mirada retrospectiva sobre la jurisprudencia pone de manifiesto que la interpretación que se ha hecho de este precepto ha sido justo la opuesta. En lugar de entender vinculado al Tribunal en cuanto a las circunstancias modificativas y a la participación, se ha considerado como materia de indudable participación. La razón es el contenido del artículo 851, 4 con arreglo al cual será anulada la sentencia que haya penado un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación sin haberse hecho previo uso de la facultad del artículo 733 LECrim.

a) En resoluciones que abarcan desde el año 1934 a 1983 se acepta la introducción de circunstancias agravantes o atenuantes y formas más graves de participación, sin necesidad de utilizar la “tesis” del artículo 733⁽³²⁾;

a.1. Es innecesario asimismo utilizar la tesis para los grados de ejecución o incluso para condenar por delito distinto -aunque homogéneo⁽³³⁾- siempre que la pena no sea superior a la pretendida, o no se trate de mayor número de delitos que los objetos de acusación, si la pena o suma de penas no resulta superior a la solicitada⁽³⁴⁾;

a.2. Se extiende la aplicación del *iura novit curia* incluso a la pena, que no pudiendo en principio ser más grave, queda constreñida a la que la ley señala con carácter genérico, pudiendo rebasarse las penas asignadas en el caso concreto⁽³⁵⁾.

b) A partir de una conocida sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 1989 se exige la utilización de la facultad del artículo 733, también en los supuestos de agravantes genéricas no invocadas por la acusación, para no provocar indefensión⁽³⁶⁾. A partir de ahí, el Tribunal Supremo se ha decantado hacia la limitación de las facultades jurisdiccionales, so pretexto de la más amplia cobertura del derecho de defensa, y aun a costa

de predicar del principio acusatorio aspectos atañentes a la necesidad de contradicción y a la prohibición de indefensión. Así:

b.1. Se debe utilizar la “tesis” para acoger agravantes específicas, subtipos agravados, grados de participación o para establecer formas más perfectas de ejecución del delito⁽³⁷⁾;

b.2. La citada necesidad de utilizar la tesis se exige aun cuando la condena sea a pena menor, o siendo mayor se sitúe dentro de la fijada en el tipo penal, o tratándose de agravantes equivalentes a la calificada, la condena sea a pena inferior⁽³⁸⁾.

b.3. Para no necesitar del planeamiento de la tesis debe demostrarse la homogeneidad, llegando incluso a sostenerse que lo decisivo no es tanto la existencia de homogeneidad delictiva cuanto la posibilidad de defensa eficaz. Otras sentencias señalan, no obstante, la inexistencia de indefensión en el supuesto de delitos homogéneos⁽³⁹⁾; finalmente,

b.4. El artículo 733 queda como “invitado a la reflexión” por parte del Tribunal, dirigida a las partes acusadoras para que reconsideren su calificación, que caso de no ser acogida y propugnarse como propia por alguna de aquellas no podrá prosperar⁽⁴⁰⁾.

En resumen, por tanto, en el marco del proceso ordinario por delitos graves el órgano

(32) SSTS de 4 de diciembre de 1934; de 30 de mayo de 1949; de 25 de abril de 1955; de 5 de octubre de 1957; de 23 de enero de 1969; de 25 de enero de 1971; de 10 de noviembre de 1973; y entre otras, de 29 de enero de 1983.

(33) “Homogeneidad que no sólo resulta de la identidad del bien jurídico tutelado por la norma penal, sino de la configuración de la acción o de que se trate de delitos cuya tipología sea igual o muy parecida en los elementos componentes de la acción primaria”; STS, de 7 de marzo y 21 de junio de 1991 y 21 de mayo de 1992. “La homogeneidad debe resultar de que todos los elementos del tipo por el que se condena estén incluidos en el de la acusación”, STS, de 17 de julio de 1989 y 21 de mayo de 1992.

(34) En cuanto al primer punto, STS de 6 de febrero de 1969. Condena por delito distinto o mayor número de delitos de SSTS, de 30 de marzo de 1949; 12 de febrero de 1953; 23 de setiembre de 1957, y 30 de noviembre de 1971.

(35) SSTS, de 3 de enero de 1957; 27 de marzo de 1965; 25 de octubre de 1969; 28 de octubre de 1970; 7 de setiembre de 1975; 9 de febrero de 1981; 29 de enero de 1983; y 9 de julio de 1985. Incluso con posterioridad a la fecha señalada, SSTS de 20 de junio de 1993. Se pronuncian en contra, sin embargo las SSTS de 23 de enero de 1967 y 30 de noviembre de 1971.

(36) Esta resolución recogía los postulados de otra sentencia, de 4 de noviembre de 1986 y declaraba derogado el penúltimo párrafo del artículo 733 LECrim.

(37) La STS de 4 de noviembre de 1986 declara abrogado el párrafo tercero de artículo 733 LECrim por el efecto dimanante de la Disposición derogatoria tercera de la CE. Igual doctrina en las SSTS, de 21 de setiembre de 1988; 4 de abril de 1990, y 20 de abril de 1991.

(38) STS de 19 de setiembre de 1992 (condena a pena menor) y SSTS de 14 de diciembre de 1989, y 6 de junio de 1991 (agravantes y pena inferior).

(39) A título de ejemplo suficientemente explícito baste la cita textual de la siguiente resolución del Tribunal Supremo en sentencia de 4 de diciembre de 1990: “En estos casos en que hay acusación por un delito y condena por otro distinto, a veces no se produce indefensión, porque la primera (la de las partes acusadoras), formalizada por una determinada figura penal implica aquella otra por la que luego se condena, y ello ocurre así cuando la primera comprende los elementos fácticos que configuran todos aquellos datos que son necesarios en aquel otro delito por el que se sanciona, siempre que, además, exista semejanza suficiente del bien jurídico atacado. Se dice entonces que hay homogeneidad (...), y en tales supuestos, si no procede imponer pena mayor (...) la condena por un delito diferente no viola el principio acusatorio”. En idéntico sentido la STS de 9 de febrero del mismo año.

(40) SSTS de 28 de setiembre de 1989 y de 20 de febrero de 1991.

jurisdiccional no está vinculado -siempre que respete la identidad del hecho-objeto del proceso introducido por los acusadores- a aquellos otros actos de los mismos en cuanto a hechos que determinen un cambio de tipificación o diferentes grados de ejecución y forma de participación, así como tampoco a las calificaciones jurídicas conducentes a una determinada pena. Sí lo está respecto a la gravedad del tipo penal, que deberá ser siempre igual o menos grave que la que fue objeto de acusación, salvo que el Tribunal haga uso de la facultad del artículo 733⁽⁴¹⁾.

Especialmente problemático es el supuesto en que las partes acusadoras soliciten la absolución en las conclusiones definitivas. Y si en tal caso cabe plantear la tesis.

En torno a esta cuestión la doctrina no es pacífica. Si bien un sector señala que permitir que la retirada de la acusación por parte del acusador vincule al juzgador, equivale a otorgarle a aquél primero plena disponibilidad sobre la persecución penal, lo que constituye algo en sí indisponible. Otro, al que se une la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo más reciente, sostiene que propiciar la condena en dicha hipótesis equivaldría a convertir al juez en acusador, perdiendo su imparcialidad, de manera que se rechaza, como también el uso de la llamada “tesis de desvinculación” si no es asumida por alguna de las partes acusadoras⁽⁴²⁾.

5.3 En el procedimiento abreviado.

En el procedimiento abreviado debe distinguirse entre: a) la vinculación del tribunal, a tenor del artículo 794, 3 LECrim. y b) los efectos que sobre el principio de contradicción y el derecho de defensa tienen las modificaciones introducidas por las partes (artículo 793, 6 y 7 LEXrim).

a) En el caso de la vinculación el precepto diferencia a su vez dos supuestos: a la pena y al tipo delictivo⁽⁴³⁾.

En el primero, de nuevo un mal entendimiento del principio acusatorio conduce a vincular al juez de manera especialmente grave e inadecuada a la pena solicitada, incurriendo así en una fórmula totalmente dispositiva.

En efecto, dejando aparte las diversas interpretaciones que se efectúan del término “pena”⁽⁴⁴⁾, este primer apartado constituye uno de los más graves atentados al carácter indisponible del derecho penal que subyace al principio de necesidad del proceso penal, por no entrar en las importantes modificaciones que puede suponer para la teoría de la acción en este ámbito⁽⁴⁵⁾. Los Tribunales han señalado que fijar la duración de la pena forma parte de la competencia y función jurisdiccional, a lo que cabe añadir que dejar este extremo en manos del fiscal roza por no decir que alcanza la vulneración de la más elemental división de poderes, ya que corresponde al legislativo establecer las penas⁽⁴⁶⁾ y a los Tribunales ejercitar las facultades discrecionales fijadas por aquél para

(41) Aquí incide la nueva orientación jurisprudencial respecto a las circunstancias agravantes y grados de participación resultantes de la prueba, que ahora no pueden estimarse por el Tribunal si no se ha hecho previo uso del artículo 733, y antes sí. Ver un completo análisis de la jurisprudencia en ORTELLS RAMOS. *Correlación entre la acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*. En: *Justicia* 91, pp.529 y ss; y del mismo autor, *Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia*. En: *Justicia* 91. pp.775 y ss. También en mi obra: *Principio acusatorio y Derecho Penal*. pp.113.

(42) De una parte, el planteamiento de la “tesis” no implica formular acusación (DE LA OLIVA). De otra, aceptar la negativa conlleva un doble peligro; a) dejar en manos de los encuestadores funciones jurisdiccionales de valoración de la prueba y calificación jurídica de los hechos, y b) ampliar el campo de error que el legislador quiso evitar al introducir la “tesis” no sólo al error parcial sino al total (ORTELLS RAMOS).

(43) “La sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones(...) ni condenar por delito distinto cuando éste conlleva una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado”.

(44) Cada una de las penas que figuran en la escala del artículo 27 CP y no los “grados” que contiene las distintas penas (artículos 56, 61, etc.) y menos aun la “extensión” de la pena dentro de cada grado (artículo 61, 7 CP). ORTELLS. *El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales*. En: *Justicia*, 1984. pp.561; o VERGER GRAU. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Bosch, 1994. pp.173. La jurisprudencia se ha pronunciado taxativamente sobre la ausencia de vinculación en cuanto a la duración de la pena, extremo sobre el que el Tribunal se mueve en el ejercicio de su competencia y función jurisprudencial. Ver mi obra: *Principio acusatorio y Derecho Penal*. pp.100 y nota 255.

(45) No se trataría ya de un “*ius ut procedatur*” sino de un derecho a una pena específica, la solicitada por las partes acusadoras.

(46) Artículo 49.1 CP. Y además preceptos donde se establecen las reglas para aplicar las penas según los diferentes grados de ejecución, participación y de las circunstancias agravantes o atenuantes contempladas en el Capítulo IV del Libro I del todavía hoy vigente CP.

concretarlas en los supuestos específicos⁽⁴⁷⁾. La grave contradicción entre este precepto y el Código Penal se ha intentado salvar a través de la aplicación al procedimiento abreviado del artículo 733 LECrim, lo que no deja de acarrear, a su vez, dificultades tanto porque la posibilidad de tal aplicación es más que discutible, cuanto porque según lo analizado la intelección de este precepto es confusa y no propicia la correcta diferenciación entre: principio dispositivo, principio acusatorio, principio de contradicción y prohibición de indefensión⁽⁴⁸⁾.

En cuanto a la vinculación al tipo delictivo, si bien se garantiza la protección contra la congruencia *extra petita* y el derecho de defensa, torna a constreñirse las facultades del órgano jurisdiccional, una vez más en nombre de un mal entendido principio acusatorio, cuando cabría perfectamente salvaguardar contradicción y defensa a través de la posibilidad de discutir la hipótesis judicial o el cambio de calificación en el trámite del artículo 793,7, sin que, so pena de aplicar la doctrina constitucional sobre la homogeneidad de los delitos, el Tribunal se vea abocado a la absolución en la hipótesis en que estimando que se ha cometido el delito, la calificación no sea la adecuada y la acusación no la modifique⁽⁴⁹⁾.

b) El segundo tema señalado son los efectos de las modificaciones introducidas por las partes sobre el principio de contradicción y la

prohibición de indefensión en dos casos: b.1. si se varían las conclusiones (793,6 LECrim.) o, b.2. si se modifica la acusación (793,7 LECrim).

b.1. Esta cuestión resulta de especial interés en un doble concepto. En primer término, para diferenciar una vez más los principios y derechos tantas veces citados. En segundo, porque la confusión desaparecería si incluyendo en la sede adecuada los efectos de las variaciones según los elementos que se vean infectados, unos permanecieran invariables y otros pudieran modificarle respetando y garantizando contradicción y defensa al modo de la legislaciones procesales de ordenamientos próximos, como el alemán. En el mismo, el parágrafo 264 de la StPO establece la determinación del objeto del proceso que recuérdese valora como algo esencial para el principio de necesidad y el acusatorio⁽⁵⁰⁾, a través de los hechos expresados en la acusación “tal como aparezcan después del resultado de la vista”, así como el mecanismo a utilizar si se quiere modificar “el punto de vista jurídico *rechtlichen Gesichtspunktes*”⁽⁵¹⁾.

Tanto este ordenamiento como los recientemente modificados italiano y portugués coinciden en atender prioritariamente a estos tres aspectos:

- 1) Establecer los elementos delimitadores del objeto del proceso de manera inequívoca.
- 2) Atender especialmente hacia el derecho de defensa y la tutela de una efectiva contradicción -

(47) Artículo 61, 4, 5 y 6 CP.

(48) En tal sentido, ASENSIO MELLADO. *Principio de defensa y principio acusatorio*. Madrid, 1991. pp.123; FERNÁNDEZ ENTRALGO. *Los principios procesales y procedimentales en la L.O. 7/1989*. En: *El nuevo proceso penal*. Tecnos, 1989, pp.49; y GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal (proceso penal)*. Valencia, 1992. pp.456. Niega radicalmente tal aplicación la Circular 1/89 de la Fiscalía general del Estado.

(49) Es decir se podrá condenar si el nuevo tipo cubre todos los elementos del acusado y no se ha producido indefensión. Nótese, además, que el bien jurídico protegido, como criterio identificador del objeto del proceso penal, se usa para cubrir los supuestos de participación a título distinto de la autoría, pero resulta como criterio único imperfecto. GÓMEZ ORBANEJA. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*. Op.cit.; Tomo II. pp.307.

(50) Ver *Supra* nota 9.

(51) Parágrafo 265 StPO. Este mecanismo tiende, a la salvaguarda, precisamente, tanto del derecho de defensa, cuanto de la necesaria contradicción. A la consecución, en fin, de un proceso justo (*fairen prozess*) donde se proteja al acusado de sorpresas contribuyendo a la búsqueda de la verdad material. A tal efecto, el primer apartado de este precepto señala que el acusado no podrá ser condenado basándose en una ley penal distinta a la citada en la acusación y admitida judicialmente sin que, previamente, se le advierta especialmente de la citada modificación y se le haya dado oportunidad de defenderse. Con idéntica orientación, los apartados dos, tres y cuatro contemplan la suspensión de la vista cuando resulten circunstancias agravatorias de la penalidad o se justifique la ordenación de una medida de corrección y seguridad o se produzca una modificación de la situación real que justifique una preparación de la acusación o defensa.

Recuérdese que para la doctrina alemana, éste parágrafo y el 155 son expresión relevante del juego del principio acusatorio. Ver *Supra* nota.

para garantizar los intereses en juego en el juicio oral y el ámbito de la decisión jurisdiccional- reservado en su articulado el mecanismo a seguir ante la eventual modificación del punto de vista jurídico.

3) Atribuir al órgano jurisdiccional la fijación del punto de vista jurídico, sin limitación alguna, siempre y cuando se salvaguarden la contradicción y la defensa⁽⁵²⁾.

El artículo 793,6 permite al Tribunal, terminada la práctica de las pruebas y antes de llamar a las partes para que se manifiesten si las ratifican o modifican sus conclusiones, requerirlas asimismo solicitando “un mayor esclarecimiento de aspectos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados”.

Comprende, así, el cambio de calificación sin modificación fáctica, la variación fáctica que comporte calificación de un tipo delictivo diferente, un cambio de circunstancias de modificación de la responsabilidad o una diversa forma de participación o grado de ejecución del delito. En todo caso, se debe garantizar que la acusación y defensa puedan alegar y probar sus respectivas posiciones⁽⁵³⁾.

b.3. Si se ha modificado la calificación de las acusaciones por el uso del requerimiento que se acaba de mencionar o por propia iniciativa de las partes acusadoras -siempre que tal modificación implique un cambio de tipificación o un mayor grado de participación o de ejecución o de circunstancias de agravación de la pena- el artículo 793,7 preceptúa abrir una fase de prueba y debate

con audiencia a la defensa para que pueda aportar los elementos de descargo que estime conveniente.

Se incorpora de este modo a nuestro juicio oral una tutela específica del principio de contradicción y defensa, altamente valorable desde dicho punto de vista, pero que vuelve a presentar el problema sin solución de qué hacer cuando a pesar del requerimiento solicitando ilustración sobre los temas señalados, ninguna acusación acoge tal hipótesis. De acuerdo con la errónea interpretación ya comentada sobre el principio acusatorio, se estima vinculado al órgano judicial para preservar su imparcialidad⁽⁵⁴⁾.

El principio acusatorio informa aquel proceso que no puede iniciarse sin el previo ejercicio de la acción por un sujeto diferente del juez. Consecuencia inmediata y buscada es la imparcialidad de este último y el que no quepa condena por hechos distintos de los acusados ni a persona diferente de aquélla que figura en la acusación.

6 El principio acusatorio y las últimas reformas legales.

Cerrando el círculo de reflexiones con el que inicié estas líneas, las modificaciones más recientes de los diferentes procesos penales -pese a la

(52) El nuevo Código Procesal portugués acoge explícitamente el sistema alemán en su artículo 359 CPP donde en caso de alteración sustancial de los hechos descritos en la acusación se exige su comunicación a la defensa para, si ésta se manifiesta conforme y previa concesión de un plazo no superior a diez días, posibilitar que el órgano judicial se pronuncie sobre los nuevos hechos. Si no se produce acuerdo, la vinculación a la determinación por las partes del objeto del proceso (*principio da vinculacao temático*) obliga a iniciar otro proceso por tales hechos. ISASCA FREDERICO. *Alteracao substancial dos factos e sua relevancia no processo penal portugues*. Coimbra, 1992. *passim*.

La regulación del Código de Procedimiento Penal italiano no introduce grandes modificaciones en la que ya figuraba en los artículos 521 CPP y concordantes del anterior texto legal. Los actuales artículos 521 y concordantes fijan un régimen jurídico donde el Tribunal no se encuentra vinculado a la calificación (artículo 521, 1 CPP) y sí a los hechos fijados en el “decreto que determina el juicio” (artículo 516, 1 CPP). Paralelamente el artículo 519 CPP establece la apertura de un plazo para que el acusado organice su defensa en determinados supuestos de hechos nuevos o circunstancias agravantes, pudiéndose incluso admitir nuevas pruebas. El artículo 522, 2 CPP sanciona con la nulidad la sentencia que se haya pronunciado vulnerando estas garantías, esto es, sobre hecho nuevo, por delito conexo o por circunstancia agravatoria, en la parte correspondiente a aquello en que se expidió del objeto que podía ser enjuiciado, CONSO, G. *Accusa e Sistema Acusatorio (diritto processuale penale)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. I. Milano, 1958; CORDERO, F. *Linee di un Processo Accusatorio*. En: *JUS*, 1964. Comentan el nuevo código, CHIAVARI, M. *La riforma del processo penale*. Turin. 1988, pp.122 y ss; y CONTI, G. y MACCHIA, A. *Il nuovo processo penale*. Roma, 1989. pp.129 y ss.

(53) ASENCIO MELLADO. *Principio acusatorio y derecho de defensa*. Madrid, 1991. pp.130 y ss.

(54) ORTELLS RAMOS. Op. cit.; pp.792, VERGE GRAU. Op. cit.; pp.169 y ss.

continua manifestación de intenciones hacia un creciente y reiterado incremento de la vigencia del principio acusatorio, ciertamente inflacionado-evidencian unas disposiciones erráticas y hasta contradictorias en las que, ora parece más bien quebrantarse el repetido principio, ora perseguirse otros objetivos aceleradores o tuteladores de principios o derechos diversos, como el de contradicción o defensa.

Se observa, en este sentido, una doble lectura sobre las facultades y vinculación de los órganos jurisdiccionales según nos encontremos en el proceso ordinario por delitos graves o el procedimiento abreviado, de una parte, o el juicio de faltas y el proceso ante los Tribunales del Jurado, de otra.

En tanto aquéllas se restringen y ésta aumenta en los dos primeros procesos, la interpretación del Tribunal Constitucional de las faltas, semipúblicas y la voluntad del legislador del jurado en determinados aspectos reconocen al juez facultades y ausencia de vinculación de manera radicalmente opuesta.

Excedería el propósito de estas líneas un análisis pormenorizado de esta normativa por lo demás suficientemente compleja. Baste como ejemplo de lo afirmado algunas muy breves consideraciones en torno a los aspectos más significativos.

6.1 El juicio de faltas y la STS 56/1994.

En la modificación del juicio de faltas introducida por la Ley 10/1992 de Medida Urgentes de Reforma Procesal, la redacción del artículo 969,2⁽⁵⁵⁾ suscita serias y fundadas dudas en torno a varios extremos: la equiparación de la denuncia a la acusación; la ausencia del MF; y la determinación por el órgano jurisdiccional de la calificación y la pena.

En cuanto al primero, inferir la acusación de la denuncia e incluso en opinión de algún autor del atestado, choca frontalmente con la doctrina constitucional sobre el valor y finalidad de ambos medios de dar a conocer la *notitia criminis*⁽⁵⁶⁾.

Respecto a la falta de intervención del MF, si como se argumenta en la falta de relevancia pública del bien jurídico tutelado lo que la propicia y parece, en todo caso, justificarla, debería con más propiedad ser dicha circunstancia la causa para penalizar tal conducta, evitando de este modo que el MF dispusiera de la persecución penal incurriendo, simultáneamente, en graves quiebras del principio de legalidad y de reserva de ley, al permitir que sea el Fiscal General del Estado quien disponga la presencia y actuación de los fiscales⁽⁵⁷⁾.

Finalmente, en lo relativo a la determinación por el órgano jurisdiccional de la calificación y la

(55) El segundo párrafo reza así: "El Fiscal asistirá a los juicios sobre faltas siempre que a ellos sea citado con arreglo al artículo 962. Sin embargo, El Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los Fiscales podrían dejar de asistir al juicio, cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido perjudicado. En estos casos la denuncia tendrá valor de acusación, sin perjuicio de entender, si el denunciante no califica el hecho denunciado o no señala la pena con qué debe ser castigado, que remite ambos extremos al criterio del juez, salvo que el Fiscal formule por escrito sus pretensiones".

(56) Como bien señalaban las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas, resueltas mediante STC 56/1994 "la nueva redacción del artículo 969,2 posibilita que se dicte una sentencia condenatoria con la simple presentación de la denuncia (...) con especial relevancia debido a que la posibilidad de que el denunciante quede condenado queda limitada a que se acepte que la voluntad del denunciado de presentar una denuncia pueda ser considerada suficiente para dar cumplimiento a las garantías sobre el principio acusatorio". Con similar sentido el voto particular firmado por Gimeno Sendra y al que se adhieren tres magistrados más recuerda: "Precisamente la nota distintiva de la denuncia consiste en que mediante ella quien la suscriba no asume la función de parte acusadora...." Y se pregunta: "¿quién ha de completar la acusación en todos los extremos distintos a la mera transmisión de la *notitia criminis*?"

Como se ve, la STC 56/1994 declaró la constitucionalidad de dicha fórmula en los siguientes términos: "Resulta, pues, posible según la Ley que la propia denuncia sirva para satisfacer el derecho del inculcado a conocer la acusación que contra él se formula, la cual, por otra parte, podrá en muchos casos de responsabilidad dudosa (...) formularse también por el denunciado contra el denunciante e incluso en el propio acto del juicio. El debate contradictorio se enmarcará, dada la escasa complejidad de los tipos penales que en este proceso se examinan y la fácil determinación de su sanción, fundamentalmente en el aspecto de los hechos, muy especialmente si las acusaciones cruzadas se han producido en la vista oral". Fundamento Jurídico ver nota 5.

(57) En torno a este último aspecto, a partir de la L.O. 3/1988, la Fiscalía General del Estado, en virtud de Instrucción de 8 de marzo de 1990, entendió que tan sólo podía prescindir de la intervención del fiscal cuando se tratara de la falta de injurias. La nueva regulación del 92 parecía extender este criterio a todos aquellos casos en que se precisa la denuncia del ofendido. Nuevamente la Fiscalía General del Estado ha dictado una Instrucción de 22 de setiembre de 1993 en la que, al objeto de subsanar los errores detectados en la "reforma urgente" se precisa en qué casos dejará de intervenir el MF y cuál es el "interés público" determina la necesidad de su presencia. La propia Instrucción reconoce que la remisión legal a que la decisión sobre la intervención venga establecida en la misma constituye una "anómala delegación legislativa o si se quiere una heterodoxa concesión de potestad reglamentaria" que vulnera, añade yo, el principio de legalidad y de reserva de ley.

Como también la propia instrucción reconoce "No es fácil extender que la presencia del fiscal en los procesos penales por infracciones leves, que hasta la entrada en vigor del nuevo texto legal ha venido constituyendo una manifestación del interés público, haya dejado de serlo por un mero y pragmático cambio legislativo". Finalmente, tampoco conviene el argumento con el que se pretende justificar esta situación y que consiste en: "Las razones de aprovechamiento de los recursos humanos del Ministerio Fiscal, esgrimidas en la exposición de motivos, y de manera singular, los renovadores principios que vienen informando el proceso penal; justifican la concesión de esta facultad institucional al Fiscal General del Estado en orden a precisar los supuestos en que los fiscales podrán dejar de asistir a juicio."

pena, se pone de manifiesto, palmariamente a mi entender, la confusión reinante en torno a los elementos delimitadores del objeto procesal, la vinculación judicial a este respecto y el uso alternativo que se efectúa de estas cuestiones.

La lectura del artículo había originado ya una doble hermeneútica conforme a la cual, o bien se interpreta como límite de la potestad jurisdiccional al vincularlo a las pretensiones que el fiscal formule por escrito, en cuyo caso, por una parte, se contradice el artículo 973, donde se menciona explícitamente el arbitrio judicial a la hora de calificar la falta e imponer la pena; o bien se entiende que el juez, en uso de la remisión y ante la falta de acusación puede determinar tales extremos⁽⁵⁸⁾.

Sobre esta segunda interpretación, precisamente, argumentaban las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas contra este precepto, al igual que después se puso de manifiesto en el voto particular que se formuló a la decisión del Tribunal Constitucional. En su opinión, la determinación de la calificación jurídica y de la pena convierten al juez en acusador, perdiendo su imparcialidad y vulnerando el principio acusatorio. La mayoría del Pleno del Tribunal Constitucional entendió, por contra, que tal cometido no entraña asunción de función acusadora alguna sino cumplimiento del deber de “orientar el debate” e “ilustrar a ambas partes de la trascendencia posible de los hechos según la definición formulada en la Ley⁽⁵⁹⁾”.

Se evidencia así claramente el diferente parámetro con que se miden las facultades judiciales en el proceso por delitos graves en relación especialmente con el planteamiento de la

“tesis”, cada vez menores y sospechosas siempre de parcialidad, y las que se reconocen en este juicio de faltas⁽⁶⁰⁾. En tanto en el primero le convierten en acusador, actuación semejante en el segundo no pasa de “orientar el debate” e ilustrar a las partes. Fundar esta diversidad en la “simplicidad de los tipos penales previstos” o “una cierta actitud del juez orientadora de la actividad procesal de las partes a las que tradicionalmente se ha visto sometido en este tipo de procesos” no constituyen argumentos sólidos o convincentes, mucho menos justificativos.

6.2 El llamado “juicio rápido”.

En los denominados “juicios rápidos”, el juez instructor debe “considerar que existen elementos suficientes para formular la acusación” (790, 1.II), si bien es el principio de contradicción el que peor parado resulta, al permitir la celebración del juicio oral sin que la defensa haya presentado el correspondiente escrito de calificación en el plazo señalado por el artículo 791,2 LECrim⁽⁶¹⁾.

6.3 El procedimiento ante los Tribunales del Jurado.

Finalmente, la reciente Ley de los Tribunales de Jurado, cuya Exposición de Motivos vuelve a insistir en que la más pasiva posición de juez instructor resulta consustancial para asegurar su imparcialidad y el sometimiento al principio acusatorio, pone de manifiesto notables incongruencias, como atribuir al órgano instructor la fijación del objeto del proceso, posibilidad que se extiende al juicio oral⁽⁶²⁾.

En efecto, el auto con el que el juez de instrucción decreta la apertura del JO debe

(58) La STC 56/1994 se ha inclinado por la segunda de ellas sin apreciar -como algún autor- pérdida de imparcialidad ni vulneración del artículo 24 CE. Ver VIVES ANTON. *La reforma del proceso penal*. Tirant lo Blanc, 1990. pp.219.

(59) Fundamento Jurídico, ver nota 6.

(60) Si se está defendiendo que son los hechos denunciados y la persona del acusado los que configuran la acusación, pudiendo determinarse la calificación jurídica y la pena con arreglo al principio *iura novit curia*, igual postura debería sustentarse respecto de la vinculación del órgano jurisdiccional en la fase de juicio oral, particularmente en torno a la conocida “tesis” del artículo 733 LECrim.

(61) Ver VEAGE 6(f). *La defensa del imputado*. pp.166 y ss.

(62) Contrasta con esta ampliación de las competencias judiciales, la restricción importante del principio de investigación de oficio en la fase instructora a tenor de los artículos 25.3 y 27 LJ. Esta limitación, injustificada en mi opinión, obedece a una nueva confusión entre los principios dispositivo, acusatorio y de oficialidad. A paliarla parcialmente contribuyó la reforma del último precepto citado, introducida en el Senado e incorporada por la Ley 8/1995. Ver GÓMEZ COLOMER, J.L. *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*. Civitas, 1996. pp.86.

determinar entre otras cuestiones “el hecho o hechos justiciables de entre los que han sido objeto de acusación y respecto de los cuales estime procedente el enjuiciamiento y la persona o personas que podrán ser juzgadas como acusados o terceros responsables” (33 L.O.5/1995 Trib. Jurado)⁽⁶³⁾. La función tutelar que se encomienda al juez instructor y la voluntad decidida de un juicio oral efectivo, a que se alude en la Exposición de Motivos, explican pero no convencen en cuanto al cambio de dirección señalado⁽⁶⁴⁾.

Y en el juicio oral, aumentando la paradoja, los artículos 37 y 52 LJ facultan al juez para

establecer el objeto del enjuiciamiento a través del auto del magistrado y no de las calificaciones, o fijar el objeto del veredicto, circunstancias que serían claramente tachadas de parciales y de constituir al juez en acusador con arreglo a la doctrina expuesta para el proceso ordinario y el abreviado⁽⁶⁵⁾. Al igual que en el caso anterior, calificar este supuesto de “mecanismo de simplificación” que contribuye a evitar el riesgo de prolongación excesiva del acto del juicio, no parece fundamentar suficientemente el radical cambio sobre el principio acusatorio y la imparcialidad del órgano jurisdiccional. \square

(63) Artículo 32,1: Concluida la audiencia preliminar, en el mismo acto o dentro de los tres días siguientes, el Juez dictará auto por el que decidirá la apertura o no del juicio oral. Artículo 33: El auto que decreta la apertura del JO determinará: a) el hecho o hechos justiciables de entre los que han sido objeto de acusación y respecto de los cuales estime procedente el enjuiciamiento. b) la persona o personas que podrán ser juzgadas como acusados o terceros responsables civilmente. c)...

(64) Como se ha señalado: “¿no es sorprendente cómo el juez de instrucción del nuevo proceso, juez descomprometido y de garantías, conduce comprometidamente el ‘procedimiento’ hasta el confin del juicio oral y señala el objeto de éste tras una labor de las partes que, si bien consiste en seleccionar y calificar hechos y exponer las penas correspondientes, carece de la relevancia que se le otorga en cualquiera de los procesos penales hoy regulados por nuestro ordenamiento, ¿procedimiento abreviado incluido?. DE LA OLIVA, A. *El proyecto de ley del Jurado de 1994, y la estructura del proceso penal*. R.D. Proc. 1994, No.2. p.776.

La propia exposición de motivos explica sucintamente este precepto como manifestación de una “cierta imparcialidad” del juez a efectos de impedir la disposición del material sumarial, lo que limitaría la efectiva incidencia en el plenario de los principios de oralidad, inmediación y celeridad necesarios en el enjuiciamiento.

(65) En el artículo 37 LJ establece que, personadas las partes, “el Magistrado que vaya a presidir el Tribunal del Jurado dictará auto cuyo contenido se ajustará a las siguientes reglas: a) precisará en párrafos separados el hecho o hechos justiciables (...); b) (...) hechos que configuren el grado de ejecución del delito y el de participación del acusado, así como la posible estimación de la exención del acusado, agravación o atenuación de la responsabilidad criminal...” Un acertado juicio al respecto por DE LA OLIVA, A. *El Proyecto...* Op.cit.; p. 778. Igual criterio sostiene FAIREN GUILLEN, V. *Comentarios al anteproyecto de ley del Jurado de 11 de marzo de 1994*. R.D.Proc. 1994, No.2. p.465.